

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE – PHD IN LEGAL STUDIES

Ciclo 30°

Settore Concorsuale: 12/B1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/04

UNIVERSALITÀ, CONCORSUALITÀ E *PAR CONDICIO CREDITORUM* NEL
SISTEMA FALLIMENTARE SPAGNOLO E ITALIANO

UNIVERSALIDAD, INTEGRACIÓN Y *PAR CONDICIO CREDITORUM* EN EL
SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL E ITALIANO

Presentata da: Gabriel A. García Escobar

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Prof. Andrea Morrone

Prof. Gianluca Guerrieri

Esame finale anno 2018

ABSTRACT

La ricerca che si presenta si intitola “Universalità, concorsualità e *par condicio creditorum* nel sistema fallimentare spagnolo e italiano”. Questo lavoro si sviluppa nell’ambito del dottorato in Scienze Giuridiche dell’Università di Bologna ed è uno studio comparato sui diversi profili essenziali del Diritto dell’insolvenza in entrambi i paesi. In particolare, si analizzano i principi di universalità, concorsualità e *par condicio creditorum* da un punto di vista comparato tra gli ordinamenti suddetti. La legislazione spagnola, e più concretamente la Legge 22/2003 si può considerare la norma di riferimento sulla quale si implementa la comparazione con la Legge Fallimentare e la dottrina italiana. Dopo aver confrontato nel primo capitolo questi sistemi per il trattamento giuridico dell’insolvenza anche dal punto di vista storiografico (concorso e fallimento come figure attuali più rilevanti per ogni paese), abbiamo suddiviso le questioni principali in altri tre capitoli, che rispondono rispettivamente a ognuno degli assiomi studiati (universalità, concorsualità e *par condicio creditorum*). La preoccupazione che spinge a ricercare su queste vicende, un po’ astratte nel Diritto concorsuale, è la nostra considerazione circa il sistema fallimentare come un settore del Diritto che sebbene abbia avuto un incremento importante quanto alla sua applicazione, soffre però una mancanza di congruenza a livello teorico. In questo senso, crediamo che sia necessario separare tre realtà diverse: l’uso di tutti i beni del debitore nel contesto di una procedura concorsuale (soprattutto se è liquidatoria), l’inserimento dei creditori in una comunità di perdite e di conseguenza la sottomissione alle regole del concorso per soddisfare i loro crediti, e il criterio della eguaglianza nel riparto finale dell’attivo, cioè nel riparto di quelle perdite. Ognuna di queste idee è stata analizzata autonomamente e indipendentemente dal resto, cercando di risolvere diversi problemi di interpretazione giuridica e di confusione tra principi. Il nesso che unisce gli argomenti della tesi è costituito dall’idea che sia necessario assicurare l’effettività delle procedure. Quindi, dal punto di vista della effettività del Diritto concorsuale abbiamo studiato questi principi e le loro eccezioni sia nel modello spagnolo, sia in quello italiano; investigando sulla possibilità di migliorare il trattamento giuridico dell’insolvenza a partire da norme e criteri che si sono sviluppati nel Diritto comparato, con il difficile impegno di applicare le disposizioni legali ad altri stati.

**UNIVERSALITÀ, CONCORSUALITÀ E *PAR CONDICIO*
CREDITORUM NEL SISTEMA FALLIMENTARE
SPAGNOLO E ITALIANO**

**UNIVERSALIDAD, INTEGRACIÓN Y *PAR CONDICIO*
CREDITORUM EN EL SISTEMA CONCURSAL
ESPAÑOL E ITALIANO**

Gabriel A. García Escobar

*A la ciudad de Bolonia,
lugar donde he sido feliz.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	21
INTRODUZIONE.....	29

CAPITULO I CONTEXTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA: SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL E ITALIANO

1. Relación histórica entre el derecho concursal español e italiano.....	39
1.1. Sustrato romanista.....	39
1.2. Aparición de la quiebra en el Derecho medieval.....	46
1.3. Derecho estatutario y tratadistas del siglo XVII: crítica internacional a Salgado de Somoza.....	51
1.4. Nuevas tendencias reformadoras.....	57
2. España: modernización del Derecho concursal a través de la Ley 22/2003.....	63
2.1. Contexto de la norma.....	63
2.1.1. Contexto económico.....	63
2.1.2. Contexto jurídico.....	67
3. Italia: el sistema de “le procedure concorsuali”.....	73
4. Diferencias críticas entre ambos ordenamientos.....	81
4.1. Fragmentación del sistema italiano.....	82
4.2. Presupuesto objetivo y anticipación del sistema.....	84
4.3. Justicia rogada y procedimientos de insolvencia.....	89
4.3.1. Panorama general: aparente aproximación de ambos ordenamientos....	89
4.3.2. Elementos de distorsión: conjunción de intereses públicos y privados..	90

4.3.3. Officiosità, fallimento y concurso	93
4.4. El diferente rol de la conservación empresarial.....	95
4.4.1. Conservación empresarial en el fallimento.....	95
4.4.2. Conservación empresarial en otros procedimientos	101
4.4.3. Crítica comparada.....	103
5. Confusión axiomática y propuesta de análisis: universalidad, integración y <i>par condicio creditorum</i>	104

CAPITULO II
LA UNIVERSALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

1. Principales retos en la conformación de una teoría de la universalidad en sede concurzal	113
2. El principio de universalidad en la LCon	116
2.1. Conceptos iniciales: patrimonio y masa activa.....	116
2.2. Universalidad: principio concursal inspirador de la conformación de la masa activa.....	117
2.3. Reglas especiales en la composición de la masa	120
2.3.1. Elementos que retornan al patrimonio: acciones de reintegración	123
2.3.2. Conceptos que se detraen del patrimonio activo	129
a) Elementos tasados por Ley.....	129
b) Elementos que necesitan la acción de un tercero	130
c) Discutible excepcionalidad de las operaciones de minoración de la masa activa: confirmación de la regla de universalidad	132
2.4. Supuestos específicos	134
2.5. Referencia al inventario	135
2.6. El ámbito de la universalidad en el sistema concursal español: exlcusión de la masa pasiva	137

3. La regla de universalidad en el sistema concursal italiano	139
3.1. Consideración inicial	139
3.2. Vertiente objetiva como expresión de universalidad en la construcción de la masa activa	140
3.2.1. Regla general: lógica de la universalidad	140
3.2.2. Excepciones a la regla general.....	146
3.3. ¿Autonomía concursal o regla del Derecho común? Relación entre los artículos 2740 Codice Civile y 42 Legge Fallimentare	155
3.3.1. Fuentes legales.....	155
3.3.2. Estado de la cuestión	157
3.3.3. Posible nueva interpretación a la luz del Derecho español vigente.....	161
3.3.4. Extensión de reglas del Derecho común al Derecho concursal a través de la teoría de Provinciali: la doble lectura de la universalidad como axioma y como característica.....	165
3.4. Dicotomía entre procedimientos liquidatorios y conservativos.....	168
4. Posible convergencia del fallimento con la reforma proyectada en el Derecho español	171
5. Límites al método comparado.....	173

CAPITULO III

INTEGRACIÓN DE LOS ACREEDORES PARA LA FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA

1. La comunidad de pérdidas del Derecho concursal español	179
1.1. Consideraciones iniciales.....	179
1.1.1. Significado amplio.....	179
1.1.2. Requisito formal: comunicación y reconocimiento de créditos	180
1.2. Contenido esencial: comunidad de pérdidas.....	181
1.3. Contenido necesario o mediato: intangibilidad de la masa activa	190

1.4. Contenido accesorio: efectos sobre los créditos	194
1.5. Recapitalución	200
2. Integración en Italia o la universalidad de la masa pasiva.....	202
2.1. La Legge Fallimentare: artículos 51 y 52	202
2.2. Concurzalidad	204
2.2.1. Aclaración terminológica.....	204
2.2.2. ¿Paradigma autónomo o dependiente de la universalidad?	205
2.2.3. Elementos de la concurzalidad (sustancial y formal)	208
2.2.4. Posibles excepciones al principio de integración	211
a) Créditos prededucibles	212
b) Crédito inmobiliario con hipoteca.....	213
c) Créditos con garantía (prenda) o privilegio sobre bienes muebles.....	215
d) Fondo patrimonial y patrimonio destinado	218
2.3. Otros elementos relevantes en la formación de la masa pasiva.....	220
2.3.1. La compensación en el fallimento	220
2.3.2. Cristalización del pasivo: suspensión de los intereses.....	224
3. Integración y método comparado.....	225

CAPITULO IV
PRINCIPIO *PAR CONDICIO CREDITORUM*

1. La igualdad de los acreedores en el proceso concursal como histórica pretensión del Derecho de la insolvencia.....	231
2. Principio <i>par condicio creditorum</i> en Derecho español	232
2.1. Independencia axiomática.....	232

2.2. Concepto	234
2.3. El privilegio como excepción	242
2.4. Clasificación de créditos en la LCon	248
2.4.1. Crédito contra la masa y crédito concursal.....	248
a) La versión legal	249
b) La versión rupturista.....	255
2.4.2. Graduación de los créditos concursales.....	258
2.4.3. Valoración crítica de la técnica clasificatoria.....	265
2.5. Situación del principio <i>par condicio creditorum</i> : la igualdad actual de los acreedores.....	268
2.5.1. Igualdad en la liquidación.....	268
2.5.2. Igualdad en la solución pactada.....	278
3. Principio <i>par condicio creditorum</i> en el Derecho italiano.....	281
3.1. Naturaleza y encuadre sistemático: artículo 2741 Codice Civile	281
3.2. Sistema de privilegios del Derecho concursal italiano: crisis de la <i>par condicio</i>	287
3.3. Igualdad del reparto en las diferentes soluciones de tipo concursal	293
3.4. Recapitulación: <i>par condicio</i> y concursalidad.....	296
Nota final: el método comparado y sus resultados	301
CONCLUSIONES	311
CONCLUSIONI.....	339
BIBLIOGRAFÍA	369

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cass.	Sentencia de la Corte di Cassazione
CC	Código Civil
CCS	Consortio de Compensación de Seguros
CE	Constitución Española de 1978
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Cod. ass.	<i>Codice delle assicurazioni private</i> (d. lgs. 7 agosto 2005, n. 209)
Codice Civile o c.c.	Código Civil italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262)
d. lgs.	<i>Decreto Legislativo</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EM	Exposición de Motivos
ESI	Empresa de Servicios de Inversión
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre)
FD	Fundamento de Derecho
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
GU	Gazzetta Ufficiale
INE	Instituto Nacional de Estadística
JM	Juzgado de lo Mercantil

NR	Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (1567)
<i>Labyrinthus</i>	<i>Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam</i>
LCon	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (RD de 3 de febrero)
LF	<i>Legge Fallimentare</i> (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267)
LH	Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946)
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORC	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal
LSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre)
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
PIB	Producto Interior Bruto
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RM	Registro Mercantil
RPC	Registro Público Concursal
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996, de 19 de julio)

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	<i>Tabula (Lex XII Tabularum)</i>
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011, de 14 de noviembre)
TRLMV	Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre).
Tub	<i>Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia</i> (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385)
Tuf	<i>Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria</i> (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO CONCURSAL

El Derecho concursal es un sector del ordenamiento jurídico que regula y organiza el procedimiento de ejecución universal del deudor insolvente que cuenta con una pluralidad de acreedores. Las reglas que lo caracterizan, preparadas para dar respuesta a los problemas financieros de grandes empresas, son por lo general complejas y tienen un alto grado de tecnificación jurídica y económica. En el Derecho concursal se da un compendio de categorías jurídicas relativas fundamentalmente al Derecho de obligaciones, pero también a otras ramas, incluso pertenecientes al Derecho público.

En España, la norma principal que regula el concurso es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que vino a unificar hace algo más de una década la práctica concursal. La entrada en vigor de esta norma supuso verdaderamente un cambio en la realidad jurídico-comercial por el ámbito material que regula; pero también en cuanto a la práctica judicial diaria y es que través de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se crearon los Juzgados de lo Mercantil. Se modificó la planta de los Tribunales, con todo lo que ello supone, sobre la construcción de un “nuevo” Derecho concursal. De esta forma, y aunque hayan adquirido otras competencias, los Juzgados de lo Mercantil fueron introducidos por la Ley Concursal para dar respuesta a los procedimientos que se crearon al amparo de ésta. En Italia sin embargo, y aunque la cuestión revista un interés similar puesto que se trata de una rama del Derecho en constante expansión e investigación, la tradición jurídica ha marcado pese a las raíces comunes de ambos ordenamientos una tendencia diversa. En 1942 se promulga la Legge Fallimentare, que se mantiene hoy vigente y regula el fallimento como procedimiento de insolvencia básico (una suerte de quiebra), además de otros institutos también concursales. En este sentido, la realidad del sector no ha quedado inmutable desde mediados del siglo XX, sino que se han realizado numerosas reformas en la Legge Fallimentare, e incluso se han introducido nuevos procedimientos a través de normas especiales, adaptando así el Derecho concursal italiano al contexto actual.

A partir de la reformulación de la disciplina (España) o de una evolución más sostenida en el tiempo (Italia), la realidad es que el uso del Derecho concursal ha sufrido en los últimos años un aumento exponencial, con un repunte durante los años más duros

de la crisis económica, que no hacen sino remarcar la importancia de la normativa concursal. Pero, ¿qué repercusiones tiene en la sociedad el tratamiento jurídico de la insolvencia? VAN HEMMEN ALMAZOR ha señalado que es una pieza fundamental del sistema económico y financiero y cuenta con múltiples funciones como: regular la salida al mercado de empresas con un valor inferior al de su liquidación, distribuir los costes de la insolvencia, contribuir a la determinación de las características del mercado financiero, influir en la estructura de canalización de créditos, etc¹. Se destaca el papel de la normativa concursal como un elemento básico del ordenamiento jurídico y de la paz social en general, siendo un instrumento que resuelve importantes problemas para el justiciable.

En nuestra opinión, la legislación concursal ha sido explicada sobradamente por la doctrina, dedicándose la misma a mostrar una visión práctica, muy procesal en ocasiones, de la institución. Seguimos el criterio del Profesor GARRIGUES, que señaló –sobre la quiebra–: *el aspecto dominante en la institución de la quiebra no llega a borrar la importancia del aspecto jurídico material*². Ahí es donde querríamos situar nuestro estudio, en un punto de vista que reivindique el Derecho sustantivo que subyace al proceso concursal. Este pretendidamente novedoso enfoque va a sustentarse en un análisis profundo más que técnico de las normas concursales básicas, cobrando gran importancia la descripción de algunos principios que de ellas pueden extraerse. El camino en el estudio de los principios concursales ha sido iniciado en España por otros autores que, sin una pretensión definitiva, han identificado algunos principios presentes en el procedimiento de concurso vigente, caracterizado en la Ley del año 2003. Sin embargo, el enfoque profundo, centrado en el Derecho material que le es propio a la regulación de la institución concursal, ha tenido mucha menos aceptación doctrinal, siendo pocos los casos en que se opta por este tipo de trabajos. Ante la escasez de estudios que puedan sostener esta suerte de metafísica concursal que aquí nos interesa³, habremos de construir

¹ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, nº 6, 2004, pág. 189 y ss.

² GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (2ª ed.), Tomo II, Madrid, Silverio Aguirre, 1956, pág. 402. Dicha edición está revisada y puesta al día por VERDERA TUELLES, E., que fuera Rector del Real Colegio de España en Bolonia entre los años 1955 y 1977.

³ Sobre el valor de la abstracción y distanciamiento de la realidad, como elementos necesarios del análisis concursal y de las posibilidades de reforma legislativa, NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del

el enfoque y el método en torno a las investigaciones existentes, tomando aquello que pueda servir a nuestros objetivos y traduciendo al punto de vista mencionado, el lenguaje habitualmente utilizado en el Derecho de la insolvencia.

El Derecho concursal no cabe duda de que comporta una parte del ordenamiento compleja en cuanto a su análisis y tratamiento. La normativa, muy técnica, no es especialmente didáctica, ni favorece la comprensión de la institución. Realmente, la mezcla de cuestiones sustantivas y procesales en un mismo texto, hacen destacar a estas últimas y dificulta la tarea de abordar el concurso como institución jurídica, atendiendo a su naturaleza y a otras cuestiones fundamentales. Por tanto, el perfil técnico de la legislación, que invita a acercarse en clave procesal a la misma, también es un elemento que ha favorecido y justificado la preparación de esta Tesis Doctoral, que pretende ir en otra dirección.

Incluso con las pocas nociones expuestas, no se puede negar que la legislación concursal puede ser fácilmente instrumentalizada por el poder público. Las decisiones que éste toma son trascendentales pues se juega con los créditos que serán resarcidos con prioridad a otros, con la posibilidad de dilatar el pago de una deuda, y demás aspectos relativos a varias deudas y su liquidación. Llegados a este punto y una vez hemos entendido la trascendencia de esta regulación, se debe señalar que estando el Derecho (no sólo el concursal), al servicio del ciudadano, extremo que es innegable en base a la función social del Derecho, y sin entrar en la Justicia de prescripciones concretas o en si la leyes de referencia promueven valores que la justifican, lo que está claro es que estas excepciones a la teoría general de obligaciones, esta regulación con efectos tan esenciales para la esfera económica, deben responder a verdaderas demandas de la sociedad.

II. ARGUMENTO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Con estas notas iniciales, resulta evidente que el estudio del Derecho concursal se revela pertinente desde cualquier enfoque y en todos sus ámbitos. No obstante, nos hemos querido centrar en esta investigación en la reflexión sobre tres axiomas: universalidad, integración y *par condicio creditorum*. Los tres principios o mejor dicho, el grado de respeto a los mismos, marca el perfil del modelo concursal desde el punto de vista de su

Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 358.

efectividad. Sin avanzar argumentos que serán tratados durante este trabajo, buscamos analizar la responsabilidad del deudor concursal y las consecuencias de dicho régimen para sus acreedores. Por ello no nos centramos únicamente en los bienes afectos a tales procedimientos, sino que vamos a tratar de comprender todo el circuito de la liquidación de deudas en el seno de los procesos de insolvencia. Nos interesamos por los bienes que están sujetos al procedimiento, por los acreedores que deben asumir las reglas concursales para satisfacer sus derechos legítimos, y también en el modo en que el legislador trata a los diferentes acreedores en el reparto de los bienes del deudor. De nuevo, se focaliza en esta tesis en las normas que definen la efectividad del concurso desde el prisma de las cosas (bienes y derechos de la masa activa) y desde el prisma de las personas (acreedores y sus derechos legítimos).

Las ideas aludidas son en nuestra opinión las que van a ofrecer una imagen más fiel de cualquier sistema concursal. De hecho, se trata de principios arraigados y muy empleados como justificación de distintas disposiciones; aunque su estudio, al menos en España, ha sido más práctico que teórico y sobre todo más procesal que sustantivo. Así, nos ocupamos de definir estas realidades legales y quizá también fácticas del ámbito concursal, elevadas a categoría de principio, determinando no solo su contenido, sino también su vigencia o grado de cumplimiento, su régimen jurídico, sus excepciones y el resto de elementos que rodean la aplicación de las mismas. Todo ello debe redundar en un conocimiento profundo y transversal de los procedimientos de insolvencia, que entendemos es el único modo riguroso de valorar la compleja legislación concursal, sobre todo en una época como la actual en que se suceden las reformas y proyectos de reforma, hecho incontrovertible como lo es la incidencia de esta tendencia en el esquema axiomático de las instituciones concursales y en su congruencia.

Nuestro estudio, de otro lado, va a contar con un rasgo fundamental y característico aun no aludido específicamente. Junto a un argumento de relevancia y actualidad, y de su tratamiento desde un enfoque teórico y axiomático, hay que hacer referencia al método comparado, que se implementa desde el inicio y hasta el final del trabajo, sin excepción en ninguno de sus capítulos. El análisis de Derecho comparado se revela como fundamental en el contexto que vivimos, integrados en una organización como la Unión Europea, donde en cualquier momento pueden dictarse instrumentos normativos que aproximen las normativas en materia concursal, por entender que éstas suponen un obstáculo al mercado interior. No obstante, el método comparado no puede

en nuestra opinión limitarse a la presentación de las principales características del sistema concursal de diferentes países. Ello puede ser interesante desde luego pero no creemos que responda a las exigencias de un método científico. En su lugar, hemos preferido limitar el ámbito de la investigación a dos países, siendo ya el objeto de estudio de unas dimensiones muy considerables. La elección de los sistemas español e italiano encuentra una justificación obvia en las condiciones del autor de la tesis, y en particular del conocimiento que se tiene sobre ambos contextos. No obstante, resulta de sumo interés la comparación de la legislación concursal española e italiana en tanto que surgen en un contexto político y geográfico similar, y se trata de ordenamientos que han admitido determinadas tendencias modernas del Derecho concursal, pero siempre desde una profunda diferenciación de base entre ambos por la propia estructura de la disciplina. A partir de la Ley Concursal española del año 2003, norma de referencia en el trabajo, se van a incluir los criterios de la Legge Fallimentare de 1942 y los razonamientos de la doctrina italiana al respecto. Sin embargo, la naturaleza de la investigación nos lleva a referirnos, en cuanto al Derecho italiano, principalmente al fallimento y a los procedimientos estructurados sobre este modelo, siendo el análisis de los mecanismos de solución pactada pertinente aunque menos interesante para nuestros objetivos y por tanto tangencial en la tesis. El valor del método radica por tanto en los elementos de verdadera comparación y en la traducción de criterios interpretativos y normas de un ordenamiento a otro. Estas operaciones no podrían haberse llevado a cabo con un espectro de normas mayor, siendo testimoniales aunque útiles las referencias a otras tradiciones jurídicas.

Además, se trata de una línea de investigación que se ha seguido en varias ocasiones y con ocasión de diferentes publicaciones, lo cual entendemos que es una condición previa positiva en la preparación de esta Tesis Doctoral. Como tutor de este trabajo contamos con un especialista en la materia, cuyo interés y apoyo han sido un constante estímulo en la preparación de este trabajo. El Profesor GUERRIERI (Ordinario di Diritto Commerciale, UNIBO) es un verdadero experto en Derecho concursal desde el punto de vista teórico y también práctico, habiéndose acercado a esta rama del ordenamiento durante toda su vida académica y profesional.

Con estas premisas, presentamos un estudio que está dividido en cuatro capítulos, además de las conclusiones:

Capítulo I. Contexto y evolución normativa: sistema concursal español e italiano.

Se trata del capítulo inicial en el que se sientan las bases del método y del objeto de estudio. Se inicia con una revisión histórico-comparada del Derecho de la insolvencia, con especial referencia a los pasajes que relacionan los ordenamientos español e italiano en clave histórica. Posteriormente, se analizan los contextos normativos actuales en ambos países, destacando las diferencias más importantes, que suponen elementos fundamentales a tener en cuenta durante el resto de la investigación y que impiden una correspondencia absoluta de los posicionamientos en un sistema y otro. Se presenta también la problemática que centra el resto de la investigación.

Capítulo II. La universalidad en el procedimiento concursal. Recogiendo las dificultades para discutir sobre el carácter universal de cualquier sistema concursal, acudimos a las normas que regulan la cuestión en España y en Italia, comparando el grado de cumplimiento del axioma en procedimientos liquidatorios (y con algunas referencias también a los de naturaleza conservativa) y ampliando el análisis a las posibles futuras reformas del Derecho español.

Capítulo III. Integración de los acreedores. Construimos en este apartado una teoría que completa a la regla de la universalidad pero desde el punto de vista de los titulares de los créditos, con la aparición de una comunidad de pérdidas en sede concursal y las excepciones a esta norma pretendidamente general.

Capítulo IV. Principio par condicio creditorum. Recogemos aquí un principio de gran relevancia y significación histórica, que pasa en estos momentos por una evidente crisis tanto en Italia como en España. En particular, y de modo similar al resto de principios analizados, se estudia su naturaleza concursal y su relación con normas del Derecho común.

Conclusiones. Presentadas de manera clara y sencilla, suponen el resultado de la investigación, donde se podrá consultar rápidamente cuál ha sido la producción científica dimanante de la preparación de esta Tesis Doctoral.

Para finalizar esta introducción, o para iniciar el cuerpo de la investigación, según se vea, debemos realizar una advertencia más. Los conocimientos adquiridos con anterioridad a la preparación de este trabajo, las ideas preconcebidas sobre esta rama del Derecho y nuestras expectativas y sensaciones con respecto al objeto de estudio, por

indeseable que resulte, van a determinar a buen seguro el cumplimiento de una circunstancia, elevada a costumbre por el Profesor PÉREZ GORDO en el año 1981 y que de manera insólita goza de plena actualidad: *Parece ya casi un tópico el de que todos los juristas que dedican o han dedicado parte de su quehacer al estudio de las Leyes y normas que en nuestro país regulan los distintos institutos concursales, comiencen sus distintas exposiciones con los más negros augurios respecto a la problemática a la que van a dedicar sus atenciones*⁴. Efectivamente, se palpa un pesimismo general en relación al Derecho concursal, que esperamos, aun cumpliendo el tópico, ayudar a eliminar con este estudio.

⁴ PÉREZ GORDO, A., “Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Volumen 80, nº 4, 1980, pág. 846.

INTRODUZIONE

I. DIRITTO CONCURSUALE

Il diritto concorsuale è un settore dell'ordinamento giuridico che regola e organizza il procedimento d'esecuzione universale del debitore insolvente che conta con una pluralità di creditori. Le regole che lo caratterizzano, preparate per dare risposta a problemi finanziari d' imprese, sono generalmente complessi e hanno un alto grado di tecnicismo giuridico ed economico. Nel Diritto concorsuale si deve un compendio di categorie giuridiche relative fondamentali al Diritto delle obbligazioni, ma anche ad altri rami, incluso quelle appartenenti al diritto pubblico.

In Spagna, la norma principale che regola il concurso è la Ley 22/2003 del 9 luglio, Concursal, che unificò oltre un decennio di pratica concorsuale. L'entrata in vigore di questa norma ha rappresentato un'importante cambiamento nella realtà giuridico – commerciale nell'ambito della materia che regola; anche in termini di pratica giudiziale giornaliera e attraverso la modifica della Ley Organica del Poder Judicial sono stati creati “los Juzgados de lo Mercantil”. È stato modificato l'impianto dei Tribunali, con tutto ciò che questo comporta, per la realizzazione di un “nuovo” Diritto concorsuale. In questo modo, e sebbene abbiano acquisito ulteriori competenze, i Tribunali Commerciali furono introdotti dalla Ley Concursal per rispondere ai procedimenti che si crearono nell'ambito di questa. In Italia, per quanto la questione rivesta un interesse simile trattandosi di un ramo del Diritto in costante espansione e ricerca, la tradizione giuridica ha segnato, malgrado le radici comuni di ambo gli ordinamenti, una tendenza diversa. Nel 1942 viene promulgata la Legge Fallimentare, tutt'ora vigente, che regola il fallimento come procedimento d'insolvenza basico (una sorte di quiebra), oltre ad altri istituti concorsuali. In questo senso, la realtà del settore non è rimasta immutata dalla metà del XX secolo, ma sono state realizzate numerose riforme della Legge Fallimentare, introducendosi inoltre nuovi procedimenti attraverso norme speciali, adattando così il Diritto concorsuale italiano al contesto attuale.

A partire dalla riformulazione della disciplina (Spagna) o da un'evoluzione più prolungata nel tempo (Italia), la realtà è che l'uso del Diritto concorsuale ha sofferto negli ultimi anni un aumento esponenziale, con un picco durante gli anni più duri della crisi economica, che non fanno che rimarcare l'importanza della normativa concorsuale. Ma

che ripercussione ha il trattamento giuridico dell'insolvenza nella società? VAN HEMMEN ALMAZOR ha segnalato che è un pezzo fondamentale del sistema economico e finanziario e conta con molteplici funzioni, come: regolare l'uscita dal mercato di imprese con un valore inferiore a quello della liquidazione, distribuire i costi d'insolvenza, contribuire alla determinazione delle caratteristiche del mercato finanziario, influire nella struttura di canalizzazione dei crediti, ect⁵. Si evidenzia il ruolo della normativa concorsuale come elemento basico dell'ordinamento giuridico e della pace sociale in generale, essendo uno strumento che risolve importanti problemi giuridici.

A nostro avviso, la legislazione concorsuale è stata ampiamente applicata dalla dottrina, dedicandosi la stessa a mostrare una visione pratica, spesso molto processuale, dell'istituzione. Seguiamo il criterio del Prof. GARRIGUES, che segnalò –a proposito della *quiebra*–: *l'aspetto dominante nell'istituzione del fallimento non arriva a cancellare l'importanza dell'aspetto giuridico materiale*⁶. Ed è lì che volevamo collocare il nostro studio, in un punto di vista che rivendichi il Diritto sostanziale che soggiace al processo concorsuale. Questo approccio pretensiosamente nuovo si fonda su di un'analisi profonda più che tecnica delle norme concorsuali basiche, avendo grande importanza la descrizione di alcuni principi che da essa possono essere estratti. Il cammino nello studio dei principi concorsuali è stato iniziato in Spagna da altri autori che, senza particolari pretese, hanno identificato alcuni principi presenti nel concurso vigente, previsto dalla Ley del 2003. Senza dubbio, l'approccio profondo, del Diritto materiale proprio della regolazione dell'istituto concorsuale, ha avuto minore accettazione dottrinale, essendo pochi i casi in cui si opta per questi tipi di lavori. Dinanzi alla scarsità di studi che possano sostenere questa sorta di metafisica concorsuale che qui ci interessa⁷, dovremmo costruire l'approccio e il metodo intorno alle ricerche esistenti, prendendo quello che risulta più

⁵ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, n° 6, 2004, p. 189 y ss.

⁶ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (2ª ed.), Tomo II, Madrid, Silverio Aguirre, 1956, p. 402. Questa edizione è stata controllata e aggiornata da VERDERA TUELLS, E., chi fu Rettore del Reale Collegio di Spagna a Bologna tra 1955 e 1977.

⁷ Sul valore dell'astrazione e allontanamento dalla realtà, come elementi necessari nell'analisi concorsuale e delle possibilità di riforma legislativa, NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (diretto da ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 358.

utile per nostri obiettivi e traducendolo al punto di vista menzionato, il linguaggio utilizzato abitualmente nel Diritto d'insolvenza.

Non c'è dubbio che il Diritto concorsuale rappresenta una parte complessa dell'ordinamento in quanto alla sua analisi e trattamento. La normativa, molto tecnica, non è propriamente didattica, ne favorisce la comprensione dell'istituto. Seppur ci sia una fusione di questioni sostanziali e processuali nello stesso testo ad emergere maggiormente sono queste ultime e ciò complica il compito di trattare il concorso come istituto giuridico, sulla base della sua natura e di altre questioni fondamentali. Pertanto, il profilo tecnico della legislazione, che invita ad avvicinarsi in chiave processuale al tema, è un elemento che ha favorito e giustificato la preparazione di questa Tesi di Dottorato, che pretende di dirigersi verso un'altra direzione.

Non si può negare che per via delle poche nozioni esposte, la legislazione concorsuale può essere facilmente strumentalizzata dal potere pubblico. Le decisioni che questa prende sono lungimiranti, si gioca con i crediti che saranno risarciti con priorità ad altri, con la possibilità di dilatare il pagamento di un debito e di ulteriori aspetti relativi ai debiti e alla loro liquidazione. Arrivati a questo punto e una volta aver inteso la lungimiranza di questa regolamentazione, dobbiamo segnalare che stando il Diritto (non solo quello concorsuale), al servizio del cittadino, punto innegabile in base alla funzione sociale del Diritto, e senza entrare nella Giustizia delle disposizioni concrete, ciò che è chiaro è che queste eccezioni alla teoria generale delle obbligazioni, questa regolazione con effetti così essenziali per la sfera economica, devono rispondere a reali richieste della società.

II. ARGOMENTO E METODO DELLA RICERCA

Da queste note iniziali risulta evidente che lo studio del Diritto concorsuale sia rilevante da qualsiasi impostazione e in tutti i suoi ambiti. Ciò nonostante, abbiamo voluto concentrare questo studio su tre assiomi: universalità, integrazione e *par condicio creditorum*. I tre principi, o meglio, il grado di rispetto degli stessi, segna il profilo del modello concorsuale dal punto di vista della sua effettività. Senza anticipare argomenti che verranno trattati durante il lavoro, cerchiamo di analizzare la responsabilità del debitore concorsuale e le conseguenze di detto regime per i suoi creditori. Per questo non ci concentriamo unicamente sui beni interessati da tali procedimenti, ma cercheremo di

comprendere tutto il circuito della liquidazione dei debiti nel seno dei procedimenti d'insolvenza. Ci interessiamo ai beni che sono soggetti al procedimento, per i creditori che devono assumersi le regole concorsuali per soddisfare i propri diritti legittimi, e anche nel modo il cui il legislatore tratta i differenti crediti al momento della ripartizione dei beni del debitore. La tesi inoltre si focalizzerà sulle norme che definiscono l'effettività del concurso dal punto di vista delle cose (beni e diritti della massa attiva) e da quello delle persone (creditori e diritti legittimi).

Le idee richiamate sono a nostro giudizio quelle che offrono un'immagine più fedele di qualunque sistema concorsuale. Di fatto, si tratta di principi radicati e diffusamente impiegati come giustificazione di differenti disposizioni; anche se il loro studio è stato, almeno in Spagna, più pratico che teorico e soprattutto più processuale che sostanziale. Così, ci occupiamo di definire queste realtà legali e forse anche fattuali dell'ambito concorsuale, elevate a categorie di principio, determinando non solo il loro contenuto, ma anche la loro vigenza o grado di compimento, il regime giuridico, le eccezioni e il resto degli elementi che circondano loro applicazione. Tutto questo porta ad una conoscenza profonda e trasversale dei procedimenti d'insolvenza che crediamo essere l'unico modo per valorizzare la complessa legislazione concorsuale, soprattutto in un periodo come quello attuale in cui si succedono riforme e progetti di riforma, fatto incontrovertibile come lo è l'incidenza di questa tendenza nello schema assiomatico delle istituzioni concorsuali e nella sua coerenza.

Il nostro studio, d'altro canto, esamina una caratteristica fondamentale alla quale ancora non abbiamo fatto allusione. Insieme ad un argomento rilevante e attuale, trattato da un punto di vista teorico e assiomatico, dobbiamo far riferimento al metodo comparatistico, che ci accompagna dall'inizio alla fine del presente lavoro, senza eccezione in nessuno dei capitoli. L'analisi comparata del Diritto si rivela fondamentale nel contesto in cui viviamo, inserito in una organizzazione come l'Unione Europea, in cui in qualunque momento possono essere dettati strumenti normativi che facciano avvicinare le normative in materia concorsuale, dopo aver compreso che queste possono creare ostacoli al mercato interno. Il metodo comparato non può limitarsi alla presentazione delle principali caratteristiche del sistema concorsuale in differenti paesi. Questo potrebbe essere interessante, ma crediamo che non risponda alle esigenze di un metodo scientifico. A questo fine, abbiamo preferito limitare l'ambito di ricerca a due paesi, essendo già oggetto di studio una dimensione considerevole. La scelta dei sistemi

spagnolo e italiano trova la sua giustificazione ovvia nelle condizioni dell'autore della tesi, e in particolar modo sulla conoscenza che possiede su ambi i contesti. Risulta essere di grande interesse la comparazione della legislazione concorsuale spagnola e di quella italiana, sorgendo esse in un contesto politico e geografico simile e trattandosi di ordinamenti che hanno ammesso determinate tendenze moderne del Diritto concorsuale, ma sempre partendo da una base profondamente differente in quanto alla struttura della disciplina. A partire dalla Ley Concursal spagnola del 2003, norma di riferimento per questo lavoro, includeremo i criteri della Legge Fallimentare del 1942 e i ragionamenti della dottrina italiana a riguardo. Tuttavia, la natura della ricerca ci conduce a parlare, per quanto riguarda il Diritto italiano, principalmente del fallimento e delle procedure strutturate sulla falsariga di quest'ultima, rimanendo l'analisi delle cosiddette procedure di soluzione concordata della crisi pertinente anche se meno interessante per i nostri scopi, e per ciò tangenziale nella tesi. Il valore del metodo è radicato negli elementi oggetto di comparazione e nella traduzione di criteri interpretativi e norme da un ordinamento all'altro. Queste operazioni non avremmo potuto svolgerle ampliando maggiormente lo spettro di norme, ma sarà utile far riferimento ad altre tradizioni giuridiche.

Si tratta di una linea d'indagine seguita in varie occasioni e nel corso di varie pubblicazioni, con ciò credendo che sia una condizione positiva per la preparazione di questa Tesi di Dottorato. Come tutore di questo lavoro abbiamo uno specialista della materia, il cui interesse e sostegno sono stati di costante stimolo nella preparazione di questo studio. Il Professore GUERRIERI (Ordinario di Diritto Commerciale, UNIBO) è un vero esperto del Diritto concorsuale dal punto di vista teorico così come pratico, essendoci dedicato a questo ramo dell'ordinamento durante tutta la sua vita accademica e professionale.

Con queste premesse, presentiamo uno studio che è diviso in quattro capitoli, oltre alle conclusioni:

Capitolo I. Contesto ed evoluzione normativa: sistema concorsuale spagnolo e italiano. Si tratta del capitolo iniziale nel quale si pongono le basi del metodo e dell'oggetto di studio. Si incomincia con un esame storico-comparatistico del Diritto dell'insolvenza, con speciale riferimento ai passaggi che mettono meglio in relazione gli ordinamenti spagnolo e italiano in chiave storica. Successivamente, si analizzano i contesti normativi attuali in entrambi i paesi, sottolineando le differenze più significative,

che costituiscono elementi fondamentali da tenere in considerazione durante la ricerca e che impediscono una corrispondenza assoluta del posizionamento in un sistema e nell'altro. Si presenta altresì la problematica che centra il resto della ricerca.

Capitolo II. L'universalità nel procedimento concorsuale. Raccogliendo le difficoltà del discutere sul carattere universale di qualunque sistema concorsuale, ci siamo rivolti alle norme che regolano la questione in Spagna e in Italia comparando il grado di osservanza dell'assioma nelle procedure liquidatorie (ed anche con alcune referenze a quelle di natura conservativa) e ampliando l'analisi alle possibili future riforme del Diritto spagnolo.

Capitolo III. Integrazione dei creditori (Concorsualità). Costruiamo in questo paragrafo una teoria che completa la regola di universalità dal punto di vista dei titolari del credito, con l'apparizione di una comunità di perdite in sede concorsuale e le eccezioni a questa norma volutamente generale.

Capitolo IV. Il principio della par condicio creditorum. Esaminiamo qui un principio di grande rilevanza e significato storico, che sta trascorrendo in questo momento una evidente crisi tanto in Italia che in Spagna. In particolare, e in modo simile al resto dei principi analizzati, si studia la sua natura concorsuale e la sua relazione con le norme del Diritto comune.

Conclusioni. Presentate in maniera chiara e semplice, rappresentano il risultato della ricerca, dove si potrà consultare rapidamente qual è stata la produzione scientifica e la preparazione di questa Tesi di Dottorato.

Per concludere questa introduzione, o per incominciare con il corpo della ricerca, secondo come lo si veda, dobbiamo fare un avvertimento. Le conoscenze acquisite anteriormente alla stesura di questo lavoro, le idee preconcepite su questo ramo del Diritto e le nostre aspettative e sensazioni riguardo l'oggetto di studio, per quanto sgradito risulti, determinano certamente la realizzazione di una circostanza, elevata a costume dal Prof. PÉREZ GORDO nell'anno 1981 e che insolitamente gode di piena attualità: *pare essere quasi un cliché la circostanza che tutti i giuristi che dedichino o hanno dedicato parte del proprio lavoro allo studio delle Leggi e delle norme che nel nostro paese regolano i distinti istituti concorsuali, comincino le varie esposizioni con i peggiori auspici rispetto*

*alla problematica verso la quale si accingono a dedicare la loro attenzione*⁸.
Effettivamente, è palpabile un pessimismo generale intorno al Diritto concorsuale, che speriamo, nonostante il cliché confermato, aiutare ad eliminare con questo studio.

⁸ PÉREZ GORDO, A., “Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Volume 80, n° 4, 1980, p. 846.

CAPÍTULO I
CONTEXTO Y EVOLUCIÓN
NORMATIVA: SISTEMA
CONCURSAL ESPAÑOL E ITALIANO

1. Relación histórica entre el derecho concursal español e italiano

La investigación debe iniciarse formalmente, al menos en este primer capítulo de contextualización, con la introducción de los elementos básicos que pueden permitir el estudio de esta rama del ordenamiento en diferentes realidades político-jurídicas. La vocación comparada de este estudio nos lleva a comenzar mostrando un mínimo recorrido histórico por los sistemas que hoy son objeto de estudio, puesto que sus semejanzas o sus tensiones, fruto en ocasiones de concepciones pasadas, aconsejan trasladar parte de nuestro interés a las relaciones pretéritas existentes entre los procedimientos concursales español e italiano en la historiografía jurídica de ambos países. La relación legal y doctrinal entre ambos sistemas es más que evidente y cuenta con algunos pasajes históricos de relevancia y que pueden arrojar luz sobre algunos aspectos que, sin el debido tratamiento de la cuestión, quedarían incompletos.

1.1. Sustrato romanista

La historia del procedimiento concursal, de la previsión especial del ordenamiento para el deudor que no puede hacer frente a sus acreedores es realmente antigua. La bases vertebradoras de los procesos de insolvencia no cabe duda de que se encuentran en el Derecho romano, siendo el desarrollo de la ejecución civil en Roma la que determinó las condiciones necesarias para la génesis de los primitivos procedimientos de insolvencia. La aparición de los mismos tiene su primera expresión en la *venditio bonorum*, y aunque aquí no corresponda realizar un análisis exhaustivo de la cuestión, sí que debemos señalar algunos hitos fundamentales. Efectivamente, sería imposible en nuestra opinión retrotraer el inicio de una embrionaria disciplina concursal a la época arcaica del Derecho romano, y por ende a las *legis actiones* (en concreto la *legis actio per manus iniunctionem*), por ser la ejecución en este periodo –y gracias a dicho instrumento procesal– de carácter personal y no patrimonial. Como hemos sostenido en otro estudio⁹, y reduciendo la cuestión a una mera contextualización, tienen lugar dos acontecimientos fundamentales en el desarrollo técnico-jurídico del ordenamiento romano y que nos interesan especialmente. Por un lado

⁹ Sobre esta cuestión, ya se ha tenido ocasión de investigar en otra obra, cuyos resultados se muestran parcialmente en este trabajo. Para profundizar más: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “Los orígenes del tratamiento jurídico de la insolvencia”, *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea* (editor LUCHETTI, G.), Bologna, Bononia University Press, 2016, págs. 273-291.

la *manus iniectio* se transforma y pasa a ser un procedimiento declarativo (permitiendo al deudor oponerse sin necesidad de un *vindex* o fiador). Por otro, se produce una gran fractura al cambiar la naturaleza de la ejecución, que deja de ser personal para convertirse en patrimonial, con la abolición de la prisión por deudas. Se comienzan a asentar en estos momentos principios que quedarán hasta nuestros días incardinados en el Derecho de obligaciones, como es la asociación entre el patrimonio y la responsabilidad por deudas, dándose por concluidas concepciones pasadas en las que la tortura o la esclavitud tenían cabida como consecuencia de la insolvencia meramente económica. Ello sucede con la *Lex Poetelia Papiria*, de fecha no pacífica aunque la tesis mayoritaria la encuadra en el año 326 a. C.¹⁰.

Paralelamente a esta evolución se comenzó a constatar la falta de flexibilidad de las *legis actiones*, que ordenaban un procedimiento muy rígido y formalista y que se adaptaba difícilmente a las necesidades de la época. Además, éstas solo podían ser evocadas por ciudadanos romanos, lo que chocaba con las nuevas perspectivas de Roma, que se estaba convirtiendo en el centro mercantil y cultural del mundo mediterráneo, atrayendo un gran número de extranjeros. Con ello, aumentaron exponencialmente los negocios entre romanos y extranjeros, cuyas controversias no podían ser ventiladas a través de las *legis actiones*. Una vez creada la figura del Pretor peregrino (en torno al año 242 a.C.), y constatadas las deficiencias señaladas, el procedimiento que éste terminaría poniendo en práctica se impuso con motivo de su capacidad para colmar dichas lagunas. La jurisdicción urbana tomó como ejemplo a la pretura peregrina, copiando el proceso que habría de imponerse en Roma en el siguiente paso en la evolución de la Justicia en materia de obligaciones. Estamos hablando del procedimiento formulario cuya génesis

¹⁰ Es la interpretación más habitual, a partir de los textos de TITO LIVIO (VIII, 28, 7), que la situarían como una Ley de la época en que eran cónsules C. Poetelius Libo y L. Papirius Cursor. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*, Madrid, Mira editores, 2000, pág. 64. Que esta norma supuso la abolición de la prisión por deudas es una idea altamente compartida (por todos: ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010, pág. 143). Sin embargo aparecen dudas sobre la efectividad de esta prescripción. Sin negar que la ejecución personal se eliminó con esta Ley, algunos autores señalan que existen ejecuciones personales en época clásica, interpretando que el proceso de la abolición de la prisión por deudas fue paulatino (CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado Romano*, Granada, AVICAM, 2014, pág. 132; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Navarra, EUNSA, 2008, págs. 172-174; o GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1979, pág. 104, que muestra cómo la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* del año 44 a.C. permitía llevar al deudor a prisión).

explica magistralmente GARCÍA GARRIDO¹¹: *Dada la dificultad que suponía para el nuevo magistrado peregrino, el dar cauce y forma legal a pretensiones formuladas por las partes en diversas lenguas y en distintas formas, lo más lógico es que recurriese a los medios procesales más sencillos, incluso simplificándolos aún más en la práctica. En este proceso arbitral, el Pretor peregrino encauzaba las pretensiones de las partes en una forma procesal y en unos términos jurídicos que facilitaban la decisión del arbiter. Fijaba el planteamiento del litigio redactando un documento. Por ello, se construía una fórmula hipotética con la que se comunicaba al árbitro en qué casos debía condenar y en qué casos debía absolver, después de indagar los hechos objeto de la cognición.*

De este modo, la realidad comercial (objeto de estudio del Derecho mercantil), tuvo un papel destacado en la creación del procedimiento que fue el marco en el que nacen las reglas que podemos calificar como el origen remoto de la institución concursal: el procedimiento formulario¹². Una vez se desmonta la *fictio iuris* que consiste en hacer responder al deudor con su persona entramos, no sin polémica acerca de la época y las condiciones exactas, en el terreno de otra institución jurídica: la *bonorum venditio*. Como se ha dicho, la aparición del procedimiento formulario y de manera coetánea la abolición de la prisión por deudas son hechos sobre los que no existe un conocimiento absolutamente pacífico. Hemos señalado ya algunos de los debates más importantes sobre esta cuestión y en relación a la posible convivencia de las *legis actiones* y el procedimiento formulario, la entrada de manera progresiva de la ejecución patrimonial en la Justicia romana, etc. De la misma forma, existen discrepancias en cuanto a la llamada *bonorum venditio* y sus implicaciones. Sin embargo, y dado el esfuerzo de síntesis necesario, preferimos que esta parte histórica sea una ocasión para contextualizar y conocer el origen de la institución concursal en España e Italia, más que para cuestionar la veracidad de los hechos histórico-jurídicos que podemos encontrar en los textos analizados.

La definición más clara de *bonorum venditio* que podemos encontrar y comprender con las pocas nociones que se han dado hasta ahora, la proporciona PÉREZ ÁLVAREZ¹³: *instituto que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del sujeto*

¹¹ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado... op. cit.*, págs. 109-110.

¹² Introducido formalmente por la *Lex Aebutia* del año 130 a. C.

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 75.

pasivo a petición de uno o varios acreedores, los cuales son puestos en posesión de los bienes del demandado (misio in bona rei servandae causa) ex edicto. Transcurridos determinados plazos, el magister bonorum procedía a la subasta de los bienes en su conjunto y los entregaba a quien ofreciera pagar un mayor porcentaje de las deudas. En este sentido, parece una definición muy aproximada a la idea de concurso actual. Por supuesto que encontramos diferencias sensibles entre una y otra institución, pero no deja de ser asombrosa la aproximación entre la institución romana y la contemporánea, después de tanto tiempo¹⁴.

Por tanto, a pesar de tratarse de instituciones distintas, podemos establecer un paralelismo claro entre el procedimiento concursal romano (*bonorum venditio*) y el actual –sea concurso, sea fallimento–. Ello, no obsta que se trate como decimos de procedimientos diferentes, con caracteres que los separan, lógicamente, pues la institución romana respondía a las necesidades de una sociedad de hace dos mil años, que a pesar de ser la base de nuestra tradición jurídica tenía unos valores distintos a los que hoy inspiran nuestro ordenamiento. Sin duda hoy en día el concurso de acreedores es menos gravoso para el deudor de lo que era entonces; y se han incorporado principios que han “humanizado” el procedimiento. No obstante, al hilo de todo lo estudiado, podemos enumerar determinadas características que son compartidas por estos sistemas, sin dejar de sorprendernos por la cantidad y profundidad de dichas similitudes:

– El procedimiento es de naturaleza judicial, es decir, requiere de la intervención de un representante de los poderes públicos, que encarna el valor de la Justicia dentro del ordenamiento¹⁵; además, el órgano jurisdiccional no puede iniciar el proceso de oficio, sino que la apertura del mismo implica la petición de la parte interesada, normalmente un acreedor, lo que redundará en la incorporación de todos los demás al procedimiento¹⁶.

¹⁴ No entraremos, por corresponder a otro estudio de naturaleza histórica, en la discusión doctrinal sobre diversos caracteres o elementos que configuraban la *venditio bonorum*, bastando aquí la mera toma en consideración de la existencia de procedimiento concursal en su versión más primitiva en el Derecho romano.

¹⁵ En Roma el Magistrado; en la actualidad el Juez de lo Mercantil o el Tribunale Fallimentare.

¹⁶ Esta circunstancia, como veremos cuando hagamos referencia al principio de rogación en Derecho español o *ufficiosità* en Derecho italiano, es más clara en el primer caso que en el segundo. Si bien en España es palmario el carácter dispositivo del procedimiento concursal en lo que se refiere a su inicio, en Italia se han producido reformas en este sentido en los últimos años, evitándose posibilidades de apertura de oficio del fallimento. No obstante, se mantiene la legitimación del Pubblico Ministero, que si bien no

– El decreto que da inicio a la fase de *missio in bona* se asemeja al auto con el que el Juez abre el procedimiento (España) o la sentencia declarativa de fallimento (Italia). En los tres casos se da inicio a la etapa en la que se constata qué tiene el deudor y cuánto debe a sus acreedores. Para que tenga lugar este paso formal dentro del concurso, la instancia que ordena la apertura del proceso lo hace tras la constatación de los presupuestos necesarios para que se inicie. También tendrá el deudor en los ordenamientos que se comparan, la posibilidad de oponerse a este acto judicial.

– Desde que comienza el procedimiento, el interés de los acreedores, que es preponderante, ordena la limitación en las facultades de administración del patrimonio al propio deudor –*spossessamento* en la Legge Fallimentare–. En este sentido, si bien puede no estar plenamente despojado de sus atribuciones en razón de actos que son urgentes, no puede llevar a cabo ninguna acción que debilite o merme los derechos de crédito de los acreedores. El fundamento para limitar las facultades de administración y disposición del deudor es el mismo.

– La gestión del patrimonio concursado se encarga a una instancia que sin tener el dominio de los bienes del deudor, resulta apoderada para administrarlos. Es cierto que en Roma, según el momento procesal, había que hablar del *curator bonorum* (que hacía el inventario y conservaba la masa durante la *missio in bona*) o del *magister bonorum* (que se encargaba de la venta); mientras que en nuestros ordenamientos solo hay un órgano encargado de todas esas tareas, el administrador concursal o *curatore fallimentare*¹⁷. No obstante, el hecho de confiar los bienes a un tercero para su administración y la similitud en las competencias de estos órganos, acreditan una sobrada identidad entre las instituciones.

comporta la apertura de oficio, aleja al ordenamiento italiano de la aplicación pura del principio dispositivo en materia concursal. También hay que señalar que sigue manteniéndose un caso en que el Tribunal puede declarar el inicio del procedimiento de oficio, no en el fallimento, pero sí en un procedimiento particular, la *amministrazione straordinaria delle grandi imprese*.

¹⁷ De nuevo, en Italia esta circunstancia debería matizarse por las competencias atribuidas al Giudice delegato y al comitato dei creditori. *Vid.* TOMÁS TOMÁS, S., “El órgano de administración concursal en algunos sistemas jurídicos de referencia”, *Revista de Investigación (Arequipa)*, Volumen 6, 2015, págs. 131-133.

– La disposición de época ya justiniana que permite a los acreedores elegir entre la *cessio bonorum*¹⁸ o el aplazamiento en el cobro de sus créditos hasta 5 años después, es una medida que recuerda a los convenios de espera, o incluso a las últimas reformas en materia concursal, que desarrollan instrumentos preconcursales o concursales¹⁹ que tratan de apoyar las soluciones a la insolvencia al margen del tedioso procedimiento.

– Las consecuencias y el rigor del procedimiento concursal no están previstos en los mismos términos para el deudor de buena fe que para el deudor fraudulento. Ni en Roma²⁰ ni actualmente²¹ tienen el mismo tratamiento, siendo un régimen de ejecución patrimonial más duro el que corresponde al deudor de mala fe o fraudulento (culpable).

– En la evolución del Derecho concursal en Roma, aparecieron mecanismos para resarcir a los acreedores insatisfechos en virtud de negocios jurídicos fraudulentos o que cumplían ciertas condiciones que se concretaban en un perjuicio a la masa. Estos instrumentos tales como la *actio Pauliana*, derivada del *interdictum fraudatorium* y la *actio Fabiana*²², guardan una estrecha relación con las actuales acciones de reintegración de la masa activa o la *azione revocatoria fallimentare*.

¹⁸ Era una fórmula atenuada de *bonorum venditio*, consistente en la entrega voluntaria de los bienes del deudor a sus acreedores, para que éstos los vendan y satisfagan sus créditos. Se introdujo en época de Augusto (*Lex Iulia de cessione bonorum*) e implicaba ciertas ventajas para el deudor tales como: la evitación de la nota de infamia o la posibilidad de disfrutar del *beneficium competentiae*, una especie de fórmula de limitación de responsabilidad que protegía al condenado de los acreedores residuales que no habían visto satisfechos sus créditos –que recuerda a la segunda oportunidad o esdebitazione–, sin que pudieran volver a reclamar salvo que el cedente volviera a tener un patrimonio de cierto valor. De modo que si se daba tal reclamación y el activo del deudor no era suficiente para cubrir el crédito, la deuda se extinguía. Además, siempre quedaba fuera de cualquier ejecución el mínimo que le era imprescindible para vivir al deudor. *Vid.* BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 112; D’ORS, A., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 175; y PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 123 y ss.

¹⁹ Pueden citarse: el acuerdo de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos en España y los *accordi di ristrutturazione dei debiti* y la proyectada *procedura di allerta* en Italia.

²⁰ BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, págs. 113 y ss.

²¹ En este sentido podemos mencionar a título de ejemplo las diferencias entre el concurso voluntario y el necesario, y sobre todo, las que derivan de la calificación culpable del concurso. En Italia por su parte, el dolo en la actuación del deudor es un criterio que dirige la operatividad de la acción revocatoria.

²² D’ORS, A., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 179.

– De entrada, en estos ordenamientos rige el principio de igualdad de los acreedores (*par condicio creditorum*). El principio adquiere su relevancia dogmática a partir de la actividad comercial²³, que como aquí mantenemos es el motor y la razón de ser de la institución concursal.

– Igualmente, en los tres casos existen excepciones que van a matizar y en ciertas ocasiones a vaciar de significado la *par condicio creditorum*. Está acreditado que de la misma forma que ocurre en nuestro Derecho, en Roma existía un sistema de privilegios entre los acreedores concursales. La doctrina se debate entre un sistema en que debieron existir junto a los privilegios concursales, determinados casos de concursos particulares o –más en la línea de la terminología actual– ejecuciones separadas para ciertos acreedores que ya hemos analizado²⁴; o bien un sistema donde toda preferencia en el pago a los acreedores se sustancie a través de un privilegio concursal²⁵: en primer lugar se situaban los acreedores hipotecarios (que si no veían completamente resarcido su crédito podían efectuar la acción hipotecaria); en el siguiente escalón los acreedores privilegiados, que podían serlo por diferentes conceptos; en tercer lugar los acreedores quirografarios²⁶; y finalmente los acreedores ordinarios. Por tanto, se reconocen tanto en Roma como en la actualidad, privilegios o derechos de separación que desvirtúan o fracturan la igualdad de los acreedores.

En virtud de todo ello, creemos que lo que debe llamar nuestra atención no es si el concepto de insolvencia en el Derecho romano y en el Derecho positivo entroncan perfectamente, o si la naturaleza de los acreedores privilegiados era la misma (difícilmente podría serlo sabiendo que en Roma uno de los privilegios era a favor de la

²³ La *par condicio creditorum* era el principio que regía el reparto de las mercancías gestionadas por los esclavos (concepto de peculio) cuando su dueño conocía perfectamente las actividades del esclavo (reparto *pro rata*). En cambio, cuando no tenía tal control sobre los negocios del esclavo, el dueño de éste no perdía su privilegio como acreedor. Sobre esta cuestión, *vid.* LAZO GONZÁLEZ, P., “El contexto dogmático de la *par condicio creditorum* en el Derecho romano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 17, n°2, 2010; y “Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXV, n° 1, 2012.

²⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 257.

²⁵ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 210-211.

²⁶ Reconocidos por el deudor en un documento especial.

mujer para la restitución de la dote). A pesar de que puedan encontrarse divergencias importantes en cuanto al contenido de las disposiciones en los ordenamientos objeto de estudio, lo realmente interesante es que existieran los privilegios concursales o el concepto de insolvencia en sí. En este sentido, y a modo de ejemplo, no importará que en una época se llamara *curator bonorum* y en otra administrador concursal o *curatore fallimentare* si estas figuras tienen una naturaleza tan similar y un fundamento idéntico. Ése fundamento idéntico, que se ha repetido en numerosas partes del procedimiento concursal romano con respecto al actual, es lo que ha motivado que una parte del estudio se dedique a un Derecho ya derogado, pero que como se ha comprobado está incardinado en la base (y a veces en la superficie) de nuestras instituciones jurídicas. Sin duda la investigación sobre el Derecho romano aporta claves para entender desde un punto de vista mercantil, el concurso como solución a la situación de insolvencia. Sobre todo, debe quedar totalmente claro con este somero repaso a las disposiciones concursales del Derecho romano, que nuestras instituciones son ramas que provienen de un mismo tronco. En un estudio de estas características, comparado, identificar de manera tan exacta el origen remoto y común de las normas, en este caso de Italia y España, supone un importante primer paso. Es evidente que las bases en que se asientan las leyes sobre insolvencia en ambos contextos geográficos traen una impronta romanista, que se revela en el tratamiento de un problema como es la insolvencia, con instrumentos que en versiones más rudimentarias –adaptadas a su realidad– ya están presentes en el Derecho romano clásico.

1.2. Aparición de la quiebra en el Derecho medieval

Deliberadamente, tratamos de encontrar los pasajes de la historiografía del Derecho concursal que relaciona el destino de la institución en Italia y España. En tal empresa resulta fundamental detenernos para destacar un importantísimo hito en la historia del Derecho de la insolvencia: la aparición de la quiebra, esto es, del tratamiento concursal específico para el deudor comerciante. Se trata de un paradigma en el tratamiento jurídico de la insolvencia al que han sido permeables todos los ordenamientos occidentales, por supuesto también el español y el italiano. En el primer caso la Ley del año 2003 ha renunciado al mismo, evitando la diversidad de trato al deudor según su naturaleza; mientras que en el segundo sigue estando vigente. En cualquier caso, la quiebra comercial es un sistema concursal que ha regido en largos periodos de la historia

y que tiene un origen que relaciona, de nuevo, a Italia y España. Sin duda, ambos produjeron las primeras normas en que se reconocían y vertebraban procedimientos de quiebra, y es que la elección de los sistemas español e italiano responde al estudio de dos ordenamientos que han sido desde antiguo pioneros en la materia concursal. Repasamos a continuación cómo se produjo la génesis de la quiebra comercial, del tratamiento concursal diferenciado al comerciante en estos territorios²⁷.

En “España” esta transformación acontece con ocasión de fueros y otras normas similares, que contribuyeron de forma significativa al desarrollo de la disciplina en el siglo XIV. En concreto, encontramos en el Derecho catalán reglas sobre la insolvencia del comerciante²⁸, que sitúan un procedimiento concursal como una respuesta del ordenamiento ante el “cambiador quebrado”. Nótese la importancia del término quiebra, que aparece íntima e indisolublemente unido a la noción de comerciante. Así, las Cortes de Barcelona del año 1299, determinaron que estos cambiadores quebrados (“Abatuts”) no volvieran a tener tabla de cambio ni empleo, considerándoles infames en la ciudad de referencia, en una suerte de inhabilitación para el ejercicio del comercio. El castigo se agravaba hasta el punto de ser detenido y alimentado únicamente con pan y agua hasta satisfacer sus créditos pendientes²⁹.

El análisis de este Derecho determina una concepción de gran pertinencia al hilo de nuestro estudio, como es la de tratar de forma especial la figura del operador económico en el mercado con una situación patrimonial de insuficiencia de medios para hacer frente a sus deudas. Es el caso del Derecho catalán en el siglo XIV, que además de las citadas Cortes de Barcelona, cuenta con las Cortes de Gerona de 1321, que también prevé la nota de infamia, pregonada en relación al quebrado. Pero este instrumento normativo va incluso más allá, y establece la pena de muerte ante el impago de las

²⁷ Que aclaramos en su momento no conformaban Estados unitarios en el sentido moderno, refiriéndonos con España o Italia a la organización política que regía en el espacio físico ocupado hoy por los mismos.

²⁸ La aparición de la quiebra en España con en este contexto se ha admitido, entre otros, por: BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, págs. 90-92.

²⁹ RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español: La Quiebra*, Barcelona, Bosch, 1959, págs. 150 y ss.

deudas³⁰; dejando patente un rigor inusitado con el comerciante fallido. Este rigor quedaría matizado posteriormente, cuando las Cortes de Barcelona de 1493 establecieran un sistema más duro para los comerciantes que se ocultaban tras la insolvencia, que para los que simplemente quebraban³¹, introduciéndose en este caso el elemento de la buena fe post-quebra como atenuante del procedimiento que habría de soportar el deudor.

Lo cierto es, que la aparición de la quiebra en el Derecho concursal español a través del Derecho catalán, no queda exenta de discusión en cuanto a la determinación de las fuentes de las que bebe. A este respecto trae AÑOVEROS TRIAS DE BES las opiniones de APODACA Y OSUNA³², que señaló cómo el influjo del Derecho visigodo supuso una fuerte corriente para las normas sobre insolvencia, al contrario de lo que ocurrió en el Derecho estatutario italiano, donde la tendencia romana dominaba absolutamente la dirección de la institución. Mientras que en España el sistema es más liberal, benigno y menos duro, en Italia se consolida el sistema privatista, de fuerte influencia romana, más riguroso y severo que nuestro modelo publicista. El citado autor señala que ésta es la disyuntiva que se plantea entre los dos países que dominan las relaciones comerciales en el Mediterráneo, tomándose como referencia para otros Estados que se decantan por uno u otro sistema³³.

No obstante, cuando en el Derecho catalán aparece por primera vez la quiebra, la lógica de ésta agrava los efectos del procedimiento concursal en el deudor sobre la base de su condición de comerciante, y no se trata de una norma aislada. La concepción del deudor mercantil como un defraudador implica un tratamiento durísimo, lo que necesariamente imprime en la quiebra un tinte penal, que se aleja en principio del ámbito económico en el transcurre el hecho ilícito. Podemos encontrar en los últimos siglos del periodo medieval, siempre dentro de la cierta clemencia de nuestra tradición jurídica, normas que siguen esa estela de rigor y dureza contra el comerciante quebrado, mientras

³⁰ MADURELL I MARIMON, J. M., “Quiebras en la vida mercantil catalana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969, pág. 578.

³¹ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 308.

³² AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Madrid, Civitas, 1996, pág. 3466.

³³ Francia e Italia mantienen el modelo privatista, mientras que la intervención del Estado es más propia de España y los países germánicos.

que en otras las prescripciones tienden a dar reducir su nivel de gravedad³⁴. En este punto, las cuestiones que debemos apuntar son: ¿De dónde viene ese rigor en la quiebra mercantil? ¿Por qué ese sistema agravado para el comerciante? Dejando un lado las posibles explicaciones más finalistas, podemos encontrar en la evolución de la normativa los motivos que llevaron a legislador a obrar en este sentido. En concreto, la irradiación del Derecho estatutario italiano, con su idea de castigar al fallito³⁵ como sujeto activo de una defraudación y en pro del tráfico mercantil, es un dato fundamental para responder tales preguntas.

En Italia, la recepción del Derecho romano se da de manera más directa, lo que implica que ya desde los primeros estatutos de las ciudades italianas se contemplan instituciones concursales³⁶. No obstante, las necesidades del comercio, una vez más motor de la disciplina concursal, derivan en un procedimiento específico que está dedicado de manera clara al comerciante y a la protección del crédito comercial³⁷. Podría acaso haber sido esta influencia italiana la causante de la creación de un modelo de quiebras en el Derecho catalán, siendo el catalizador de esta situación los intercambios comerciales entre Italia y los cambiadores catalanes. Utilizamos todas las cautelas para tratar la cuestión, que no es clara, manteniendo una línea de prudencia perfectamente dibujada por ALEJANDRE GARCÍA³⁸. Al hilo de sus tesis, podemos extraer motivos suficientes como la similitud en el tenor literal de los textos³⁹, las sanciones aplicadas, el

³⁴ En este sentido, leyes como las de Cortes de Barcelona (1299), de Gerona (1321) o la Pragmática de los Reyes Católicos (1502) tienen un régimen más duro, mientras que las Costumbres de Tortosa o las Leyes de Monzón (1585) son menos rigurosas con el deudor. Para conocer esta cuestión con profundidad y sobre cómo las instituciones de nuestro Derecho concursal matizan los efectos sobre el deudor, *vid.*, AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3470-3472.

³⁵ Fallito es una voz que se ha mantenido con el tiempo en el sistema concursal italiano (*Fallimento*), y que viene del verbo latino *fallere*, que significa “engañar”, “ocultarse”. *Vid.*, ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 496.

³⁶ Como por ejemplo, la cesión de bienes. A este respecto se pueden citar los *Statuti dei Cambiatori Bolognesi* de 1245.

³⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pág. 323.

³⁸ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra...* *op. cit.*, págs. 63 y ss.

³⁹ Especialmente de la Ley de Cortes de Barcelona con estatutos florentinos como los *Statuti dell'Arte del Cambio di Firenze* (1299).

propio intercambio comercial y la influencia de los estudiantes españoles que marcharon a estudiar a universidades italianas⁴⁰.

Sin embargo, también existieron motivos suficientes para que la quiebra surgiera de forma autónoma en el Derecho catalán, principalmente el desarrollo del comercio, que fue también la razón de ser de la quiebra en el Derecho estatutario italiano. A favor de esta interpretación podríamos esgrimir lo tardío de la quiebra en el ordenamiento de “la otra España”, la de Castilla⁴¹, que no supo de esta figura hasta al menos el siglo XVI, cuando el comercio despegó en esta zona⁴². Dando por cierta esta idea, se trataría de una institución nacida a partir del propio Derecho romano, sin influencias mediatas, como la del Derecho estatutario italiano⁴³. Ahora bien, pensamos que los razonamientos en uno y otro sentido pueden ser correctos, configurándose así la quiebra como un instituto concursal potenciado en su momento por el auge del comercio e inspirado en las reglas que en este sentido otros ordenamientos ya habían implementado, en concreto el Derecho italiano medieval a través de los estatutos de ciudades eminentemente comerciales. Se trataría así de una figura con caracteres extraños y propios; y como prueba de ello encontramos la evolución diversa que tendrá ésta en momentos posteriores –con ocasión de otros criterios como el alzamiento, la buena fe, etc–. En cualquier caso, la relación entre los sistemas español e italiano es evidente: en ambos aparece la quiebra como respuesta lógica al desarrollo del comercio. Y aunque es confuso si existe un influjo del Derecho italiano a territorios de la Corona de Aragón por medio del intercambio comercial o si la quiebra en Cataluña vino dada por un desarrollo más autónomo, no se

⁴⁰ De todas ellas, la primera fue la Universidad de Bolonia (*Alma Mater studiorum*), que data del año 1088. En esta migración de carácter académico, tiene especial relevancia la existencia desde 1364 del Real Colegio de España en Bolonia (o de San Clemente de los Españoles), que lleva seis siglos albergando estudiantes españoles –ahora de doctorado– que más tarde volverían a nuestro país. Es muy notoria la introducción por parte de estos colegiales, de códigos que adquirirían durante su estancia en Bolonia, para más tarde llevarlos a España. Resultaban costosísimos, pero fue una de las pocas formas, y desde luego la mejor, de acceder al conocimiento jurídico durante varios siglos.

⁴¹ Sobre el desarrollo de los distintos instrumentos de Derecho concursal en Castilla, y la similitud entre los procedimientos civiles y comerciales durante esta etapa (e incluso con posterioridad, hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737), *vid.*, PORRAS ARBOLEDAS, P. A., “Procesos ejecutivos en la España castellana durante la Edad Moderna”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 20, 2013, págs. 235-273.

⁴² BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis... op. cit.*, pág. 91.

⁴³ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 66.

puede dudar de que se trata de regiones que crecieron, en cuanto al Derecho concursal, de manera paralela y, muy probablemente, enriqueciéndose de forma recíproca.

1.3. Derecho estatutario y tratadistas del siglo XVII: crítica internacional a Salgado de Somoza

Si hay una figura que destaca en la Historia del Derecho concursal español por encima de todas, es sin duda la de SALGADO DE SOMOZA. Sin embargo, este autor que en España se ha valorado unánimemente como el más importante estudioso del Derecho concursal, ha tenido una crítica heterogénea en el contexto internacional. Sus textos han sido especialmente seguidos en Alemania y estudiados en Italia, donde se ha juzgado, como decimos, de manera desigual su aportación al estado de la cuestión. En este epígrafe buscamos presentar mínimamente la obra de SALGADO DE SOMOZA, y sobre todo mostrar que la relación entre el Derecho concursal español e italiano va más allá de las normas, puesto que también se han compartido fuentes doctrinales, en un intercambio de críticas positivas y negativas, que han ayudado a conformar lo que hoy es el Derecho vigente. Un importante pasaje en la historia compartida del Derecho concursal español e italiano, es la difusión de la obra de SALGADO DE SOMOZA y su recepción por la doctrina italiana, que en diversos momentos de la historia ha sido más o menos permeable a la misma.

Su obra principal y que ha tenido importantes consecuencias en el estudio de esta rama se tituló *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, siendo la cuestión de su primera edición controvertida, aunque nos acogemos a la teoría de que tuvo lugar en Lyon en 1651⁴⁴, siendo más tarde reeditada en ciudades como Amberes, Frankfurt y Venecia (dato que da buena cuenta de su alto grado de internacionalización para tratarse de mediados del Siglo XVII). Grandes juristas como CASTÁN TOBEÑAS, no dudan en señalar que estamos ante el primer tratado sistemático del concurso en el mundo⁴⁵. Con este Tratado, SALGADO DE SOMOZA pretendía

⁴⁴ La fecha de 1646, que atribuye entre otros, la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no es correcta en tanto que el hecho que aconteció aquel año es la aprobación del Doctor Pedro Gálvez, el 6 de septiembre en Valladolid, concediendo licencia de impresión. OLIVENCIA, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 56-57, nota 35.

⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, pág. 54.

reducir los efectos perniciosos de la cesión de bienes sobre el deudor. Intenta caracterizar un procedimiento cuyo rigor sea trasladado del trato al deudor, a la formalidad de aquél. Para conseguir este objetivo, el autor vuelve de alguna forma al sistema del Derecho castellano anterior al siglo XV, con un modelo de cesión de bienes que no hará diferencias entre comerciantes y no comerciantes, y en el que no se exige el encarcelamiento previo del deudor o la necesidad del reconocimiento de las deudas con efectos de confesión. A cambio, se intensifican las garantías y formalidades⁴⁶. Esta igualdad en el trato del deudor comerciante y no comerciante auguraba una de las líneas principales de la normativa concursal que se inició en el año 2003 en España, varios siglos después⁴⁷.

En la obra se citan cuatro tipos de concurso, cuatro variantes de la institución, de las que el autor no es ignorante de ninguna de ellas pese a dedicar sus esfuerzos teóricos en caracterizar tan solo la última. Los tres primeros tipos se refieren a la espera, esto es, cuando los acreedores conceden una moratoria al deudor común; la quita, por la que los acreedores acuerdan renunciar a una parte de sus créditos; y las tercerías, que se refieren al juicio entre acreedores para establecer la prelación en el pago después de que uno de ellos reclame al deudor común y el otro se oponga argumentando su mejor derecho. Finalmente, el último tipo de concurso viene determinado por la voluntariedad del deudor, que decide ceder sus bienes para que según el orden de prelación que corresponda, puedan ser satisfechos sus acreedores. Sobre este género de concurso trata la obra de SALGADO DE SOMOZA que sin ignorar como decíamos, que la realidad concursal es más amplia, decidió ocuparse en su *Labyrinthus* de aquella forma de concurso que entendía más favorable o beneficiosa para el deudor.

El Tratado cuenta con cuatro partes: la primera trata sobre la declaración de concurso (44 capítulos); la segunda sobre la situación especial de ciertos acreedores (30 capítulos); la tercera se encarga de la enajenación de bienes y la figura del síndico (16 capítulos); y la cuarta de la cesión de bienes, los créditos hipotecarios y otras cuestiones (17 capítulos). No obstante, hay que señalar que la última parte, que integra el tomo tercero de la obra, se publicó a título póstumo, en 1672. La labor de recopilación necesaria

⁴⁶ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, pág. 3475.

⁴⁷ Para algunos autores era una histórica pretensión en el sistema anterior a 2003. Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 842.

para la publicación de este último fragmento fue llevada a cabo por el sobrino del autor, Fray Álvaro Salgado⁴⁸.

La obra de SALGADO DE SOMOZA es un tratado que no se limita a estudiar las normas sobre concurso existentes aportando interpretaciones, sino que suple al ordenamiento⁴⁹, resolviendo problemas sobre los que existían “lagunas”. Se trata de un jurista cuyos conocimientos le permiten dar soluciones a cuestiones que no estaban resueltas en la legislación, integrando las normas concursales con las prescripciones de su *Labyrinthus*. Las innovaciones introducidas en el tratado de referencia hunden sus raíces en ese concepto benigno de la insolvencia y a su vez protector del crédito, que es la nota que permite la atenuación de los efectos sobre el deudor. Así, podemos hablar del desarrollo de las acciones retroactivas sin necesidad de existir previamente fraude; de la convocatoria de los acreedores con publicidad para que acudieran los acreedores desconocidos, del procedimiento de oposición al convenio; o bien de la idea de interés público del concurso, que se sitúa sobre o al menos junto, al interés de los acreedores, lo que justifica la vigilancia e intervención del aparato estatal⁵⁰. La reacción de SALGADO DE SOMOZA frente a la dureza de disposiciones como la Pragmática de Felipe II de 18 de julio de 1590, se va a concretar en una reconducción de la vertiente penal del concurso a determinados casos. Partiendo de un ordenamiento que castigaba duramente al deudor insolvente como forma de sanción (no solo para compeler al pago de lo debido), el Tratado va a trasladar el aspecto punitivo de la insolvencia a determinados sujetos que no tienen voluntad de llegar a acuerdos y reconducir la situación, o cuyo procedimiento venga dado por un fraude.

Todo ello se consigue gracias a una fuerte procesalización de la institución (que ha llegado hasta nuestros días); tratando así de otorgar seguridad al crédito sin que sea necesario el encarcelamiento del deudor u otras medidas coercitivas. En concreto, la intervención judicial pasa a ser una nota característica del procedimiento, que ya no sustancia simplemente una relación acreedores-deudor, sino que va más allá y convierte en parte interesada en la situación de insolvencia a la Administración Pública. Se puede decir que la institución se *subordina a las formalidades de un verdadero juicio: los bienes*

⁴⁸ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3464-3465.

⁴⁹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra...* *op. cit.*, pág. 89.

⁵⁰ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, pág. 3475.

se dejan bajo la protección y potestad judicial, se reconoce al juez la facultad de nombrar administrador para la masa de los bienes, subastar éstos en representación del deudor, distribuir entre los acreedores el producto de la venta, etc⁵¹. Esto no debe ser óbice para que los acreedores mantengan un importante grado de autonomía en determinadas cuestiones. Pero, justificándose en el interés público del concurso, lo que supone la obra de SALGADO DE SOMOZA es la caracterización de una institución jurídica muy reglada, que no admite la posibilidad de la cesión de bienes fuera de juicio –y de la autoridad del juez–⁵², pensando tanto en un trato menos riguroso del deudor, como en la protección del crédito de los acreedores. Sobre todo en éstos últimos, a quien realmente van dirigidas las bondades de su obra.

El texto supone una fractura en el tratamiento jurídico de la insolvencia, que desde la mitad del siglo XVII, va a contemplar otro tipo de soluciones o de remedios ante la falta de medios para hacer frente al pago de los acreedores. Desde luego, la obra supuso la cristalización de una concepción publicista, atenuada, menos rigurosa con el deudor; en contraposición con el modelo privatista italiano, más severo y menos “intervenido”. Así, sintetizando en exceso esta corriente, se podría decir que el resumen de sus postulados cabe en una frase: de las deudas deben responder los bienes y no las personas⁵³.

Además, en la obra de SALGADO DE SOMOZA encontramos elementos que dan sentido a este estudio. En concreto, queremos citar dos ideas que animan nuestra investigación. De un lado, advierte al inicio de la obra que en relación al concurso, su grado de complejidad alberga dificultades insalvables si desconocemos la naturaleza, principios y condiciones del juicio⁵⁴ –de la institución–, lo que tomamos como un guiño

⁵¹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 90.

⁵² GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (2ª ed.), Tomo II, Madrid, Silverio Aguirre, 1956, pág. 408. Dicha edición está revisada y puesta al día por VERDERA TUELLS, E., del que señalamos, solo de modo anecdótico y con motivo del análisis de la influencia recíproca de las doctrinas española e italiana, que fuera Rector del Real Colegio de España en Bolonia entre los años 1955 y 1977.

⁵³ GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M. I., *Apunte bio-bibliográfico de don Francisco Salgado de Somoza (La Coruña, 1595?-Alcalá la Real, 1656), autor del "Labyrinthus creditorum", su testamento y codicillo*, Universidad de Córdoba, 2002.

⁵⁴ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Tomo I, L. Anisson, 1665, pág. 3, nº 6: *Et circa ho concurfus, & iudicij genus nofter verfatur tractatus, in gentes, vtilis & mirabiles, phyficas tamen difficultates continens, quae vix vinci pofdunt, fi naturam huius iudicij per fua principia non agnofcimus, & eius conditiones ac*

al análisis de los principios concursales, para no perdernos en el laberinto jurídico que supone esta rama del ordenamiento. De otro, la distinción que el propio autor hace del procedimiento que caracteriza con respecto a una simple cesión de bienes⁵⁵. En este sentido, debemos recordar que situábamos el origen remoto de la institución concursal en la *bonorum venditio*, por ser la primera institución en Roma que preveía un sistema más o menos complejo, reglado y estructurado para dar respuesta al problema de la insolvencia frente a una pluralidad de acreedores. Esa complejidad y cierta organización que caracteriza al proceso concursal, entendemos es el motivo por el que SALGADO DE SOMOZA señala que su concurso no es una simple cesión de bienes, sino un procedimiento universal⁵⁶ que trataba de dar “soluciones” –recalcando la actualidad del término– al problema que es objeto de nuestro estudio.

Fuera de nuestras fronteras, algunos autores reconocieron a SALGADO DE SOMOZA el mérito de escribir el primer libro doctrinal sistemático sobre Derecho concursal, y también el de influir fuertemente en otros ordenamientos como el alemán. Entre ellos destaca BONELLI⁵⁷; si bien otros autores italianos también de principios del siglo XX, no tuvieron el mismo concepto sobre el jurista gallego. En ese sentido, ROCCO⁵⁸ desecha bruscamente la idea de la doctrina alemana (KOHLEK) que reconoce

formalitem ignoramus. La edición utilizada se encuentra en el fondo antiguo de la biblioteca del Real Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago de Granada.

⁵⁵ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus... op. cit.*, pág. 7, n° 46-47: *Infuper non omittam non nullas alias differentias inter simplicem cessionem, & concursum creditorum, quod licet hoc iudicium concursus uniuersale de quo loquimur, ranquam praeuentium non petat de neccessitate formali, quod debitor ab aliquo ex suis creditoribus moestetur iudicialiter, ex his quae supra scripta manent prout requiritur in cessione simplici bonorum (...).*

⁵⁶ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus... op. cit.*, págs. 8-9, n° 60: *Diximus quae causae omnes incorporantur in concursum uniuersalem, cuius natura vestiuntur propria mutata, & alterata, itaut prorfos amittant viam executiuam, & omnes efficiantur ordinariae, & in iudicio ordinario simul tra etentur iuxta naturam concursus, qui ordinarium iudicium requirit (...).*

⁵⁷ BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, Milano, Francesco Vallardi, 1938, pág. XVI: *Il primo libro dottrinale sistematico sul diritto concorsuale fu opera d'uno spagnolo, SALGADO DE SOMOZA, che sul principio del sec. XVII scrisse il Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam; opera che esercitò grandissima influenza anche fuori di Spagna, specialmente poi in Germania.*

⁵⁸ ROCCO, A., *Il Fallimento: teoria generale ed origine storica*, Torino, Fratelli Bocca, 1917, págs 217-218: *L'opinione del KOHLER, infatti, che i principi del fallimento italiano siano stati profondamente modificati per opera della dottrina spagnuola e precisamente di SALGADO DE SOMOZA, giurista spagnuolo del secolo XVII, è, a mio avviso, infondata (...)* La sola differenza notevole tra l'esposizione del giurista spagnuolo e le norme dei nostri statuti sta nella maggior complicazione, pesantezza e pedanteria

la influencia de la doctrina concursal español y en concreto el *Labyrinthus* como una obra de referencia en el mundo y que inspiró profundamente los principios concursales del Derecho italiano. El autor niega esta irradiación proveniente de España, para calificar la obra de SALGADO DE SOMOZA como pedante y pesada, entendiéndolo que adolece de la originalidad que otros le confieren al haber bebido en su exposición claramente de las instituciones concursales del Derecho italiano. En su opinión el texto solo se distingue del Derecho estatutario italiano en una notable complicación sin sentido, a diferencia de aquél, cuyo tratamiento de la insolvencia es más simple y espontáneo. Encontramos en otros autores italianos una posición intermedia, como la mantenida por ROSSI⁵⁹, que si bien se hace eco de la obra de SALGADO DE SOMOZA como uno de los primeros tratados sistemáticos de la quiebra, no valora la originalidad del texto, aduciendo que es una readaptación de normas contenidas en la legislación estatutaria italiana. En definitiva, la doctrina italiana en el siglo XX no otorga al autor español la importancia que se le ha dado en otros países del mundo, para mantener la idea de que el Derecho estatutario italiano fue el ordenamiento informador de la disciplina concursal en el resto del continente.

En la doctrina alemana, KOHLER valora como ya se ha expresado, la calidad, claridad y fuerte proyección del *Labyrinthus* en otros países, entre ellos Italia y Alemania.

di quello, che scrivera sotto l'influsso di una pratica più pedantesca e assai meno agile ed aderente ai fatti. Differenza, questa, troppo esteriore e troppo poco significativa, per attribuire all'opera spagnuola pregio di originalità in confronto di quella limpida, semplice e spontanea delle consuetudini e degli statuti italiani.

⁵⁹ ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, Antonio Milani, 1956, págs. 9-10: *La Spagna aveva in SALGADO DE SOMOZA, col suo Labyrinthus creditorum, uno dei primi trattatisti sistematici del diritto fallimentare.*

A detta del KOHLER l'opera di salgado ebbe una grandissima influenza soprattutto sul diritto germanico, introducendovi in sovrapposizione ai principi mutuati dagli statuti italiani, un sistema autoritario ed illiberale. Contro l'opinione, che vuole ritenere il sistema spagnolo illiberale ed autoritario, si sono però di recente levati due giuristi spagnoli rivendicando l'originalità e la liberalità del diritto fallimentare spagnolo, prima e dopo l'opera di SALGADO.

E se si tien conto del carattere ufficioso e pubblicistico che l'istituto già aveva negli statuti italiani, e la liberalità di alcune legislazioni statutarie italiane, come quella di Venezia, non è difficile concludere che i principi a cui si ispirava il diritto spagnolo non erano antitetici a quelli dei nostri statuti, ma in sostanza costituivano che una rielaborata assimilazione. Resta comunque certo che l'influenza del diritto spagnolo su quello tedesco, è pur sempre il fallimento quale fu creato dagli statuti italiani che si espande nel continente, dove viene assorbito attraverso le frequenti fiere e i diversi mercati. Se refiere a los autores españoles ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES y DE BENITO.

No obstante, recogiendo la revisión de AÑOVEROS TRIAS DE BES⁶⁰, el autor alemán realiza una crítica a la institución caracterizada por SALGADO DE SOMOZA, planteando dudas sobre la manera en que el jurista gallego conjuga los derechos privados de los acreedores con la dimensión pública de la institución concursal, que se justifica en razón de la naturaleza social del Derecho.

1.4. Nuevas tendencias reformadoras

Finalmente, cabe señalar otra circunstancia que –en este caso– acerca el Derecho concursal de España e Italia y que se corresponde precisamente con el momento actual que está viviendo la disciplina concursal, sobre todo el destino que ésta parece estar tomando. Nos referimos a una tendencia identificada en los últimos años, provocada en parte por la gran crisis económica que ha azotado Europa de manera global. Durante este periodo de crisis, se ha multiplicado exponencialmente el número de insolvencias y por ende, de procedimientos de este tipo. Nuestros sistemas, en cambio, no estaban preparados para una coyuntura económica inesperada y de falta de recursos generalizada, lo que ha producido la “quiebra” del sistema concursal en sí. El Derecho concursal es creado para responder a la crisis económica aisladamente considerada, pero no para una demanda agregada de soluciones concursales. En este sentido, cuando ha tenido lugar este aumento exacerbado en el uso del Derecho concursal, los resultados no han sido buenos. El sistema se ha revelado inidóneo, ineficaz e ineficiente para responder a este tipo de crisis.

Ante estos hechos, el legislador se ha encontrado una compleja situación, caracterizada por múltiples tensiones y en la que se han debido tomar difíciles decisiones. Considerando tanto el caso español como el italiano, el poder público ha decidido utilizar el Derecho concursal como un instrumento de política económica, tratando de generar condiciones que coadyuvaran a la superación de la crisis desde un punto de vista concursal. Sin embargo, en nuestra opinión el Derecho de la insolvencia debe responder a una lógica micro, casuística, y no a los problemas financieros a gran escala, cuyos remedios pertenecen a otras esferas. Además, el cambio legislativo animado por la crisis económica en materia de concurso ha determinado la implementación de medidas de

⁶⁰ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3474-3476. Cita a: KOHLER, J., *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903.

urgencia (que deberían tener una aplicación transitoria) de manera definitiva, con una técnica que no solo puede ser perjudicial en estos momentos, sino también cuando el ciclo económico vuelva a ser favorable. En este recorrido de naturaleza reformadora, España e Italia han seguido, a pesar de sus diferencias, un camino bastante similar, copiándose incluso algunas medidas, lo que ha llevado a un nuevo acercamiento entre los paradigmas sometidos a análisis; incluso en la crítica a esta tendencia. Entre sus detractores (dentro del ámbito español) destacamos por la intensidad de sus críticas al Profesor OLIVENCIA⁶¹, que expresa la impertinencia de reformar una norma de corte concursal en tiempos de crisis. La Ley 22/2003 se promulgó en otro contexto económico pero por encima de esa circunstancia, se promulgó como una Ley que regulaba el tratamiento jurídico de la insolvencia, por tanto, se pervierte su sentido si tratamos de convertirla en una suerte de Ley anticrisis. Dice el citado autor que la tendencia reformadora está introduciendo disfunción en el sistema concursal desde el año 2009. No duda en calificar el ánimo reformador del legislador en este punto (y ello puede predicarse también del sistema italiano con la Legge Fallimentare como referencia) como fuego ametrallador contra la Ley Concursal, entendiendo que esto introduce inseguridad jurídica y altera el mecanismo del Derecho concursal como respuesta a la insolvencia, quedando más debilitado que corregido en consecuencia. La LCon –añade–, fue dictada en un periodo de normalidad, como suelen promulgarse las normas amplias y que versan sobre toda una parcela del ordenamiento, pudiendo subsanarse sus disfunciones mediante la práctica continuada y la interpretación judicial. De forma que OLIVENCIA admite la posibilidad de mejorar la Ley Concursal, pero niega que sea imputable a la misma el incumplimiento de fines como la continuidad de la actividad económica. Incide en que esta norma es un instrumento de política jurídica para el tratamiento de la insolvencia y no *un instrumento de política económica para luchar contra la crisis*. Entiende que el efecto de cadena en relación a la insolvencia ha sido promovido por una patología del sistema económico que poco tiene que ver con una norma que prevé el desarrollo normal de la esfera económica, muy lejos de la *pandemia* sufrida por nuestro Estado. Podría decirse que las situaciones excepcionales requieren soluciones excepcionales y no reformas permanentes que deformen el Derecho concursal. En esa línea de medidas excepcionales propone otras

⁶¹ OLIVENCIA, M., “Las reformas de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 17-24; “Los motivos de la reforma concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012, págs. 23-30.

como: aumentar el número de órganos jurisdiccionales competentes en la materia, dotar de medios extraordinarios a los ya existentes, suficientes recursos materiales y humanos; concibiendo las dificultades en la aplicación del procedimiento concursal como un problema de insuficiencias en los órganos, esto es, de medios⁶².

Si estudiamos las reformas soportadas por la Ley Concursal y la Legge Fallimentare, podemos concluir que el Derecho concursal está sufriendo en los escenarios señalados una metamorfosis en los últimos años, y que sigue abierto a nuevas modificaciones y cambios que lo acerquen a las condiciones de utilidad social que son esperables. En este sentido, el proceso de reforma ni mucho menos puede darse aun por terminado. Se han acometido numerosas e importantes modificaciones y se han creado nuevos institutos; destacando la importante actividad legislativa en torno a la vertiente preconcursal de la disciplina⁶³, donde se han centrado la mayoría de esfuerzos normativos de los últimos años⁶⁴. Pero próximamente se esperan nuevas modificaciones y desarrollos de la norma, como por ejemplo el reglamento que debe regular el estatuto de la administración concursal en España, que transformará a buen seguro una de las figuras más relevantes en esta rama del ordenamiento⁶⁵; o la profunda reforma proyectada en el Derecho italiano por la comisión presidida por Renato Rordorf, que transforma algunas reglas básicas del Derecho de la insolvencia e Italia y crea incluso nuevos institutos⁶⁶ y

⁶² OLIVENCIA, M., “Las reformas...” *op. cit.*, pág. 21.

⁶³ Nos referimos a los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos en España, y a los accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo y diversos procedimientos de sobreendeudamiento en Italia.

⁶⁴ Con el panorama que han dejado las múltiples reformas en este sector del Derecho concursal, la obra que por rigor y extensión representa la exhaustividad en el estudio de los institutos preconcursales en España es: PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, La Ley, 2016.

⁶⁵ Asimismo, un aspecto que ha escapado del ámbito de esta investigación es el de los sujetos del concurso y muy especialmente el administrador concursal. Para conocer, desde una óptica puramente concursal, generalista y teórica, que debiera ser siempre la primera aproximación al estudio de una cuestión; y con un acertadísimo análisis sobre los diferentes modelos de administración concursal, *vid.*, TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, *La reforma de la legislación concursal* (coordinado por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

⁶⁶ El proyecto de reforma ha sido realizado por la *Comisión Rordorf*, que toma el nombre de su presidente, a quien ha sido encargado el *Schema di disegno di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*. La Comisión fue instituida por el Ministerio de Justicia italiano por Decreto de 28 de enero de 2015. Durante este estudio haremos referencia tanto al texto realizado por la Comisión Ministerial, que representa la delegación realizada al gobierno italiano en materia concursal,

que está más cerca de convertirse en realidad tras la publicación de la Ley de delegación al gobierno para la reforma sobre *le discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*⁶⁷.

Lo que es evidente es que el legislador se ha visto “superado” por la situación económica de los últimos años, tratando de solventar un problema de naturaleza económica desde el plano jurídico, y en concreto, desde el tratamiento jurídico de la insolvencia. El resultado de tal pretensión ha sido el desmantelamiento del procedimiento concursal instituido por el poder público hasta hace unos años. La implementación de medidas a toda prisa, sin respetar los tiempos razonables para preparar las reformas, o bien para detectar si funcionan realmente las que ya se están implementando, ha determinado un escenario concursal verdaderamente degradado en relación a los pocos años de vida de una Ley Concursal que parece en permanente cambio en el caso de España; y a la tradición concursal de un sistema que ha sobrevivido a diferentes escenarios en las últimas décadas en el caso de Italia. De hecho, el afán por liberar a los tribunales competentes del exceso de trabajo y de reducir el número de concursos declarados ha llevado a organizar todo un ramillete de opciones preconcursales, que tienen por objetivo evitar el proceso ordinario de concurso, como si se hubiera agotado el sistema. Ésa es la concepción que impera de manera inaceptable a nuestro entender.

Esta visión, la de un problema principalmente económico, que trata de solventarse desde el plano jurídico, es un paradigma hasta el momento irrenunciable en el Derecho concursal actual. Sin embargo, resultan muy interesantes otros modos de estudiar el concurso, que se acercan al análisis económico del Derecho, cuyo uso es perfectamente plausible en esta materia. Se trata de una posición cuya premisa fue magistralmente definida por BISBAL MÉNDEZ en el Derecho previgente y con relación a la quiebra: *La*

como al informe realizado por aquélla para explicar los diferentes puntos de la proyectada reforma. Se introducen en él modificaciones sobre todos los procedimientos de insolvencia conocidos en Italia: fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria, etc. Incide sobre aspectos básicos como la denominación de la institución, que puede dejar de llamarse fallimento en razón a sus connotaciones lingüísticas negativas para pasar a denominarse liquidazione giudiziale; el beneficio de la segunda oportunidad (esdebitazione); y además, se prevé la creación de un nuevo procedimiento, la procedura di allerta, donde el concepto clave será la tempestividad en la acción concursal como medio para tratar de garantizar el éxito de ésta.

⁶⁷ Legge 19 ottobre 2017, n. 155. Publicada en Gaceta Ufficiale el 30 de octubre de 2017. La norma da un plazo al gobierno italiano de 12 meses para promulgar uno o más decretos legislativos que adapten el ordenamiento concursal a los principios de aquélla.

*quiebra no es por sí misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario. Tanto en los buenos como en los malos tiempos, la posibilidad del fracaso futuro no ha de ser ocultada al optimismo presente. La quiebra es algo inherente al mercado, “como un mal inevitable y necesario del sistema capitalista”. Algo que debe tenerse en cuenta en el mismo instante en que alguien decide iniciar una empresa o construir un imperio*⁶⁸.

Un ejemplo actual de cómo podría argumentarse este tipo de reflexiones lo encontramos en España con GURREA MARTÍNEZ⁶⁹, que justifica los problemas de aplicación del Derecho concursal con una supuesta falta de entendimiento del legislador de los fundamentos económicos del concurso. En su opinión, estigmatizar al insolvente no tiene sentido ya que, para que se produzca la apertura del concurso se han debido dar diversos factores que son muy positivos para el sistema económico, en concreto: la existencia de emprendimiento, consumo o inversión, la asunción de riesgos y la asunción de deuda. Si estos elementos son fundamentales para el crecimiento económico, no cabría una concepción represiva de la insolvencia, que sería expresión de todas esas virtudes. Por tanto, el diseño del sistema concursal tiene que responder a su eficiencia *ex ante*, esto es, su capacidad para promocionar la inversión, el emprendimiento y el abaratamiento del crédito; cuestión que a su vez está relacionada con el grado de eficiencia *ex post* del mismo sistema concursal⁷⁰. En otras palabras, la teoría se basa en que el concurso, que cumple una importante función económica, debe promocionar únicamente la conservación de empresas viables, porque el aumento del grado de eficiencia concursal tiene resultados muy positivos para el resto de la economía, tales como el abaratamiento

⁶⁸ BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis... op. cit.*, pág. 25; “Los fines del sistema concursal. Una aproximación económica al Derecho de quiebras”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen 83, nº 3, 1984, pág. 559. No podríamos decir que dentro de este análisis económico del Derecho, pero sí admitiendo la naturaleza fáctica y económica de la ya derogada quiebra, encontramos la opinión de GARRIGUES: *El Derecho de quiebras es el conjunto de las normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del hecho económico de la quiebra*. GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, pág. 400.

⁶⁹ GURREA MARTÍNEZ, A., “El Derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido”, *e-dictum*, nº 55, julio de 2016 (formato electrónico).

⁷⁰ Con anterioridad a la obra que se está analizando, algunos autores iniciaron la cuestión preguntándose por la relación que podría haber entre *las leyes concursales y los contratos de crédito suscritos por las empresas más sanas de la economía*. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores”, *Estabilidad Financiera*, nº 16, 2009, pág. 135.

del crédito o el aumento del consumo⁷¹. Se aboga así por una suerte de “concurso eficiente”, que si bien no podemos acoger en su totalidad en un trabajo de naturaleza jurídica, sí que incorporaremos en cierto modo al señalar que la conservación empresarial no tiene sentido en términos generales, sino solamente cuando se aplica a operadores que pueden cumplir las expectativas. Se añade, que la falta de atractivo en el recurso al procedimiento concursal determina que se posponga la apertura del mismo y el mantenimiento en el mercado de empresas insolventes, siendo esta circunstancia nociva para el deudor y para los acreedores (ya que se produce una destrucción del valor de la empresa). Sin embargo, en estos planteamientos no inferimos una concepción liquidatoria de la institución concursal, sino –de nuevo– un concurso eficiente, en el que se identifica con la mayor precisión la viabilidad de los deudores, aportando el ordenamiento incentivos suficientes para la utilización del sistema concursal (como por ejemplo la posibilidad para los acreedores de forzar la liquidación de empresas inviables). Todo ello redundaría en un único paradigma posible con carácter *ex post*, la maximización de la satisfacción de los acreedores, lo que tendría en ese mismo contexto la función de asignar eficientemente los recursos mal gestionados, además de generar una posibilidad de explotación para otras empresas; mientras que en el contexto *ex ante*, se mejoraría el consumo, la inversión y el acceso al crédito, protegido por un Derecho concursal eficiente. Como ya se ha dicho, aunque no podamos trasladar todas estas ideas a un estudio de naturaleza jurídica, sí que podrán detectarse algunos elementos que están claramente imbuidos por una concepción económica del Derecho concursal, que no puede negar este enfoque si quiere aportar soluciones reales en materia de insolvencia.

De nuevo, la historia –en este caso reciente– vuelve a relacionar la tradición jurídica de dos países que se miran el uno al otro en materia concursal desde antiguo, y que en el horizonte más próximo deberán enfrentar la dificultad de determinar hacia dónde se dirigen todas estas reformas concursales. En este momento resulta imposible determinar si se trata de ideas que operan tan solo de manera transitoria o si implican una mutación definitiva de la organización del Derecho de la insolvencia, en pos de

⁷¹ El autor llega a considerar que el hecho de que exista una situación de insolvencia es positiva para el sistema. Si bien entendemos el razonamiento de una mejor asignación de los recursos para casos aislados, no resultaría un argumento extrapolable a un contexto generalizado como el que hemos vivido en los últimos años. También en: GURREA MARTÍNEZ, A., “Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1529.

instrumentos menos formalistas y judiciales, buscando mayor dinamismo y autonomía en la gestión de la crisis. Habrá el legislador de enfrentarse a la difícil tarea de racionalizar la aplicación de las normas concursales y discriminar qué medidas suponen una mera adaptación a los tiempos de crisis y cuáles deben permanecer en nuestros ordenamientos.

2. España: modernización del Derecho concursal a través de la Ley 22/2003

2.1. Contexto de la norma

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que es una de las normas de referencia en esta investigación, debe ser entendida en su propio contexto. Son muchas las circunstancias económicas, políticas y sociales que rodean la promulgación de una norma, máxime cuando se trata de una Ley que va a reformar toda una parcela del Derecho. Vamos a dividir esta mínima presentación de las condiciones en las que se gestó la Ley Concursal vigente en dos apartados: el contexto económico y el contexto jurídico. Ambos son los ámbitos que más nos interesan y que tienen una relación directa con el objeto de estudio.

2.1.1. Contexto económico

Pese a la proximidad temporal con la promulgación de la Ley, que es una Ley joven aunque parece más antigua dado su continuo uso, el dibujo económico de España era totalmente diferente al actual. Estando inmersos, o saliendo –según se prefiera– de la crisis económica, nos parece difícil mirar atrás y concebir un país donde la situación económica y financiera no era desastrosa. Hoy se habla ya de una “generación perdida” en términos de oportunidades, o de niños que no han vivido otro contexto que el de un escenario precario desde el punto de vista financiero. Sin embargo existió, y no hace mucho, un Estado que mantenía una línea ascendente y que no desentonaba tanto con respecto a lo que se espera de un país desarrollado, inserto y con una posición de cierto peso específico dentro de la Unión Europea. Lo que ha pasado desde entonces responde a razones políticas, económicas y también culturales sin duda. No obstante, tratamos de mostrar en algunos datos cómo era económicamente España en el periodo en que se acometió una empresa jurídica de vastas dimensiones: la promulgación de una nueva Ley Concursal.

En el año de referencia, 2003, la economía española gozaba de una salud que no podía, al menos a los no expertos en economía, avisarnos de la crisis económica que estaba por venir. Seguramente esta buena salud financiera se refiriera solo a las magnitudes macroeconómicas y no a las prácticas que se estaban dando en el mercado, y que a la postre determinarían o agravarían la crisis.

La economía española mantuvo en 2003 un comportamiento diferente a la tónica general de la Unión Europea. La tasa de crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB) aumentó en nuestro país gracias al consumo y al sector de la construcción, en contraste con la marcha del conjunto de la Unión, que seguía en el camino de una desaceleración iniciada en el año 2001. Con la vista puesta en el PIB entonces se decía: *el registro de 2003 supone el décimo año consecutivo de avance de la economía española tras la recesión de 1993, y permite aumentar el diferencial de crecimiento con la zona euro hasta dos puntos porcentuales, nueve décimas más que en 2002*⁷². Efectivamente, el dinamismo de la economía española en aquel año arrojó una tasa de crecimiento del PIB del 2,4%. Si comparamos este indicador con el dato de años posteriores, podremos comprender con más facilidad cómo estaba entonces nuestra economía, contrastando las cifras que quizá *per se*, no son tan descriptivas:

Año	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Tasa Crecimiento PIB (en %)	3,2	3,2	3,7	4,2	3,8	1,1	-3,6	0,01	-0,6	-2,1	-1,2	1,4

Fuente: INE⁷³; Elaboración propia.

La construcción fue el sector donde más se dejaba ver este crecimiento (3,6%), por encima incluso de los servicios (2,1%). El ritmo de desarrollo tanto de éstos como de los demás sectores fueron inferiores a los registrados en el año 2002, sin embargo, se mantenía el crecimiento económico, que incluso habría de aumentar en años inmediatamente posteriores (antes del desplome). La industria mejoraba ligeramente su

⁷² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2003*, aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo Económico y Social, celebrada el 31 de mayo de 2004, pág. 79.

⁷³ Instituto Nacional de Estadística: http://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm . De los dos últimos años solo constan datos provisionales, siendo el de 2015 un 3,4%, y el de 2016 un 3,3% (avance).

progresión (con datos similares a los del sector energético) pero seguía en un clima de falta de competitividad (1,3%), mientras que en la agricultura y pesca el porcentaje descendía al 0,7%⁷⁴.

Este crecimiento nos hacía andar en la senda de la convergencia real con el resto de Estados de la Unión Europea. Según datos de la Subdirección General de Análisis y Estrategia, en 2003: *por componentes de la demanda interna, tanto el consumo público como el privado han aumentado, un 3 por 100 el primero y un 4,6 por 100 el segundo siendo destacable el crecimiento de la inversión, en contraste con lo sucedido en otros países europeos, en 2,5 por 100, dos puntos por encima que en 2002, consecuencia del mejor tono de la demanda de bienes de equipo (...)* La estabilidad de la demanda interna puede explicarse por los bajos tipos de interés unidos a las reformas fiscales llevadas a cabo en el país así como por unas mejores perspectivas del mercado de trabajo. Respecto a la demanda externa, contribuye negativamente al crecimiento en 1 punto, al haber crecido menos las exportaciones que las importaciones⁷⁵.

Adicionalmente, se pueden aportar algunos datos más:

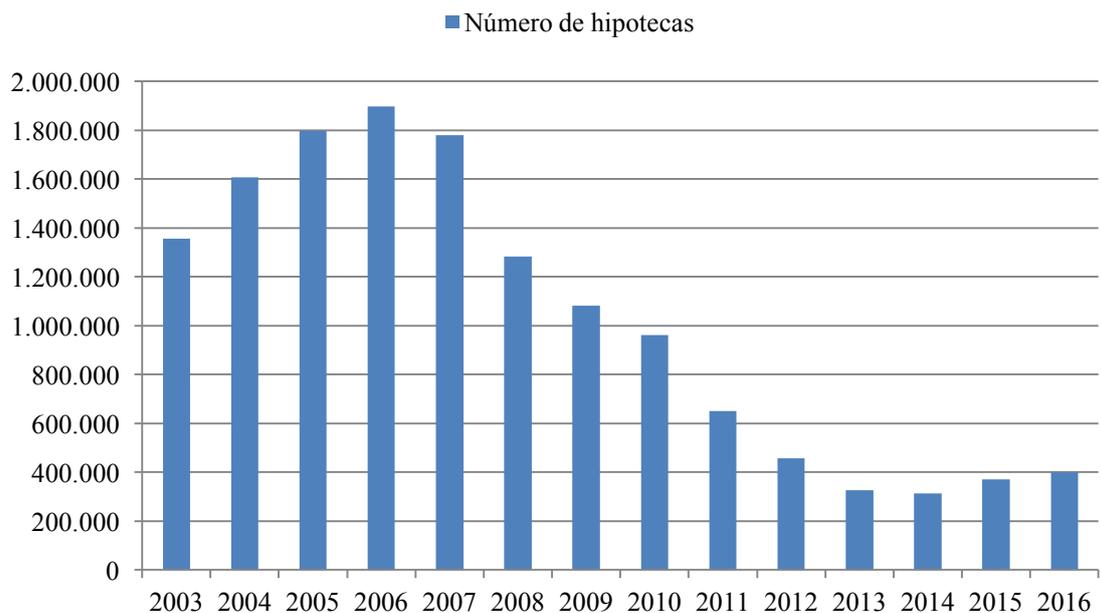
– En el ámbito de la ocupación laboral, la situación también mejoró con un descenso de la tasa de desempleo que se situó en el 11,3%, muy por debajo del 26,36% al que se llegó en el año 2013⁷⁶.

– En cuanto al mercado hipotecario, el siguiente cuadro resume el número de hipotecas totales y el importe de las mismas en los últimos años. Sin mayores valoraciones sobre el papel de este indicador en la génesis de la crisis, resulta interesante observar cómo ha cambiado la demanda y concesión de este instrumento.

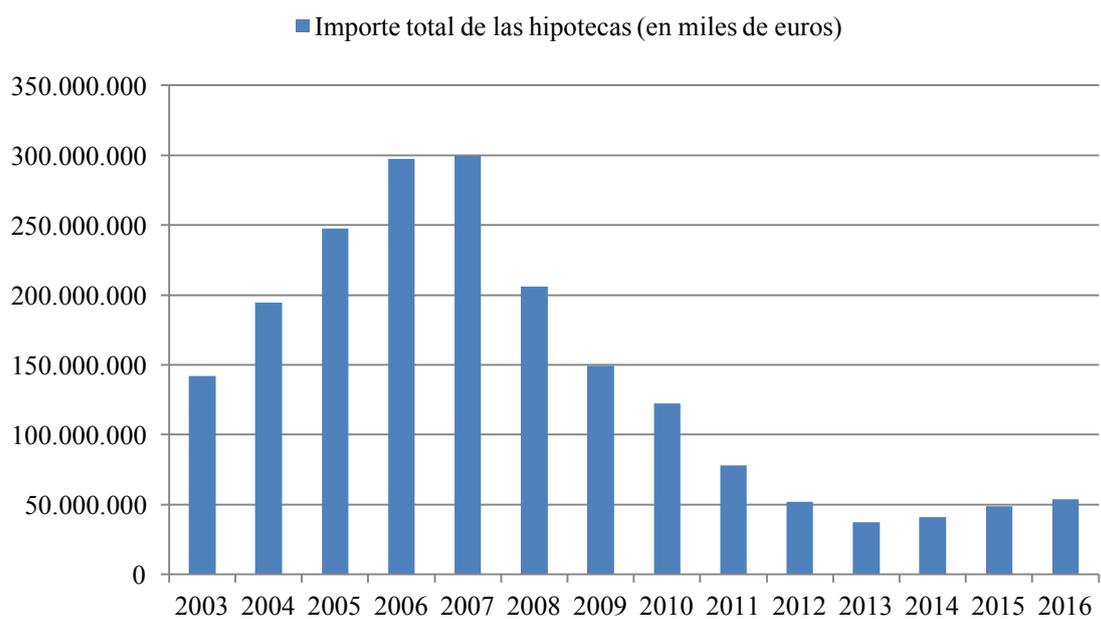
⁷⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre... op. cit.*, págs 78 y ss.

⁷⁵ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica de la zona euro en 2003”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2800, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004, pág. 7.

⁷⁶ Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=697>



Fuente: INE⁷⁷; Elaboración propia.



Fuente: INE⁷⁸; Elaboración propia.

⁷⁷ Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3216>

⁷⁸ *Ibidem*.

– El Superávit español alcanzó el 0,3%⁷⁹.

Por tanto, el contexto económico en que se desarrolló la aprobación de nuestra última Ley Concursal era relativamente relajado, sin que se presagara el desastre financiero posterior. De esta forma, el legislador preparó un texto sobre insolvencia en un momento en que la falta de medios ante una pluralidad de acreedores no era un problema acuciante. De hecho, la promulgación de la Ley respondía más a la demanda de clarificar una parcela tan importante del Derecho y con hondas implicaciones para el Derecho de obligaciones, que a la necesidad social de legislar en materia de concurso. No obstante, la evolución económica hizo aplicar la norma en infinidad de casos, dejando al descubierto numerosas disfunciones del nuevo sistema. Algunas de ellas eran sin duda producto de la incapacidad de la Ley, redactada en momentos de “bonanza económica” de adaptarse a un periodo de recesión sin precedentes. En este sentido, las múltiples reformas que se han hecho de la Ley 22/2003 han tratado de hacer converger la normativa y la realidad social, en una difícilísima tarea de adaptación *ad hoc*.

2.1.2. Contexto jurídico

En el ámbito jurídico-concursal previo a la Ley 22/2003, el descontento era generalizado. Ningún sector social o doctrinal podía valorar positivamente la respuesta del procedimiento concursal como solución a la insolvencia. VAN HEMMEN ALMAZOR⁸⁰ señala que las dificultades encontradas en la aplicación del sistema concursal previo a la reforma tenían su fundamento en los grandes costes del procedimiento, que aconsejaban buscar un remedio extrajudicial, argumentando que España tenía por este motivo un número de procedimientos abiertos inferior a los del resto de Estados industrializados.

Por su parte, dice la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 que ésta “persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español” (así se inicia el texto). Desde luego que la Ley trata de obtener un cambio sustancial en la normativa, dados los defectos que le atribuye a la legislación vigente hasta

⁷⁹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica...” *op. cit.*, pág. 7.

⁸⁰ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, n° 6, 2004, pág. 189 y ss.

su promulgación: “arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”⁸¹. Si seguimos con el razonamiento del legislador, estos problemas que castigan al sistema concursal español, estaban provocados por una deficitaria técnica legislativa en el periodo de la codificación, con la dualidad de códigos (civil y de comercio) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) como texto base en materia procesal-concursal. Nuestro legislador calificó con dureza el sistema concursal en vísperas de su reforma y se lamentaba de no haber sabido reducir las disfunciones del ordenamiento en este ámbito. Otros elementos que influyen negativamente en la valoración del ordenamiento pre Ley Concursal de 2003 son: la multiplicidad de procedimientos concursales; las diferencias en el trato del deudor civil y mercantil; la continuidad de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 pese a ser promulgada con carácter provisional para resolver la situación del Banco de Barcelona; la vigencia, por remisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que era anterior al Código de Comercio de 1885, texto vigente en materia concursal hasta 2003), de normas contenidas el Código de Comercio de 1829, etc. La iniciativa estaba guiada por tanto, por la idea de dotar al sistema de actualidad, flexibilidad y coherencia, huyendo también del carácter represivo de la institución aplicada a los comerciantes y en definitiva, del perfil altamente complejo e intrincado que había tomado la disciplina. En 2003, con la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal se trató de simplificar⁸² y poner orden donde no lo había.

Esta operación legislativa pivota sobre una idea, o tres según se vea, cuál es la de la unidad del concurso en España. La unidad está, según la propia norma, jalonada en una triple vertiente: unidad legal, de disciplina y de procedimiento, sobre las que se afianza esta modernización del Derecho concursal español.

⁸¹ Exposición de Motivos (I), LCon.

⁸² En este sentido, VELEIRO REBOREDO, B., “La profesionalización del procedimiento concursal”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2816, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004, pág. 1000.

Con unidad legal se referencia al tratamiento conjunto, en un mismo texto normativo, de los aspectos procesales y sustantivos del régimen jurídico de la insolvencia. Efectivamente, la LCon produjo una reorganización de la materia concursal con la consiguiente simplificación. Ésta, es una característica buscada por el legislador y que ha redundado en una mayor seguridad jurídica, regulándose en la misma Ley el Derecho sustantivo y procesal relativo al concurso (no así el Derecho penal), lo que pone fin a un *laberinto normativo* de más de treinta Leyes. De esta manera, la dispersión normativa se elimina notablemente con respecto a ordenamientos anteriores. No obstante, se quiere poner de relieve que no se trata de un criterio iniciado estrictamente por la Ley Concursal, sino que se adivinaba antes incluso de la entrada en vigor de la LCon. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el apartado primero de su disposición derogatoria única señalaba en relación a la pervivencia de algunas disposiciones de la LEC 1881⁸³: “Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados”. De esta manera, ya había el legislador previsto la desaparición de los aspectos procesales del tratamiento jurídico de la insolvencia de la norma procesal general en el ámbito del Derecho privado. Además, dice OLIVENCIA⁸⁴ que esta elección, gestada desde la promulgación de la LEC 2000, venía a acoger en nuestro sistema la experiencia comparada de otros ordenamientos. En este sentido destaca el autor la unidad legal de Alemania (KO y la InsO), Reino Unido (*Insolvency Act*), Estados Unidos (*Bankruptcy Code*), Italia (*Legge Fallimentare*), etc.

La unidad de disciplina tiene su reflejo en la igualdad de trato al comerciante y al no comerciante en sede concursal. Gracias a la Ley 22/2003, se supera la diversidad de instituciones según sea la insolvencia de un comerciante o un particular. Para la mayoría de autores españoles, no existen motivos que justifiquen el diverso tratamiento de la insolvencia en razón al criterio aludido. Baste aquí mencionar a algunos como:

⁸³ La referencia concreta a la normativa concursal está en el ordinal primero del citado precepto.

⁸⁴ OLIVENCIA, M., “La terminología...”, *op. cit.*, págs. 150-151; y “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, Madrid, La Ley (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2004, pág. 14.

MENÉNDEZ⁸⁵, señalando que *en la actualidad no parece que se pueda dudar seriamente de la falta de sentido que tiene la subsistencia de procedimientos aplicables solamente al deudor comerciante y procedimientos propios del deudor no comerciante. Así sucede tanto si se atiende al origen de la dualidad procedimental como si se contemplan sus consecuencias prácticas*; o VIGUERA RUBIO, que tras un análisis de corte histórico concluye que *las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer los créditos pendientes son las mismas sea cual fuere la naturaleza del deudor*⁸⁶.

La vertiente procedimental fue la menos pacífica en la génesis de la unidad concursal. Pese a la oposición a ésta sus detractores cedieron, entre otros, gracias al Derecho comparado y en concreto al ejemplo de la *InsO* alemana de 1994⁸⁷. Pero, ¿qué significa la unidad de procedimiento? Con la adopción de este modelo, la regulación actual elimina la diferencia entre procesos preventivos y resolutivos; tan solo existe ya proceso concursal, que se sustancia en dos fases. La primera de ellas es común a todo deudor, se trata de un diagnóstico y evaluación de la situación; mientras que la segunda fase –de solución– es alternativa, de convenio o liquidación, según corresponda en cada caso. La Ley Concursal en un principio optó por la idea de acaparar todo dentro del concurso, no permitiendo la solución extrajudicial entre deudor y acreedor. Se entendía entonces que el sentido común imponía esta prescripción pues, si se llega a la ejecución universal del insolvente estamos ante un deudor que no podrá hacer frente, al menos en el corto plazo, a todos sus créditos; entendiéndose que la solución extrajudicial podría suponer la elección o la influencia de quien ha gestionado negligentemente su patrimonio sobre la identidad de los acreedores que verían satisfechas sus pretensiones (y por tanto también sobre quiénes quedarían impagados). El principio de unidad en el ámbito del procedimiento supone la consideración de un nuevo proceso civil de carácter especial pensado y estructurado para dar respuesta y sustanciar las situaciones de insolvencia

⁸⁵ MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 367.

⁸⁶ VIGUERA RUBIO, J. M., “El Derecho Concursal: concepto y evolución histórica”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 831.

⁸⁷ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 146.

patrimonial⁸⁸. La eliminación del binomio proceso preventivo/proceso resolutivo tuvo como consecuencia directa la creencia en un nuevo Derecho concursal como un procedimiento de *tinte sanatorio*⁸⁹, esto es, cuyo objetivo sería el reflotamiento de sujetos insolventes a través de soluciones pactadas al problema. Para ello se optó desde un primer momento por un proceso fuertemente reglado e intervenido por el órgano judicial. La judicialización del procedimiento concursal ha sido una de las señas de identidad del proceso tras la promulgación de la LCon como pone de relieve CORTÉS DOMÍNGUEZ⁹⁰, que va más allá para señalar que en la Ley no se encontraban mecanismos de prevención de la insolvencia ya que la prevención era una actividad que no cabía en un procedimiento de corte judicial⁹¹.

A pesar de que nuestra opinión en relación a la vigencia de estas tres vertientes es crítica, siendo posible encontrar numerosas y cualificadas excepciones a todas ellas, nos limitamos aquí a traer las ideas que inspiraron la promulgación de la Ley Concursal de 2003. Estos son los ejes sobre los que se propulsó la actualización del Derecho concursal español con la Ley 22/2003. Al margen de las críticas que puedan hacerse a su aplicación

⁸⁸ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 38.

⁸⁹ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 35.

⁹⁰ El autor expresa la exagerada *vis atractiva* del proceso concursal, a través de lo que denomina un *laberinto de procesos declarativos* con referencia a la nueva doctrina del incidente concursal. Pone de ejemplo de la liquidación de la sociedad de gananciales, operación que se tramitará con respecto a un deudor insolvente, dentro del propio proceso concursal. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los Juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004, págs. 90-92.

⁹¹ El reconocimiento de esta unidad procedimental no estuvo reñido con la crítica de parte de la doctrina por la falta de previsión del legislador, al no crear cauces extrajudiciales para llegar a acuerdos al margen de la sede judicial y dar solución al problema de la insolvencia. (por todos, GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 37). Como hemos tenido ocasión de señalar en la referencia al tedioso y continuado proceso de reforma del Derecho concursal español en los últimos años, estas quejas han sido escuchadas y corregidas por los poderes públicos. La introducción de los institutos preconcursales y de las soluciones extrajudiciales a la insolvencia ha sido el eje sobre el que han pivotado la práctica totalidad de normas modificadoras de la LCon. La llegada de estos institutos jurídicos sin embargo, parece no haber empañado la unidad procedimental, que no ha sido cuestionada a pesar de la aparición de estos nuevos cauces procedimentales para ventilar la insolvencia del deudor. Confirmando la unidad de procedimiento incluso tras la aprobación de varias reformas: PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, pág. 150.

o al reconocimiento de la unidad en sus tres vertientes, sí que entendemos como un gran esfuerzo de simplificación la tramitación de esta norma. Incluso podemos identificar ámbitos en que dicha unidad se ha hecho más palpable aun⁹², tales como: la jurisdicción, con la creación de unos órganos especializados dentro del orden jurisdiccional civil, los Juzgados de lo Mercantil, únicos competentes en la materia –siguiéndose una tendencia que se detecta en el Derecho comparado, de creación de tribunales especializados en la materia⁹³–; y la denominación, que pasa a ser en todo caso “concurso”, sin más apelativos⁹⁴.

⁹² Aquí es necesaria la referencia, aunque no se siga plenamente, a la teoría de: OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004, págs. 11-31; y “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 414-426.

⁹³ En concreto llama la atención el desarrollo, muy particular, del modelo estadounidense, de cuyo estudio se ha encargado el Profesor HIERRO ANIBARRO, que señala de un lado el escaso tratamiento por parte de la doctrina de una cuestión tan importante en el análisis de la Ley 22/2003 como la creación de los Juzgados de lo Mercantil (idea que compartimos) y de otro, el evidente interés en el estudio de la jurisdicción concursal estadounidense, donde el Juez del concurso *ha pasado a ser de un auxiliar de la organización judicial federal a convertirse en un tribunal especializado en materia concursal*. HIERRO ANIBARRO, S., “Estudio de una jurisdicción conflictiva. Los tribunales concursales de Estados Unidos de América”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 748; “Los problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 4, 2006, pág. 415. Describe el autor los principales problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal americana. En España, estos posibles problemas de constitucionalidad en la creación de los Juzgados de lo Mercantil han sido analizados (concluyéndose que responde a las exigencias de los artículos 24.2 y 117.3 CE) por: FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen de *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 193-194.

⁹⁴ No obstante, existieron numerosas críticas al término en el proceso de génesis de la LCon, manteniéndose posiciones contrarias a la palabra concurso como nuevo elemento identificador de la figura que daría tratamiento jurídico a la insolvencia. Entre ellas, destacan algunas institucionales como la expresada por el Consejo de Estado (CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen núm. 65/2002, de 21 de marzo de 2002”, *Doctrina Legal –Sección Segunda–*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002, págs. 105-106). En él, se califica la denominación otorgada por el entonces Anteproyecto de Ley Concursal como escueto y falto de expresividad. Además el órgano consultivo determinaba que el término simplificado podía dar lugar a confusiones por su polisemia, ya que identifica realidades diferentes tanto fuera como dentro del ámbito jurídico. Así, en Derecho aparece la denominación escogida por la LCon para referirnos a la provisión de puestos de trabajo de la función pública, a la concurrencia de distintas normas o tipos penales bajo una

Es cierto que la Ley Concursal persiguió la modernización del sistema español, sin embargo, del análisis anterior se desprenden dos circunstancias que llaman nuestra atención: la primera, referida a su génesis, es ciertamente paradójica puesto que la buscada modernización llega a través de una más que evidente mirada al pasado, y en concreto al procedimiento dibujado por SALGADO DE SOMOZA, basado en criterios de unidad, judicialización y procesalización de la insolvencia, así como una pretendida benevolencia con el deudor no defraudador (ausente de dolo); la segunda requiere no mirar a la concepción de la Ley sino a su implementación, y es que resulta notablemente desconcertante que una gran norma, extensa y producto de una histórica pretensión, venga en apenas quince años de aplicación no solo reformada, podría decirse que incluso desfigurada por obra del legislador, que parece haber renunciado a los caracteres básicos que le daban sentido en sus primeros momentos.

3. Italia: el sistema de “le procedure concorsuali”

En Italia existen diferentes procedimientos para tratar la insolvencia, que reciben el nombre de “procedure concorsuali” en plural, procedura si nos referimos a alguno en concreto. La Legge Fallimentare⁹⁵ (LF) es la norma principal en materia de concurso, ocupándose principalmente de la procedura di fallimento, el procedimiento concursal básico sobre el que se construye la mayor parte del sistema concursal italiano, que está dirigido al deudor que, teniendo la condición de comerciante, cumpla determinadas condiciones patrimoniales de volumen de ingresos, deudas, etc⁹⁶. Ahora bien, el

acción, a otros procesos de adjudicación en materia de contratación, etc. Sin embargo, no se siguieron las recomendaciones de este dictamen, evitando la LCon la inclusión de la denominación clásica con la locución “de acreedores”; seguramente en un intento de huir –aun recogiendo el término tradicional– de las connotaciones históricas de ésta, relacionadas con la insolvencia civil. La intención del legislador ha sido recuperar un viejo término, a la vez que lo convertía en el símbolo de un nuevo sistema concursal, libre de las cargas de concepciones pasadas pero próximas en el tiempo. Para ello, la decisión fue evitar la réplica total, fundando pese a las críticas, una institución que recibe el nombre de concurso, sin más concreción.

⁹⁵ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, publicado en *Gazzetta Ufficiale* del 6 de abril de 1942, n. 81.

⁹⁶ El artículo 1 LF se encarga de señalar tres criterios alternativos para admitir la sujeción a fallimento del empresario: un activo patrimonial no superior a trescientos mil euros en los tres ejercicios precedentes; ingresos brutos anuales inferiores a doscientos mil euros también en los tres ejercicios precedentes; una cifra de deudas no vencidas inferior a quinientos mil euros. Para el análisis de dichas condiciones –poco después de su establecimiento en 2006–, *vid.* PANZANI, L., “Le imprese soggette al fallimento”, *La riforma organica delle procedure concorsuali* (a cura di BONFATTI, S. e PANZANI, L.), Milano, IPSOA, 2008, págs. 17 y ss.

presupuesto subjetivo al que se ha hecho alusión obliga a considerar el proceso de fallimento como un procedimiento de insolvencia dirigido no a todo comerciante, sino al comerciante de ciertas dimensiones, excluyéndose las entidades públicas. En cuanto al resto de requisitos para declarar el fallimento, en el artículo 5 LF⁹⁷ se encuentra el presupuesto objetivo que, coincidiendo con el español, es el estado de insolvencia del deudor. El precepto, aunque hace referencia a los incumplimientos –u otros hechos externos– como elemento principal para revelar la insolvencia, mantiene las mismas cautelas que la LCon en la relación incumplimiento/insolvencia⁹⁸. Si bien se considera el incumplimiento como el medio clásico a través del que se manifiesta el estado de insolvencia, éste solo es relevante cuando el deudor no se encuentra en condiciones de satisfacer regularmente las obligaciones⁹⁹.

En lo que sí se distinguen ambos sistemas es en que las manifestaciones externas de la insolvencia están más tasadas en nuestra normativa, a través del artículo 2.4 LCon, a diferencia de la legislación italiana en que la interpretación se hace, sin perder rigor, de una forma más libre. Otra diferencia importante es el establecimiento en la propia *Legge Fallimentare* de un criterio corrector del presupuesto objetivo en relación a los incumplimientos del deudor. Este criterio consiste en la imposibilidad de iniciarse el procedimiento cuando el conjunto de deudas vencidas y no pagadas del deudor sean inferiores –en total– a treinta mil euros¹⁰⁰. El legislador italiano es consciente de la estrecha vinculación entre incumplimiento e insolvencia, y aunque no los haga converger absolutamente, gestiona mecanismos que articulan dicha vinculación¹⁰¹.

⁹⁷ Artículo 5 LF: “L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

⁹⁸ Del mismo modo que en la Ley Concursal, no todo incumplimiento lleva a la insolvencia y la insolvencia no conlleva siempre un incumplimiento.

⁹⁹ Es la misma previsión que encontramos en el artículo segundo de la LCon. También interpreta la doctrina italiana en este sentido la literalidad de la LF. Por todos, CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali* (a cura di CAMPOBASSO, M.), Tomo III, Torino, UTET Giuridica, 2014, págs. 343-345.

¹⁰⁰ Artículo 15 LF: “Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1”.

¹⁰¹ En concreto la medida puede resultar interesante, incluso de cara a su importación, en tanto que supondría una importante descarga de procedimientos concursales en los tribunales competentes para

No obstante, el fallimento (asimilable a nuestra vieja quiebra) es tan solo una pieza de la institución concursal –la más importante y en la que nos centraremos–, que cubre un espacio, el de cierta insolvencia comercial. Existen en el sistema concursal italiano otros procedimientos de naturaleza concursal; aplicándose algunos de ellos a comerciantes en función de condiciones especiales, mientras que otros se emplean con deudores civiles. De modo que cada procedimiento va a responder a un tipo de sujeto específico o a una clase de insolvencia o desequilibrio patrimonial con sus propias características. El conjunto de procedimientos de esta naturaleza reciben la denominación de *procedura concorsuali*; dejándose notar el adjetivo *concorsuale* como comprensivo de toda la realidad jurídica aplicable al problema de la insolvencia, sea desde el ámbito que sea y con cualquier tipo de mecanismo¹⁰². Algunos de estos institutos se encuentran en la propia LF, mientras que otros cuentan con una normativa especial¹⁰³. A continuación enumeramos cuáles son¹⁰⁴ y dónde podemos encontrar su régimen jurídico completo, aunque su tratamiento en este trabajo sea tangencial con respecto al fallimento.

– *Concordato preventivo*: en los artículos 160-186 bis de la propia Legge Fallimentare se encuentra regulado el llamado concordato preventivo; un procedimiento dirigido a la consecución de una solución negociada entre deudor y acreedores. En este caso, el presupuesto objetivo del procedimiento cambia, para identificarse con un concepto inexistente o al menos sin traducción jurídicamente relevante en la legislación española, el estado de crisis. Se trata de un desequilibrio patrimonial más amplio que la

conocer de ellos. En estos procesos de escasa cuantía, el interés público quedaría en un segundo plano, siendo su impacto sobre la economía bastante limitado. No obstante, esta circunstancia obligaría a prever otro tipo de proceso para las insolvencias de menor tamaño, donde no parece razonable que exista un vacío de Justicia.

¹⁰² Sobre la cuestión terminológica y el uso del adjetivo fallimentare de forma estricta, o bien en sentido amplio, haciendo referencia a todos los procedimientos de insolvencia, *vid.*, TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006, pág. 5.

¹⁰³ Además, el texto básico del Derecho común italiano, su Código Civil, alberga importantes normas de Derecho concursal, sobre todo en lo relativo al régimen de privilegios.

¹⁰⁴ Conscientemente no hemos incluido entre las mismas al piano di risanamento (plan de saneamiento) que puede darse dentro del ámbito del fallimento, y que no está sujetos a la acción revocatoria fallimentare en virtud de la letra d) del artículo 67 LF. Se trata de un plan que debe ser idóneo para restaurar el equilibrio financiero y que cuenta con la intervención de un profesional independiente designado por el deudor (aunque debe cumplir determinados requisitos de mérito e independencia, exigidos por el mismo precepto), quien debe certificar la veracidad de los datos empresariales y la factibilidad del plan.

insolvencia¹⁰⁵ y que no se traduce siempre en una incapacidad absoluta de pago, sino que puede consistir en una situación de dificultad temporal y reversible de llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones en manera regular¹⁰⁶. El proceso se desarrolla en dos fases principales, una primera en que la “reunión de acreedores” aprueba la propuesta de concordato, y una segunda en que la autoridad judicial homologa dicho acuerdo¹⁰⁷. Se trata de un instituto concursal complejo y de larga duración, vinculándose a todos los acreedores al mismo. Además, el control judicial no es meramente formal, vigilándose también la ejecución del plan.

– *Accordi di ristrutturazione dei debiti*: creado en 2005¹⁰⁸, este tipo de acuerdos de reestructuración se sitúa en el artículo 182 bis Legge Fallimentare. También se dirige al comerciante en estado de crisis¹⁰⁹ e implica una solución pactada entre deudor y acreedores, aunque solo vincula a quienes suscriban el acuerdo. Por su parte, la homologación judicial en este caso no comporta un examen tan profundo (ni la vigilancia sobre el cumplimiento del plan), sino un control únicamente formal. Este procedimiento se caracteriza por requerir el apoyo de al menos el 60% de los acreedores, debiendo satisfacerse los créditos de los acreedores extraños al acuerdo en un plazo de 120 días,

¹⁰⁵ La existencia de este estadio es una de las diferencias fundamentales entre los ordenamientos italiano y español. Las dudas sobre su interpretación provocaron la modificación del artículo 160 LF para determinar, a efectos del presupuesto objetivo del concordato preventivo, que el estado de crisis engloba también la insolvencia. Se entiende así que realmente se trata de un concepto no opuesto al de insolvencia, sino más amplio. El estado de crisis ha sido un concepto muy estudiado por la doctrina y jurisprudencia italiana (por todos, PANZANI, L., “Le imprese soggette...” *op. cit.*, pág. 42). Para GALGANO, la crisis de empresa se define aludiendo a una situación en la que aquélla no puede seguir en el mercado porque sus productos ya no son competitivos por motivos de calidad o precio, con respecto a las empresas de la competencia, no pudiendo el empresario –por falta de capacidad o de medios financieros– acometer una reestructuración de la organización productiva, la reconversión productiva, o la actualización tecnológica del proceso. GALGANO, F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 2013, pág. 323.

¹⁰⁶ CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale... op. cit.* pág. 423.

¹⁰⁷ Sobre la necesidad y objeto del juicio de homologación: FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 3, 2014, págs. 607 y ss.

¹⁰⁸ Introducido en la LF con el Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35; convalidado con modificaciones con la Legge 14 maggio 2005, n. 80.

¹⁰⁹ Sobre la traducción al ámbito de los acuerdos de reestructuración del concepto amplio de estado de crisis que obra en el artículo 160 LF en relación al concordato preventivo, *vid.*, FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (diretto da MAFFEI ALBERTI, A.; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013, págs. 1235-1237.

que opera como una moratoria¹¹⁰. Los acuerdos de reestructuración han sido calificados por la doctrina italiana como un instituto que demuestra el deseo del legislador de regular la crisis de empresa a partir de instrumentos concordatarios y en cierto modo extrajudiciales, con la consiguiente superación del paradigma de la “indisponibilidad de la insolvencia”¹¹¹. Este instrumento, que siendo un acuerdo privado mantiene una discutida autonomía respecto del concordato preventivo, tiene naturaleza concursal por cuanto busca responder tanto a los intereses individuales, como al interés colectivo y público presentes en este tipo de procesos¹¹² (dada la existencia de una fase de control judicial –formal– del acuerdo).

– *Liquidazione coatta amministrativa*: se trata de un procedimiento concursal radicalmente diferente al que podríamos denominar tipo básico –fallimento–, tanto en sus presupuestos como en su naturaleza y desarrollo. No comporta un instrumento que pueda asimilarse a una institución jurídica netamente privada ya que es una liquidación de carácter administrativo, que no tiene lugar en sede judicial sino ante una autoridad administrativa. La liquidazione coatta amministrativa se dirige a determinados perfiles de deudor, cuando éstos caen en insolvencia, crisis, irregularidades en la gestión, etc¹¹³. Así, suele aplicarse a las empresas públicas o privadas donde el control es público; no obstante, las leyes especiales marcan la sujeción de otros tipos de empresas a la disciplina¹¹⁴. Por tanto, nos encontramos con un procedimiento donde lo que predomina

¹¹⁰ Contados desde la homologación del acuerdo (para deudas vencidas), o bien desde el vencimiento del crédito si tiene lugar después de aquélla.

¹¹¹ FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis...” *op. cit.*, pág. 1229.

¹¹² De hecho, la discusión doctrinal llega incluso a la propia naturaleza de estos acuerdos, que para el sector mayoritario (LO CASCIO, DI MARZIO, entre otros) no son un procedimiento concursal. El elemento privado les induce a señalar que se trata de actos con una mera naturaleza negocial. Por otro lado, algunos autores sí coinciden al considerar que se trata de un procedimiento concursal (FRASCAROLI, CAMPOBASSO). En cualquier caso, más que la naturaleza particular de algún precepto de la LF, en este epígrafe tratamos de explicar el sistema de institutos concursales en Italia, caracterizando las diferentes posibilidades para comprender este sector del ordenamiento en su conjunto. Por tanto, ahora no nos fijamos tanto en la naturaleza de los acuerdos, como en trasladar el significado de éstos dentro de un sistema complejo.

¹¹³ En cuanto al presupuesto objetivo, utiliza el artículo 2.1 LF un reenvío a la normativa especial para disponer la sujeción a este procedimiento y sus condiciones en cada caso.

¹¹⁴ Es el caso de las empresas bancarias (artículos 80 y ss del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, aprobado por decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; en adelante Tub), aseguradoras (artículos 245 y ss del Codice delle assicurazioni private, aprobado por decreto legislativo 7 agosto 2005, n. 209, en adelante Cod. ass.), y otros intermediarios financieros como sociedades de inversión en capital

es el interés público en liquidar determinadas empresas, dedicadas a sectores o actividades cuya relevancia social las hace susceptibles de un régimen específico en materia de insolvencia. La posibilidad de concurrir, en relación a mismo deudor, los presupuestos de fallimento y de liquidazione coatta amministrativa podría originar conflictos en cuanto a la aplicación de uno u otro instituto. La Legge Fallimentare, señala al respecto en su artículo 2 que existe una regla general por la que el deudor sujeto a la liquidación administrativa, no puede ser declarado fallito. No obstante, existiendo algunas excepciones a esa regla, se dispone que para los casos en que la ley admita ambas posibilidades, el inicio de una de ellas impide que la otra pueda entrar en juego¹¹⁵.

– *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*¹¹⁶: aparece en el sistema concursal italiano en 1979¹¹⁷, para reformarse profundamente en 1999 con la llamada *Legge Prodi bis*¹¹⁸. Su razón de ser la encontramos en la falta de previsiones de los procedimientos anteriores, en el sentido de asegurar la continuidad de un patrimonio productivo y de los puestos de trabajo, en definitiva, de promocionar la continuidad empresarial. Se trata de un instituto concursal de naturaleza mixta, judicial y administrativa, desarrollado en dos fases. En la primera el órgano jurisdiccional debe evaluar y declarar la situación de insolvencia del deudor; mientras que en la segunda tiene lugar la verdadera administración extraordinaria a través de un commissario straordinario, instancia que establece el plan para restaurar la salud patrimonial del deudor y gestiona el procedimiento (manteniéndose la actividad económica). Los presupuestos de la administración extraordinaria se concretan, además de en la sujeción del deudor a fallimento y de la insolvencia del mismo (extremo que se constata en la primera fase), en la superación de ciertos márgenes establecidos legalmente y que justifican la aparición de una nueva forma de concurso. Estos criterios se encuentran en el artículo 2 del decreto

variable, gestión de ahorros, Sicav, etc. (artículo 57 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, aprobado por decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; en adelante Tuf).

¹¹⁵ Artículo 196 LF: “Per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, per le quali la legge non esclude la procedura fallimentare, la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa e il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude la dichiarazione di fallimento”.

¹¹⁶ Para profundizar en este tipo de procedimiento concursal, *vid.*, MARRAFFA, R., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹¹⁷ Legge 3 aprile 1979, n. 95.

¹¹⁸ Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270.

legislativo 270/1999¹¹⁹, y se refieren a: número de trabajadores –no inferior a doscientos– y volumen de deudas –no inferiores a dos tercios del activo en el último ejercicio–. Además de esas condiciones, el artículo 27 requiere que aun en situación de insolvencia existan perspectivas favorables a la recuperación económica de la empresa. Por tanto, se trata de un procedimiento que, parafraseando el primer artículo del Decreto, se dirige a las grandes empresas insolventes, con una finalidad conservativa del patrimonio productivo mediante la continuación, reactivación o reconversión de la actividad empresarial.

En 2003, la *Legge Marzano*¹²⁰ crea un tipo especial de administración extraordinaria, que trata de paliar las disfunciones introducidas por la extensión en el tiempo de los trámites que conforman el procedimiento. En este sentido, aparece un proceso “acelerado” para empresas de gran tamaño, destacando entre sus reglas especiales la admisión directa –tras petición del propio deudor– de la administración extraordinaria por parte del Ministerio de desarrollo económico –Ministero dello sviluppo economico– con el objeto de reequilibrar rápidamente la situación patrimonial. La autoridad judicial juega un papel *ex post*, verificando a posteriori el estado de insolvencia del deudor¹²¹.

– *Procedure delle crisi da sovraindebitamento*: recientemente se han creado en el ordenamiento italiano otros mecanismos (nótese el plural) de naturaleza concursal que tienen como objetivo el tratamiento de situaciones de insolvencia o asimilables, en relación a sujetos que no reúnen las condiciones para quedar bajo ninguno de los procedimientos descritos. Fundamentalmente, nos referimos a los no comerciantes –o comerciantes a pequeña escala–, cuya presencia en la realidad concursal italiana tiene reflejo legal en la Legge 27 gennaio 2012, n. 212, que recoge tres institutos concursales

¹¹⁹ Artículo 2 d. lgs. 270/1999: “Possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno congiuntamente i seguenti requisiti:

a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno;

b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio”.

¹²⁰ Decreto Legge 23 dicembre 2003, n. 347 –*Decreto Marzano*– (convalidado por Legge 18 febbraio 2004, n. 39)

¹²¹ Por tanto en este tipo de administración extraordinaria no se enjuician las condiciones de recuperación concretas de la empresa insolvente.

dedicados a quienes no ostentan la condición de comerciante o empresario de ciertas dimensiones (lo que les haría estar sujetos al fallimento u otros procedimientos). Estas tres modalidades o formas de expresión del concurso en Italia, son: la procedura di liquidazione del patrimonio, como procedimiento de naturaleza liquidatoria; l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, donde se suscribe un plan negociado y aceptado por el deudor y los acreedores (en sentido similar al concordato preventivo); il piano del consumatore, reservada a los consumidores no culpables de su situación económica, con la particularidad de que el plan predispuesto por el deudor solo necesita para su efectividad la homologación judicial (se salta la voluntad de los acreedores). En todos ellos está presente el término sovraindebitamento como presupuesto objetivo, que se define en la norma como una situación de desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio realizable para hacerles frente, lo que determina una importante dificultad para cumplir las propias obligaciones, o incluso una incapacidad definitiva de cumplimiento regular¹²². De modo que se trata de un requisito amplio, en el que pueden entrar problemas económicos de diferente índole, desde la iliquidez, hasta la efectiva insolvencia.

Tras este repaso general, queda claro el carácter fragmentado del sistema concursal italiano, así como sus principales bases y en concreto la idea de adaptación de cada procedimiento a la realidad de los sujetos a quien va dirigido. La norma –sobre insolvencia– fundamental en Italia, la Legge Fallimentare, fue promulgada en el año 1942, lo que determina aun con la multitud de reformas a las que se le ha sometido, que el sistema italiano es heredero de una concepción de Derecho concursal que triunfaba durante el siglo pasado también en nuestro país, en el que se separaba de manera clara la insolvencia civil de la insolvencia comercial. Las reformas han adaptado las reglas concursales a los nuevos tiempos, pero la base sobre la que se crean los diferentes institutos concursales sigue siendo la misma que a mediados del siglo XX.

Algunos autores han tratado en Italia la posibilidad de considerar de manera unitaria el procedimiento concursal en base a determinados hechos o efectos comunes que acaecen en todo tipo proceso de tal naturaleza. En este sentido, se ha hecho alusión

¹²² Artículo 6.2 Legge 3/2012: “situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”.

a: prohibición de acciones ejecutivas individuales, represión de actos que alteren la *par condicio creditorum*, insensibilidad del patrimonio sujeto al procedimiento a la asunción de nuevas obligaciones, *ultractividad* de la regla del concurso después de la finalización del procedimiento y la especificidad de la represión penal¹²³. De otro lado, existen también, al hilo de determinados proyectos, estudios que valoran la posible unificación de procedimientos concursales, principalmente en materia de crisis de empresa¹²⁴. En cualquier caso, se trata de meras construcciones doctrinales, que se topan con una realidad concursal muy fragmentada en cuanto a todos los criterios que pueden servir para enjuiciar la unidad del sistema.

4. Diferencias críticas entre ambos ordenamientos

Vemos a continuación cuáles son los principales elementos de diferenciación entre el Derecho concursal italiano y español en su versión vigente. Sería imposible glosar aquí todas las cuestiones que diferencian ambos sistemas, de modo que nos centramos en algunas ideas de un perfil muy general y que implican importantes divergencias en la rama que se está estudiando. No vamos en exceso sobre reglas concretas, sino sobre orientaciones de las principales normas en uno y otro Estado¹²⁵. Es importante partir de las condiciones de cada uno de los ordenamientos para conocer la implicación y los límites de los principios que queremos describir en este estudio. Partiendo de que en ambos contextos se responde a un mismo problema, y que en los dos existen mecanismos más o menos similares para tratar de paliar los efectos nocivos de la insolvencia sobre los intereses particulares, colectivos y generales, conviene detenerse en aquellos aspectos que marcan divergencias entre el sistema concursal italiano y español. Sin esta caracterización, resultaría imposible comprender el análisis interpretativo posterior,

¹²³ DIDONE, A., “Ragionevole durata del (giusto) processo concorsuale”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 40-41.

¹²⁴ SPARANO, V. e SPARANO, B., *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2002, págs. 28-40.

¹²⁵ De ahí que puedan echarse en falta algunos aspectos a los que no dedicaremos un epígrafe concreto (el presupuesto subjetivo por ejemplo), siendo tan solo una parte del estudio en la que señalamos ciertas condiciones que caracterizan en sentido opuesto o divergente ambos ordenamientos, considerados de manera general. No se trata de un elenco cerrado de diferencias.

puesto que el Derecho concursal es un sistema integrado por muchos elementos, los cuales funcionan como engranajes de una máquina y traen causa unos de otros.

4.1. Fragmentación del sistema italiano

Es claro que los sistemas español e italiano van a comenzar a construirse sobre bases diferentes. Mientras que en la LCon, con más o menos acierto se ha intentado crear una suerte de procedimiento único, simplificando el amplio espectro de normas con implicaciones concursales existentes antes de 2003, buscando de evitar la distinción entre los deudores comerciantes o particulares y ahorrándose la configuración de varios cauces procesales, no ha sucedido así con el Derecho concursal italiano. La línea de unidad (o el intento de ello) de la LCon no es compartida ni siquiera en el campo terminológico por el legislador italiano. Ni mucho menos se ha hecho ningún intento de acercarse a los sobrevalorados conceptos por parte del legislador español de unidad legal, procedimental y de disciplina. Todo lo contrario, el ordenamiento italiano parte del fraccionamiento de las normas concursales y del tratamiento diferenciado de los deudores según su naturaleza o sus condiciones especiales. Así, encontramos procedimientos dirigidos al comerciante, procedimientos dirigidos al consumidor o al pequeño empresario, a las grandes compañías, etc. No existe por tanto un procedimiento único, ni una disciplina única¹²⁶, ni tampoco una sola norma al respecto. Cada procedimiento va a responder a una necesidad concreta, y va a tener una denominación y unas reglas especialmente diseñadas para tratar de dar respuesta a aquél.

Tras conocerse el esquema general del sistema en Italia nos permitimos valorar aun más el intento del legislador español, que aunque no consigue instaurar un sistema totalmente unitario con respecto a los extremos mencionados, sí que lleva a cabo una importante simplificación de la institución concursal. En cuanto a Italia, se evidencia una radical diferencia con el ordenamiento español, y es que el legislador no ha intentado partir de un principio de unidad a la hora establecer el tratamiento jurídico de la insolvencia. De este modo, no existe unidad legal ya que se encuentran las normas referentes a los procedimientos concursales en distintas normas; ni unidad de disciplina,

¹²⁶ Las diferencias en el tratamiento jurídico de la insolvencia civil y la insolvencia comercial (con normas especialmente rigurosas para ésta última) se gesta en el medioevo, manteniéndose en Italia hasta la actualidad a pesar de las críticas. FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, CEDAM, 1999, pág. 17.

dado el tratamiento absolutamente diferenciado para el consumidor o el deudor no empresario, de los comerciantes (también dentro de este grupo hay diferencias según el volumen de negocios, deudas, etc.); ni unidad de procedimiento, en virtud del número de institutos concursales y las diferencias previstas para deudores especiales (entidades bancarias, aseguradoras, etc.). Del mismo modo, tampoco responde el sistema italiano a las dos manifestaciones de unidad que hemos reconocido más intensamente con respecto al ordenamiento español: la unidad de denominación y la unidad jurisdiccional. En cuanto a la primera, sobra cualquier explicación en vista de la coexistencia de distintos procesos de insolvencia, cada uno con nombres y características propias. Sobre el segundo, es imposible hablar de una unidad jurisdiccional en relación a una institución dividida o compartimentada en distintos procedimientos, siendo algunos de ellos de naturaleza administrativa; no solo es que no exista unidad jurisdiccional, sino que el concurso en Italia no es en todo caso un proceso de la naturaleza judicial¹²⁷.

La unidad –o pretendida unidad– del concurso en España viene dada por una actividad legislativa que en nuestro país, al inicio del siglo XXI, no cristalizó en más reformas de nuestro maltrecho Derecho concursal, sino en la refundación de la disciplina sobre nuevos paradigmas que, con mayor o menor grado de cumplimiento, se diferencian de aquéllos que basan el sistema en Italia. De hecho, las reformas concursales acometidas en los últimos años para adaptar sus normas a las condiciones de un mercado en crisis, no han ido en la línea de reformular su ordenamiento. Aquí es donde radica una de las principales diferencias entre el sistema concursal español e italiano. Mientras que España decidió –poco antes de la crisis– cambiar la orientación del Derecho de la insolvencia, todas las reformas que se han producido en Italia han tratado no de cambiar el sistema, sino de asegurarlo. La concepción desde el punto de vista italiano es que la Legge Fallimentare y el resto del cuadro normativo concursal no se han agotado aun, a pesar de que opera desde el año 1942. Esta circunstancia llama la atención en un contexto en que se producen muchas y muy fundadas críticas contra el Derecho concursal italiano. Ello, sin embargo, no tiene como consecuencia la aparición de propuestas de tipo rupturista, al

¹²⁷ Por lo demás, en relación a la cuestión jurisdiccional podemos señalar que para el fallimento se prevé una competencia similar a la del Juez español, incluso se ha hablado de la *vis attrativa* para hacer referencia a la previsión del artículo 24 LF: “Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore”. Aun habiendo sido reformado el tenor literal del precepto, se mantiene este elemento en su análisis desde hace décadas. *Vid.*, PROVINCIALI, R. e RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988, pág. 50.

menos no con la sistemática general de la disciplina. Al contrario, cualquier reforma que se propone (véase la última, de la *Comisión Rordorf*), se vale de los principios de fragmentación y adaptación del Derecho concursal italiano. En este sentido, no valoramos negativamente tal tendencia, que puede ser positiva en razón a la valorización que se realiza del sistema vigente y al empeño por cambiarlo y mejorarlo en lugar de sustituirlo por otro distinto – a veces solo por el hecho de cambiar–. Quizá haya mirado el legislador italiano a otros países de su entorno, a España en concreto, y haya decidido no seguir una reforma que desde luego no ha reportado los resultados esperados. Aquí se constata una diferencia fundamental, el ánimo del legislador ante los nuevos retos del S. XXI: en el caso de España se ha optado por buscar una modernización en un loable intento que de momento no ha llegado al éxito, mientras que en Italia se trata de mantener los caracteres básicos de sus instituciones concursales, introduciendo nuevos aspectos que puedan adaptar esa concepción de mediados del S. XX a las nuevas exigencias de los mercados y sus operadores económicos.

4.2. Presupuesto objetivo y anticipación del sistema

Existe una idea en Derecho concursal que es de capital importancia en orden a establecer, en determinados contextos y cuando las condiciones de viabilidad lo aconsejen, procedimientos de naturaleza concursal en los que la conservación de la actividad económica es uno de los ejes fundamentales. En concreto, queremos hacer una referencia –comparada entre ambos ordenamientos– a la tempestividad o anticipación en la actuación concursal, en el entendido de que es un elemento que influye directamente en la consecución de este objetivo y para el éxito del procedimiento de insolvencia en general. Para ello tendremos en cuenta tanto la legislación española (haremos alusión a mecanismos concursales en los que la acción preventiva sea uno de los elementos clave, concretamente, al acuerdo extrajudicial de pagos), como las normas vigentes en Italia y la reforma que en estos momentos se proyecta¹²⁸.

En la cuestión de la anticipación del proceso concursal, resulta fundamental el concepto de presupuesto objetivo. La situación que habilita la aplicación de esta rama del

¹²⁸ Recordamos que el proyecto de reforma realizado por la *Comisión Rordorf* (Ministerio de Justicia, Decreto de 28 de enero de 2015) ya ha pasado el trámite de aprobación de la Ley de delegación al gobierno, que tiene obligación de adaptar el ordenamiento a la misma antes del 30 de octubre de 2018.

Derecho es el elemento que marca si la misma se va a producir en un momento tardío o inicial dentro de la crisis económica. Si bien el procedimiento de fallimento tiene un presupuesto objetivo que coincide con el de la declaración de concurso, esto es, la insolvencia, no puede decirse lo mismo de otros procedimientos de naturaleza concursal propios del ordenamiento italiano. En Italia el presupuesto objetivo se ha fragmentado también, y mientras la insolvencia se mantiene como requisito para iniciar el fallimento (quiebra), existe otro concepto, el de estado de crisis, que es más amplio que la insolvencia y que puede admitir dentro de su contenido desequilibrios económicos que no conllevan necesariamente la insolvencia. Ello porque están más relacionados con una iliquidez no definitiva u otros problemas menos graves que aquél. Este estado de crisis, como concepto jurídico, dota de mayor flexibilidad al panorama concursal italiano, y es el que permite una acción tempestiva en diferentes procedimientos de corte no liquidatorio. Sobre él ya hemos hablado en relación al concordato preventivo, aunque en este momento lo que interesa es su valor como elemento que, incorporado al presupuesto objetivo de un procedimiento de insolvencia, puede suponer la diferencia y el éxito de tal instituto, en razón de su anticipación a un problema económico-financiero definitivo. La carencia del mismo dificulta sobremanera que en el sistema concursal español pueda producirse esa tan deseada acción anticipada. Nuestro concurso suele llegar tarde, cuando ya no se puede sino liquidar el patrimonio. El problema es que esto tiene lugar en un proceso de insolvencia como el de concurso, que teóricamente debería finalizar por regla general con la continuidad de la actividad económica del deudor a través de convenio, contexto que desgraciadamente pocas veces se da. Y más grave aun es que el legislador español haya introducido en algunos institutos preconcursales, concebidos especialmente para paliar el número de liquidaciones, la misma condición objetiva para dar inicio al procedimiento: la insolvencia.

En particular, nos llama especialmente la atención que el presupuesto objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos sea sustancialmente la insolvencia, y es que en la LCon se utiliza de manera implícita el clásico concepto de insolvencia actual o inminente a tal efecto¹²⁹; se trata exactamente del presupuesto objetivo que permite iniciar el procedimiento concursal ordinario. Por lo tanto nos encontramos un sinsentido, ya que un cauce procedimental que debería servir para anticiparse a la situación de insolvencia,

¹²⁹ Dice el artículo 231 LCon: “el deudor esté en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”.

el acuerdo extrajudicial de pagos, necesita para poder activarse una situación patrimonial básicamente idéntica a la necesaria para iniciar el procedimiento de concurso, que como se ha visto suele servir para liquidar el patrimonio del deudor. Todo ello es indicativo de que algo falla. Realmente, la explicación es sencilla: en nuestra opinión, cuando el legislador ha constatado que el proceso concursal ordinario es una “fábrica de liquidaciones”, en lugar de mejorar las posibilidades de llegar a un acuerdo dentro del concurso, ha dado por perdida la institución que tanto ha costado legislar¹³⁰ y ha empezado a crear institutos diversos, como los acuerdos de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos. Si partimos de esa idea podemos comprender que ambas realidades mantengan el mismo requisito objetivo que el concurso, porque no se trata solamente de un procedimiento diferente, sino de una manera de escapar al procedimiento de concurso ordinario. Ahora bien, el problema aparece cuando el legislador no ha comprendido que para evitar la liquidación no basta con diseñar un instrumento extrajudicial, sino que hay que dotarlo de una serie de condiciones razonables para que pueda funcionar. Es indudable que el acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo que serviría si su aplicación se asociara a un momento previo al de la insolvencia, antes siquiera de que ésta sea inminente.

En Italia, la doctrina venía identificando del mismo modo la importancia del criterio temporal en la funcionalidad de un sistema concursal¹³¹. La anticipación o tempestividad en el uso de las herramientas concursales determinan en gran medida el éxito de este sector del ordenamiento; tratándose de una cuestión no menor en el análisis de las normas italianas sobre insolvencia y crisis empresarial. En la reforma proyectada, una de las novedades más importantes es la *procedura di allerta e di composizione assistita della crisi* –art. 4 Legge 19 ottobre 2017, n. 155–. Se trata de un nuevo instituto

¹³⁰ Recordemos que hasta la Ley Concursal de 2003 se mantenían vigentes numerosas disposiciones en materia concursal, como la Ley de Suspensión de Pagos, que habiéndose redactado como una norma provisional era parte del ordenamiento desde 1922.

¹³¹ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004, págs. 23-28. También reconoce el valor fundamental de la tempestividad de la acción concursal: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, n° 2, 2014, pág. 306. Aunque en este caso dicha referencia viene dada por la preocupación en relación a la legitimación activa exclusiva del deudor de algunos procedimientos concursales, en el sentido de que el ordenamiento debe encontrar fórmulas para hacer atractivo al deudor el recurso al procedimiento concursal cuanto antes, vistos los efectos positivos de tal modo de proceder en el ámbito de la insolvencia o la crisis empresarial.

concursal que la *Comisión Rordorf* ha diseñado precisamente sobre la idea de acción tempestiva sobre los deudores todavía no insolventes, al constatarse la incapacidad de las empresas italianas de promover de manera autónoma procesos de reestructuración en momentos previos a la insolvencia¹³². La reforma incidirá sobre este punto, identificándose en la realidad concursal italiana (de la misma forma que en España) una concepción negativa de los procedimientos de insolvencia, expresión de una cultura que ha lastrado la tradición concursal de ambos países y que se manifiesta con la tendencia a alejarse de los mismos por ser considerados un mal para el operador económico. Cuando el *Informe Rordorf* explica este nuevo procedimiento, alude a un *lugar de encuentro entre las partes bajo una lógica de mediación y composición (...) asistida por organismos profesionalmente dedicados a la búsqueda de una solución apropiada*¹³³, lo que nos preocupa ciertamente, pues la influencia de la mediación concursal introducida por la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal española es clara. La mediación concursal en España ha sido desarrollada con unos perfiles verdaderamente contradictorios, de manera que nos resultaría muy difícil justificar su valor como inspirador de otros ordenamientos¹³⁴.

A pesar de ello, en Italia se ha comprendido mejor la situación, tanto es así que la reforma en proyecto gira sobre el concepto de anticipación a la situación de insolvencia como única coyuntura en que puede ser eficaz este procedimiento; de hecho, se prevén sanciones para los empresarios que no recurran al procedimiento tempestivamente (e incentivos a quienes sí lo hagan)¹³⁵. Se incide sobre la cuestión del presupuesto objetivo ya que la procedura di allerta será, previsiblemente, un nuevo instituto concursal que no se abrirá en situación de insolvencia, sino cuando el deudor se encuentre en estado de

¹³² *Informe Rordorf*, págs. 10 y ss; artículo 4, *Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali* y de la Legge 19 ottobre 2017, n. 155.

¹³³ Traducción propia.

¹³⁴ Para conocer la mediación concursal en el sistema español, con todas sus incoherencias, *vid*, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El mediador concursal”, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirigido por OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Madrid, Tecnos, 2015, págs. 319-336.

¹³⁵ Artículo 4.1.g), *Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*.

crisis¹³⁶. Entendemos en todo caso que se trata de un estadio anterior y más genérico que la insolvencia, a pesar de que las dificultades para interpretar el término son clásicas en Derecho concursal italiano. No obstante, valoramos como absolutamente acertada la decisión de la proyectada reforma italiana, de vincular a este nuevo procedimiento un presupuesto objetivo diferente del que opera para el procedimiento básico de fallimento. Es cierto que la procedura di allerta requerirá importantes esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por buscar la mejor definición de estado de crisis, pero sin duda merecen la pena –como en el caso del concordato preventivo– porque son el camino justo para no caer en el mismo error que ha cometido el legislador español. Es claro que cuando se identifica el presupuesto objetivo de un instituto concursal de alerta con aquél previsto para el procedimiento concursal ordinario, el procedimiento de alerta pierde su sentido y operatividad; y se pervierte el sistema concursal hasta que se destruye la proporcionalidad y funcionalidad de sus diferentes elementos. En este sentido, Italia, para aumentar las posibilidades de éxito de la medida –si se aprueba finalmente– ha introducido una obligación específica tanto para los administradores de sociedades como para los llamados acreedores cualificados (seguridad social, hacienda, etc.) de avisar a los deudores o, en su caso, a la autoridad competente, ante fundados indicios de crisis o reiterados incumplimientos de una cantidad relevante. De nuevo tenemos que decir que se trata de conceptos que habrá que pulir de cara a su aplicación práctica, pero al menos se detecta en el ordenamiento italiano un claro intento por anticipar la acción concursal al momento de la insolvencia, por las consecuencias funestas que dicho paradigma ha tenido para las economías europeas durante la etapa de crisis. Bien se podría haber copiado en este punto las reglas del Derecho italiano, que desarrollan un concepto que es clave (estado de crisis) por las razones señaladas para este tipo de procesos extrajudiciales o preconcursales.

¹³⁶ Concepto del que la nueva normativa dará una definición que aun no ha trascendido, sin perjuicio del estudio del artículo 160 LF y de las definiciones doctrinales que ya hemos expresado aquí en relación al presupuesto objetivo del *concordato preventivo*.

4.3. Justicia rogada y procedimientos de insolvencia

4.3.1. Panorama general: aparente aproximación de ambos ordenamientos

El principio de rogación es un axioma que, aplicado al concurso, se traduce en la necesidad de una solicitud de parte para que efectivamente pueda iniciarse el juicio universal. Su impacto en la vertiente sustantiva del concurso es más relevante de lo que puede parecer inicialmente, ya que expresa la “voluntariedad” de la institución concursal, y con ella su carácter privado. No negamos la existencia de múltiples intereses en los procesos de insolvencia, al contrario, se constata la presencia de intereses individuales, colectivos e incluso un interés general que el Estado protege. Ahora bien, para que pueda iniciarse la tutela de todos ellos, la Ley Concursal española determina la necesidad de una acción por parte de alguno de los legitimados para ello. En nuestra opinión, la declaración de concurso de oficio solo podría responder a una novedosa concepción de la insolvencia como un problema de interés público, en detrimento de las relaciones económicas entre las partes implicadas. Así, entendemos la rogación en este ámbito como la garantía para el ciudadano de que el Estado no puede intervenir en sus asuntos económicos ni en sus relaciones con otros operadores del mercado, a no ser que sea expresamente solicitado por alguna de las partes implicadas.

En Italia, si analizamos la evolución de la procedura principal, el legislador eliminó en el año 2006 la posibilidad de iniciar el fallimento de oficio por el Tribunal¹³⁷. De este modo, en el artículo 6 LF cuya redacción venía siendo criticada desde antiguo¹³⁸, quedan como legitimados para solicitar la apertura del fallimento: el deudor, uno o más acreedores y el Pubblico Ministero (Ministerio Fiscal). En este sentido, parece que el legislador italiano se intenta acercar a la *ratio* de la Ley Concursal, para tratar de otorgar consideración privada del procedimiento concursal, al menos en lo que respecta a su inicio. La medida fue justificada en base a diversos extremos: la instauración de un control no absoluto ni invasivo por parte del poder público, esto es, equilibrando las facultades o poderes entre el Juez y las partes en el juicio de insolvencia¹³⁹; el respeto al artículo 111 de la Constitución de la República Italiana (CI), que exige un proceso justo

¹³⁷ Artículo 4 decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

¹³⁸ PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, pág. 442.

¹³⁹ FABIANI, M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, pág. 133.

y la imparcialidad del Juez¹⁴⁰; y el favorecimiento de la conservación de empresa¹⁴¹. Siguiendo a JORIO, la eliminación del concurso “de oficio” fue extendiéndose al resto de procedimientos concursales, compatibilizando la concepción del resto de institutos con el fallimento¹⁴². Se promulgaron normas para seguir la línea abierta por el d. lgs. 5/2006¹⁴³, abrogando las posibilidades del órgano jurisdiccional de dar inicio por sí mismo a las distintas formas de concurso¹⁴⁴. Parece que así se perseguía una valorización de la vertiente privada en el tratamiento de la insolvencia, con lo que podríamos pensar que en el mismo sentido que España, opera el principio rogatorio.

4.3.2. Elementos de distorsión: conjunción de intereses públicos y privados

No obstante todo lo anterior, existen algunas circunstancias que en nuestra opinión van a dar un perfil distinto a los ordenamientos italiano y español, pese a las cuestiones que acaban de ser tratadas y que llevan en primer término a asegurar erróneamente la identidad entre ambos. En particular, encontramos tres circunstancias que desvirtuarían el principio rogatorio en el sistema concursal italiano:

– La iniciativa del Ministerio Fiscal nos hace dudar si realmente el legislador italiano ha conseguido configurar una institución de carácter privado, o si bien está integrando, a través de esa vía, una fuente de intervencionismo en materia de legitimación, único reducto que en el sistema español queda al arbitrio de las partes. El problema no es desconocido en Italia, siendo posible encontrar algunos apoyos

¹⁴⁰ A pesar de que la jurisprudencia venía admitiendo la declaración de fallimento de oficio como perfectamente compatible con el artículo 111 CI, la doctrina se mostró absolutamente contraria, lo que llevó finalmente al legislador a seguir el criterio de ésta. MONTANARO, M., “Il procedimento per la dichiarazione di fallimento”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 167-168.

¹⁴¹ *Vid. Supra*, pág. 171.

¹⁴² DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione di fallimento. L’iniziativa del pubblico ministero”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2016, pág. 377.

¹⁴³ Por ejemplo, ante la inadmisibilidad de la solicitud de concordato preventivo, el artículo 162 LF recoge la necesidad de una instancia por parte de un acreedor o el Ministerio Fiscal para poder declararse el fallimento, tal y como introdujo en el precepto el decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169.

¹⁴⁴ De hecho la legitimación se reduce tanto en determinados casos, que en los procedimientos de naturaleza negocial como el concordato preventivo o los accordi di ristrutturazione dei debiti, la legitimación activa es exclusiva del deudor.

doctrinales en la consideración de la iniciativa del Ministerio Fiscal como un desvalor para el principio de rogación –o una negación del mismo–. En particular, PROVINCIALI, aunque expresó su opinión al respecto en una época muy anterior a la confección de los actuales artículos 6 y 7 LF, ponía de manifiesto claramente que la legitimación del Ministerio Fiscal se trataba de una mera indicación, en base a la que la declaración de concurso –fallimento– tenía lugar de oficio¹⁴⁵. Entendemos que estas motivaciones son las que producen que hoy en día el reconocimiento de legitimación activa concursal al Pubblico Ministero venga acompañada por unos claros límites; y es que solo podrá activarse tal facultad en dos casos (artículo 7 LF). En primer lugar si la insolvencia se pone de manifiesto en el transcurso de un procedimiento penal, o si el empresario se fuga o se esconde, o bien por la disminución fraudulenta de su activo. En segundo lugar, se permite dicha iniciativa cuando la insolvencia es señalada por un Juez que así lo ha constatado durante un proceso de naturaleza civil. En la práctica, el Ministerio Fiscal recibe la indicación del Juez que ha conocido el proceso civil, para posteriormente evaluar y llevar a cabo, en su caso y con autonomía y discrecionalidad en la valoración de las circunstancias, la solicitud al Tribunale fallimentare¹⁴⁶. A pesar de esa libertad, parece que se está recortando así el margen de actuación de un ente que representa intereses supraindividuales, en pos de un concepto privado del proceso de insolvencia. Aunque todas estas cautelas no terminan de convencernos sobre la posibilidad de trasladar el principio rogatorio al fallimento. En nuestra opinión, debe prevalecer la idea de que el Ministerio Fiscal encarna el interés público de un modo tan irrenunciable que, aun existiendo casos tasados para darse tal iniciativa, nos parece una intromisión del poder público que sería inaceptable desde el punto de vista de un sistema que propugnara el principio de rogación¹⁴⁷. En segundo lugar, los límites impuestos por el artículo 7 LF no

¹⁴⁵ PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto...op. cit.*, pág. 442. Además, se quejaba también el autor de una circunstancia que en parte aun no ha sido corregida, como es la terminología del artículo 6 LF. En este punto, lamenta la falta de atención a la doctrina que reclamaba el uso del término “domanda” en lugar de “richiesta”, que entonces se aplicaba a la solicitud del deudor. Aun hoy se mantiene el término richiesta aunque aplicado a la iniciativa del Pubblico Ministero, mientras que “ricorso” sigue usándose en relación a los acreedores, habiendo extendido su radio de acción también al deudor. En definitiva, siguen conviviendo términos que ya en 1974 produjeron la crítica de la doctrina, sin incorporarse el vocablo domanda.

¹⁴⁶ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 140.

¹⁴⁷ Recogiendo la ya citada tesis de PROVINCIALI, según la cual –y con las salvedades expresadas por el ámbito temporal de ésta– la iniciativa del Ministerio Fiscal consistía, de facto, en un supuesto de declaración

comportan únicamente casos extraordinarios, sino que pueden albergar un buen número de supuestos, con lo que la posible excepcionalidad quedaría también en tela de juicio. Finalmente, que uno de los límites suponga la posibilidad de un Juez que ha observado una situación de insolvencia en el marco de un litigio civil, para señalar al Ministerio Fiscal tal situación y que éste proceda, si lo estima, a presentar solicitud al Tribunal del concurso, es un contexto verdaderamente *sui generis* en una cuestión de Derecho privado. En tal previsión, no se llega a salir en ningún momento del circuito de poderes que encarnan al Estado, de modo que el límite a la actuación del Ministerio Fiscal tiene un efecto contrario, ya que no se promociona el fallimento como un procedimiento de iniciativa privada, sino que se está dando carta blanca a la jurisdicción para que de acuerdo con el Ministerio Fiscal, puedan “usurpar” a las partes la legitimación activa concursal. Lo que queremos mostrar es cómo este segundo límite establece una suerte de concurso *quasi* de oficio –en lo que respecta al principio rogatorio–, donde la prerrogativa, en vez de estar acumulada en el Tribunal que va a dirigir el proceso de insolvencia, se encuentra fragmentada entre diversos órganos que son igualmente expresión del poder público (Judicatura y Ministerio Fiscal). Por tanto creemos imposible e irreconciliable la actual composición de legitimados en el fallimento con el principio de rogación que rige en la LCon respecto de este tema y que, precisamente, tiene como principal consecuencia material o sustantiva la disposición del proceso para el deudor y sus acreedores, esto es, la aplicación real del principio dispositivo en una materia de Derecho privado.

– Por otro lado, el ejercicio de coherencia legislativa en los años posteriores a 2006 para trasladar abolición de la apertura de oficio no fue completa. Encontramos un procedimiento concursal en que no se ha producido dicha adaptación: la administración extraordinaria de grandes empresas. Se reconoce expresamente la iniciativa de oficio para la amministrazione straordinaria en el artículo 3.1 del decreto legislativo 270/1999. Es lo que MONTANARO ha calificado como una distinta valoración del interés público, que lógicamente para el legislador no es el mismo en el concurso de empresas de tamaño medio, que en empresas de grandes dimensiones¹⁴⁸. De nuevo, se detectan elementos que

de oficio en relación al concurso. Igualando ambas posibilidades en cuanto a sus efectos sobre el principio dispositivo: FERRARA jr, F. e BORGIOI, A., *Il Fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995, págs. 44-45.

¹⁴⁸ MONTANARO, M., “Il procedimento per...” *op cit.*, págs. 171-172: *la previsione dell’art. 6 l. fall. pare il frutto della valutazione di una diversa gradazione dell’interesse pubblico, che il legislatore–con*

nos impiden reconocer la efectividad del principio de rogación tal y como sucede en el ordenamiento español. Queda patente la relevancia que el sistema italiano otorga al interés público en el tratamiento jurídico de la insolvencia, manifestándose en la iniciativa de oficio cuando dicho interés se acrecienta, esto es, ante la insolvencia de las empresas de mayor tamaño (con más empleos en juego y cuyo efecto sobre la economía puede ser mayor). Desconfía el ordenamiento italiano de la capacidad del mercado al respecto, constatándose una preferencia por la intervención directa cuando el volumen del problema lo aconseja; extremo que, siendo perfectamente admisible, es incompatible con el principio dispositivo que rige en cuestiones de naturaleza privada.

– La doctrina italiana recuerda que la Legge Fallimentare mantiene aún un supuesto en que podríamos considerar la declaración de oficio, relativa a la extensión del procedimiento a los socios personalmente responsables de la sociedad incurso en un proceso de este tipo¹⁴⁹. Así lo prevé el artículo 147 LF, que establece la extensión automática del fallimento de una sociedad colectiva, comanditaria simple o comanditaria por acciones, de los socios ilimitadamente responsables. En este caso faltaría una solicitud o demanda específica respecto de dichos socios, de modo que tampoco aquí operaría el principio de rogación. En sentido totalmente contrario, recuérdese que en el artículo 25 bis de la Ley Concursal española se exige, para acumular procedimientos –entre los que se encuentra el concurso de “administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica”–, la solicitud mediante escrito razonado por parte del concursado, o bien de la administración concursal.

4.3.3. *Officiosità*, fallimento y concurso

Finalmente, y aunque no se corresponda absolutamente con el principio de rogación, resulta necesario precisar una de las características que en opinión de un importante sector doctrinal definen el fallimento. Hablamos de la *officiosità*, que guarda relación con el principio dispositivo, lo que justifica una somera referencia a la misma. Esta condición del procedimiento concursal básico en Italia ha sido caracterizada aludiendo a distintas realidades, de las cuales algunas entrarían en el enjuiciamiento del

valutazione allo stesso rimessa, sebbene in conformità dei parametri costituzionali in materia– non ritiene essere lo stesso per le imprese di medie dimensioni e per quelle di grandi dimensioni.

¹⁴⁹ DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione...” *op. cit.*, pág. 382.

principio rogatorio, mientras que otras se referirían a la aplicación –más bien inaplicación– del principio dispositivo en momentos procesales distintos al inicio del juicio universal. Se ha dicho que la *officiosità* se manifiesta en la posibilidad ya derogada de inicio de oficio del procedimiento concursal, o bien por parte del Ministerio Fiscal (que sigue vigente)¹⁵⁰; pero también se ha relacionado con el papel pasivo de las partes una vez iniciado el procedimiento, esto es, el desarrollo de oficio del procedimiento, que no requiere la actuación en ningún sentido del deudor o sus acreedores¹⁵¹. En nuestra opinión se trata de dos elementos distintos, aunque ambos relacionados con el principio dispositivo. Al primero de ellos hemos hecho alusión con la denominación de principio rogatorio; y aquí hemos sostenido que no opera tal axioma en el ordenamiento italiano. Aunque el fallimento de oficio ha sido eliminado de la LF, aun se conserva la iniciativa del Pubblico Ministero, con lo cual se mantiene esa pátina de proceso público o intervenido desde sus inicios. Otros autores han preferido evitar las comparaciones entre la iniciativa de oficio y a instancia del Ministerio Fiscal, cambiando esa referencia en la cuestión de la *officiosità* por la idea de que el fallimento se trata de un proceso que no necesita título ejecutivo¹⁵². Fuera del tema de la legitimación entramos en otras formas de expresión práctica del principio dispositivo. En este caso los ordenamientos estudiados sí son similares porque cuando se ha dictado un pronunciamiento judicial de apertura, deudor y acreedores dejan de controlar el objeto del proceso. Éste se va a desarrollar de manera autónoma, sin necesidad del impulso de los principales implicados en el procedimiento. Se trata de un tema que también nos lleva al problema que subyace al principio de rogación (la consideración del concurso como un proceso de jurisdicción voluntaria), pero no puede identificarse con el mismo. En este caso nos referimos a diferentes manifestaciones del principio dispositivo, siendo el momento inicial el que ha centrado nuestro interés por suponer importantes diferencias entre los ordenamientos español e italiano. De cualquier modo, la *officiosità* del proceso después de iniciado se

¹⁵⁰ Sobre este aspecto ya hemos señalado que algunos autores antes de la derogación de la iniciativa de oficio ya igualaban ambas posibilidades en cuanto a las consecuencias sobre la disponibilidad del proceso.

¹⁵¹ Admitiendo la dualidad de esta característica del sistema italiano: PASTORE, F., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pág. 70; CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”, *Diritto Fallimentare* (coordinato da MAFFEI ALBERTI, A.), Bologna, Monduzzi, 2002, pág. 16.

¹⁵² Tras la eliminación de la apertura de oficio, éste ha sido un modo en que la doctrina ha interpretado la *officiosità* en el inicio del procedimiento: CENSONI, P. F., “I caratteri del fallimento”, *Manuale di Diritto Fallimentare* (BONFATTI, S. e CENSONI, P. F.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 9.

corresponde con la no vigencia del principio dispositivo. Lo que diferencia el caso español es que la configuración de la legitimación activa del proceso concursal permite controlar al deudor y sus acreedores si se abre o no el concurso. Se trata de una importante facultad para las partes, que dominan sobre la existencia misma del procedimiento, mientras que en Italia existen elementos –fundamentalmente la legitimación activa del Ministerio Fiscal– que potencian la vertiente pública del fallimento.

4.4. El diferente rol de la conservación empresarial

Por último, vamos a considerar el diferente perfil de la conservación empresarial o continuidad de la actividad económica en los diferentes procesos de insolvencia italianos. En España es evidente la quiebra de esta idea, que ha tratado de ser un motor del sistema concursal pero que no ha encontrado aun su cauce natural, siendo una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema concursal. No reputándose diferencias críticas en los resultados obtenidos por uno y otro país, sí que se trata de un elemento que es concebido de manera muy distinta.

4.4.1. Conservación empresarial en el fallimento

El sistema español ha intentado, en diferentes niveles, establecer un axioma general que implicara una tendencia de todo proceso concursal hacia la solución pactada y conservativa de la actividad económica desarrollada por el deudor. Pero tales intentos han fracasado al menos en dos estadios diferentes: el procedimiento ordinario con la configuración de un presupuesto objetivo inadecuado y el estadio de los institutos preconcursales, cuyo efecto ha sido muy limitado. Independientemente de las perspectivas de futuro y nuevas tendencias del principio (que situamos en la venta de unidades productivas y otros medios que aseguran la continuación de la producción de bienes y servicios, aun en manos diferentes a las del deudor), entendemos que se trata a rasgos generales de un elemento que el legislador español no ha conseguido resolver, a pesar de las reformas de la LCon.

En Italia no podemos decir que el modelo concursal esté exento de críticas en relación a la posible continuidad empresarial. Es más, encontramos algunas quejas en la doctrina, que ha denunciado –así como se ha dicho del caso español– que el legislador italiano, si bien ha realizado un esfuerzo por tratar de mejorar las condiciones de

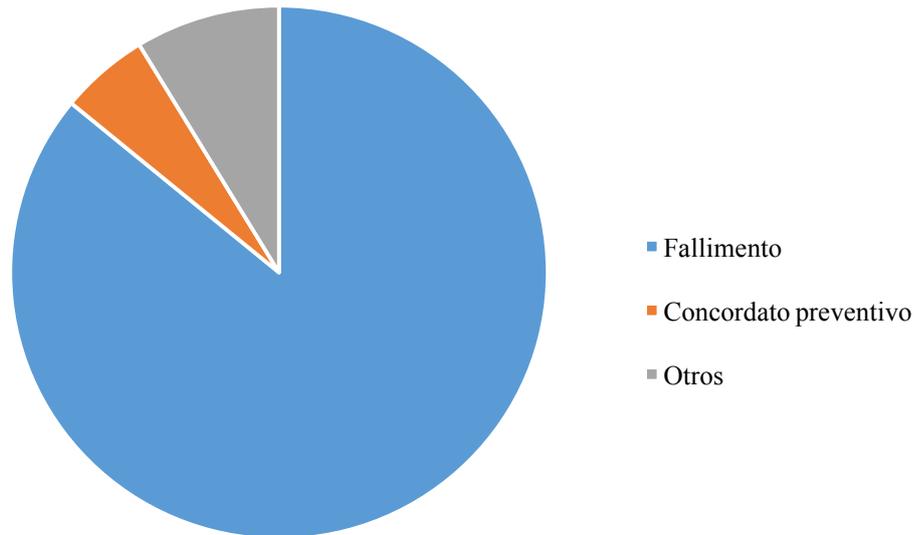
continuidad empresarial, no siempre ha seguido una línea unívoca, clara y acertada al respecto, constatándose algunos aspectos que dificultarían este tipo de solución al problema de la insolvencia¹⁵³. De hecho, la realidad estadística revela que la gran mayoría de procedimientos concursales abiertos en Italia, se corresponden con el fallimento, que se trata como sabemos de un instituto inclinado hacia la liquidación del patrimonio del deudor. Teniendo en cuenta los “eventos procesales” (apertura, revocación, etc.) durante diez primeros meses de 2017:

Proceso Mes (2017)	Fallimento	Concordato Preventivo	Otros
Enero	779	56	118
Febrero	949	79	82
Marzo	1134	70	107
Abril	954	54	45
Mayo	1032	69	107
Junio	1022	73	92
Julio	1171	55	101
Agosto	477	29	113
Septiembre	684	36	67
Octubre	1083	57	109
Total	9285 (85,9%)	578 (5,4%)	941 (8,7%)

Fuente: Ufficio Statistica CCIAA Bologna¹⁵⁴; Elaboración propia

¹⁵³ Por ejemplo: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 306. Se ha señalado también que el fallimento no es un procedimiento válido como instrumento de mediación entre los diferentes intereses presentes en el concurso, habiéndose producido una reducción de su ámbito de aplicación a favor de otro tipo de procedimientos. Considerando que dichos episodios o intervenciones legislativas que tenían por objeto la salvación de empresas han estado marcadas por anomalías, VITALE, A., *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento*, Torino, Giappichelli, 2011, págs. 150-151.

¹⁵⁴ Consulta directa a la oficina estadística de la “Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bologna”, 28/11/2017.



Elaboración propia

Con estos datos y esta representación gráfica se muestra con claridad la superioridad cuantitativa del *fallimento* dentro del conjunto de institutos concursales que existen en el ordenamiento italiano. Así se prueban las carencias en materia de conservación empresarial, que son evidentes en el contexto italiano¹⁵⁵. A pesar de ello, en ningún momento se quiere sostener en este trabajo que la finalidad conservativa sea de fácil consecución; todo lo contrario, se valora cualquier intento de promocionar este tipo de solución concursal, dada la dificultad para maniobrar con un patrimonio que llega a la aplicación del procedimiento en una situación con muy poco margen de mejora.

Pero por encima de estas ideas, queremos destacar una circunstancia que en el análisis comparado con el ordenamiento italiano nos llama poderosamente la atención. Resulta que, en Italia, la fragmentación de la institución concursal en distintos procedimientos de naturaleza y reglas diferentes, aporta un elemento importantísimo de congruencia de cara al estudio de la continuidad de la actividad económica. El hecho de que existan varias modalidades de concurso y no se promocióne obligatoriamente un concepto artificial de unidad, consigue que cada procedimiento responda a las

¹⁵⁵ La tensión entre los objetivos “conservación empresarial” y “satisfacción de los acreedores” es clara en cualquier sistema concursal; también el italiano, donde la cuestión se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones y no solo en los estudios más recientes. Por todos, CARANO, C., *L’apertura del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2001, págs. 14-17.

necesidades que le dan sentido. Asistimos en el ordenamiento italiano al establecimiento de cauces cuya intención es la conservación empresarial, en una pacífica convivencia con otras opciones meramente liquidatorias. Cada procedimiento se adapta a sus objetivos y, en cualquier caso, si debiéramos tomar como ejemplo el procedimiento básico, el fallimento, sería palmario que su lógica no es la de la conservación empresarial, sino la liquidación de bienes y satisfacción de los acreedores. Que el fallimento no responde al principio de continuidad de la actividad económica es una cuestión que determina su propia naturaleza¹⁵⁶ y la literalidad del artículo 104 LF, que regula el ejercicio temporal del comercio por parte del fallito (*esercizio provvisorio*). Este precepto señala que el Tribunale Fallimentare puede, con la sentencia que abre el procedimiento, disponer la continuación de la actividad empresarial del deudor, si de su interrupción pudiera inferirse un perjuicio a los acreedores. En principio podemos pensar que se está reconociendo una faceta del principio de conservación de la actividad –durante el propio procedimiento–, pero no es así. En un proceso como el fallimento, cercano a la quiebra comercial y que está dirigido a la liquidación de los bienes del comerciante, la alusión al perjuicio de los acreedores está estableciendo que esa continuación solo depende de la predicción de que dicha operación supondría que el valor realizable aumentara. Únicamente se mantendrá la actividad si con ello pueden satisfacerse mejor los derechos de los acreedores.

Más importante aun que el hecho de que la modalidad principal de concurso en Italia no responda al principio que analizamos, es la consecuencia lógica de que no existe un axioma general en tal sentido. La conservación de la actividad económica es una opción legislativa, que necesita de medios muy cualificados para su éxito. Por tanto, en Italia encontraremos procedimientos guiados por esa idea, mientras que otros buscarán la maximización del valor del patrimonio concursado y su realización. En España sin embargo, la incongruencia viene dada por la existencia de un proclamado principio general de conservación de la actividad económica que no encuentra reflejo más que en algunas soluciones concursales que, por otra parte, han resultado absolutamente infrutilizadas. La liquidación se ha instalado en el caso español como el cauce natural

¹⁵⁶ La naturaleza liquidatoria del fallimento es pacíficamente aceptada. *Vid.*: RAGONESI, V., *Manuale di Diritto e pratica fallimentare*, Milano, Pirola, 1986, pág. 11; CUNEO, V. L., *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 6; FIALE, A., *Diritto Fallimentare*, Napoli, Simone, 2008, pág. 13; VASALLI, F., *Diritto Fallimentare: Presupposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 1994, pág. 16.

en el tratamiento de la insolvencia, lo que multiplica la visibilidad de esta incongruencia que viene a su vez influenciada por una impostada concepción unitaria de la institución. Por el contrario, el ordenamiento italiano no se encomienda a un axioma de tales características; reduce en este sentido sus expectativas, partiendo de la fragmentación procedimental que caracteriza el sistema, en una posición consecuente con la siempre difícil proyección del Derecho concursal. La conservación de empresa solo se predica en los contextos en que ésta es una posibilidad real y no una mera declaración de intenciones o un anhelo del legislador.

Aunque ello no quiere decir que el contexto del fallimento, o más ampliamente la realidad concursal italiana, no se haya impregnado de las nuevas tendencias de esta rama del Derecho, cada vez más proclive a la continuación de la actividad. De hecho, la idea que anunciábamos con respecto al ordenamiento español, de un próximo tercer estadio de la conservación empresarial consistente en la venta de unidades productivas, es uno de los paradigmas que las reformas han tratado de introducir en Italia desde hace varios años¹⁵⁷. Cada vez se apuesta más por la continuidad¹⁵⁸, aunque se discrimina con bastante claridad qué instrumentos son más válidos para tal fin. Todo esto se refleja muy bien en la regulación del concordato fallimentare, que vendría a ser una figura relativamente similar a nuestro convenio (y que acoge la posibilidad de satisfacer a los acreedores a través de la cesión de bienes). Sin embargo, el convenio de la LCon está previsto como un mecanismo de promoción de la continuidad empresarial, mientras que en el caso italiano existe una sana disociación entre los conceptos de solución pactada y solución continuativa en materia de insolvencia. En este sentido, basta comparar los artículos 100 LCon y 124 LF, sobre el contenido de los respectivos actos negociales. La Ley Concursal, en el apartado tercero del mencionado precepto, excluye expresamente como contenido válido de la propuesta de convenio concursal la liquidación global de los bienes del

¹⁵⁷ APICE, U. e MANCINELLI, S., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008, págs. 7 y 17.

¹⁵⁸ La Legge Fallimentare cuenta, en el mismo título que la liquidación del activo –lo cual es revelador, ya que nos movemos sin duda en el ámbito de un procedimiento liquidatorio–, con algunas posibilidades que pueden devenir en la conservación de la actividad económica del deudor en manos de un tercero, bien sea de manera temporal a través del arrendamiento de empresa (*affitto dell'azienda*, artículo 104 bis LF), o de forma definitiva con la venta de empresa en bloque o de sus unidades productivas como situación más deseable en una obligada liquidación concursal (artículo 105 LF). Sobre la venta de empresa, *vid.*, PANZANI, L., “La vendita dell'azienda nel fallimento”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 1215 y ss.

deudor para satisfacer sus deudas; al respecto, la Legge Fallimentare no tiene ninguna previsión e, incluso, establece su artículo 124 sobre el contenido de la propuesta que ésta puede consistir –entre otras– en la subdivisión de los acreedores en clases o el tratamiento diferenciado entre las diferentes clases, en una alusión evidente a una realización del patrimonio para satisfacer a los acreedores. Por tanto, la ventaja del concordato fallimentare para los acreedores es, a través de la negociación con el deudor, la posibilidad de satisfacer una parte de los créditos¹⁵⁹ de forma rápida y efectiva, evitando la incertidumbre y la extensión en el tiempo que supone una futurible liquidación. A pesar de ello, es cierto que se trata de un instrumento a través del cual pueden darse reestructuraciones de deuda o cesión de bienes para la satisfacción de los acreedores, tal y como hemos señalado previamente. En vista de tales posibilidades no podemos negar que exista cierta tutela en materia de conservación aun siendo el procedimiento más liquidatorio del sistema italiano¹⁶⁰. No obstante, el concordato fallimentare, –sobre todo tras compararlo con el convenio concursal español–, se revela más como un instrumento que ayuda a terminar un concurso irreversible de manera rápida y quizá más eficaz, que como un mecanismo para reflotar la economía del deudor. Además, el hecho de que no pueda presentarse la propuesta de concordato hasta que no haya pasado un año desde la declaración de fallimento incentiva al deudor, si busca la continuidad de la actividad económica, al recurso a otro tipo de instrumentos de naturaleza concursal¹⁶¹, con mejores condiciones a tales efectos.

¹⁵⁹ Decimos satisfacción parcial aunque, del mismo modo que en Derecho español, existen dos mecanismos fundamentales con respecto al crédito en sede negocial: la reducción de la deuda (quita) o el aplazamiento de la misma (espera); que suelen utilizarse simultáneamente.

¹⁶⁰ En particular, haciendo referencia a esta tutela menciona MAFFEI ALBERTI dos aspectos fundamentales como: el esercizio provvisorio o ejercicio temporal del comercio por el fallito y el affitto dell'azienda o arrendamiento de empresa, que supone un importante paradigma de continuación de la actividad en manos diferentes a las del concursado. En ambos casos, la limitada duración implica una débil influencia sobre la concepción del sistema concursal respecto a la conservación de la actividad económica. Con ello no queremos desmerecer el sentido de estos mecanismos, que pueden sin duda mejorar las condiciones de liquidación de un deudor en concurso, sin embargo no pueden proporcionar los elementos necesarios para la conservación definitiva de una actividad económica. MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, págs. 305-306. También, sobre estos instrumentos: PACCHI, S., “Il concordato fallimentare”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 1385 y ss.

¹⁶¹ En sentido similar, aunque sin vincular esta circunstancia a la continuidad empresarial, CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale...* *op. cit.* pág. 409.

4.4.2. Conservación empresarial en otros procedimientos

En consecuencia, existen junto al concordato fallimentare otros medios en el Derecho italiano que responden mejor a la finalidad de conservación empresarial, aunque se trate como se ha dicho, de una posibilidad más dentro de un sistema que no propugna como finalidad primordial esta difícil solución al problema de la insolvencia. Entre esos medios destaca el concordato preventivo, cuya regulación ha sido adaptada a dicho objetivo a través de un tipo especial, denominado “concordato con continuità aziendale”, es decir, un convenio con continuidad empresarial –no todos lo son–, previsto precisamente para sostener esta vertiente de la institución concursal. Antes de la introducción de esta figura, existían por supuesto casos de concordato preventivo en que se conseguía la continuidad de la actividad económica del deudor, no obstante, las críticas realizadas a este instrumento en razón –entre otros– a la tramitación y los tiempos marcados para ello, llevaron al legislador italiano a crear esta forma especial que respeta en mejor medida las exigencias de la conservación empresarial. Por tanto no se trata de un nuevo concordato preventivo, sino que comporta una adaptación de éste, en la que el mantenimiento del ejercicio de empresa es parte del plan¹⁶². Todo ello se recoge en el artículo 186 bis LF, incorporado en el año 2012¹⁶³, y que define este elemento del Derecho concursal italiano en su primer párrafo como: el concordato preventivo cuyo plan prevé la continuación de la actividad de parte del deudor, la cesión de la empresa en ejercicio, o la aportación de la empresa en ejercicio a una o más sociedades, incluso de nueva creación. Consecuentemente, el régimen jurídico del mismo no se encuentra únicamente en el mencionado precepto, sino que dichas previsiones han de acumularse a las normas que ya existen (arts. 160 y ss LF) sobre el concordato preventivo¹⁶⁴. Hasta tal punto responde este tipo de acuerdo concursal a la finalidad de continuidad de la actividad económica afectada, que el mismo artículo 186 bis permite la liquidación de todos aquellos bienes que no cumplen una función en el ejercicio de empresa. Es claro que se

¹⁶² STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità aziendale”, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n° 10, 2013, pág. 1225. El autor expresa que las particularidades de la conservación empresarial en situación de insolvencia justifican la toma de determinadas cautelas en relación a este concordato con continuità aziendale. Sobre estas cautelas y las ventajas exclusivas (y las compartidas con el concordato preventivo) de tramitación y agilización del instituto, *vid.*, págs. 1226 -1228.

¹⁶³ Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, convalidado por Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁶⁴ PASQUARIELLO, F., “Il concordato preventivo con continuità”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVI, n° 5, 2013, pág. 1140.

parte, en la caracterización de este instituto, de una concepción de la pérdida de continuidad empresarial negativa y que puede producir desvalorización repentina del patrimonio. A pesar de reconocer tal extremo, señala STANGHELLINI¹⁶⁵ que la conservación empresarial no va a ser un elemento favorable a los acreedores en todo caso. Se reputan situaciones en que las que la empresa no tiene y no puede tener más valor que la suma de sus bienes, de modo que posponer el momento de la liquidación solo puede agravar las deudas de aquélla. En este sentido, añade este autor que para que la continuación de la actividad económica sea provechosa desde el punto de vista de los acreedores¹⁶⁶ el requisito indispensable, el criterio que determina la eficacia de dicha conservación, es la capacidad de la empresa para producir bienes y servicios en condiciones de obtener beneficios de manera inmediata; o bien en un tiempo relativamente breve, tras una reestructuración.

En cuanto al acuerdo de reestructuración de deudas, recuerda MAFFEI ALBERTI¹⁶⁷ que no cuentan con una disciplina especial para el caso de que respete la continuidad empresarial del deudor. Sin embargo –aunque no de forma exclusiva pues la medida es compartida entre concordato preventivo y accordi di ristrutturazione dei debiti–, puede determinar la conservación empresarial y la entrada de liquidez en el patrimonio concursado la preeducibilidad (consideración de crédito contra la masa) de la financiación concedida durante el procedimiento o con ocasión del mismo.

Pero el procedimiento que ha llevado a cabo una apuesta más clara por la conservación empresarial es la administración extraordinaria para grandes empresas¹⁶⁸. En él se reconoce la elección de este paradigma como objetivo principal del instituto, siendo sus normas fiel reflejo del mismo. El motivo principal de la superposición de la continuación de la actividad sobre la satisfacción de los acreedores es precisamente que la sujeción a dicho proceso concursal se reserva a las empresas de mayor tamaño, donde confluyen aun más intereses que en el resto de casos de insolvencia. Aquí están en juego

¹⁶⁵ STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità...” *op. cit.*, págs. 1222-1223.

¹⁶⁶ También encontramos la idea de que la continuidad empresarial solo es útil en la medida en que tutela o interesa a los acreedores, esto es, se instrumentaliza el axioma en: FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, pág. 604.

¹⁶⁷ Considerando que debería darse un trato de favor a los acuerdos que prevean la continuidad empresarial: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 307.

¹⁶⁸ *Vid. Supra.*, pág. 306.

cifras muy relevantes, así como muchos puestos de trabajo; el efecto del concurso en este contexto puede suponer un importante impacto sobre el funcionamiento del mercado y la economía en general dado el “riesgo de contagio” o efecto cadena que puede producirse desde grandes empresas a otras de menor tamaño, cuestiones que determinan una intervención pública más invasiva que en otros procedimientos, aunque esto pueda suponer una carga para los acreedores¹⁶⁹.

4.4.3. Crítica comparada

En nuestra opinión, todo lo anterior redunda en la ya mencionada inexistencia en Italia de un principio general de conservación que afecte a todo el sistema concursal, así como lo propugna la Ley Concursal española. Sin perjuicio de esta no inclusión del axioma en el sistema concursal italiano, la existencia de medios especializados en la tutela de la conservación empresarial en sede de insolvencia nos han permitido señalar que en Italia, paradójicamente, el ordenamiento cuenta con mejores condiciones para el cumplimiento de este objetivo. El hecho de que existan procedimientos en los que se promueve de manera efectiva la continuidad de la actividad económica del deudor, deviene en un mejor tratamiento de la cuestión. La disciplina concursal italiana ha reservado este tipo de procesos para situaciones en las que la insolvencia sea verdaderamente reconducible. Para ello, se ha debido disociar –de manera lógica y a diferencia de la práctica española– los conceptos de solución pactada y solución conservativa, no debiendo todo pacto estar dirigido a la continuidad empresarial. Por tanto, asistimos a una situación que podría parecer contradictoria: no existe un principio general de conservación empresarial en Derecho italiano, e incluso el procedimiento principal tiene una clara tendencia liquidatoria; pero a la vez cuenta con mejores opciones para conseguir dicha finalidad, en un concepto menos pretencioso y que solo dirige sus esfuerzos hacia quienes realmente pueden –y merecen ayuda para– mantenerse económicamente a flote, lo que se consigue en parte reduciendo y trabajando sobre los ámbitos de aplicación de los distintos procedimientos.

¹⁶⁹ Al respecto, artículo 63 d. lgs. 270/1999. El precepto establece la continuación obligatoria durante al menos dos años tras la venta de la empresa, debiendo mantener el adquirente no solo la actividad empresarial, sino también el nivel ocupacional.

Debemos concluir reiterando que a pesar de la inexistencia de un principio concursal de continuidad de la actividad económica en el ordenamiento italiano, las condiciones específicas de determinados procedimientos mejoran las hiperbólicas expectativas del legislador español al respecto. El intento de aplicación indiscriminada del axioma ha determinado su fracaso en España, mientras que en Italia, aun existiendo críticas doctrinales¹⁷⁰ y dificultades para conseguir el objetivo de conservación empresarial, el sistema resulta más congruente reduciendo su ámbito de aplicación a algunos de sus institutos concursales, cuyos presupuestos y demás condiciones de apertura responden a la constatación de una verdadera posibilidad de continuidad en la actividad. Siempre es más fácil cumplir una finalidad si ésta se dirige únicamente a concretos subsistemas, creados a tal efecto. Por ello, no resulta tan grave como en España que haya problemas de conservación empresarial, porque aunque suponga un daño a la economía, al menos en el contexto del Derecho concursal no se va a producir un desfase entre el espíritu de las normas y su aplicación real. No hay un principio general en este sentido en el ordenamiento italiano aunque su legislación, tanto vigente como proyectada, proporciona más y mejores posibilidades a los deudores que realmente merecen dicha tutela.

5. Confusión axiomática y propuesta de análisis: universalidad, integración y par condicio creditorum

Antes de iniciar la parte central de este estudio, cabría preguntarse por el papel de la normativa concursal, es decir, ¿qué repercusiones tiene en la sociedad el tratamiento jurídico de la insolvencia? VAN HEMMEN ALMAZOR ha expuesto de manera brillante la cuestión: *La legislación concursal es una pieza importante en el sistema económico y financiero de cualquier país. Por una parte, provee un mecanismo ordenado para la toma de decisiones cuando los contratos de financiación no han previsto qué hacer en caso de insolvencia generalizada. Por otra, regula la salida del mercado de aquellas empresas cuyo valor actual de sus recursos es inferior al de liquidación. Asimismo, establece reglas*

¹⁷⁰ Se ha dicho que la elección del legislador italiano de vías intermedias entre la tutela de los intereses colectivos con la conservación de la actividad y la tutela de los acreedores con la satisfacción de sus créditos no termina por satisfacer plenamente ninguno de estos intereses. MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 308. Aunque pueda compartirse dicha crítica, mantenemos que lo que el autor califica como vías intermedias son procedimientos que, pudiendo mejorarse, se adaptan a la realidad mucho más fácilmente que la Ley Concursal española de 2003.

*para la distribución de los costes causados por la insolvencia, lo que influye en las decisiones de financiación desde el momento mismo en que se producen. A nivel agregado, la legislación concursal contribuye a determinar las características de los mercados financieros (esto es, la «arquitectura financiera»): el tamaño relativo del crédito bancario y de los mercados de capital, la proporción de créditos concedidos con garantía real, la canalización de recursos a través de los mecanismos de capital-riesgo, entre otras*¹⁷¹. Destacando el papel de la normativa concursal como un elemento básico del ordenamiento jurídico y de la paz social en general, y siendo un instrumento que resuelve importantes problemas para el justiciable, podemos recibir con más conciencia las críticas formuladas por la doctrina o los motivos que han llevado al actual estado de la cuestión.

Este importante papel del Derecho concursal en la sociedad aumenta la relevancia del estudio de los principios concursales, pues deben ser el medio a través del cual se plasmen las demandas de la sociedad en este sector del ordenamiento. Se trata de las ideas que van a convertir dichas necesidades de la sociedad en reglas concretas u orientaciones del modelo concursal. Por tanto, el estudio de los principios concursales es el análisis del modo en que se concibe el tratamiento jurídico de la insolvencia y qué caracteres van a dotar de operatividad una legislación concreta. Además, es fundamental tener claro el dibujo axiomático en un instituto jurídico de estas características, que debe regular una situación de crisis donde no se puede esperar una respuesta coordinada de los acreedores, ni en general de ningún sujeto del proceso ya que todos tienen una visión parcial e interesada de la cuestión, lo que plantea verdaderos problemas de fondo. En concreto, se puede hacer alusión a la coexistencia de dos objetivos contradictorios, siendo el primero el traslado a los acreedores del control sobre los activos; y el segundo la continuidad empresarial. En ese sentido la materialización del primero se ha desarrollado a través de acciones de recuperación (en favor de acreedores privilegiados), que acababan por mutilar el conjunto productivo, con la consiguiente reducción de posibilidades de mantener viva la actividad económica. Esto es solo un ejemplo, pero muy representativo, de que las tensiones existentes en el marco jurídico de la insolvencia empujan a clarificar los principios de este sector del ordenamiento, siendo más que obvios los posibles efectos perniciosos de la posible confusión o indefinición de aquéllos.

¹⁷¹ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico...” *op. cit.*, pág. 189 y ss.

La cuestión se complica aun más, puesto que la institución concursal viene sufriendo precisamente por efecto de todo el proceso de reforma, cambios sustanciales en su esquema axiomático. Dicha circunstancia ha sido puesta de relieve en el caso español por CAMPUZANO: *La indicada sucesión de reformas legislativas ha configurado una legislación de insolvencia con algunas características propias y diferentes a aquellas que la informaban inicialmente (...) resulta igualmente imprescindible que las modificaciones que se introducen respondan a una correcta técnica legislativa y sean resultado de un proceso meditado y reflexivo, que depare la mejora que se persigue con los cambios que se introducen*¹⁷²; y también por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: *Sería deseable, sin embargo que en esa línea de intervención normativa gocen de estabilidad los principios fundamentales de la disciplina, evitando que cada poco tiempo se registren cambios de especial calado o que obligan a prestar cuidada atención a las soluciones transitorias*¹⁷³. En esta línea de preocupación por los principios del Derecho concursal se sitúa nuestra investigación, siendo un problema que no solo afecta a España, sino que también puede predicarse de Italia u otros ordenamientos en los que se han sucedido numerosas reformas del Derecho concursal con motivo de la crisis económica. Es ésta una etapa de cambios, una etapa de redefinición del concurso y de confusión sobre cuestiones fundamentales, en la que es necesario pensar en el Derecho concursal que tenemos y en cómo se está desarrollando y cambiando, así como en las transformaciones que podrían mejorarlo. Para ello necesitamos, como primera medida, comprender sus principios.

Particularmente, hemos acotado nuestra investigación en torno a tres de esos principios: universalidad, integración y *par condicio creditorum*. Las razones que justifican su análisis han sido ya apuntadas pero están relacionadas con la confusión existente, al menos en Derecho español, en su caracterización. Aunque sea una cuestión que deba analizarse en los capítulos sucesivos, podemos adelantar que la doctrina española ha valorado desigualmente la posición de los mismos en el “árbol” del Derecho concursal español. Algunos autores tienden a converger estas tres ideas, otros consideran

¹⁷² CAMPUZANO, A. B., “El Derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 43.

¹⁷³ SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 22, 2015, pág. 60.

que universalidad e integración son la misma cosa, e incluso se ha señalado que todos emanan de al *par condicio creditorum*, cuando por otro lado parece que se trata de un principio que pasa por sus momentos más bajos en cuanto a vigencia y presencia en la práctica real de la disciplina.

Por tanto hablamos de axiomas relacionados, ya que son de un marcado carácter sustantivo en relación al procedimiento de insolvencia al que se refieren, si se quiere, al concurso. No obstante, son ideas que vienen aplicándose también en la experiencia comparada y en concreto en Italia, circunstancia que recomienda su análisis desde esta perspectiva. Dicha naturaleza sustantiva va también a justificar que este estudio se realice desde el punto de vista del Derecho mercantil, que es el que aporta la base teórica al Derecho de la insolvencia. No podría ser de otra manera y es que en esta investigación, aunque será inevitable hacer alusión a cuestiones procedimentales de los distintos institutos concursales, nuestro interés se centra en otros elementos. Obviamente el Derecho procesal tiene una fuerte presencia en el estudio del tratamiento jurídico de la insolvencia, sin embargo, en este caso se intenta otorgar el protagonismo a las reglas materiales que dan sentido al proceso. Creemos de hecho, que la fuerte procesalización no de la rama del Derecho en sí, sino de los estudios de Derecho concursal, han terminado por desplazar el centro de la gravedad de la disciplina hacia elementos que son en realidad accesorios.

Nos interesa el estudio comparado de estos axiomas, con el fin de conocer si las condiciones de implementación de los mismos en el sistema italiano pueden arrojar luz sobre la interpretación más correcta, dada la mencionada confusión en el Derecho concursal español. Tratamos de cruzar las reglas del Derecho español y del Derecho italiano, en un intento de presentar los aspectos en que convergen ambos ordenamientos, así como las prescripciones que van a distinguir, en su caso, la legislación de estos Estados en materia de insolvencia. Por tanto, desde el punto de vista español e italiano queremos focalizar nuestra atención sobre la autonomía de los principios señalados, respondiendo a preguntas como: ¿Es el sometimiento de los acreedores y de todos los bienes del deudor común producto de una misma idea? ¿Ambas deben ser entendidas como producto de la regla de la *par condicio creditorum*? ¿Existe en Derecho concursal actual la *par condicio creditorum*? ¿Se reputan las mismas excepciones a los axiomas aludidos en Derecho italiano y español? ¿Difiere la interpretación axiomática en uno y otro ordenamiento o son idénticos?

Capítulo I

Todo ello es lo que corresponde en los próximos capítulos, ésta es nuestra propuesta de análisis, jalonada sobre la base de este primer capítulo en que hemos sentado las bases necesarias para un estudio comparado de dos ordenamientos. Ahora ya conocemos la historia compartida del Derecho de la insolvencia en Italia y España, así como los principales caracteres de ambos y las diferencias que pueden complicar el análisis comparado de los sistemas vigentes en estos Estados. Contamos con todos los elementos sobre los que seguir construyendo una investigación comparada llevando la atención a los principios de universalidad, integración y *par condicio creditorum*.

CAPÍTULO II

LA UNIVERSALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

1. Principales retos en la conformación de una teoría de la universalidad en sede concursal

Las nociones expuestas hasta el momento bastan para comprender las importantes diferencias de base entre el sistema concursal italiano y español. Ambos ordenamientos cuentan con caracteres bien diferenciados a la hora de conceptuar el procedimiento de insolvencia. De hecho, en un caso debemos hablar de procedimientos en plural, mientras que en el otro (España) no está muy claro si existe unidad en torno a la cuestión; al menos sí una unidad nominal. A pesar de los caminos divergentes seguidos por el legislador español e italiano en la cuestión concursal, no podemos negar que existe una conciencia generalizada, no ya en España e Italia, sino en cualquier sistema jurídico, que nos lleva a pensar en el Derecho concursal como una herramienta para hacer frente al pago de obligaciones, que de un modo u otro, finaliza con el empleo de todos los medios del deudor en tal objetivo.

Esta idea, esbozada de manera no jurídica, tiene una importante expresión en el mundo del Derecho y más concretamente del Derecho concursal. Sobre la universalidad se ha escrito mucho e interpretado más, tratándose de un elemento basal en cualquier ordenamiento. Ello complica la conformación de una teoría sobre dicha idea en uno o más sistemas concursales. Pero si continuamos, aun desde una perspectiva no puramente técnica, hay que retomar el contenido de tal regla. La universalidad patrimonial se entiende por tanto como el empleo de todos los medios disponibles para hacer frente a deudas. Se trata de una idea que no es exclusiva del ámbito concursal, y que en otras esferas del Derecho privado común ha tenido notoriedad en cualquier ordenamiento que provenga del Derecho romano; la responsabilidad universal patrimonial bebe de tal axioma, con la importancia que este paradigma ha tenido para el posterior desarrollo de toda la contratación, sobre todo privada.

De modo que es evidente la presencia de una norma, de una tendencia general a la afectación del patrimonio del deudor, por entero, al pago de sus deudas. Desde luego no estamos discutiendo tales extremos, ni tampoco descubriéndolos, sino únicamente mostrando el punto del que parte nuestra reflexión en este capítulo. Sobre las cuestiones técnicas o técnico-jurídicas que rodean el axioma vamos a discurrir en las próximas páginas, manteniendo como objeto de estudio el Derecho español e italiano, sin embargo,

conviene adelantar cuáles son las dificultades a las que nos debemos enfrentar para realizar el análisis de esta conocida regla, si nos fijamos en la materia concursal.

En primer lugar debe definirse la universalidad, lo que va a traer los primeros problemas: ¿nos encontramos una definición especial en el ámbito concursal? ¿existe definición legal genérica? ¿Cuál es el contenido que a este principio ha otorgado la doctrina? Desde estas cuestiones, tan iniciales, debe ir complicándose la exégesis de la universalidad concursal. No solo se trata de conocer el contenido de la regla, sino también su aplicación: ¿es real en la actualidad? ¿hay numerosas excepciones que desvirtúan su carácter o por el contrario mantiene su indemnidad y vigencia en los sistemas contemporáneos? Además, habrá que comprender si es un principio que viene a caracterizar las situaciones de ejecución colectiva únicamente, o si también tiene virtualidad ante ejecuciones de naturaleza singular; en definitiva si se trata de una regla concursal o meramente civil, propia del Derecho privado considerado ampliamente. También cabe cuestionarse si suceden ambas cosas al mismo tiempo, puesto que también podría pensarse que conviven diferentes tipos de universalidad según el ámbito en el que nos encontremos. En ese caso deberíamos preguntarnos por la relación entre ellas: ¿habría una universalidad general y otra derivada en Derecho de la insolvencia? ¿Esta regla supondría alguna diferencia o mejoría con respecto a la regla general? ¿O por el contrario son dos normas que aun coincidiendo en el contenido se han generado a través de procesos de construcción o abstracción teórica diversos? Obviamente, el contenido de las normas legales al respecto será fundamental, así como la labor de años de interpretación sobre las mismas en sede doctrinal y jurisprudencial, pues de ahí podrá extraerse la información útil y eficaz para determinar la identidad o no de estos contextos normativos. De gran relevancia será igualmente conocer la sistemática que usa el legislador para introducir la idea de universalidad como elemento del ordenamiento jurídico en diferentes ámbitos, pues en ocasiones la manera en la que se disponen las normas es muy indicativo de cuál es la intención que busca o el efecto que trata de trasladar a la sociedad.

Cuando se analiza una regla con el nivel de profundidad que nosotros tratamos de imprimir a este estudio en relación a la universalidad en el procedimiento concursal – también de otros principios en los próximos capítulos–, es muy necesario justificar la norma de que se trata. Por tanto, partiendo seguramente de concepciones que ya están superadas, tenemos que retrotraernos al sentido de esta idea para comprender su significado en el ámbito del Derecho de la insolvencia. Solo de esa manera podremos

llevar a cabo un estudio riguroso sobre un axioma, preguntándonos por las condiciones de utilidad social del principio en cuestión. Por tanto, también hemos de subrayar la vigencia, entendiéndola en términos de eficacia, del paradigma de la universalidad en el contexto concursal tanto italiano como español. Una vez hemos reconstruido su *ratio*, su intención y su relación con elementos fundamentales del Derecho privado como la deuda, la responsabilidad, etc., conviene poner en tela de juicio utilidad actual, su razón de ser. Confirmándose su interés en el contexto obligacional en que vivimos, nos corresponde responder todavía a más preguntas, a las que se refieren a las propias características del principio. Será necesario analizar la naturaleza del mismo para determinar si se trata de un axioma con relevancia sustancial o meramente procesal, si sus consecuencias atañen al Derecho material (en este caso aplicable a la situación de insolvencia) o si únicamente dispone los cauces procedimentales para ventilar una coyuntura específica. Igualmente, dentro del ámbito de la insolvencia y con motivo precisamente de sistemas jurídicos que prevén una pluralidad de procedimientos de este tipo (por ejemplo Italia), hay que estudiar la incidencia del principio de universalidad en los distintos institutos concursales. ¿Se aplicará del mismo modo a toda la realidad concursal? ¿Es obligatoriamente en los procesos de tipo liquidatorio donde esta regla se aplica con más claridad? ¿o son los únicos? Hay motivos, a priori, para dudar que la operatividad de esta idea fuerza sea idéntica en los procedimientos liquidatorios y en aquellos que apoyan la continuidad empresarial o de la actividad económica en general a través de pactos entre el deudor y sus acreedores.

Son muchos los interrogantes que se presentan en el estudio del principio de universalidad, múltiples las cuestiones que deben afrontarse y potencialmente interesantes y útiles las respuestas a las que se pretende llegar. El empleo de todos los medios del deudor para hacer frente a sus deudas es un paradigma normativo que nos merece atención desde el punto de vista comparado, observando en todo momento su centro de gravedad en un contexto moderno en el que el Derecho ha creado múltiples institutos que dificultan la identificación de las reglas básicas de nuestro ordenamiento. Nos interesa acudir a la raíz del principio de universalidad para comprender y criticar su aplicación con determinados límites, que sirven a su vez para determinar el objeto de estudio: uno temporal, refiriéndonos a las normas vigentes; otro espacial, con la referencia a los ordenamientos español e italiano; y por supuesto otro material, por cuanto nos interesa la aplicación de esta idea en el Derecho concursal.

2. El principio de universalidad en la LCon

2.1. Conceptos iniciales: patrimonio y masa activa

Se comienza el estudio de uno de los principios cuya delimitación utiliza elementos no estrictamente jurídicos. Por ello interesa, aunque sea de forma telegráfica, describir diversos conceptos que se deslizan entre lo económico y lo jurídico y que serán fundamentales para comprender nuestra propuesta interpretativa en cuanto a la universalidad de la institución concursal.

Entre esos conceptos o ideas básicas destaca el “patrimonio”. Resulta habitual la creencia de que el patrimonio del deudor queda encuadrado en la masa activa del concurso. Esto no es cierto, no por completo. El patrimonio del deudor contiene bienes y derechos, pero también deudas, de manera que será la yuxtaposición de ambas masas lo que dará como resultado el patrimonio del concursado. Coloquialmente se entiende que el patrimonio es igual a la masa activa, sin embargo, aquí solo hay saldos positivos para el deudor, cuando realmente la situación concursal ha venido dada por el exceso de saldos negativos, y que también forman parte de aquél. Hay que señalar que en líneas generales la masa activa sí se corresponde con el patrimonio activo del deudor. Por tanto, el término patrimonio activo se utiliza aquí para evitar caer en ese error de obviar el pasivo del concursado cuando se hace referencia al concepto de patrimonio sin más precisiones, que es amplio por definición.

La masa activa es un concepto que tiene efectos o describe realidades que pertenecen al ámbito meramente concursal. Mientras una persona, un deudor, no está sometido a un procedimiento de insolvencia no utiliza dicha terminología, no tendría sentido hacerlo. Por tanto, hay que destacar: de un lado el significado de masa activa, entendiendo en tal sentido al conjunto de bienes y derechos que se van a usar en la satisfacción de los acreedores concursales; y de otro, resulta también importante reparar en la propia sustitución de términos que aparecen en el Derecho común o incluso en otras disciplinas como la economía, y nos referimos en concreto a “patrimonio”, que en este caso viene reemplazado por el uso de masa activa. El concurso revela mucha información sobre su naturaleza, puesto que el empleo de “masa activa” como concepto que hace alusión al patrimonio del deudor enfatiza el carácter de patrimonio destinado de los bienes del concursado. En concreto, el destino es la satisfacción de los acreedores y aunque el

iter de este instituto jurídico sea tan conocido por un ordenamiento en que rige la responsabilidad universal patrimonial del deudor, es particularmente interesante que la legislación especial cambie de terminología y prefiera utilizar un nuevo modo de denominar esta masa patrimonial. Desde luego, no podemos compartir que se trate de una casualidad, sino que esta operación debe responder a una intención de separar o distinguir de alguna manera el contenido –obligacional– de las normas cuando éstas se aplican a la materia concursal.

2.2. Universalidad: principio concursal inspirador de la conformación de la masa activa

Resulta fundamental en los epígrafes siguientes, realizar una panorámica sobre la composición de la masa activa del concurso. La Ley Concursal señala las reglas que nos llevan a incluir ciertos bienes y a separar otros, sin embargo, la manera en que lo hace ha dado lugar a diferentes esquemas en la doctrina. Existen distintas propuestas dogmáticas que versan no tanto sobre los conceptos que componen la masa activa (cuestión tasada en la LCon), sino sobre el lugar que ocupan los bienes en esta composición. Por tanto, lo que varía de un sector doctrinal a otro, es la sistemática con la que se trata la cuestión. Aquí se va a realizar un esquema que como podrá comprobarse bebe de diferentes fuentes.

El artículo 76.1 LCon establece el principio de universalidad con respecto a los bienes y derechos del patrimonio que conforman la masa activa. Pero existe un régimen de excepciones, supuestos especiales y categorías similares, que complican un poco la composición de aquélla. Tal principio de universalidad será por tanto un primer paso, una aproximación inicial que necesita concreción; o al menos la enunciación de un debate sobre su efectividad. El contenido del principio consagrado en dicho precepto viene a cumplir con una exigencia habitual en cualquier Ley Concursal, como es la afectación de la totalidad de bienes del concursado a sufragar el juicio universal denominado en España concurso. El deudor “entrega” al procedimiento concursal todos sus bienes y derechos con relevancia patrimonial. Sobre este particular entendemos que no existen demasiadas razones para elaborar un elenco de presupuestos en relación a los bienes que deben componer la masa activa. De hecho el contenido del principio de universalidad, siquiera por una cuestión semántica, queda suficientemente explicado con la enunciación de dicho axioma en el artículo 76 LCon. Aun así podemos redundar en él para decir que para que un bien o derecho se incorpore a la masa activa en el marco de un proceso concursal debe

estar bajo la titularidad del deudor, además de tener un contenido patrimonial que permita su realización.

Adelantándose el legislador a posibles problemas interpretativos, el primer apartado del precepto señala que además de los bienes a fecha de la declaración de concurso, también forman parte de la masa activa todos aquellos que se reintegren o adquieran por el deudor durante el procedimiento. Aquí la redacción de la norma comprende que el procedimiento concursal es dinámico, no siendo posible circunscribir la realidad patrimonial del deudor a un momento de redacción del inventario; al contrario, el valor de su patrimonio variará a lo largo de la tramitación del concurso pese a las prohibiciones de disponer existentes. Más adelante veremos qué conceptos pueden hacer variar la composición de la masa activa durante concurso.

Para un importante sector doctrinal, este principio es una aplicación del artículo 1911 del Código Civil, que afecta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes del deudor, presentes y futuros^{174,175}. Desde esta óptica se identifican los “bienes presentes” del artículo 1911 CC con los “bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso” del artículo 76.1 LCon; y los “bienes futuros” (art. 1911 CC) con “los se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento” (art. 76.1 LCon). Se trata de una postura extendida en la doctrina, e incluso expresada en sus sentencias por algunos Juzgados de lo Mercantil¹⁷⁶. Ciertamente, podemos encontrar el paralelismo que destaca este sector doctrinal y

¹⁷⁴ Por todos, CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pág. 187; ROJO A. y BELTRÁN, E., “Las masas activa y pasiva del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 549. Aunque de la última referencia se podría decir que los propios autores –en la misma obra–, señalan tras hacer alusión al régimen ordinario de responsabilidad patrimonial universal del CC: *Cuando, por el contrario, el deudor no puede cumplir regularmente las obligaciones a medida que devienen exigibles, ese Derecho general se sustituye por un Derecho excepcional en el que el interés colectivo prima sobre los singulares intereses de los acreedores*. ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica...” *op. cit.*, pág. 493. Se trata de una idea que, como veremos, se ajustaría mucho más a nuestra interpretación sobre la autonomía de la responsabilidad universal en el marco del concurso.

¹⁷⁵ En el tenor literal de los artículos 1911 CC y 76.1 LCon encontramos que se obvia la palabra patrimonio, y se prefiere hablar de bienes y derechos, que realmente son la parte activa del patrimonio, esto es, lo que hemos denominado patrimonio activo.

¹⁷⁶ *Vid.*: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, 10/2005, de 1 de marzo (AC 2005/1022), FD 1º; y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, de 3 de noviembre de 2008 (AC 2009/1527), FD 8º.

jurisprudencial, no obstante, tenemos algunas reservas en el sentido de aceptar el principio de universalidad en torno a la masa activa del concurso como una aplicación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor de nuestro Derecho civil. Hay que destacar de nuevo que el paralelismo es claro, pero no creemos que un régimen sea causa del otro. El Derecho concursal se describe en este estudio como un agente deformador del Derecho de obligaciones común y en este sentido, cualquier parecido con el mismo es fruto de todo menos de la causalidad. Los motivos que llevan al legislador a configurar tal principio de universalidad se circunscriben seguramente a la satisfacción de los acreedores, que también inspiran el artículo 1911 CC, pero nos parece claro que, en un Derecho que tiene los efectos que estamos describiendo sobre la esfera obligacional del deudor, dicha elección vendrá dada por un razonamiento autónomo y no por la influencia del Derecho civil en materia de obligaciones. Quizá por los dos caminos se llegue al mismo destino, sin embargo resulta diferente el viaje, y en confundir el trayecto teórico corremos el riesgo y la tentación de acudir a criterios hermenéuticos o aplicación analógica de normas, en función de un supuesto fundamento común entre el Derecho civil (cuya aplicación solo puede ser supletoria en este campo) y el Derecho concursal. Éste supone la deformación probablemente más acusada de las reglas básicas y elementales del Derecho de obligaciones, por tanto, aunque ambos sectores del ordenamiento den lugar a una misma solución en este punto, el motivo es el resultado esperado de la medida –la satisfacción de los acreedores–, y no la reproducción de una regla general en una parcela del Derecho que modifica con la profundidad que lo hace el concurso, la materia de obligaciones.

Consecuentemente, nuestra opinión es que en la Ley Concursal de 2003 existe un concepto autónomo, el principio de universalidad, al que llega el legislador concursal por sus propios medios y que no es tributario ni supone la aplicación sectorial del artículo 1911 CC. De hecho, si fuera ese el caso, habría sido más sencillo a efectos de redacción de la norma, señalar que en el proceso concursal rige el principio de responsabilidad universal patrimonial del deudor con algunas particularidades.

La idea de universalidad, en opinión de ARIAS VARONA¹⁷⁷, es potenciada en la LCon dado el alto número de acreedores privilegiados que pueden concurrir en la

¹⁷⁷ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa del concurso”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, pág. 368.

tramitación de un procedimiento concursal. Tomando este razonamiento, la proliferación de acreedores con privilegios especiales o derechos de ejecución separada –de naturaleza singular–, podrían dejar en muchos casos a la masa activa en una situación muy poco proclive a hacer frente al juicio universal con unas mínimas garantías de satisfacción de los acreedores. Por tanto, desde este punto de vista la universalidad no es solo una exigencia de sentido común si hablamos de un juicio global, sino también un modo de incluir todos los elementos posibles en el activo del deudor, con el objeto de hacer frente a la masa pasiva ante la existencia de privilegios que agotan la masa activa antes de la terminación del procedimiento.

Pero es en la descripción de los límites del principio de universalidad donde pueden suscitarse mayores problemas y donde centraremos por tanto nuestro interés analítico. Las principales dificultades en torno al contenido del artículo 76 LCon están en la descripción de aquellos elementos que escapan o que ponen en duda el principio general de universalidad, o bien en aquellos que aun cumpliendo con el mandato del artículo 76.1 LCon, vuelven al patrimonio del que habían salido en un modo que la Ley califica como perjudicial para la masa activa. A continuación se presentan las reglas especiales que completan el significado del principio de universalidad en la composición de la masa activa. Algunas de ellas son contrarias al mismo y se reputan como excepciones, mientras que otras no chocan frontalmente con el significado del axioma o incluso lo reafirman.

2.3. Reglas especiales en la composición de la masa

La determinación final de la masa activa del concurso, es decir, de los bienes y derechos con los que el deudor concursado responderá frente a una pluralidad de acreedores, responde al juego conjunto entre el principio general de universalidad y otras operaciones accesorias que en ocasiones matizan o modifican la vigencia de aquél. Por ello, dado el carácter dinámico de la masa activa¹⁷⁸, cuyos elementos pueden variar durante el procedimiento, se diferencia entre masa de hecho y masa de derecho¹⁷⁹. La

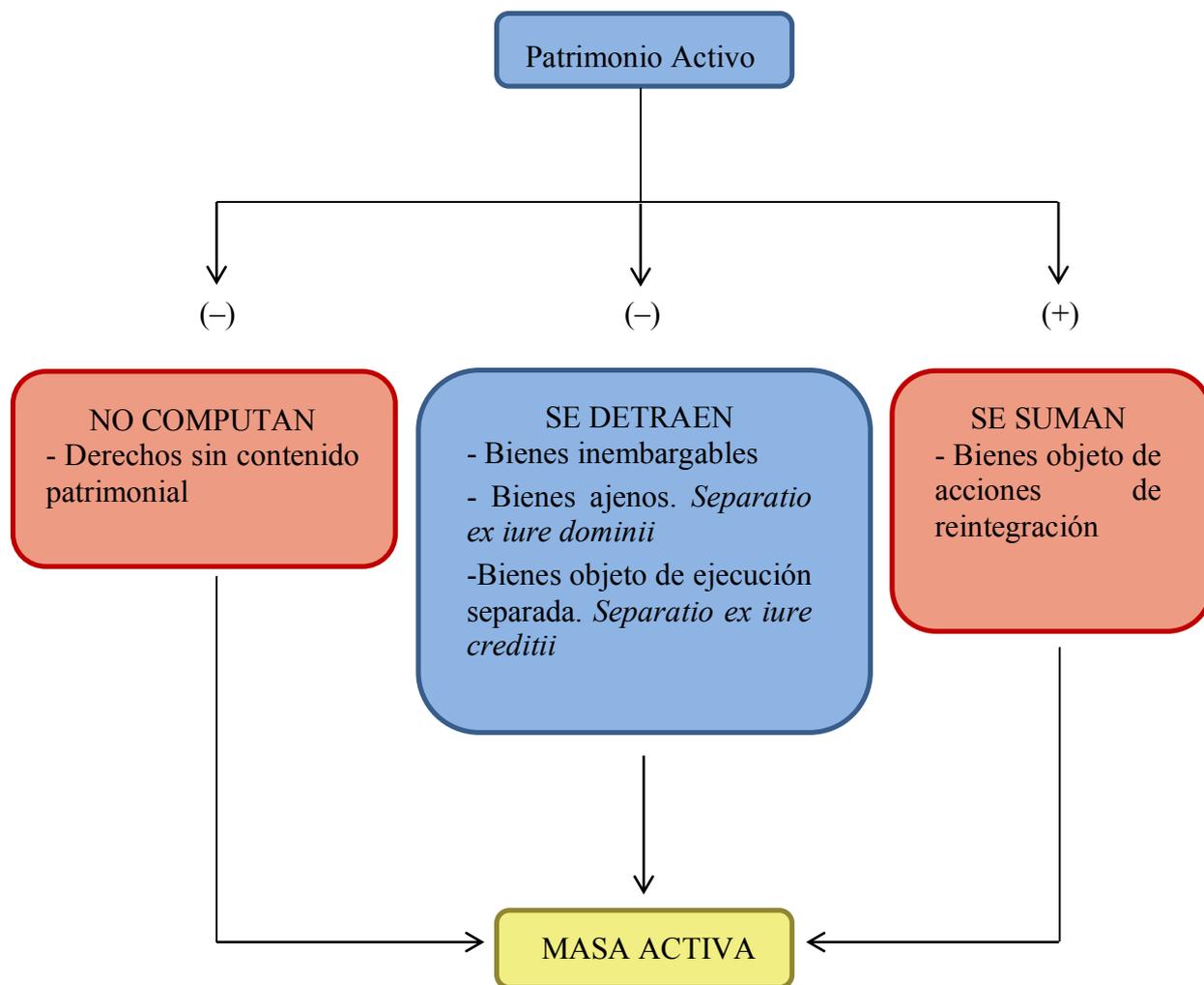
¹⁷⁸ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, Tecnos, 2014, pág. 123.

¹⁷⁹ Estos conceptos son desarrollados por vez primera a mediados del siglo XX: GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Madrid, Aguirre, 1940, pág. 482; en la segunda edición, de 1956 (*op. cit.*),

masa de hecho está formada por los bienes que están en poder del concursado en un momento concreto del procedimiento; mientras que la masa de derecho es el resultado de la aplicación de las reglas especiales. La masa de derecho hace alusión a lo que la masa activa “debe ser” (el conjunto de bienes y derechos destinados a satisfacer definitivamente a los acreedores), mientras que la masa de hecho se centra en lo que “es” en un preciso instante. Se trata de conceptos que no son netamente jurídicos pero que nos ayudan a entender que la conformación de la masa activa pasa por una serie de procesos propios del concurso, y que llevan a modificar lo que a priori entendemos como el patrimonio activo del concursado.

Hecha esta primera aproximación a la composición de la masa activa como aplicación del principio de universalidad, es aconsejable presentar el esquema que posteriormente se va a desarrollar y que hace perder la identidad entre masa activa y patrimonio activo inicial:

pág. 448. Actualmente podemos encontrarlos, entre otros, en: VILLORIA RIVERA, I., “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2015* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2014, pág. 314.



Elaboración propia

El cuadro debe leerse desde dos ópticas. En primer lugar, los signos positivo o negativo determinan los conceptos que operan sumando o restando sobre el patrimonio activo inicial para obtener como resultado la masa activa del concurso. En segundo lugar, los colores tratan de trasladar una idea más compleja: la pertenencia de los conceptos que se muestran al patrimonio activo del deudor en un estadio cero (en que no ha tenido lugar ningún tipo de acción tendente a aumentar o disminuir la masa). Los cuadros rojos representan conceptos que no forman parte del patrimonio activo del deudor, bien porque no vayan a ser integrados nunca (derechos sin contenido económico), o bien porque sin la correspondiente acción no pueden formar parte del mismo. El color azul expresa que los conceptos así resaltados, y a falta de acciones de terceros que los reivindiquen, forman parte del patrimonio activo del deudor, aunque luego –en función del signo negativo– haya que detraerlos del mismo para obtener la masa activa (a veces por ministerio de la

Ley de forma obligatoria –caso de los bienes inembargables–; a veces por el ejercicio de acciones de separación de un tercero).

2.3.1. Elementos que retornan al patrimonio: acciones de reintegración

El Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal se denomina: “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, sin embargo, más que efectos de la declaración de concurso sobre tales actos perjudiciales, se dedica a la posibilidad de rescindirlos. De hecho, no es infrecuente encontrar en la doctrina autores que obvian esta realidad cuando analizan los efectos del procedimiento concursal, trasladando el tratamiento de la cuestión por razones de sistemática¹⁸⁰. Es ciertamente controvertida su consideración legal como un efecto de la declaración de concurso, ya que estrictamente no es una consecuencia necesaria de aquélla, sino que requiere la actividad de la administración concursal (salvo la excepción del artículo 72.1 LCon que admite al legitimación de acreedores ante el requerimiento y la inacción de la administración concursal). Por lo que respecta a nuestro estudio, nos interesa tan solo describir el funcionamiento de la acción de reintegración como un elemento accesorio en la articulación del principio de universalidad en la composición de la masa activa del concurso¹⁸¹. De su sentido baste saber aquí que se trata de un instituto creado sobre un elemento que venimos afirmando, la deformación del Derecho de obligaciones, que lleva en este caso a configurar una acción que supone un *aligeramiento de las exigencias que requieren los instrumentos propios del Derecho común para la tutela de los acreedores en estos casos (acción pauliana)*¹⁸². No obstante, el uso de la acción pauliana u otras acciones de impugnación no queda vetado e incluso pueden interesar al reclamante por contar con un plazo más amplio para su ejercicio. Cualquier acción de impugnación que proceda conforme a Derecho puede llevarse a cabo en el seno del concurso, de modo que

¹⁸⁰ Entre otros, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2012; y CORDÓN MORENO, F., *Proceso... op. cit.*

¹⁸¹ Para conocer en profundidad este tipo de acciones debe acudir a las monografías sobre la materia. Entre otras: AAVV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014; ESPIGARES HUETE, J. C., *La acción rescisoria concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

¹⁸² ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 371. Se refiere el autor, por ejemplo, al recurso a un concepto objetivo, el de “perjuicio para la masa activa”, que puede facilitar el uso de la acción.

la acción que estamos describiendo supone una *técnica especial de reintegración*¹⁸³, frente a los instrumentos clásicos de retroacción¹⁸⁴.

En cualquier sistema concursal, y desde luego en la legislación anterior a 2003, existe un mecanismo similar al que aquí describimos¹⁸⁵. De hecho, los objetivos que persigue son idénticos aunque difiera la forma de llevarlos a cabo. A pesar de que no se haya dicho nada aun del régimen jurídico de estos actos en la LCon, puede señalarse que el tratamiento de la cuestión fue una de las mayores novedades de la regulación vigente, que venía a sustituir un sistema que creaba gran inseguridad jurídica al prever *la nulidad automática de todos los actos de disposición y administración del quebrado llevados a cabo durante el periodo de retroacción*¹⁸⁶. El problema se acentuaba ya que los síndicos –hoy administrador concursal– de la quiebra no siempre ejercían la acción de nulidad. El resultado era la confusión absoluta en torno al estatus de los actos de disposición realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de quiebra.

La nulidad automática durante un periodo de retroacción fue sustituida en la Ley 22/2003 por las acciones de reintegración. Se trata de una posibilidad rescisoria¹⁸⁷ respecto de ciertos actos, que han de cumplir una serie de condiciones (art. 71.1 LCon): en primer lugar, el elemento temporal es básico puesto que solo cabrá rescisión respecto de actos realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; en segundo lugar, tendrá que referirse la acción de reintegración a actos que supusieron un

¹⁸³ ROJO A. y BELTRÁN, E., “Las masas...” *op. cit.*, pág. 551.

¹⁸⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op. cit.*, pág. 129. Los autores destacan entre estos instrumentos, además de la acción pauliana (1111 CC), la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium*, propia del Derecho civil catalán.

¹⁸⁵ Califica CAZORLA GONZÁLEZ *el sistema de impugnación de los actos realizados por el deudor con carácter previo a al inicio del procedimiento concursal como uno de los elementos esenciales de los distintos sistemas concursales*. CAZORLA GONZÁLEZ, M. J. *La insolvencia voluntaria del deudor*, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 131.

¹⁸⁶ PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 2, 2005, pág. 48.

¹⁸⁷ Sobre el término rescisión aplicado a esta cuestión, señalando las dificultades que podrían darse en torno al encaje de la figura que se caracteriza con los esquemas civiles de la rescisión clásica, pero determinando finalmente la pertinencia del término dadas sus similitudes, GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 841 y ss.

perjuicio efectivo a la masa activa. De manera que quien ejercita la acción deberá probar el perjuicio aludido, sin que tal carga probatoria deba alcanzar la intención fraudulenta del deudor¹⁸⁸. Antes de seguir avanzando en la descripción de dichos presupuestos, debemos diferenciar la reintegración de la acción del artículo 40.7 LCon. Esta última, como señala la jurisprudencia distinguiéndola de la posibilidad rescisoria que se está caracterizando, precisa –la acción del art. 40.7 LCon– que los actos de disposición *hayan sido realizados con posterioridad a la declaración de concurso y que lo hayan sido sin la autorización de la administración concursal*¹⁸⁹.

Volviendo al núcleo de este instituto, podríase calificar el concepto de perjuicio patrimonial como un medio de objetivación de las condiciones que deben tener los actos para poder ser susceptibles de revocación vía acción de reintegración concursal. De esta manera, el elemento volitivo deja de ser relevante a los efectos que aquí interesan. La cuestión de identificar el perjuicio como un menoscabo al conjunto de bienes y derechos integrantes de la masa activa, que parece sencilla a priori, ha producido no pocos problemas en sede judicial. El Tribunal Supremo viene calificando de forma más que reiterativa el perjuicio al que hacemos alusión como un *sacrificio patrimonial injustificado*¹⁹⁰, concepto que ha abonado el terreno intelectual para la aparición de interpretaciones amplias del propio término legal “perjuicio”¹⁹¹. Con esta base, se ha reconocido por el Alto Tribunal una doble posibilidad en la consideración del perjuicio a efectos de la revocatoria concursal. Por un lado seguimos entendiendo que el perjuicio directo a la masa activa vendría dado en virtud de actos que menoscaben los elementos del patrimonio cuyo destino hubiera sido el pago a sus acreedores; por otro lado y estirando el concepto de perjuicio, la jurisprudencia ha señalado la posibilidad de reintegrar actos que si bien no comportaron un menoscabo en los términos literales del artículo 71 LCon, sí que supusieron un obstáculo a la igualdad de trato entre los

¹⁸⁸ PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 48.

¹⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 2/2010, de 13 de enero (AC 2010/324), FD 3º.

¹⁹⁰ La primera vez que se acude a esta terminología es en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (RJ 2010/5597), FD 3º.

¹⁹¹ Revisando diferentes posibilidades: CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *La insolvencia...* *op. cit.*, págs. 133 y ss.

acreedores (*par condicio creditorum*)¹⁹². No obstante, en nuestra opinión la *par condicio creditorum* es un principio concursal que va a contar con otra problemática diversa. El recurso al concepto de la igualdad de los acreedores ha sido fruto de una extensión excesiva del “perjuicio para la masa activa”, cuyo significado no creemos estuviera en la intención del legislador llevarlo tan lejos. De hecho, ni siquiera entendemos dicha interpretación como la más adecuada y correcta para el desarrollo exitoso del procedimiento concursal. Esta visión crea una inseguridad muy por encima de lo razonable en los actos realizados por el deudor durante el periodo sospechoso. De modo que nos adherimos a la postura de GARCÍA-CRUCES¹⁹³, que pone de relieve las maniobras interpretativas necesarias y las incongruencias propias de dicha exégesis del artículo 71 LCon, extendiendo más de lo debido el concepto de perjuicio para hacerlo converger con otro principio, el de igualdad de los acreedores, que en realidad no es pertinente en la disciplina de la revocatoria concursal.

Como se ha dicho, la existencia del perjuicio y su régimen de prueba forman el *centro de gravedad* de la rescisión concursal por actos perjudiciales para la masa llevados a cabo por el deudor¹⁹⁴. Para probar el perjuicio patrimonial, el extenso artículo 71 LCon establece un orden de presunciones que determinarán la actuación probatoria del solicitante de la rescisión, en función del tipo de acto que se trate:

– Actos rescindibles sin necesidad de ser probados. La presunción de perjuicio patrimonial es *iure et de iure* con respecto a los actos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si cuentan con garantía real (art. 71.2 LCon).

– *Actos considerados como lesivos del patrimonio salvo prueba en contrario*. Se presume *iuris tantum* el perjuicio y por tanto la posibilidad de rescisión, de los actos

¹⁹² En los últimos tiempos pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª): 340/2015, de 24 de junio (RJ 2015/2769), FD 5º; 183/2015, de 19 de mayo (RJ 2015/2449), FD 2º; 199/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1201), FD 3º; y 37/2015, de 17 de febrero (RJ 2015/925), FD 3º.

¹⁹³ GARCÍA-CRUCES, J. A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»”, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014, págs. 60-70.

¹⁹⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 4126.

dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.3 LCon).

– *Actos que deberán ser probados por quien insta la acción rescisoria.* La carga de la prueba será soportada por el solicitante cuando no se trate de ningún acto mencionado en los párrafos anteriores (art. 71.4 LCon).

– *Actos que no pueden ser objeto de rescisión.* Se veta la posibilidad de rescindir los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (con las dificultades de interpretación que pueden surgir de un concepto tan abstracto); los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados¹⁹⁵; las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica; y los acuerdos de refinanciación (art. 71.5 y 71 bis LCon).

La inclusión de los acuerdos de refinanciación entre los actos no susceptibles de rescisión, tuvo lugar con el Real Decreto 3/2009 y otras reformas posteriores como la Ley 38/2011 y el Real Decreto-Ley 4/2014. Su entrada en esta lista está condicionada a que el acuerdo cumpla ciertas condiciones que se explicitan ahora en el propio artículo 71 bis de la Ley Concursal. Nuestra atención se centra más que en dichos requisitos (ampliar sensiblemente el crédito disponible, responder a un plan de viabilidad, etc.) en la concepción del mismo como un acto que en principio no puede ser contrario a la masa¹⁹⁶, además de otorgarse así seguridad en la inversión del refinanciador.

¹⁹⁵ Aunque esta excepción se extenderá vía Disposición Adicional Segunda LCon a otros actos en virtud del régimen concursal especial de ciertas entidades: negocio de emisión de participaciones en las titulaciones hipotecarias, constitución o ejecución de garantías a favor de cualquier banco integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales, acuerdos de compensación contractual que solo pueden ser impugnados a través del artículo 878 C. de c., etc.

¹⁹⁶ Tal característica le otorga CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho concursal*, Madrid, Tecnos, 2012, pág. 91.

Los efectos básicos de la acción (siempre que sea estimada), se concretan en la ineficacia del acto impugnado y en la restitución de las prestaciones objeto de éste, con sus frutos e intereses. Por otro lado, la legitimación para instarla corre en principio a cargo de la administración concursal, sin embargo, “los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento” (art. 72.1 LCon). A pesar de esta previsión, algunas de las últimas reformas en la materia (es un criterio compartido por la Ley 38/2011 y el Real Decreto-Ley 4/2014) han introducido una salvedad al respecto, estableciendo que tal legitimación subsidiaria no tendrá lugar, es decir, que la administración concursal será el único legitimado para instar las acciones rescisorias o impugnatorias en relación a acuerdos de refinanciación¹⁹⁷ (cuando sea posible hacerlo, teniendo en cuenta que si se cumplen las condiciones establecidas por la LCon en el artículo 71 bis tales negocios jurídicos son inatacables por esta vía).

Finalmente, añadimos que la acción de reintegración del procedimiento concursal muestra de nuevo el principal carácter de la institución concursal, que en nuestra opinión es su plena incidencia en la esfera obligacional del deudor y en las reglas del Derecho común en ese ámbito, que pueden quedar derogadas incluso con carácter retroactivo dentro del periodo sospechoso de dos años. Todo ello supone un medio para llegar a la consecución del principio de universalidad, que cumple la parte de su contenido que se refiere a los “bienes futuros” principalmente a través de la acción rescisoria concursal (aunque también pueden proliferar acciones de impugnación de otro orden). En este sentido no solo no es contradictoria la reintegración, sino que es uno de los principales apoyos al principio de universalidad consagrado en el artículo 76 LCon. La proyección del principio permite el éxito de este tipo de acciones cuyo efecto –más aun si atendemos al concepto amplio de perjuicio acogido por la jurisprudencia– es de una enorme relevancia al permitir la anulación de actos que se llevaron a cabo de manera lícita y cuando el deudor no había sido declarado en concurso; incluso cuando aun no era insolvente.

¹⁹⁷ Artículo 72.2 LCon.

2.3.2. Conceptos que se detraen del patrimonio activo

De la misma manera que los bienes reintegrados o que han sido “devueltos” al deudor durante el procedimiento concursal se incluyen en la masa activa del mismo, aumentándola, existen otras operaciones cuyo resultado final será el de sustraer bienes a dicha masa. Los motivos que justifican estas operaciones son de tan diverso orden que incluso algunas de ellas se van a producir por imperativo de la Ley, mientras que otras requerirán la acción de un tercero interesado.

a) Elementos tasados por Ley

En primer lugar, hacemos una sumarisima referencia a aquellos conceptos que obligatoriamente y en todo caso van a quedar fuera de la composición de la masa activa. En este apartado se podría mencionar de manera preliminar, aunque estrictamente no formen parte del patrimonio activo, los derechos del deudor que carecen de contenido patrimonial. Se trata de aquellos derechos de la personalidad, cuyo carácter es indisponible y por tanto no pueden afectarse al pago de una deuda; es decir, no computan a los efectos que nos interesan (por ejemplo, los derechos políticos).

Además de ellos, hay otros bienes o derechos que nunca vamos a contabilizar a la hora de determinar la masa activa, y que se diferencian de los anteriores en que éstos sí forman parte del patrimonio activo del concursado, se trata de los bienes inembargables. Están recogidos en los artículos 605 y siguientes de la LEC: los bienes que hayan sido declarados inalienables; los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal; 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, y 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; 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; los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley o

Tratado Internacional ratificado por España; el salario, sueldo o pensión, en lo que no exceda los límites impuestos en el artículo 607 LEC.

Señala VÁZQUEZ PIZARRO¹⁹⁸ citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹⁹ que el fundamento de tal inembargabilidad tiene base en el artículo 10.1 CE que consagra el respeto a la dignidad como un pilar básico de la paz social; considerándose el *mínimo económico vital* una condición irrenunciable para concretar dicha salvaguarda de la dignidad de la persona.

b) Elementos que necesitan la acción de un tercero

En segundo lugar, tenemos que distinguir algunos bienes y derechos que por regla general no formarán parte de la masa activa, sin embargo, dicha exclusión requiere que se interponga la correspondiente acción. Podemos diferenciar:

– *Bienes ajenos*. El titular legítimo de bienes –en sentido amplio, cualquier elemento con contenido patrimonial– que estén en poder del concursado cuenta con un derecho de separación sobre los mismos (*separatio ex iure dominii*). Esta facultad es reconocida en el artículo 80 LCon y para ejercitarla basta con una mera solicitud a la administración concursal (tan solo se llegaría al incidente concursal en caso de denegación por parte de la administración concursal) . No procederá tal operación de separación cuando el deudor ostente sobre los bienes algún derecho de uso, garantía o retención. Respecto de la imposibilidad para llevar a cabo el derecho de separación, se pronuncia el artículo 81.1 LCon: “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”. Resulta importante señalar que esta separación solo será factible cuando los bienes a los que se

¹⁹⁸ VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación de la masa activa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 520.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/158), FJ 3º.

refiera sean concretos y determinados, no siendo posible aplicar dicho mecanismo concursal a bienes fungibles, que no pueden diferenciarse unos de otros. La singularidad que caracteriza a la separación refleja que es una prerrogativa atribuida al titular de un bien específico.

– *Bienes objeto de ejecución separada*. El artículo 76.3 LCon recoge la llamada *separatio ex iure crediti*, que tradicionalmente se ha concebido como un derecho de separación que no tiene como causa la propiedad ajena sino un mejor derecho ostentado por un tercero²⁰⁰. El artículo 76.3 LCon recoge tal institución, en relación con los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves^{201, 202}. Actualmente son muchos los autores que de manera acertada determinan que la afectación de ciertos bienes al pago de determinadas deudas no comporta un derecho de separación en sí, sino a una simple ejecución singular permitida por la Ley²⁰³. Siguiendo a RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES²⁰⁴, consideramos efectivamente que más que un caso de separación, estaríamos hablando de ejecución separada en cuanto a algunos bienes (buques y aeronaves) que cuentan con un privilegio tal, que se les hace desaparecer de la esfera concursal. Se trata de una terminología más acertada, que acerca el supuesto al de la ejecución de garantía real y por tanto a la equivalencia de sus reglas, lo que implica que el remanente de la operación debería ser restituido a la masa activa²⁰⁵. Fuera de la Ley Concursal existen otros supuestos similares referidos a las sociedades de sistemas,

²⁰⁰ PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía Práctica Concursal* (dirigido por PRENDES CARRIL, P.), Pamplona, Aranzadi, 2008, pág. 142.

²⁰¹ Ante la remisión a las normas correspondientes para determinar la posición privilegiada o no de los acreedores sobre buques y aeronaves, se conforma un “régimen de prelación especial” propio de cada uno de estos bienes que no se atenderán, a no ser que haya pasado un año de la declaración de concurso, a las normas de la LCon. Comentando dichas especialidades contenidas en el Código de Comercio, Ley de Hipoteca Naval y Ley de Navegación Aérea, *vid.*, VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, págs.. 521 y ss.

²⁰² En este sentido, aun dentro de la Ley Concursal podríamos asimilar la ejecución separada a los apremios administrativos, ejecuciones laborales y de garantías reales que quedan recogidos en los artículos 55, 56 y 57 LCon (cuando no resultan bienes necesarios para la continuidad empresarial o profesional). El tratamiento de éstos podría ser equivalente al que recogemos en este epígrafe.

²⁰³ Por todos, CORDÓN MORENO, F., *Proceso...* *op. cit.*, pág. 191.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación de las masas activa y pasiva del concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 952 y ss.

²⁰⁵ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 386.

mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, sistemas de compensación y liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, garantías constituidas en favor de Bancos Centrales, etc²⁰⁶.

c) Discutible excepcionalidad de las operaciones de minoración de la masa activa: confirmación de la regla de universalidad

Del mismo modo que aludíamos a la reintegración como un elemento sobre el que se apoyaba la efectividad del principio de universalidad; debemos preguntarnos por el efecto sobre el axioma de la minoración de la masa activa. Los institutos recientemente descritos (*separatio ex iure dominii* y *separatio ex iure creditii*), así como la inembargabilidad general de determinados bienes, son fenómenos que podrían suponer una excepción a dicho principio. Sea cual sea la justificación, en unos casos muy simple –como la titularidad de otra persona sobre determinado elemento patrimonial en poder del deudor– y en otros más compleja –derechos privilegiados respecto a determinados bienes–, la detracción de elementos de contenido patrimonial nos plantea dudas sobre su convivencia con la idea primigenia de que todo bien (de nuevo en sentido amplio) detentado por el concursado va a responder de sus deudas frente a la pluralidad de acreedores. Algunos de esos bienes no se afectarán al pago de ninguna deuda, mientras que otros fundarán un procedimiento singular paralelo, en oposición al proceso universal en sí.

En esa idea debemos detenernos para comprender en toda su extensión el principio de universalidad. Al hilo de estas operaciones, entendemos que el contenido del citado principio se refiere a la utilización del activo del concursado para hacer frente a sus deudas; por ello nos recuerda su contenido al del artículo 1911 CC. Consecuentemente, y aunque existan derechos de ejecución separada, si dicha operación va a dar satisfacción a un acreedor del concursado, no podemos entender que vaya contra el principio de

²⁰⁶ En este sentido, destacamos la previsión del artículo 15 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que salvaguarda la ejecución separada de las garantías financieras. Pero ésta, es una regla propia de lo que se denomina Derecho concursal especial, aplicado a entidades de crédito, aseguradoras, etc., que no es objeto de este estudio. Tan solo interesa llamar la atención sobre la existencia de otros casos de ejecución separada en nuestro Derecho concursal, confirmadas incluso por la jurisprudencia. Sobre dichas garantías financieras: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 373/2012, de 20 de junio (RJ 2012/6858), FD 3º.

universalidad. El activo del deudor se está empleando en el pago de sus deudas. Existen otros principios que sí podrían verse conculcados, como la integración en la masa pasiva o la igualdad de los acreedores, sin embargo, la incidencia sobre los mismos, se tratará en capítulos posteriores²⁰⁷. Técnicamente, la detracción de estos elementos de la masa activa, siempre que sean destinados a la satisfacción del acreedor son perfectamente compatibles con el principio de universalidad. En cuyo caso, el único ejemplo que podríamos encontrar de operación de minoración de la masa activa que conculca la regla general, sería el de los bienes inembargables *ex* LEC. No obstante, hablamos de un fenómeno irrisorio en términos cuantitativos, siendo el mínimo para subsistir una idea respetada en cualquier ámbito de nuestro Derecho. Aquí tenemos que admitir el criterio del legislador español, ya que los bienes inembargables son los únicos reconocidos expresamente como una excepción al principio de universalidad (artículo 76.2 LCon). El resto de los fenómenos analizados, o bien van a originar procedimientos singulares paralelos (*separatio ex iure creditii*), que respetan la regla de universalidad en los términos descritos; o bien responden a la entrega de bienes y derechos a sus titulares legítimos, en una acción obligada por observancia del derecho de propiedad (*separatio ex iure dominii*).

Como se ha visto, las que pueden reputarse como excepciones cuentan con una importante justificación, como el respeto a la dignidad personal reconocida en la Constitución. Por tanto, podemos asegurar que se trata de meras peculiaridades admisibles dentro del sistema y que no conculcan la regla general de universalidad en la conformación de la masa activa concursal.

²⁰⁷ Así lo aconsejan las similitudes entre los derechos de ejecución separada y los créditos con privilegio especial. La confusión sobre el alcance del principio de universalidad ha dado lugar a un estado de la cuestión en que se mezclan –y confunden– las ideas básicas que sirven para conformar masa activa y masa pasiva como si fueran una misma cosa. Existen potentes razones de sistemática para limitar el significado del artículo 76.1 LCon a una responsabilidad general, sin que ello conlleve obligatoriamente la distribución equitativa de los recursos. En caso contrario se corre el riesgo de enmarañar los principios concursales hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Sorprende cómo en la doctrina se han tratado conjuntamente y sin distinción términos como universalidad, *vis attrativa*, intangibilidad de la masa, integración, etc., cuestión sobre la que volveremos más adelante.

2.4. Supuestos específicos

A excepción de los depósitos irregulares de dinero, son recogidos de forma expresa en la Ley Concursal algunos supuestos específicos, por resultar dudosa su naturaleza o problemática su inclusión en la masa activa del concurso:

– *Depósitos irregulares de dinero.* Se da un caso realmente peculiar, el del concursado depositario en relación a un depósito de dinero, esto es, irregular por tratarse de un bien fungible²⁰⁸. El negocio jurídico supone la transmisión del dominio, quedándose el depositante a partir de dicho momento, con un derecho de crédito, consistente en la restitución de bienes del mismo género, calidad y cantidad. Dicha transmisión del dominio lleva a negar el derecho de separación al faltar el requisito de identificación y concreción que ya hemos referenciado anteriormente. Ello tiene gran relevancia cuando se trata de retenciones en favor de la Hacienda Pública, Seguridad Social, o el resto de Administraciones Públicas.

– *Bienes conyugales.* En el concurso de persona casada, los bienes privativos del cónyuge concursado por supuesto entran a formar parte de la masa activa. Pero además, si el régimen económico-matrimonial es la sociedad de gananciales, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, también se integrarán en la masa activa. Por otro lado, en el régimen económico de separación de bienes, la LCon ha mantenido una tradicional prescripción de nuestro Derecho, la presunción muciana²⁰⁹ que supone, en beneficio de la masa (*iuris tantum*), que el concursado “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” (art. 78.1 LCon). Además, cuando no pueda probarse dicha procedencia 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).

²⁰⁸ AAVV., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, -coordinado y editado por- Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pág. 1265.

²⁰⁹ Que se recogía en el artículo 1442 CC, y de la que se ocupa ampliamente FRADEJAS RUEDA, O. M., “Un anacronismo en la modernización de nuestro Derecho concursal: la presunción muciana del artículo 78.1 de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 4045 y ss.

– *Bienes en comunidad y cuentas indistintas*. La regla general, que lleva a considerar que los bienes y derechos que pertenecen a varios en comunidad integran la masa activa solo en la cuota que corresponda al concursado, presumiéndose la igualdad en las porciones de tal comunidad (art. 393 CC), tiene una importante excepción en la Ley 22/2003. El artículo 79 LCon dispone que, salvo prueba en contrario, los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa. Se trata de una excesiva presunción de propiedad total de los saldos acreedores de cuentas indistintas²¹⁰, que no está exenta de polémica. La norma impone una carga muy importante a los cotitulares indistintos, la de probar que los saldos en cuestión no pertenecen al concursado, si quieren salvar su patrimonio.

– *Bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia*. Prescribe el artículo 78.3 LCon que los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se deben considerar como susceptibles de división ante el concurso de cualquiera de ellos. Consecuentemente, se integra en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. Ello choca contra el criterio civil, que entiende que la titularidad pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, pasando de manera íntegra al otro cónyuge en caso de muerte del primero; mientras que a efectos concursales existe una comunidad ordinaria por mitad²¹¹. Además, se reconoce al cónyuge del concursado un derecho de adquisición del bien, que se puede ejercitar mediante la aportación de dicha cantidad a la masa²¹².

2.5. Referencia al inventario

Siguiendo estas reglas y otras contenidas en el artículo 82 LCon, la administración concursal deberá realizar un inventario de la masa activa del deudor. Se trata de una operación de suma importancia pues, de la inclusión de unos bienes y derechos u otros en la masa activa, dependerá directamente la satisfacción de los acreedores, ya que entendemos dicha masa como un patrimonio de ejecución. La puesta en práctica de tales normas que perfilan dicha agregación de bienes y derechos, tienden a conseguir la

²¹⁰ PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía... op. cit.*, pág. 149.

²¹¹ VILLORIA RIVERA, I., “Masa...” *op. cit.*, pág. 318.

²¹² AAVV., *Sociedades Mercantiles... op. cit.*, pág. 1263.

identidad entre los dos conceptos que puso de relieve el Profesor GARRIGUES²¹³: la masa de hecho (la que hay en el momento de la declaración de concurso) y la masa de Derecho (la que debe haber). Su necesaria convergencia redundaría en un Derecho concursal más justo.

El inventario refleja la situación patrimonial en un momento, debiendo actualizarse posteriormente por efecto de operaciones aquí descritas o cualquier otra propia del tráfico comercial. Por eso, al comienzo del capítulo incluíamos en el patrimonio inicial conceptos que con toda seguridad no conformarían en un momento posterior la masa activa. El inventario es una foto patrimonial que muestra lo acontecido hasta el momento de su confección, pero que no puede dar cuenta de las expectativas positivas o negativas²¹⁴ en términos económicos, por alta que sea la certeza –nunca total– sobre la materialización de diferentes negocios jurídicos con influencia sobre la masa activa. Su función no es constitutiva ni declarativa del derecho de propiedad sobre diferentes bienes, sino que es principalmente la de *informar a los acreedores y demás personas que pudieran tener un interés legítimo*²¹⁵.

La determinación de la masa activa del concurso, con el inventario como documento básico para realizar el avalúo de los bienes, debe tomar como referencia el valor actualizado de los mismos²¹⁶. Ese valor, por un criterio de pura realidad, no es el de adquisición sino el de mercado; su variación durante el procedimiento es posible pero solo podría darse ante circunstancias justificadas y cuando dicha valoración sea especialmente trascendente²¹⁷.

De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten

²¹³ GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.* (1ª ed.), pág. 482.

²¹⁴ *Vid.*, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, 10/2005, de 1 de marzo (AC 2005/1022), FD 1º.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 430/2014, de 24 de julio (RJ 2014/4591), FD 8º.

²¹⁶ GARCÍA CRUCES, J. A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013, pág. 15.

²¹⁷ VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, págs. 532-534.

a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. Este inventario debe realizarse a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo establecido para la emisión del informe. Además de las circunstancias señaladas, se hará constar en una relación todos los litigios que puedan afectar al inventario y en otra, las acciones que la propia administración concursal estime necesarias para la reintegración de bienes en la masa activa. Por otro lado, el artículo 83 LCon reconoce la posibilidad de la administración concursal de recurrir a expertos independientes en busca de asesoramiento para la formación del inventario de la masa activa.

2.6. El ámbito de la universalidad en el sistema concursal español: exclusión de la masa pasiva

Como se ha podido comprobar, en este estudio se caracteriza el principio de universalidad en relación a la formación de la masa activa únicamente, obviando su posible aplicación a la masa pasiva del concurso. Las razones las encontramos en nuestra propia legislación, que entendemos consagra otro axioma a tal efecto y que estudiaremos en el capítulo siguiente. Este punto de vista puede sorprender al jurista acostumbrado a otros ordenamientos, en particular el italiano, en que universalidad es un término ambivalente, que puede proyectarse sobre la masa activa o pasiva. Resulta fundamental hacer mención a esta circunstancia, porque de lo contrario podría producirse confusión o sensación de faltan elementos de análisis. Sin embargo, no dejamos de atender a tales cuestiones en un capítulo posterior de esta investigación, puesto que seguimos el esquema que nos marca la interpretación de la Ley Concursal española en este punto.

No obstante, no se puede pasar tampoco sin explicar las razones que nos llevan a dicha exégesis de la norma española, ya que no es una posición ni mucho menos mayoritaria en nuestro país. Por tanto, a pesar de la idea de un sector doctrinal y jurisprudencial²¹⁸ –que describe el principio de universalidad circunscrito tanto al ámbito

²¹⁸ Entre otros: VILLORIA RIVERA, I., “Masa...” *op. cit.*, pág. 313; MARTÍNEZ GALLEGU, E., “Artículo 76”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 287; ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 367; VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, pág. 513. En la Jurisprudencia, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 322/2013, de 21 de mayo (RJ 2013/4956), FD 3º. En ella señala el Tribunal Supremo la existencia de *principios de universalidad de la masa pasiva y activa*, asimilando el término “integración”, utilizado en el artículo 49 LCon, con el de universalidad del artículo 76 LCon.

del activo del concursado como del pasivo, esto es, sus deudas–, entendemos que el principio únicamente se adscribe a la operación de composición de la masa activa del concurso. Más adelante podremos expresar en mejores condiciones a qué principio se atiene la masa pasiva (integración), no obstante, nos interesa dejar constancia de la intencionalidad que preside la sistemática de este estudio. Es evidente que en el objetivo u objetivos del proceso concursal está el pago o satisfacción de todos y cada uno de los acreedores. Incluso podemos decir que la pretendida totalidad de los mismos se dirige hacia el deudor en un procedimiento específico que no pocas veces se ha denominado juicio universal. Sin embargo, encontramos desde la perspectiva española algunos argumentos en contra de la admisión de la extensión del principio de universalidad a la parcela de la masa pasiva, entendiendo que se limita a explicar las actuaciones tendentes a componer exclusivamente la masa activa del concurso de acreedores:

– La falta de comunicación sobre un crédito desconocido por la administración concursal, sin entrar en el reformado régimen de la comunicación tardía de créditos y subordinación de los mismos ni en los plazos posibles para ello, puede determinar que ante dicho desconocimiento en el momento de conformación de la lista de acreedores o incluso posteriormente, no entre algún acreedor a formar parte de la masa pasiva²¹⁹. Por tanto, propugnar la universalidad en este punto sería más forzada que natural.

– La eficacia del proceso concursal es normalmente limitada, lo que deriva en una situación indeseable como la concurrencia de acreedores de diferentes categorías que no van a ver satisfecho su crédito a pesar de su condición acreedora, dada la infame situación económica del concursado. La vocación de universalidad respecto de la masa pasiva del concurso volvería a ponerse en entredicho.

– En nuestra opinión, si bien la universalidad es la idea que supone un motor para componer las reglas que ayudan a determinar al masa activa; el fundamento teórico que nos ayuda a comprender la concurrencia del mayor número de acreedores posibles al juicio universal no es la propia universalidad, sino la integración. Más adelante analizaremos dicha cuestión, que se erige como otro de los principios concursales. Baste aquí adelantar, para justificar la aplicación del principio de universalidad únicamente a la

²¹⁹ Sobre la comunicación de créditos, comunicación tardía y subordinación de los mismos, *vid.*, artículos 85 y 92 LCon.

determinación de la masa activa del concurso, que la conformación de la masa pasiva responde a otro axioma diferente, la mencionada integración (vinculada a la idea de comunidad de pérdidas), que implica la subordinación de los acreedores a un proceso y a un orden preestablecido legalmente; no siendo la idea-motor en este ámbito la exhaustividad cuantitativa en la incorporación de los acreedores al procedimiento, sino el sometimiento de éstos, en renuncia forzosa a sus acciones singulares.

3. La regla de universalidad en el sistema concursal italiano

3.1. Consideración inicial

Del mismo modo que hemos señalado los motivos que nos llevan a identificar en el contexto español un principio de universalidad referido únicamente a la masa activa del concurso, motivos que se completarán cuando se estudie el principio de integración, debemos también justificar la elección sistemática en relación al análisis del Derecho italiano. En este punto, somos plenamente conscientes de que el estudio del axioma en condiciones normales requeriría el tratamiento conjunto, o al menos no separado, de la universalidad objetiva (activa) y subjetiva (pasiva), como es habitual en Italia. No obstante, las exigencias del método comparado nos compelen a seleccionar un ordenamiento como referencia. En este sentido, siendo la legislación española la base sobre la que se consideran las distintas reglas que caracterizan los institutos concursales en Italia, corresponde seguir el esquema marcado por aquélla. En consecuencia, estos epígrafes se dedican a la regla de universalidad en la formación de la masa activa, lo que se ha denominado en Italia universalidad objetiva, para más tarde completar y cerrar el círculo interpretativo con la universalidad subjetiva, cuyo contenido material corresponde en terminología española no con el principio de universalidad, sino con el de integración. Por tanto, siguiendo esta compleja división que da cuenta del grado de dificultad técnica que supone la traducción de términos en Derecho concursal, iniciamos las consideraciones que tienen por objeto las normas sobre el empleo de la totalidad de los bienes del concursado para satisfacer a sus acreedores. En definitiva, pasamos a dilucidar las mismas cuestiones que ya se han estudiado en Derecho español, para conocer cuáles son las soluciones que aporta el ordenamiento italiano. Partimos de una concepción que en Italia puede considerarse parcial de la universalidad, para poder equiparar ambos análisis y como condición previa para aplicar correctamente el método comparado.

3.2. Vertiente objetiva como expresión de universalidad en la construcción de la masa activa

3.2.1. Regla general: lógica de la universalidad

En Italia, la regla general que implica el empleo de todos los bienes del deudor para dar satisfacción a sus acreedores en el marco de un procedimiento de insolvencia se ha considerado como un instrumento para la proyección del principio de responsabilidad patrimonial, sobre todo con referencia a los procesos liquidatorios como el caso del fallimento, en que las normas tienden a la realización de los bienes del deudor y su distribución entre los acreedores²²⁰. A pesar de las diferencias entre los sistemas que estudiamos, éste se trata de un concepto que se ha extendido no solo a España o Italia, sino también a otros Estados que cuentan o han contado con procesos de liquidación concursal como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido o Estados Unidos²²¹. Por tanto hablamos de una tendencia del Derecho concursal internacional²²², que se presupone básica e irrenunciable para el funcionamiento de los institutos dedicados a tratar la insolvencia del deudor común.

De manera clásica se ha calificado por la doctrina italiana esta idea como *universalidad del objeto*²²³, lo que implica que el patrimonio por entero del comerciante²²⁴ insolvente es sometido al procedimiento de fallimento. A grandes rasgos, la idea está marcada por el interés de los acreedores²²⁵ que ante un patrimonio que es

²²⁰ RICCI, E. F., *Lezioni sul fallimento*, Volumen I, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 2-3.

²²¹ Señalando indirectamente que tales ejemplos tienen en el Derecho italiano intermedio la primera referencia, *ibidem*. No obstante, en relación a la universalidad propiamente dicha, aunque ésta se verifique más claramente en los procesos liquidatorios, ello no quiere decir que el axioma se haya proyectado a partir del fallimento italiano, puesto que antes de su creación como medio para tratar de forma agravada la insolvencia del comerciante ya se venían empleando la totalidad de los bienes del concursado. Es una regla que se fabrica desde el momento en que nace este sector del ordenamiento y no tiene que esperar a los siglos XIII y XIV –nacimiento del fallimento– para aplicarse.

²²² En términos similares, PAJARDI, P., *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002, págs. 69-76, pág. 74.

²²³ RAGONESI, V., *Manuale di Diritto... op. cit.*, pág. 11.

²²⁴ No olvidemos que el fallimento, a pesar de ser el instituto básico de tratamiento jurídico de la insolvencia, tiene en su presupuesto subjetivo el límite de la condición de empresario del deudor (además de la superación de los umbrales ya explicados en el Capítulo I).

²²⁵ RICCI, E. F., *Lezioni sul fallimento... op. cit* (vol. I), pág. 3.

insuficiente para hacer frente a sus compromisos, necesitan al menos la garantía de la realización de la totalidad de los bienes que pertenecen al fallito para llegar a cubrir el máximo de créditos posibles.

En el ámbito de la ejecución concursal se reputa una importante diferencia con respecto a la ejecución ordinaria, cual es el desplazamiento del objeto de la misma. Como veníamos diciendo, esta universalidad en el objeto va a determinar –es una apreciación doctrinal– que la ejecución no se proyecte sobre bienes singularmente considerados ya sean muebles, inmuebles o cantidades pecuniarias; sino que *el vínculo expropiativo golpea a todo el patrimonio del deudor, comprendidos los derechos potestativos, las facultades, las prestaciones pendientes, etc*²²⁶. Resulta fundamental, especialmente de cara a la caracterización de la universalidad concursal con respecto a la responsabilidad universal patrimonial del Derecho común –tema sobre el que volveremos más adelante–, identificar elementos que puedan arrojar luz sobre el carácter, antagónico o ratificador, de la disciplina en general a través de las reglas concursales. Aun no debemos pronunciarnos en tal sentido, pero sí que se considera fundamental la implantación de una lógica de la universalidad en el contexto de los procedimientos de insolvencia, que transforma no solo la manera en que el acreedor agrede al patrimonio del deudor, sino el objeto mismo de la agresión. Ésta no se dirige a los bienes en particular sino a toda una masa patrimonial que de hecho es indeterminada en el momento inicial, en virtud de la entrada en juego de esos conceptos que acabamos de citar con referencia a los autores italianos y que no son conocidos en todas su extensión desde el estadio cero. Este perfil sería radicalmente opuesto a la ejecución individual, en que la determinación del objeto sobre el que recae la acción ejecutiva es un presupuesto básico para proyectar exitosamente aquélla.

El fallimento va a manifestar su universalidad a través de la desposesión del deudor de todos sus bienes, pero no solo los corporales, sino todo bien *susceptible de*

²²⁶ La idea se expresa primero en: CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento...” *op. cit.*, pág. 17; y también en PAJARDI, P., *Radici e ideologie...* *op. cit.*, pág. 73; más tarde se replica en CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, pág. 10.

*utilización o transformación económica inmediata*²²⁷. Comenta TESCARO²²⁸ la existencia de diferentes orientaciones al respecto, siendo la primera de ellas partidaria de incluir la *res extra commercium* en esta disciplina de la desposesión de bienes. Sin embargo, se impone actualmente otra teoría que asocia el fallimento a aquellos bienes y derechos en tanto que tengan un interés patrimonial de cara a la liquidación. La segunda orientación entronca mejor con el principio de universalidad en los términos que aquí hemos desarrollado, puesto que lo que no tiene un valor económicamente realizable no sirve a la satisfacción de los acreedores²²⁹.

Entre los conceptos comprendidos o sujetos al fallimento habría también que destacar otros que han sido analizados por la doctrina²³⁰. En este sentido, no solo nos referimos a los bienes que sean propiedad del insolvente, sino a todos de los que disponga, sea cual sea la naturaleza del título que motiva dicha dicha disponibilidad: posesión, detentación, etc. Se extiende la desposesión del artículo 42 LF (que es en Italia la base sobre la que se construye la idea de universalidad) a los bienes pertenecientes a terceros pero en poder del fallito, siempre que el propietario legítimo no haya llevado a cabo las acciones pertinentes para reivindicar tales efectos, como marca la legislación concursal²³¹. Este dato casa perfectamente con el perfil de la *separatio ex iure dominii* que hemos explicado en relación al Derecho español y que produce la salida de bienes ajenos de la masa activa concursal aunque requiere la iniciativa de un tercero legítimo propietario, o, de lo contrario, ante la falta de reclamación pasarían a engrosar también la masa activa²³². De la misma manera, hay que contar –siempre atendiendo a la coordinación de los diferentes Derechos nacionales y a las normas de Derecho internacional privado, esto es, al reconocimiento de sentencias– con los bienes del fallito

²²⁷ Así se expresa, refiriéndose a sus poderes, acciones, facultades, relaciones contractuales pendientes, etc., TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 42”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (diretto da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013, pág. 260.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Quizá desde el punto de vista de la desposesión de bienes tenga cierto sentido el debate, aunque en materia de responsabilidad universal no cabe duda que la segunda posición doctrinal es más acorde a la realidad.

²³⁰ TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 42”... *op. cit.*, pág. 261 y la doctrina allí citada.

²³¹ Sobre las condiciones de dicha acción, *vid.* artículo 103 LF.

²³² Ello justifica que cuando hemos caracterizado la *separatio ex iure dominii*, hayamos señalado que en un estadio cero esos bienes formarían parte de la masa activa, ya que requieren la actividad de parte para ser separados de aquélla, perfil que se repite en el Derecho italiano.

que estén situados en el extranjero y con los que se encuentren en manos de terceros, para los que el *curatore fallimentare* es facultado a llevar a término cuantas acciones sean necesarias²³³.

Efectivamente, la idea de universalidad no se proyecta solo sobre los bienes presentes, sino también sobre los bienes futuros, “sobrevenidos” en la terminología del artículo 42 LF (párrafo segundo). De nuevo hemos de referirnos a un concepto amplio del término bien, entendiendo en tal sentido cualquier elemento o relación que tenga contenido o traducción patrimonial. Principalmente, entendemos que existen dos vías para la captación de bienes y su incorporación a la masa activa: una ordinaria y otra especial a través de la acción revocatoria *fallimentare* (equivalente a nuestra acción de reintegración). Parece que la disciplina de los bienes sobrevenidos se ha interpretado en Italia únicamente en el primero de esos significados, reservando a la revocatoria un tratamiento diferenciado y especial por justificados motivos de relevancia, complejidad e impacto en el devenir de los procesos de insolvencia. No siendo el objeto principal de esta investigación, apuntamos las cuestiones esenciales en tanto puedan servirnos para la caracterización del principio de universalidad:

– Bienes sobrevenidos *stricto sensu*: para comprender de qué se trata, es recomendable acudir a ejemplos como hace SCIUTO²³⁴, que cita algunas posibilidades como una herencia, el dinero ganado a través de una actividad laboral posterior o el que procede del juego o la lotería. En su caracterización, se ha dudado históricamente sobre el automatismo a la hora de formar parte de la masa activa²³⁵, presentándose diversas corrientes que valoran en diferente sentido el papel de los órganos del fallimento y su poder discrecional para incorporar o no tales bienes. Incluso tras la reforma del año 2006²³⁶, que introdujo el párrafo tercero del artículo 42 LF permitiendo al *curatore* rechazar la inclusión de bienes sobrevenidos por su naturaleza antieconómica –ya sea por sus costes de adquisición o de mantenimiento–, siguen sucediéndose dudas al respecto. El tenor del precepto, que permite al *curatore* (con autorización del comité de acreedores)

²³³ PROVINCIALI, R., *Trattato... op. cit.* (Volumen II), pág. 802.

²³⁴ SCIUTO, M., “Gli effetti del fallimento”, *Diritto commerciale* (a cura di CIAN, M.), Volume I, Torino, Giappichelli, 2014, pág. 372.

²³⁵ A favor de tal automatismo –aunque con reservas sobre los costes de tales adquisiciones– se postulaba, entre otros, GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2004, pág. 116.

²³⁶ El ya citado decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

“renunciar” a incluir en la masa ciertos bienes sobrevenidos cuando cuyos costes lo desaconsejen, no termina de zanjar el debate. Se puede pensar que se está reafirmando el carácter automático de la inclusión de los bienes sobrevenidos sobre la base de la excepcionalidad de esta renuncia, o bien se puede también señalar con un criterio igualmente justificable que el párrafo tercero del artículo 42 LF viene a determinar la relatividad de esta operación ya que está supeditada al juicio –de costes y beneficios– de los órganos del procedimiento²³⁷. Ambas interpretaciones están bien fundamentadas aunque la irrelevancia práctica de esta discusión sugiere no alimentarlo más, pues no llevaría a ninguna conclusión relevante.

– Acción revocatoria fallimentare: de nuevo, debemos considerarla un instrumento de apoyo a la idea de universalidad en el contexto de la insolvencia, que convive con otras acciones rescisorias de tipo ordinario, propias del Derecho común²³⁸. Aunque la revocatoria italiana va a tener algunos puntos de desconexión con respecto a la reintegración española, en ambas se parte de un mismo objetivo, hacer retornar a la masa aquellos bienes que no debieron salir de la misma²³⁹; de hecho se usa una terminología muy similar “efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa” en España y “efectos sobre los actos perjudiciales para los acreedores” en Italia. Del análisis de los artículos 64 a 71 LF y de la doctrina básica²⁴⁰, extraemos los caracteres principales que difieren de la reintegración en España. Si bien se refieren a actos muy similares, la caracterización técnica de estas acciones se distingue desde el momento en que los presupuestos en Italia se refieren al estado de insolvencia del deudor, además del conocimiento de dicha circunstancia por el tercero que es parte en el negocio jurídico en cuestión (ninguno de los dos contemplado por el ordenamiento español). De modo que, si bien en España el sistema gira en torno al juego de presunciones sobre el perjuicio de determinados actos sobre la masa activa, en el caso italiano el centro de gravedad de la acción revocatoria es el conocimiento por parte del tercero del estado de insolvencia, una vez que el perjuicio se entiende existe en cualquier acto que lleve a cabo el comerciante

²³⁷ TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 42”... *op. cit.*, pág. 268.

²³⁸ Del mismo modo que sucede en España, *vid.*, artículo 2901 Codice Civile.

²³⁹ Se ha dicho ya que la universalidad va a ir más allá de una simple fotografía fija del patrimonio residuo, al contrario, a través de la acción revocatoria se intenta reconstruir el patrimonio del fallito. PAJARDI, P., *Radici e ideologie...* *op. cit.*, pág. 76.

²⁴⁰ CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale...* *op. cit.*, págs. 375-383.

insolvente²⁴¹. A partir de aquí se genera también en la LF un juego de presunciones que arroja diversas categorías de actos. En primer lugar están los que conforman la llamada “revocatoria de derecho” –actos a título gratuito en los dos años anteriores a la declaración²⁴² y el pago de deudas cuyo vencimiento es posterior o coetáneo a la fecha de declaración–, esto es, que no necesitan la actuación en juicio del curatore sino que el tercero debe proceder a la restitución sin posibilidad de demostrar que no conocía o que no existía la insolvencia del fallito y por tanto se trata de una presunción *iure et de iure* que desnaturaliza o que supone una excepción al régimen general o, si se quiere, una revocatoria cualificada. En segundo lugar, ya dentro de la “revocatoria judicial” debemos distinguir de nuevo dos categorías. La primera de ellas²⁴³ se refiere a “actos anormales de gestión” que realizados dentro de los seis o doce meses anteriores a la declaración (depende del caso), en los que se presume *iuris tantum* que la situación de insolvencia era conocida. En cuanto a la segunda, se pierde tal presunción al incluir este grupo los “actos normales de gestión”²⁴⁴, que para ser revocados exigen la actividad probatoria por parte del curatore en relación al conocimiento de la situación de insolvencia en el periodo de los seis meses anteriores a la declaración. Como ocurre en España, existe también un catálogo de actos que no van a poder ser revocados como: pagos por prestaciones laborales de los trabajadores y colaboradores del deudor, ventas con precio justo de inmuebles destinados a vivienda, ventas a justo precio de inmuebles destinados a constituir la sede principal de la empresa del adquirente, pagos y garantías en el marco de un piano di risanamento o accordo di ristrutturazione dei debiti (con la misma lógica que la imposibilidad de reintegrar acuerdos de refinanciación).

²⁴¹ Se observa que en España el sistema ha buscado la objetivación de esta suerte de responsabilidad en sede concursal, simplificando el procedimiento y tasando de manera mucho más clara los supuestos en que procede. El concepto de “conocimiento de la situación de insolvencia” se presta a una interpretación mucho más compleja y valorativa.

²⁴² Se excluyen algunos expresamente, como los que dan cumplimiento a un deber moral o con fines de utilidad pública.

²⁴³ Artículo 67,1º LF. Se refiere a: actos a título oneroso con una notable desproporción en las prestaciones, pago de deudas pecuniarias con medios anormales, prenda, anticresis o hipoteca por deudas preexistentes no vencidas, etc.

²⁴⁴ Artículo 67,2º LF. En este caso la categoría está integrada por el pago de deudas líquidas y exigibles con medios regulares, actos en general a título oneroso y la constitución de hipoteca y otros derechos de prelación.

Por tanto la idea de universalidad en el procedimiento de fallimento viene dada por la sujeción a la disciplina de desposesión de todos los bienes a la fecha de declaración de aquél, además de los sobrevenidos (por vía revocatoria o no). Señala PAJARDI²⁴⁵ que la universalidad se asegura a través de la desconexión jurídica entre patrimonio y titular, de modo que el deudor solo pueda enriquecer la masa y no empobrecerla. Califica el fenómeno como una suerte de *universitas*²⁴⁶, caracterizada por su objetivo que es la satisfacción de los acreedores. No obstante, en ese proceso de construcción de masa también se han reputado algunas situaciones que derogan o matizan la regla general de universalidad, lo que ha hecho pensar en la existencia de ciertos patrimonios separados o no sometidos a la realidad concursal. No es un fenómeno extraño o que no exista en Derecho español, y que pasamos a analizar en el epígrafe siguiente.

3.2.2. Excepciones a la regla general

Como ocurre en cualquier otro sistema, la universalidad en el fallimento tiene sus excepciones. De hecho hemos mencionado ya algunas posibilidades en este sentido, que pasamos a concretar elaborando un elenco de las mismas. Distinguimos entre excepciones que pueden ser así interpretadas por las consecuencias de determinadas normas de la LF, de aquéllas que son específicamente tipificadas por el legislador en tales términos. Comenzando por las primeras, podemos destacar:

– *Separatio ex iure dominii*. Es la posibilidad de producirse reclamaciones por parte de terceros que sean legítimos propietarios de bienes detentados por el deudor coyunturalmente y por el título que sea. Ahora bien, siendo elementos de propiedad de un tercero, entendemos que la excepcionalidad está más en la inclusión de éstos en la masa activa ante la falta de actuación de aquél, que en su separación de la masa por la vía de una acción reivindicatoria. Efectivamente encontramos aquí una expresión de la universalidad, incluso fuera de lo efectos propiedad del fallito, perfil que es compartido con la norma española.

²⁴⁵ PAJARDI, P., *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 24.

²⁴⁶ Cuya etimología nos lleva al concepto de un “todo” universal, que es usado en latín para denominar distintos colectivos o corporaciones.

– *Bienes cuya liquidación es antieconómica.* El artículo 104 ter, 7º LF permite al curatore previa autorización del comité de acreedores renunciar a la incorporación de un bien o su liquidación si ello no es conveniente.

– *Bienes sobrevenidos en condiciones no provechosas.* También podríamos citar un caso similar al anterior aunque proyectado sobre los bienes sobrevenidos cuya adquisición o inclusión en la masa activa resultara antieconómica, lo que justifica la posibilidad de “abandono” de los mismos. En el epígrafe anterior se ha comentado ya esta regla que está contenida en el artículo 42, 3º LF.

– *Patrimonio en el extranjero en determinadas condiciones.* Aunque la regla general sea la de sujeción de todo el patrimonio del deudor al fallimento se encuentre dentro o fuera de Italia, algunos autores destacan una excepción a la idea de universalidad en los casos en que no existan convenios internacionales en la materia entre los Estados donde radiquen tales bienes y la República Italiana para el reconocimiento de sentencias, lo que bloquearía los efectos de la declaración de fallimento fuera de los confines nacionales²⁴⁷. No obstante, la cuestión de la regulación de esta materia a nivel europeo para unificar el mercado interior, o bilateral con determinados Estados, excedería el objeto de esta investigación²⁴⁸.

– *Bienes sujetos a medidas antimafia.* Según el artículo 63, 4º del Codice Antimafia, que es claro al respecto, señala que los bienes sujetos a secuestro o confiscados como una medida preventiva contenida en tal texto legal, son excluidos de la masa activa del procedimiento de insolvencia²⁴⁹.

Además, como excepción impropia por cuanto se trata de bienes que son restituidos o pagados, podríamos hablar de los *bienes gravados con un derecho de usufructo por un tercero*. Tales elementos, aunque formalmente sean propiedad del

²⁴⁷ CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, págs. 11 y ss; CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”... *op. cit.*, págs. 19 y ss. En este caso los autores analizan también la realidad de algunos convenios bilaterales entre Italia y otros países del entorno, aunque se trata de una referencia del año 2002.

²⁴⁸ Sobre la territorialidad del modelo de fallimento italiano, D’AIELLO, C. P., *Il Regolamento CE 1346/2000 sulle insolvenze transfrontaliere: universalita’ limitata e centro degli interessi principali del debitore* (Tesis Doctoral dirigida por BLANDINI, A.), Università degli studi di Napoli Federico II, 2012, págs. 19-24.

²⁴⁹ NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009, pág. 131.

deudor, encuentran el límite del derecho de un tercero a gozar de ellos, en virtud de un título oponible al curatore y a la disciplina de la “desposesión”²⁵⁰, a pesar de ser inventariados en virtud del artículo 87 bis, 3º LF. Utilizan al respecto NIGRO y VATTERMOLI el ejemplo del bien objeto de arrendamiento financiero por parte de la sociedad de *leasing* declarada fallita²⁵¹, que tal y como señala el artículo 72 quáter, 3º LF, es un contrato que a pesar de la declaración de fallimento mantiene su vigencia y la facultad para el arrendatario de adquirir el bien al finalizar la duración del contrato pagando el canon estipulado²⁵².

Pero si queremos hacer referencia a las verdaderas, o al menos expresas excepciones a la idea de universalidad en el procedimiento concursal italiano básico, hemos de acudir al artículo 46 LF (segundo grupo de excepciones), que enumera los bienes no comprendidos en el fallimento. Se trata de un precepto analizado por la doctrina en numerosas ocasiones²⁵³ y cuya justificación general, en opinión de GUGLIELMUCCI, radica en que junto al patrimonio separado que supone la masa activa del fallimento (cuyo destino es la satisfacción de los acreedores) se puede configurar un patrimonio personal destinado al mantenimiento del fallito y su familia, que responde a valoraciones de carácter extrapatrimonial²⁵⁴. En principio contemplaba cinco categorías, aunque en 2006 se eliminó una de ellas (sobre la institución de la dote), dejando a salvo del fallimento cuatro conceptos:

– *Bienes y derechos de naturaleza estrictamente personal*. De nuevo convergen ambas normativas, aunque se trata de una categoría que probablemente ha tenido un mayor desarrollo doctrinal en Italia (lógico por otro lado, fruto del periodo más dilatado de aplicación). Se han entendido dentro de este grupo los siguientes: facultad de aceptar o rechazar una donación o de revocarla en determinadas condiciones; el ejercicio de acciones personales como la filiación, relativas a la separación matrimonial o a alimentos; actos de disposición sobre el propio cuerpo dentro de los límites establecidos por la

²⁵⁰ La excepción opera más en este sentido que contra el principio de universalidad.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² En caso contrario podría asimilarse el supuesto a la *separatio ex iure creditii*.

²⁵³ Con el comentario sobre cada uno de los elementos que componen el precepto, *vid.*, TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 46”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (diretto da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013, págs. 299-307.

²⁵⁴ GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni... op. cit.*, pág. 117.

legalidad; la tutela del nombre o la propia imagen, así como el honor; el derecho a ser sepultado; o derechos patrimoniales que se entienden conectados indefectible y directamente a la persona del deudor (como la propiedad sobre prótesis artificiales, válvulas cardíacas o máquinas que permiten la vida de un paciente o su comunicación); por otro lado, no se pueden entender excluidos del fallimento los derechos de autor en tanto que son un rendimiento económico pero sí el derecho a publicar o retirar una obra. Resulta complejo este grupo, por ejemplo en cuanto al resarcimiento del daño a determinados derechos de naturaleza personal, por la razonable duda de si esta condición la mantiene dicho resarcimiento. Al respecto, un sector doctrinal²⁵⁵ se ha manifestado en contra de trasladar la línea que ha dibujó la jurisprudencia en Italia²⁵⁶ para los daños físicos. Según ésta, no puede el curatore sustituir al deudor a efectos de legitimación activa, es decir, no podría llevar a cabo la acción pero sí beneficiarse del resarcimiento, en tanto que supone resultado patrimonial, si el deudor se postula procesalmente. La alternativa sería el análisis sobre el posible daño no solo a la esfera personal sino también patrimonial (por ejemplo en los negocios tras una difamación), en cuyo caso entiende esta orientación que el curatore estaría plenamente legitimado para sustituir en el ejercicio de la acción al deudor. Sobre otros casos como las sumas recibidas en concepto de invalidez laboral, las acciones de nulidad testamentaria y exclusión de herederos, así como la tutela de la marca o las acciones derivadas de competencia desleal, se han suscitado también dudas aunque parecen imponerse las tesis que negarían su carácter de excepción y por tanto su sujeción al artículo 42 LF²⁵⁷. En general, en esta categoría vienen a integrarse bienes o relaciones jurídicas en los que el elemento patrimonial es inexistente o desplazado por un componente personal que escapa a la lógica concursal²⁵⁸.

– *Asignaciones o estipendios en concepto de alimentos o salarios y rentas con el límite que marca el mantenimiento propio y de su familia.* Estas cantidades se fijan por decreto motivado del giudice delegato²⁵⁹, según las circunstancias del caso concreto y sin

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ Cass. 31 marzo 1960, n. 709 y Cass. 7 maggio 1963, n. 1123.

²⁵⁷ TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 46”... *op. cit.*, pág. 301.

²⁵⁸ En términos similares, GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni...* *op. cit.*, pág. 117.

²⁵⁹ A diferencia de España, donde el límite viene objetivamente fijado por Ley (art. 607 LEC).

vinculación por los límites establecidos para la ejecución singular²⁶⁰. Tal pronunciamiento es necesario para integrar en la masa activa determinadas cantidades con este origen y no al revés, de modo que a falta del decreto la totalidad de los ingresos del deudor se entienden excluidos del fallimento. Es importante el criterio de conexión entre el rendimiento económico excluido y su función en la vida del deudor, tanto es así, que determinadas cantidades como las indemnizaciones por despido improcedente serían incluidos en la masa activa directamente por no cumplir tal función alimenticia o de mantenimiento. No obstante, el papel del giudice delegato debe desarrollarse con atención no solo a la legislación concursal sino a todo el ordenamiento y en particular a la Constitución de la República Italiana, que en su artículo 36²⁶¹ garantiza la retribución proporcional al trabajo desarrollado, suficiente para vivir de manera libre y digna. Tampoco el fallito es una excepción en este sentido, de modo que la idea de universalidad debería respetar, a través del rol giudice delegato, no solo una cantidad estrictamente destinada a su manutención, sino que habría de contemplar cierto “premio” por su trabajo. El artículo 47 LF determina también que si al fallito le faltan medios para subsistir el giudice delegato puede conceder un subsidio por alimentos para él y su familia; además, el uso habitacional de la vivienda de su propiedad debe mantenerse hasta el momento de la venta por liquidación (aunque aquí no se reputa excepcionalidad a la idea de universalidad, tan solo prórroga en cuanto al uso de la vivienda de cara a su liquidación).

– *Frutos derivados del usufructo legal de los bienes de los hijos, los bienes constituidos en fondo patrimonial y los frutos de éstos*²⁶². El fondo patrimonial es una posibilidad regulada en los artículos 167-171 Codice Civile, que implica una suerte de patrimonio separado constituido por uno o ambos cónyuges para hacer frente a las necesidades de la familia²⁶³. Ante la posibilidad de su uso en fraude de los acreedores (ya

²⁶⁰ De modo que puede el giudice delegato, si lo motiva, mantener todos los ingresos del deudor a su disposición o bien detraer de los mismos cantidades superiores a las que serían lícitas en una ejecución no concursal. GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni... op. cit.*, pág. 119.

²⁶¹ Artículo 36 CI: “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sè e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”.

²⁶² Se trata de una categoría cuya redacción responde a la reforma del año 2006, con el objeto de adecuar la realidad concursal a las transformaciones en otras disciplinas como el Derecho de familia.

²⁶³ En estos términos, y calificándolo como un mecanismo de limitación de la responsabilidad universal desde la óptica española: GOMÁ LANZÓN, I., “El fondo patrimonial familiar y otras cosas italianas”, *Blog Hay Derecho*, 13 de diciembre de 2011.

que sus efectos son similares a los que produce la limitación de responsabilidad en el ejercicio –a través de una sociedad– del comercio, pero con una finalidad familiar y no mercantil), cabría la utilización de la acción revocatoria. Aquí podría dudarse sobre otra posible excepción, el patrimonio destinado societario, que no se encuentra específicamente tasada como tal, aunque comparte características con el fondo patrimonial²⁶⁴. El “patrimonio destinado a un negocio específico” (patrimonio destinato ad un specifico affare) cuenta con varios preceptos del Codice Civile (2447 bis a 2447 decies) y con varias referencias en la LF, que han sido aplicadas por analogía en sede jurisprudencial con relación a insolvencias donde había un fondo patrimonial de tipo familiar²⁶⁵. Este patrimonio separado permite a una sociedad la posibilidad de segregar parte de su activo, dotándolo de un fin exclusivo, de modo que tal sección patrimonial no responda de las deudas sociales, salvo las que se relacionan directamente con el objetivo que persigue este tipo de estructura. Tradicionalmente se ha tratado esta cuestión como un modo de limitar la responsabilidad, aunque parte de la doctrina haya señalado que su escaso éxito deviene de esta concepción, muy diferente al carácter organizativo que debiera destacarse del instituto descrito²⁶⁶. Independientemente de su éxito, el hecho de que exista esta posibilidad en Derecho societario italiano podría suponer una gran diferencia con respecto a ordenamientos en que no se cuenta con el instrumento del patrimonio destinado; sin ir más lejos en España la LSC no prevé nada al respecto. Sin embargo no vamos a entrar en el análisis de la cuestión, respondiendo tal elección a la coherencia con la teoría concursal que estamos desarrollando. En este estudio se está sosteniendo que el principio de universalidad concursal –al menos desde la óptica española– va a ser respetado en todo caso en que los bienes del deudor sometido al procedimiento de insolvencia se destinen al pago de sus acreedores. Pues bien, en esa afirmación encontramos un poderoso argumento para diferenciar el fondo patrimonial familiar del patrimonio separado societario, ya que el primero implica la segregación de una parte del activo del deudor, que se mantiene intangible para sus acreedores aunque

²⁶⁴ FIMMANÒ, F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2008, págs. 18-19; “L’insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento”, *Il caso.it - Sezione II*, documento n. 205/2010, *passim*.

²⁶⁵ Cass. 22 gennaio 2010, n. 1112. En concreto la sentencia utiliza el artículo 155 LF para reafirmar la no confusión del patrimonio “separado”, también a través del fondo patrimonial.

²⁶⁶ GENTILONI SILVERI, F., “Patrimoni costituiti con prevalente apporto dei terzi”, *Giurisprudenza Commerciale*, Volumen 43, nº 3 (maggio-giugno), 2016, págs. 321-322.

no pesen cargas o deudas sobre ese patrimonio; mientras que en el segundo el fallimento va a producir el intento de cesión del “patrimonio destinado” para no perder su función productiva y no siendo posible éste, su liquidación. Y es cierto que en dicha liquidación se da una incomunicación de esferas patrimoniales y que sirve para satisfacer a los acreedores relacionados con el objetivo de la segregación, pero se trata de una incomunicación relativa puesto que el posible remanente es incorporado a la masa activa²⁶⁷. En cualquier caso, el dato fundamental que diferencia ambos institutos es que el fondo patrimonial, por su naturaleza familiar va a sobrevivir al fallimento y se va a mantener como un instrumento para levantar cargas familiares presentes o futuras, mientras que el patrimonio destinado por su naturaleza comercial se va a liquidar con la preferencia de los acreedores ligados a su objetivo, pero que al fin y al cabo son acreedores de la sociedad, puesto que no hay diferente personalidad jurídica en este mecanismo.

– *Bienes inembargables ex lege*. Aquí hemos de acudir al Codice di Procedura Civile (CPC), para determinar a qué bienes se refiere la LF. El artículo 514 CPC califica como absolutamente inembargables: objetos sacros que sirvan al culto, anillo nupcial y el menaje del hogar así como bienes muebles indispensables en la vida cotidiana salvo los de especial valor o antigüedades, comida y combustible necesarios para un mes en relación al deudor y su familia, armas y otros objetos que tenga la obligación de conservar para el cumplimiento de un servicio público, cartas y registros familiares (si no forman parte de una colección), animales de compañía sin fines productivos o comerciales y animales utilizados con fines terapéuticos por el deudor o su familia (pareja e hijos). Por su parte, el artículo 515 CPC determina algunos objetos muebles que pueden ser embargados con ciertos límites, esto es, de manera relativa. Por ejemplo, dice el precepto que los instrumentos, objetos y libros indispensables para el ejercicio de la actividad o profesión del deudor, pueden ser embargados en una proporción máxima de un 20% cuando el valor de realización de los demás bienes no sea suficiente para la satisfacción de los créditos (regla que no es aplicable, por disposición expresa, a las sociedades).

Tales consideraciones hacen que la idea de universalidad no sea considerada por todos como un valor absoluto en el Derecho concursal italiano. Dice PAJARDI²⁶⁸ al

²⁶⁷ Art. 155 LF.

²⁶⁸ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, pág. 74.

respecto que aunque minoritaria, existe una orientación que no comparte que el fallimento vincule todo el patrimonio del deudor, sino que el artículo 46 LF se podría interpretar no como una condición esencial del fallimento sino como una tendencia de la norma. No obstante, tanto el citado autor como la doctrina prácticamente unánime hablan de esta característica como una de las principales del fallimento y del resto de institutos concursales que con similar perfil se han desarrollado en el Derecho comparado.

Se trata de la misma conclusión a la que hemos llegado cuando estudiábamos la Ley Concursal, de hecho, si comparamos los conceptos que se entienden como excepciones a la universalidad del procedimiento concursal, entre concurso y fallimento las diferencias no son acusadas. La mayor parte de ellos son copias casi exactas en su formulación; en ambos se habla de los bienes ajenos (*separatio ex iure dominii*), bienes y derechos de naturaleza personal (en cuanto a la capacidad procesal, no así al rendimiento dimanante); incluso coinciden la mayor parte de los bienes declarados inembargables por la legislación procesal, como los objetos sacros, menaje del hogar y mobiliario indispensable, comida y combustibles necesarios para la subsistencia, instrumentos para el desarrollo de la profesión, etc.

En cuanto a las diferencias, en España normalmente se ha aludido a la *separatio ex iure creditii* –de buques y aeronaves– como una excepción al principio de universalidad en el concurso, instituto que no se encuentra en Italia, pero que en cualquier caso hemos calificado como no relevante a efectos de universalidad por cuanto el patrimonio afectado sigue sirviendo para la satisfacción de los acreedores, de algunos en concreto pero acreedores al fin y al cabo (más adelante veremos sus efectos sobre la integración). Como también queremos notar que en el Derecho italiano se hace referencia expresa a los bienes antieconómicos por su coste de adquisición para la masa activa o de liquidación, cuestión que en España no se ha regulado de manera expresa. Sin embargo, entendemos que está entre las competencias de la administración concursal, que gestiona de la mejor manera la masa activa, el abandono de activos cuyo coste de mantenimiento suponga un perjuicio para los acreedores mayor que los réditos que pueda producir su venta. Hechas estas salvedades, que aludían a diferencias formales pero no sustanciales, encontramos algunas divergencias reales entre las excepciones a la universalidad en los sistemas concursales de España e Italia: no existe en España el Código Antimafia ni una norma similar que prevea limitación de la universalidad concursal en supuestos o condiciones similares; tampoco se conoce la institución del fondo patrimonial como

patrimonio destinado a solventar cargas familiares y cuya aplicación sí podría suponer una importante detracción de cantidades respecto de la masa activa. Finalmente, ambos ordenamientos proyectan la aprehensión, por parte del procedimiento de insolvencia, de parte del salario o renta del deudor, pero mientras que en España es un sistema automático y aplicable en todos los casos, basado en una cantidad mínima (salario mínimo interprofesional) y determinados porcentajes variables según reglas matemáticas, en Italia en cambio el sistema es mucho más abierto. De hecho el giudice delegato tiene la facultad de determinar libremente el porcentaje de ingresos que el fallimento va a dejar en manos del deudor, siempre respetando la dignidad de la persona y su familia, criterios por otra parte mucho más interpretables y menos objetivos que en el caso español, que es rígido y se aplica igual en todas las ocasiones. Al respecto, cabe señalar que si en España estas limitaciones se van a dar siempre (*ex lege*) que se abra un concurso, en Italia el salario del deudor requiere para ser intervenido el decreto del giudice delegato y a falta de éste no se incorporará ningún porcentaje del mismo a la masa activa. Por el contrario, el juez italiano puede imponer un nivel de intervención sobre tales ingresos mayor al que se contempla legítimo en la ejecución singular.

Por tanto, se puede concluir que son sistemas parecidos aunque no idénticos en cuanto a las excepciones a la idea de universalidad. Se identifican algunas diferencias, puesto que hay instituciones como el fondo patrimonial o las medidas antimafia que no existen en España o no tienen relevancia concursal; y en cuanto a la configuración de la limitación de los ingresos del deudor, en España se trata de un sistema objetivo y con poco margen de actuación para el juez, mientras que en Italia es bastante más abierto e inseguro, aunque también más flexible²⁶⁹. Ello implica que podamos propugnar *quasi* equivalencia entre ambos sistemas en este punto, quizá debiendo señalarse que el ordenamiento italiano es ligeramente más proclive al establecimiento de excepciones al principio de universalidad en materia de concurso, en virtud de las razones expuestas. No obstante, no se reputan grandes desequilibrios entre los Derechos estudiados.

²⁶⁹ Se trata de un arma de doble filo, que puede producir tanto una limitación excesiva de las rentas de un fallito, como una intromisión laxa –menor de la esperable– en esta esfera.

3.3. ¿Autonomía concursal o regla del Derecho común? Relación entre los artículos 2740 Codice Civile y 42 Legge Fallimentare

3.3.1. Fuentes legales

En Derecho italiano, del mismo modo que sucede en España, podemos destacar dos preceptos en relación con la universalidad de la masa activa. Se repite este esquema en que podemos encontrar la responsabilidad universal patrimonial propia del Derecho común, que corresponde al artículo 2740 Codice Civile; y otra regla en la legislación concursal, en concreto el artículo 42 LF, que cuando establece la disciplina del *spossessamento* del deudor, esto es, la desposesión de sus bienes, permite inferir la “pertenencia” al procedimiento de todos los bienes del deudor a la fecha de declaración del mismo (párrafo primero) y también los que sobrevengan durante su tramitación (segundo párrafo). Esto podría llevarnos a aplicar lo que de momento se ha expresado en cuanto al ordenamiento español. No obstante, la cuestión es más compleja y la importación de conceptos o interpretaciones que vienen de un sistema extranjero debe ser justificada en gran medida pues se corre el riesgo de no tomar en consideración todas las circunstancias que rodean a un sector de la legislación, en concreto el concursal, que se caracteriza por su complejidad.

La existencia de estos dos preceptos, uno en la norma básica de Derecho común y otra en la Ley sectorial, lleva a pensar que ambos sistemas beben de una misma fuente o que directamente se han imitado. En ese sentido sería la Ley española la que habría tomado esta idea de la tradición italiana, creadora de la quiebra (Siglos XIII y XIV) y que durante el siglo XX ha sido más estable a partir de la Legge Fallimentare de 1942. Aunque verdaderamente no vamos a encontrar el origen de la idea de universalidad en los ordenamientos italiano y español. Se trata de un principio consustancial al Derecho concursal y tan antiguo como él mismo. En el contexto temporal y espacial que marca esta investigación hablamos de los artículos 42 LF o 76 LCon, pero probablemente el origen de ambos sea compartido y consista en la proveniencia de un mismo tronco, el Derecho romano, a partir del cual han cristalizado distintos sistemas concursales, pero que mantienen ciertos caracteres comunes²⁷⁰. Por tanto, la única cosa que podemos hacer

²⁷⁰ Interesa especialmente este planteamiento porque revaloriza la comparación entre los sistemas concursales español e italiano. El origen común implicaría que la identificación de diferentes

es analizar las normas vigentes, sin olvidar su dimensión histórica, pero centrándonos en la técnica del legislador concursal actual para tratar de encontrar identidad, similitud o divergencia entre los ordenamientos italiano y español.

Nos parece fundamental confrontar el tenor literal de los preceptos en cuestión, pues es el primer dato para establecer un criterio de análisis. La prescripción de Derecho común que se refiere a la responsabilidad universal patrimonial (arts. 1911 CC y 2749 Codice Civile) del deudor es absolutamente identificable en Italia y España, con una redacción muy similar y que en todo caso debe interpretarse como una regla básica en cualquier ordenamiento de tradición latina, sobre la que no cabe hacer más consideraciones por lo notorio y superado del debate. Todo ello en cuanto atiene al párrafo primero del artículo 2740 c.c., que sin el hipérbaton propio de nuestro 1911 CC expresa la misma idea²⁷¹. Sin embargo, sí es interesante mencionar que el precepto italiano cuenta con un segundo párrafo que señala que las limitaciones de responsabilidad solo se admitirán en los casos establecidos por la Ley. Se constata una reserva de ley que ciertamente podríamos calificar como innecesaria en el entendido de que solo una norma del mismo rango puede derogar, suspender o modificar a otra anterior. No obstante, en el terreno de la interpretación jurídica en que nos movemos, no deja de ser un dato revelador la predisposición del sistema italiano a una posible modificación de esta regla por la vía de leyes especiales, a diferencia del ordenamiento español en que dicho principio se ha sacralizado.

La redacción de los artículos 76 LCon y 42 LF sí que encuentran mayores divergencias. No repetiremos cuestiones ya suscitadas respecto de la Ley Concursal, bastando mencionar que el precepto aludido tiene como rúbrica “principio de universalidad” y que su tenor literal fija el contenido del mismo en la pertenencia de todos los bienes y derechos “integrados en el patrimonio del deudor” en la fecha de declaración del concurso y también los que se reintegren hasta que finalice el procedimiento. Podía el legislador español no haber otorgado la categoría de axioma a esta regla pero la

interpretaciones sobre la cuestión han supuesto la mutación de determinadas reglas que un día fueron la misma o bien similares.

²⁷¹ Se debe completar el esquema con la mención al artículo 2910 c.c., que une responsabilidad y ejecución al establecer que el acreedor, para cobrarse su crédito, puede expropiar los bienes del deudor siguiendo las normas del Codice di Procedura Civile.

intención, en una lectura fiel a la letra de la norma, parece unívoca. Sin embargo el artículo 42 LF no comparte estos perfiles.

3.3.2. Estado de la cuestión

Como ya se ha adelantado, la idea de universalidad no cuenta con una formulación idéntica en la Legge Fallimentare. Si bien podemos extraerla del contenido de su artículo 42, se reputa alguna diferencia: para comenzar, la rúbrica en este caso no alude a ningún principio, sino que meramente se limita a presentar los “bienes del fallito”, esto es, aquellos que se “expropiarán” al deudor dentro del procedimiento de insolvencia. Sí coinciden en este caso con la descripción dada por el Derecho español, puesto que se refiere a los bienes presentes a la fecha de declaración del fallimento, además de los sobrevenidos.

En segundo lugar, resulta igualmente esclarecedor que el legislador italiano no dedique en exclusiva un precepto a esta cuestión. La idea de universalidad debe inferirse de un artículo que describe la disciplina de la desposesión de bienes del deudor sometido a fallimento. En este sentido, cuando describe el artículo 42 LF qué elementos patrimoniales están sometidos a tal instituto, nombra indirectamente los bienes, que a su vez son los que se someten al Derecho concursal y en definitiva al pago de sus acreedores por vía de este juicio universal. No obstante, queda patente la falta de entidad o autonomía concursal de la idea de universalidad, al menos en su configuración legal²⁷². Además, se trata de un modo de afrontar la cuestión que el legislador italiano ha decidido no cambiar, y no tanto de una herencia de un sistema del siglo pasado, puesto que la reforma concursal del año 2006 tuvo como objeto, entre otros, el artículo 42 LF, con la introducción de una cláusula final para permitir al curatore fallimentare (con autorización del comité de acreedores) renunciar a la adquisición de determinados bienes sobrevenidos cuando el coste de ésta, o de su mantenimiento suponga mayores perjuicios económicos que réditos. Sirva este dato para ilustrar que a pesar de reformarse el precepto en concreto, no se ha modificado en el sentido de reformular la idea de universalidad con términos más específicos. El sistema concursal italiano atiende al concepto de universalidad y lo hace en términos similares a la Ley española, no obstante, se mantiene una diferente

²⁷² No así entre la doctrina, donde se ha analizado en numerosas ocasiones la cuestión, como se da cuenta a lo largo de este capítulo.

configuración de este elemento basal del sistema concursal. Mientras que en España es, incluso nominalmente, elevado a la categoría de principio, en Italia se acude al precepto dedicado a la desposesión de bienes del fallito²⁷³ para inocular indirectamente la idea de universalidad.

A pesar de todo lo expuesto, es obligado matizar nuestra interpretación o al menos las cuestiones más controvertidas de la misma. Nuestro análisis en cuanto al Derecho español ha arrojado una fuerte separación entre el principio de universalidad concursal y la responsabilidad patrimonial del CC, aunque ello no es pacífico en nuestra doctrina (como ya se ha hecho notar en otro lugar de esta investigación). Por tanto, y recapitulando, sobre el principio de universalidad cabe señalar que también en Italia se considera por la doctrina que el empleo de todos los bienes del deudor en el juicio universal responde a la lógica de la responsabilidad universal patrimonial (en este caso artículo 2740 Codice Civile). Insistimos en que aunque nosotros hemos negado en el caso español esta circunstancia a favor de una responsabilidad universal de carácter puramente concursal, se trata de una idea que no es desconocida en esta investigación, ya que viene a ser compartida por la doctrina española. De cualquier modo, en ambos sistemas existe la regla general de que el concursado responde con todos sus bienes ante sus acreedores. Ahora bien, en Italia está mucho más desarrollada la teoría de que del principio de universalidad participa tanto de la formación de la masa activa (universalidad objetiva) como de la masa pasiva (universalidad subjetiva)²⁷⁴. Mientras que en nuestro país se encuentran algunas referencias ya comentadas en este sentido, en Italia se trata de una cuestión pacífica²⁷⁵, siendo una minoría los autores que tratan la cuestión de manera separada, esto es, reconociendo como hemos hecho aquí con el ordenamiento español, la existencia de un principio de universalidad referido exclusivamente al patrimonio activo

²⁷³ Lo que en España correspondería al artículo 40 LCon.

²⁷⁴ Incluso en algunos casos se ha llegado a señalar que el principio de responsabilidad patrimonial no se agota en el artículo 2740 Codice Civile, sino que abarca también el 2741, dedicado a la *par condicio creditorum* o igualdad entre los acreedores, en una mezcla de ideas que nos parece más artificial o experimental que real o ajustada a la realidad legal. Con dicha interpretación unitaria de los principios, CUNEO, V. L., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, pág. 5.

²⁷⁵ En la jurisprudencia: Cass. 14 marzo 2008, n. 6954; en la doctrina, entre otros: CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, págs. 10-17; FERRARA jr, F. e BORGIOIOLI, A., *Il Fallimento...op. cit.*, págs. 40-43; CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”... *op. cit.*, págs. 17 y ss; PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 69-76.

del deudor concursado²⁷⁶. En relación a la Ley Concursal, hemos optado por separar ambas realidades para conformar dos principios distintos: el de universalidad propiamente dicho y el de integración. No obstante, entendemos que esta diferencia sistemática y que parte de nuestra propia concepción –no es legal, ni compartida por toda la doctrina– no puede motivar el tratamiento de la misma como una verdadera divergencia entre los ordenamientos italiano y español sin antes profundizar en la materia (lo que debe ocupar los siguientes epígrafes) ya que la práctica concursal determina una gran similitud en la aplicación real y efectiva de estas reglas. Sobre el concepto de principio de universalidad que hemos proporcionado en este estudio, su identificación con la universalidad objetiva propugnada en el Derecho italiano parece evidente; ambos funcionan con un mecanismo de responsabilidad universal, aunque quedan todavía interrogantes en torno a la construcción de este aparato teórico en el ordenamiento italiano: ¿estamos ante un instituto propio del Derecho concursal o derivado del artículo 2740 Codice Civile?

Al respecto la doctrina italiana es prácticamente unánime; la interpretación que suele darse a la cuestión es la de que el artículo 42 LF instituye a partir de la disciplina del *spossessamento* un principio o idea de universalidad en tanto que se dirige en su vertiente objetiva a la aprehensión de todos los bienes del deudor (con las excepciones señaladas), que a su vez responde a la concreción o proyección de la responsabilidad universal patrimonial del artículo 2740 Codice Civile en el ámbito concursal. De esta manera, la regla del Derecho común traspasaría sus límites para instalarse en el Derecho de la insolvencia, en una construcción teórica que no nos es desconocida, pues se han citado autores en España que la sostienen. En Italia, resulta un paradigma irrenunciable

²⁷⁶ PASTORE, F., *Lezioni di Diritto... op. cit.*, págs. 72-73. El autor considera que el principio de universalidad va a tener como corolario obligatorio la cristalización del patrimonio del concursado. En nuestro esquema concursal, dudamos si dicha dicha circunstancia puede entrar en el contenido del principio. Se trata más de una prohibición al deudor y de una limitación a sus facultades [sobre la capacidad del concursado en el sistema español, habida cuenta de las limitaciones en sus facultades de administración y gestión del patrimonio, *vid.* nuestro trabajo: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “Naturaleza jurídica del concursado: un estudio sobre capacidad a la luz de la prodigalidad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la dependencia y discapacidad* (dirigido por GARCIA GARNICA, M. C.), Madrid, Dykinson, 2014, págs. 297-316]; o bien de una prohibición a los acreedores, formados en torno a una comunidad de pérdidas, lo que escaparía de nuevo a nuestro concepto de universalidad. No obstante, PASTORE tampoco entra en esta cuestión directamente, que se limita a señalar cómo no cabe la operatividad de la regla de universalidad sin la intangibilidad de la masa, lo cual compartimos plenamente.

para los estudios de Derecho concursal²⁷⁷, que toma el artículo 2740 Codice Civile como la razón fundamental y última de la existencia de universalidad en el proceso de fallimento, e incluso se señala que es en esta sede donde la garantía del artículo 2740 Codice Civile encuentra su mayor expresión, su versión más pura o su más alto grado de rigor.

Fuera de los argumentos aportados por la doctrina italiana, referidos sobre todo a la instrumentalización de la universalidad en el fallimento como medio más eficiente de responsabilidad universal propia del Derecho civil italiano (también español), podemos encontrar otros más sutiles y que encuentran fundamento en la técnica jurídica utilizada por el legislador. Se trata de cuatro argumentos –algunos ya adelantados– que van en la línea de restar relevancia o autonomía a la universalidad en el fallimento, lo que reenviaría directamente al Código Civil italiano y a la responsabilidad universal allí consagrada: en primer lugar, la falta de consideración por la propia norma concursal (LF) de la universalidad como un axioma, al no calificarla como principio en ningún momento; en segundo lugar, ante la falta de tal mención, la técnica usada no responde a una idea autónoma del Derecho concursal puesto que no se le dedica un precepto en exclusiva (sino que se infiere la universalidad de la disciplina del *spossessamento*); en tercer lugar, el artículo 2740 c.c. en su segundo párrafo determina que las limitaciones a la responsabilidad universal solo se admiten en los casos establecidos por la Ley, lo que supone una prescripción en principio superflua o que al menos en Derecho español no encontramos, pero que entronca con un proceso concursal como el fallimento en que el legislador no configura la universalidad como un principio autónomo sino como la proyección de la regla del Derecho común, gracias también a las excepciones que el propio precepto del Código Civil tolera (la lógica de la extensión se impone a la lógica de la fractura, que es en nuestra opinión la que subyace en Derecho español²⁷⁸); y

²⁷⁷ Por todos, FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 5; CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, págs. 10-11; FERRARA jr, F. e BORGIOLO, A., *Il Fallimento...op. cit.*, págs. 40-41; PAJARDI, P., *Manuale... op. cit.*, pág. 22; NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi... op. cit.*, pág. 128; RICCI, E. F., *Lezioni sul fallimento... op. cit.* (vol. I), pág. 3; PROVINCIALI, R., *Trattato... op. cit.*, págs. 92 y ss; VASALLI, F., *Diritto Fallimentare... op. cit.*, págs. 17-28; D’AIELLO, C. P., *Il Regolamento CE 1346/2000 sulle insolvenze transfrontaliere... op. cit.*, pág. 16. En la jurisprudencia italiana, por todas, Cass. 22 maggio 1996, n. 4715.

²⁷⁸ Precisamente uno de los argumentos más poderosos que nos ha hecho negar la dependencia de la universalidad concursal en España respecto de la del Código Civil de 1885, es la fuerte modulación del

finalmente, la acción revocatoria fallimentare se asienta sobre los “actos perjudiciales para los acreedores”, en una formulación que ligeramente difiere de la española “actos perjudiciales sobre la masa”, que hace notar un grado de independencia o autonomía de la masa activa concursal que en Derecho italiano no se manifiesta de igual manera al nominar directamente a los acreedores.

3.3.3. Posible nueva interpretación a la luz del Derecho español vigente

Queda muy claro el rol que los operadores de jurídicos han otorgado a la idea de universalidad en el fallimento: una mera manifestación del artículo 2740 Codice Civile, sin autonomía ni entidad propia concursal, que se asocia también a una vertiente pasiva, respecto a los acreedores. Aun admitiendo esta realidad, en un estudio de Derecho comparado parece razonable aportar otros puntos de vista, otro análisis jalonado sobre los elementos de interpretación del Derecho extranjero. En ese sentido, proponemos otras posibilidades exegéticas en relación a esta materia, que tienen su origen por supuesto en elementos legales o doctrinales que forman parte del Derecho italiano, pero que se analizan con el prisma de los resultados obtenidos de la investigación sobre el Derecho concursal español.

Si buscamos argumentos a favor de una configuración de la regla de la universalidad como puramente concursal²⁷⁹, como hemos realizado en Derecho español, podemos encontrar también en Italia algunos elementos sobre los que basar esta tesis. La idea consiste en que la universalidad concursal convive con la responsabilidad universalidad del Derecho común, aunque se diferencia de ésta en determinados elementos de su contenido y sobre todo en su caracterización y origen teórico. En ambos casos se ha previsto un sistema de responsabilidad universal, pero tratamos de comprender si ambos son el mismo axioma, esto es, si se da una extensión del artículo 2740 Codice Civile; o si por el contrario es una regla concursal particular que tiene un contenido muy similar al de aquél. Ahora nos centramos en la segunda posibilidad, y

Derecho de obligaciones clásico que opera *ex Ley Concursal*, de modo que entendíamos el fenómeno como fractura y no como extensión.

²⁷⁹ Que podría encontrar sustento bien en el mismo artículo 42 LF, que establece el *spossessamento*, al disponer los bienes que se encuentran bajo el *fallimento*; o bien –en una interpretación menos habitual– en el artículo 52 LF que hace referencia al patrimonio del deudor de forma tan general que solo puede referirse a éste en toda su extensión.

puede decirse que en el análisis de la doctrina italiana que venimos exponiendo en el epígrafe precedente se dan por sentadas ciertas realidades que podrían hacer pensar en la fractura y no en la extensión –a pesar de tratarse de autores que apoyan la naturaleza derivada respecto del artículo 2740 c.c.–:

– La consideración general de que el elemento diferenciador de la ejecución colectiva con respecto a la ejecución singular es que aquélla se dirige a todo el patrimonio del deudor y no a bienes singulares es muy indicativa. Remarcar las diferencias evidentes de lógica entre la ejecución singular y la colectiva sirve para comprender que quizá sus reglas no puedan traducirse de un ámbito a otro²⁸⁰. Precisamente, esta diferencia en el objeto de la ejecución podría entenderse que compele al legislador a crear nuevos institutos, nuevas reglas que pueden por otra parte coincidir con las que aparecen en el Códice Civile para ejecuciones de tipo singular. Así, cuando PAJARDI (entre otros) señala que la universalidad objetiva es lo que diferencia mayormente el fallimento del proceso ejecutivo ordinario porque se contempla todo el patrimonio como un único complejo unitario²⁸¹, nos crea la duda de si tal afirmación puede convivir con una idea de universalidad concursal precisamente derivada del Codice Civile. El mismo autor sostiene otras tesis que nos generan el mismo tipo de preguntas²⁸², por ejemplo, dice que la universalidad (objetiva y subjetiva) es una particularidad exclusiva y radicalmente concursal, fruto de las exigencias del proceso ejecutivo colectivo.

– Se sabe que la universalidad se expresa con consecuencias diferentes en uno y otro caso. Cuando el giudice delegato establece (a través de decreto) el porcentaje de ingresos del deudor que permanecen en concepto de alimentos y mantenimiento propio y de su familia, atendiendo a las circunstancias concretas puede separarse de los criterios

²⁸⁰ Dice FABIANI –aunque en ningún momento separe los arts. 2740 c.c. y 42 LF– que el patrimonio susceptible de agresión es potencialmente mayor en el fallimento que en la ejecución singular por efecto de la aplicación de las reglas de *concurialidad dinámica*. Vid., FABIANI, M., *Diritto fallimentare...* pág. 6. En términos similares, esto es, manteniendo la cadena de transmisión de ambos preceptos, pero señalando que la diferencia entre éstos es la consideración del objeto de manera limitada o en toda su extensión: PROVINCIALI, R., *Trattato... op. cit.*, pág. 100. Al respecto, opinamos que cabe dudar si son la misma regla al implicar consecuencias diversas o que se proyectan de diferente manera sobre el patrimonio del deudor.

²⁸¹ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 73-75.

²⁸² *Ibidem*.

que operan en las mismas condiciones en las ejecuciones de tipo singular²⁸³. Ello implica que puede apoderarse el fallimento de todos los ingresos del deudor o de una mínima parte de ellos, dependiendo este extremo del juicio que realice el giudice delegato de las condiciones del caso; a diferencia de lo que sucede cuando se aplica por norma general el artículo 2740 Codice Civile fuera del ámbito concursal.

– Siguiendo el discurso de la ejecución singular o colectiva, se debe decir que la jurisprudencia²⁸⁴ y algunos autores²⁸⁵ han determinado que la universalidad objetiva tiene como consecuencia necesaria la unicidad (unicità) del fallimento. Ello significa que si el proceso vincula todos los bienes del deudor, no puede el deudor estar sometido a varios procedimientos de fallimento al mismo tiempo, solo a uno. Se trata de un hecho incontrovertible y nada novedoso, pero ello resalta las diferencias entre la ejecución colectiva (única) y la ejecución singular, que también sobre la base del 2740 Codice Civile insta una garantía y un mecanismo que puede ser invocado individualmente por tantos acreedores como tenga el deudor y en el momento que éstos estimen conveniente (respetando los plazos de prescripción de acciones).

– También señala PAJARDI que la normativa concursal no podría interpretarse sino en el sentido de una intensificación de la tutela de los derechos de crédito y de los acreedores²⁸⁶, lo que de nuevo hace pensar en diferencias con respecto a la tutela ordinaria. Ya no desde el punto de vista del fallito, sino desde el punto de vista de sus acreedores, la distinción entre ejecución singular y colectiva es clara. De modo que si ésta se traduce en la mejor protección, o al menos más rigurosa, de los derechos de crédito, se proporcionan elementos de juicio para distinguir ambas realidades. Sobre todo si el elemento que difiere es el objeto de la ejecución, esto es, si es precisamente el patrimonio empleado para el pago a los acreedores lo que materializa una mejor o más completa garantía (aunque el motivo de ello sea la escasez de patrimonio por otra parte).

– Resulta igualmente complejo admitir que si la postura mayoritaria alude a un principio de universalidad que se refiere tanto a la masa activa (objetiva) como al conjunto

²⁸³ GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni... op. cit.*, pág. 119.

²⁸⁴ Cass. 20 luglio 1995, n. 7884.

²⁸⁵ CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, pág. 11.

²⁸⁶ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, pág. 76.

de acreedores (subjettiva), ésta derive del artículo 2470 Codice Civile, que únicamente se refiere al patrimonio del deudor presente y futuro, y nada se dice del conjunto de acreedores, precisamente porque el conjunto de acreedores no es definitorio de la ejecución singular. De este modo, entendemos contradictoria la posición habitual que toma la doctrina en Italia, que al mismo tiempo justifica la universalidad como un principio concursal con dos vertientes (activa y pasiva), pero que a su vez es la expresión de un axioma mayor del Derecho común que únicamente se refiere a una de ellas, la activa. En nuestra opinión, se puede elegir alguno de estos presupuestos, pero no todos al mismo tiempo sin caer en un cierto oxímoron.

– Otras valoraciones doctrinales también cuestionan la vigencia de estas ideas, en particular, para TERRANOVA resulta fundamental superar algunos paradigmas hasta ahora irrenunciables en el estudio del Derecho concursal, puesto que suponen un lastre para las nuevas concepciones de esta rama del ordenamiento, alejadas del sentido inicial de preceptos importados del *Code* francés, entre los que se encuentra el artículo 2740 del Código Civil italiano²⁸⁷.

– Finalmente, traemos la opinión de –entre otros²⁸⁸– GUGLIELMUCCI, que literalmente niega la aplicación integral del artículo 2740 c.c. en el fallimento. Sus razones se encuentran en el problema para afrontar las deudas contraídas tras el fallimento, que no se admiten al “concurso”. Aunque aquí subyace un problema que quizá debería reenviarse al estudio de la formación de la masa pasiva, sí que interesa remarcar que a estos acreedores sucesivos les es reconocido el derecho a satisfacer su crédito sobre bienes futuros comprendidos en el fallimento solo en caso de correlación o inherencia del mismo a la adquisición o conservación de un bien concreto²⁸⁹. Trasladamos esta argumentación para determinar que si el precepto del Codice Civile (2740) tiene una proyección dinámica, dilatada en el tiempo, el fallimento hace todo lo contrario que es fijar el patrimonio (y reconstruirlo) para responder a las deudas de ese momento. Por tanto, se está transformando una garantía de carácter dinámico en la congelación de la

²⁸⁷ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 31-36.

²⁸⁸ En este sentido, también, MAROBIO, M., “Effetti patrimoniali del fallimento per il debitore”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 328.

²⁸⁹ GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni... op. cit.*, pág. 115; y “Gli effetti del fallimento per il fallito”, *Trattato di Diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* (diretto da VASSALLI, F., LUISO, F. P. y GABRIELLI, E.), Volumen III (*Gli effetti del fallimento*), Torino, Giappichelli, 2014, págs. 21-22.

situación; de nuevo, las consecuencias de los artículos 2740 c.c. y 42 LF no podemos decir que sean idénticas.

Si se atiende a las razones aducidas, cabría también plantearse que no solo en Derecho español, sino también en Derecho italiano se puede predicar que la universalidad concursal quizá no es la derivación del artículo 2740 c.c., sino que se trata de una regla autónoma aunque muy similar, que por razones de interés de la propia ejecución colectiva establece también un sistema de responsabilidad universal en sede de fallimento, aunque con las especialidades propias de este sector del ordenamiento.

3.3.4. Extensión de reglas del Derecho común al Derecho concursal a través de la teoría de Provinciali: la doble lectura de la universalidad como axioma y como característica

Por otro lado, resulta complejo traer una teoría basada en la fractura entre la responsabilidad universal del Derecho civil y la universalidad concursal a un ordenamiento en que sus comentaristas, también casi con unanimidad, valoran sin género de duda esta idea –la universalidad– como una extensión del artículo 2740 Codice Civile. Sin embargo aquí comienzan a darse fenómenos que si bien desde el punto de vista nacional pueden pasar inadvertidos, desde la óptica extranjera son notorios. ¿Cómo podría calificarse como principio concursal una idea que viene directamente producida por una regla del Código Civil? Además, se trata de un principio que tiene la virtud de aplicarse tanto en la ejecución singular como en la ejecución colectiva. Quizá todo ello pueda justificarse con la propia redacción del artículo 2740 c.c., que a través de esa reserva de Ley para sus excepciones podría mostrar una vocación de extensión a cualquier ámbito del ordenamiento, también el concursal. Pero no solo eso, pues también es una cuestión ampliamente compartida que el principio de universalidad tiene dos vertientes objetiva (activa) y subjetiva (pasiva). Sin querer entrar en temas de los que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, resulta inusitada dicha flexibilidad, pues el artículo 2740 c.c. estaría produciendo un principio del Derecho concursal (con las diferencias ya existentes entre éste y el Derecho de obligaciones), que se proyectaría sobre la masa activa (lo cual es más razonable pues coincide en gran parte del contenido con el artículo 42 LF), y también en la formación de la masa pasiva, elemento del que el 2740 c.c. es absolutamente desconocedor, pues no existe en la ejecución singular.

Sin embargo, este callejón jurídico sin salida aparente puede encontrar cierta luz a partir de las tesis de PROVINCIALI²⁹⁰, que nos han hecho reconocer sobre la base de la divergencia entre el sistema español e italiano, que quizá el sistema italiano no esté asentado sobre la incongruencia que venimos exponiendo. De hecho, lo que se extrae es que los “nuevos” tratados sobre la materia concursal dan por hecho y obvian determinados elementos que sí aparecen en la obra de PROVINCIALI, y que no debieran entenderse superados, pues con su inobservancia se corre el riesgo de confundir profundamente al estudioso del Derecho concursal. La lógica en la que se ven implicados el artículo 2740 c.c., el fallimento y las ideas de universalidad objetiva y subjetiva puede gestionarse de mejor manera que lo que demuestra la doctrina actual.

Según esta orientación, hay que partir de que existe una ejecución forzosa y otra espontánea en Derecho de obligaciones, siendo la injerencia del Estado mayor en el primer caso por la presencia de interés público. Esta ejecución forzosa puede a su vez ser de naturaleza singular o colectiva, no obstante, que exista concurso de acreedores no es indicativo de lo último puesto que tal concurrencia de acreedores puede referirse a un bien litigioso en concreto. Así, entiende el autor que el procedimiento de ejecución es un medio para hacer operativa la garantía del artículo 2740 Codice Civile, que puede expresarse en varias formas. Entre los criterios relevantes para distinguir estos instrumentos, está el de la diferenciación “ejecución singular y ejecución colectiva”. Pero una mera concurrencia de acreedores no determinará *per se* que una ejecución sea colectiva, hace falta que sea de naturaleza universal, esto es, que se dirija a todo el patrimonio del deudor y a todos los acreedores del mismo (son pues dos condiciones diferentes). Aquí encontramos el elemento discordante con las teorías actuales que desarrollan la materia. Normalmente se estudia la cuestión entendiendo que el artículo 2740 c.c. crea un principio de universalidad que se aplica a la ejecución singular y a la ejecución colectiva concursal, produciendo en esta última el empleo de todos los medios del deudor para dar satisfacción a todos los acreedores, ya que se suelen caracterizar ambas vertientes (activa y pasiva; objetiva y subjetiva) bajo su abrigo.

En cambio, de la teoría de PROVINCIALI se desprende una sutil diferencia que tiene grandes consecuencias al respecto. Lo que el autor señala es que el artículo 2740 c.c. es depositario de una garantía que se hace realidad a partir de la sujeción de todos los

²⁹⁰ PROVINCIALI, R., *Trattato... op. cit.*, págs. 89-103.

bienes del deudor al pago de sus obligaciones. Ello puede ocurrir en una ejecución singular o en una ejecución colectiva, sin embargo, para que se dé en una ejecución colectiva, tiene que existir obligatoriamente un concurso general de los acreedores del deudor. Por tanto, entendemos a partir de este análisis que en el fallimento la vertiente subjetiva o pasiva no va a derivar estrictamente del contenido del artículo 2740 c.c.²⁹¹, sino de la insuficiencia de medios del deudor para hacer frente a todos, lo que obligará a abrir un juicio llamado no a ser singular, sino colectivo. De hecho, la prueba, por reduccionista que sea el ejemplo, es que si solo un acreedor acude al fallimento no existe tal ejecución colectiva (y se aplicaría igualmente el artículo 2740 c.c. para satisfacer al acreedor que exija su derecho).

Con estas premisas pensamos que pueden encajar las piezas de este engranaje jurídico en el que la doctrina actual no repara. Solo a través de estas nociones expresadas por PROVINCIALI es posible entender qué papel –indirecto– juega el precepto del Derecho común en la llamada universalidad subjetiva. Desde este punto de vista es posible incluso comprender por qué en la LF no existe un precepto dedicado exclusivamente a desarrollar el principio de universalidad, ya que así conceptualizado no tendría sentido. Al contrario, la redacción del artículo 42 LF está dando actuación a la responsabilidad universal patrimonial del Derecho civil a partir de una de sus formas, la ejecución colectiva, que requiere además la concurrencia de todos los acreedores; concurrencia que no sería pues un elemento causado por el principio de universalidad, sino una condición necesaria para el proceso de ejecución colectiva. No es que exista un principio de universalidad en Derecho concursal italiano, es que una característica del mismo es la universalidad (activa y pasiva). El error más común es traducir esta circunstancia como un axioma, cuando realmente se refiere a una condición. Por tanto, la universalidad en el fallimento sería una característica y no un principio.

¿No existe entonces un principio de universalidad en Derecho italiano y más concretamente en el artículo 2740 c.c.? Por supuesto que sí. Es más, se puede afirmar que el principio de responsabilidad universal del Derecho civil (o principio de universalidad) opera a través del artículo 42 LF para aquellos casos en que se dé una ejecución que reúna

²⁹¹ De hecho, y entrando en cuestiones que se tratan en el capítulo siguiente, la Corte di Cassazione en algún pronunciamiento ha valorado la existencia de dos principios de universalidad, uno objetivo y otro subjetivo, en sede de fallimento. *Vid.*, Cass. 19 agosto 2013, n. 12114.

al común de los acreedores –y se cumplan el resto de requisitos del fallimento–²⁹². La dificultad semántica llega cuando confundimos dos significados diversos del término “universalidad”, que puede referirse bien a un principio del Derecho privado italiano (con aplicación en el fallimento a partir del artículo 42 LF) o bien a una característica del fallimento que tiene dos vertientes (activa porque implica el uso de todo el patrimonio y pasiva porque es un juicio reúne a todos los acreedores; precisamente los dos requisitos de la ejecución colectiva). La polisemia del término puede inducir a errores al referir con la misma palabra tanto un principio de Derecho civil, como una característica dual (activa y pasiva) del instituto concursal básico.

En resumen: en el plano axiomático está el principio de universalidad consagrado en el artículo 2740 c.c. y que se aplica en el fallimento a partir del artículo 42 LF. En cambio, en el plano descriptivo encontramos la característica de la universalidad que es según la doctrina propia del fallimento tanto en su vertiente activa como pasiva. Lo más complejo de entender es que solo la universalidad activa –como característica– deriva del principio de responsabilidad universal patrimonial. El error habitual en nuestra opinión ha sido saltar el paso de desligar el principio de universalidad de lo que es la mera descripción del fallimento, lo que ha provocado la generalizada aceptación de que del artículo 2740 c.c. deriva no solo la universalidad activa sino también la universalidad pasiva.

3.4. Dicotomía entre procedimientos liquidatorios y conservativos

La diferenciación de procedimientos concursales por su naturaleza es obviamente una característica o un criterio que solo se puede poner en práctica en los sistemas concursales plurales, que diversifican el espectro concursal en distintos institutos. El hecho de que España tenga un sistema único impide hablar en tales términos y obliga a propugnar el principio de universalidad al mismo tiempo sobre el procedimiento y sobre el sistema porque éstos coinciden, derivados intencionalmente de una idea concreta y unificadora. Frente a esta corriente se sitúa el fragmentado Derecho italiano, al que hemos

²⁹² La jurisprudencia ha calificado recientemente la universalidad objetiva como un criterio que descende de otra regla mayor y no como un principio, lo que parece converger con esta visión. No obstante, la Corte di Cassazione entiende que dicho criterio, expresado a partir del artículo 42 LF, implementa la regla de la *par condicio creditorum* del artículo 2741 c.c. y no del artículo 2740 c.c. *Vid.*, Cass. 14 settembre 2016, n. 18002.

aludido en el primer capítulo y que vuelve a ser relevante, en este caso en relación al principio de universalidad. Algunos autores han determinado que la vinculación de todo el patrimonio es un carácter común a todos los procesos concursales existentes en Italia²⁹³, sin embargo, nuestra opinión es que tal afectación solo va a ser directa y palpable en los procesos de corte liquidatorio como el fallimento. De este modo, el principio de universalidad solo va a propugnarse en los procesos tendentes a la liquidación del patrimonio. En cambio, aquellos de naturaleza pacticia que buscan la conservación empresarial (como el concordato con continuidad empresarial del artículo 186 bis LF o el “plan del consumidor” dentro de los procedimientos de “sovraindebitamento” –insolvencia civil–) no pueden dirigirse en materia de empleo de bienes para satisfacer a los acreedores sobre el entero patrimonio del deudor, puesto que se basan justamente en lo contrario. En estos casos los acreedores realizan determinadas concesiones que permitan al deudor, a partir de la gestión ordenada de su patrimonio llegar a pagar sus deudas o parte de ellas sin pasar por la liquidación concursal.

En este sentido, señala ROSSI que el concordato –preventivo– con continuidad subjetiva representa un caso paradigmático de procedimiento concursal en que no se emplean todos los bienes del deudor. No obstante, añade que ni siquiera esta situación justifica por sí sola el “concordato a zero” (sin satisfacción alguna para los acreedores ordinarios) o el “concordato a risparmio” (con satisfacción parcial de los acreedores y mantenimiento por el deudor de una parte del activo)²⁹⁴. La admisibilidad o inadmisibilidad de este tipo de concordato, muy discutida en la doctrina italiana, no viene dada por la aplicación del artículo 2470 c.c., que no tendría vigencia aquí dado que se produce una separación de las masas patrimoniales anterior y posterior al acuerdo. Dicha exclusión del art. 2740 Codice Civile es utilizada por GUERRIERI en esta sede para señalar la incongruencia jurisprudencial de inadmitir un concordato en que los acreedores no reciben el valor total del activo con base en el art. 2740²⁹⁵, precisamente porque el

²⁹³ CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale... op. cit.*, pág. 336.

²⁹⁴ ROSSI, A., “Le proposte *indecenti* nel concordato preventivo”, *Giurisprudenza Commerciale*, Volumen 42, n° 2 (marzo-abril), 2015, pág. 331-348.

²⁹⁵ *Vid.*, citando sentencias que resuelven en esta dirección: FABIANI, M., “Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo”, *Le società*, n° 5/2015, pág. 615, nota 14. Además de la jurisprudencia menor, algunos autores se han alineado con esta orientación: entre otros, PASQUARIELLO, F., “Il concordato preventivo...” *op. cit.*, pág. 1138; GALLETI, D., “Art. 160”, *Commentario alla legge fallimentare* (diretto da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010, pág. 356, 380; y

mecanismo de la esdebitazione –exoneración de pasivo insatisfecho– es contrario a la operatividad del precepto aludido²⁹⁶. El problema entre autonomía negocial y responsabilidad crediticia es de gran calado y ha dado lugar a intensos debates. Al respecto y siguiendo con la misma línea interpretativa, además de la diferenciación entre patrimonio y acreedores anteriores y posteriores al acuerdo, pueden esgrimirse otros argumentos. Así, se ha dicho también en relación al concordato que derivándose en todo caso una excepción al principio de universalidad que aquí tratamos, el efecto de exoneración no incide tanto sobre el elemento de la responsabilidad sino sobre el elemento deuda²⁹⁷, entendiéndose éstos como los dos componentes de la obligación en su calidad de concepto jurídico con trascendencia económica. Ello terminaría de eliminar la posibilidad de recurso al artículo 2740 Codice Civile para invalidar un concordato por empleo parcial de los bienes del deudor en la satisfacción de sus acreedores.

El criterio de división es claro, aquellas instituciones que nos llevan a la liquidación tienen el carácter común de proyectarse sobre todo el patrimonio del deudor en un efecto típicamente concursal, aunque en Italia venga derivado del artículo 2740 c.c. No ocurre así en el resto de procedimientos de tipo concursal que apuestan por el pacto y la continuidad de la actividad económica del deudor. Precisamente lo que caracteriza tales posibilidades es la falta de aprehensión de todos los bienes del insolvente. En este punto podría dudarse de la vigencia del principio de universalidad en la LCon, que establece el convenio como solución habitual a la crisis. No obstante, la realidad viene imponiendo el uso de esta norma con un marcadísimo carácter liquidatorio, lo que nos ha permitido asimilar (a pesar de la diferencia de presupuesto subjetivo) tal instituto al fallimento italiano. Desde este punto de vista, la traducción del principio de universalidad concursal en Derecho español no se agotaría en el fallimento, sino que debería extenderse a otros procedimientos de naturaleza análoga, por ejemplo la liquidación del patrimonio contenida en la Legge 3/2012 para el deudor que no cumple los requisitos subjetivos del

MANDRIOLI, L., “Art. 160”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 1758.

²⁹⁶ GUERRIERI, G., “La responsabilità dell’amministratore nell’impresa in crisi”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXIX, n° 3, 2016, pág. 590, nota 58.

²⁹⁷ D’ATTORRE, G., “Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo”, *Rivista delle società*, fasc. 1º, 2015, págs. 20-21.

artículo 1 LF (sujeción a fallimento), pero que sí estarían en España plenamente sometidos a la disciplina general –y única– del concurso.

Esta idea está jalonada sobre el concepto de Derecho objetivamente concursal²⁹⁸, como una categoría de elementos que son comunes a todos los procedimientos concursales de tipo liquidatorio. La utilidad de dicho complejo axiológico sería el de colmar lagunas existentes en procesos como la citada liquidación del patrimonio, no utilizando meramente la analogía con el fallimento, sino acudiendo a una serie de ideas comunes que pueden coincidir con la regulación específica del fallimento, pero no obligatoriamente²⁹⁹. Entre esos principios, uno de los que ha destacado la doctrina es la universalidad desde su vertiente activa, lo que quiere decir que el axioma que estamos estudiando forma parte, como hemos sostenido, del núcleo fuerte de los procedimientos de insolvencia que conllevan la liquidación del patrimonio del deudor, siendo la continuidad empresarial un fenómeno deseable pero que está fuera del ámbito de aplicación del mismo.

4. Posible convergencia del fallimento con la reforma proyectada en el Derecho español

Esta investigación se desarrolla paralelamente a la gestación de una nueva reforma de la Ley Concursal en España. Esta reforma, de aprobarse, está llamada a ser la gran modificación del Derecho concursal tras su reinención en el año 2003, puesto que llevaría los menos de 250 artículos actuales a 750; se trata prácticamente de reordenar toda la disciplina³⁰⁰. Bien pues en esta reforma proyectada hay un dato de sumo interés en relación a la convergencia del principio de universalidad de los sistemas italiano y español. En esta ocasión parece que el proyecto mira a Italia, no a la Ley, sino a la interpretación que la doctrina hace de la LF, para cambiar la sistemática de ésta. Hay que

²⁹⁸ VATTERMOLI, D., “La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del Diritto «oggettivamente» concorsuale”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 88, nº 6 (noviembre-diciembre), 2013, págs. 764-768.

²⁹⁹ Será bastante frecuente por su carácter de procedimiento básico.

³⁰⁰ Se trata de la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprobaría el Texto Refundido de la Ley Concursal, redactado por la Ponencia Espacial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, nombrada por Orden de 16 de enero de 2016 (y ampliada por Orden de 7 de abril). La presidencia de esta ponencia la ostenta el Prof. ROJO, mientras que son integrantes de la misma: ALONSO LEDESMA, ARRIBAS HERNÁNDEZ, GALLEGO SÁNCHEZ, GARCÍA GARCÍA, PIÑEL LÓPEZ y PULGAR EZQUERRA.

recordar que hablamos de una norma en proyecto, por lo que puede sufrir modificaciones o incluso no aprobarse, pero de hacerlo el sistema concursal español tendrá dos preceptos cuya rúbrica será “principio de universalidad”, uno dedicado a la masa activa (art. 192) y otro a la masa pasiva (art. 251). Todavía queda mucho análisis que realizar sobre esta cuestión, sin embargo, se vislumbran los primeros problemas ya que no sabemos si estas rúbricas quieren identificar un mismo principio con dos vertientes, o la polisemia de un término –universalidad– que puede aplicarse a distintas realidades³⁰¹. En cualquier caso, resultará interesante profundizar en esta nueva línea de investigación, puesto que podría acercar el Derecho concursal italiano y español a partir de la definición de universalidad objetiva –o activa– y subjetiva –o pasiva–, incluso, con la diferencia de contexto temporal que acusan ambos sistemas en la redacción de las principales normas sobre insolvencia³⁰².

En este punto, si se aprobara el texto tal y como está, nos preguntaríamos del mismo modo que hemos hecho en Italia ¿Cómo podría convivir un principio que afecta a la formación de las dos masas con la idea de que es la manifestación concursal de la responsabilidad universal? La diferencia sería en este caso que si el legislador español copia al sistema italiano no estará entendiendo que en Italia no existe un principio de universalidad puramente concursal, sino que el empleo de todos los bienes del deudor deriva directamente de la responsabilidad patrimonial del Codice Civile. Más claramente, se estarán confundiendo los significados del término universalidad, ya que en el proyecto de reforma se caracteriza un principio de universalidad donde en Italia en su lugar no se reputan axiomas con esa denominación. En Italia en su lugar se encuentra una característica, la universalidad (activa y pasiva), que es propia del fallimento como ejecución de naturaleza colectiva. Sin embargo, todo ello no casa con la realidad española, donde la universalidad concursal constituye un verdadero principio (actual art. 76 LCon) que puede parecerse en cuanto a su contenido a los artículos 1911 CC y 2740 c.c., pero que son definitivamente realidades diversas; y donde nunca se ha utilizado dicha universalidad en el sentido de característica, sino siempre como un principio.

³⁰¹ Sobre todo cuando la rúbrica del capítulo en que se inserta el futurible artículo 251 es “integración de la masa pasiva”.

³⁰² Lo que puede ser una buena noticia, puesto que no todo lo nuevo es mejor y mucho menos en Derecho, habiendo sido la aplicación de la LCon un desastre pese a su novedad.

5. Límites al método comparado

Una vez se han mostrado los modos en que es posible interpretar la universalidad, que es una de las piezas fundamentales del sistema concursal, es obligado dar cuenta también las dificultades que se encuentra el investigador que pretende aplicar el método comparado al campo de estudio seleccionado. Nuestras apreciaciones sobre el régimen jurídico que establece el artículo 42 LF y su relación con el artículo 2740 c.c., responden a la lógica de una comparación con los resultados de nuestra investigación en el contexto español. No obstante, entendemos que tales valoraciones están marcadas por el elemento de comparación que preside el método utilizado, lo que puede implicar la manifestación de opiniones o líneas de interpretación poco ortodoxas desde el punto de vista meramente nacional (italiano). No somos ajenos a esta circunstancia, queriendo dejar constancia de las principales dificultades que han rodeado la aplicación de tales premisas en torno a las reglas que componen la universalidad en el sistema concursal italiano.

Es obvio que la exportación/importación de conceptos jurídicos es una actividad arriesgada que siempre conlleva un cierto margen de error. La tradición conjunta a la que hemos aludido en el caso español e italiano facilita esta tarea, no obstante, no elimina tal riesgo al cien por cien. Corresponde citar las divergencias en el tratamiento jurídico de la insolvencia que podrían reducir el valor de la comparación o quizá cuestionar, con respecto a la universalidad, si se trata de consideraciones susceptibles de exportación las que hemos realizado con la vista puesta en la Ley Concursal, siendo todos ellos argumentos se han citado en este estudio.

No se puede negar que existan diferencias de base, como que el fallimento es un procedimiento dirigido al comerciante y tendente a la liquidación, mientras que el concurso se usa en el contexto civil también, y en cuanto a su carácter liquidatorio, lo tiene de facto pero su vocación es otra, la de servir de puente para el pacto entre deudor y acreedores. Se debe mencionar también el elemento temporal, ya que no olvidarse que la norma italiana es de 1942 y arrastra una concepción de casi un siglo, mientras que la LCon fue aprobada en 2003.

Además, aunque hay elementos suficientes para decir que la universalidad, axioma o no, opera de modo similar en ambos sistemas, en Italia se han establecido algunas excepciones más. El concurso español es algo más universal que el fallimento

aunque no se hayan valorado grandes divergencias sobre el plano práctico. Ello sin embargo no es óbice para que se aprecie la presencia de excepciones y reglas de aplicación que no se verifican en ambos contextos.

Por otro lado, que el ordenamiento español califique como principio esta regla en la propia Ley Concursal, mientras que la Legge Fallimentare no, es sintomático. De inicio puede dar la sensación de que hablamos de ideas que están diversamente valoradas en ambos ordenamientos. Esta tesis toma aun más cuerpo si aludimos a la atención que ha dado el legislador en España a la cuestión, dejando un precepto (art. 76 LCon) únicamente para ésta; mientras que en Italia tenemos que inferir del artículo 42 c.c., dedicado a los bienes que son objeto de intervención por parte del curatore fallimentare, el empleo de todos los bienes en sede concursal. En definitiva, la entidad que se otorga al principio de universalidad en materia concursal en España permite denominarlo así sin ninguna duda. Sin embargo en Italia pueden surgir mayores reparos para calificarlo en términos axiomáticos dada la falta de menciones expresas por parte del legislador. En este sentido, la propia redacción del Código Civil italiano parece apoyar, en contra de la universalidad propiamente concursal, la tesis de la extensión de su artículo 2740 a este contexto, al prever la creación de excepciones a la responsabilidad universal a través de la reserva de Ley a tal efecto³⁰³. No obstante, y para complicar más su análisis, para la doctrina es claro que existe tal principio de universalidad en el fallimento y así se le llama por la práctica totalidad de expertos en la materia. Por tanto, en el contexto italiano se encuentra un cierto desfase entre la importancia que la doctrina le ha otorgado a esta idea-fuerza del fallimento y la que se proyecta en la Ley, máxime con las incongruencias ya señaladas en la interpretación del polisémico término “universalidad”.

Todos estos conceptos, que no se han desarrollado legal ni doctrinalmente en España, o se han desarrollado mínimamente, implican una dificultad nada desdeñable a la hora de trasladar nuestra interpretación del Derecho concursal al ordenamiento italiano. Con esta recapitulación sobre la cuestión axiológica queremos demostrar que existen límites a la aplicación del método comparado y que quizá haya ideas o interpretaciones que no son trasladables en toda su extensión por cuanto partimos de sistemas que son diferentes y, sobre todo, que se han analizado y comentado de distinta manera por la

³⁰³ Lo que en nuestra opinión indica su flexibilidad para adaptarse a otros ámbitos, como podría ser el concursal, y que consecuentemente va en contra de la autonomía de la idea de universalidad concursal.

doctrina. Ello sirva para valorar las conclusiones a las que se han llegado en este capítulo con las cautelas necesarias en relación al método comparado.

CAPÍTULO III
INTEGRACIÓN DE LOS
ACREEDORES PARA LA
FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA

1. La comunidad de pérdidas del Derecho concursal español

Del lado de los acreedores vamos a sostener que, en el ordenamiento español, el principio que los aglutina dentro del procedimiento universal de concurso es el de “integración de la masa pasiva”. Es idea compartida por todo Derecho concursal que las reglas especiales/concursales de cumplimiento de obligaciones pasan por la concurrencia simultánea de los acreedores. Pero no debemos caer en un error común, que ya ha sido enunciado y que seguiremos tratando por sus implicaciones para la interpretación correcta del Derecho concursal, que consiste en confundir la integración de los acreedores en la masa pasiva con la *par condicio creditorum*. La primera idea supone el sometimiento del acreedor a unas reglas de naturaleza concursal para conseguir la satisfacción de su crédito, esto es “ponerse en fila”; mientras que la segunda implica el reparto equitativo de los bienes y derechos que componen el patrimonio del concursado entre las personas que se encuentran en la fila. Son dos ideas diferentes: por un lado está la comunidad de pérdidas cuya conformación responde a un principio que se llama integración en nuestra LCon; y por otro, la igualdad en el reparto de esas pérdidas, que veremos más adelante.

1.1. Consideraciones iniciales

1.1.1. Significado amplio

En este capítulo nos dedicamos propiamente al principio de integración. Por lo que respecta a su estructura y contenido entendemos que no está únicamente ligado a la conformación de una comunidad de pérdidas. Para que ésta tenga sentido, van a derivarse de la aplicación del principio de integración otros efectos que son absolutamente necesarios en términos de efectividad. El contenido del principio es amplio por cuanto no implica únicamente dicha comunidad de pérdidas. Ésta, por sí sola no tiene las herramientas necesarias para el éxito del axioma. A la comunidad de pérdidas deberán acompañarla otros efectos específicos sobre los créditos y, sobre todo, la intangibilidad de la masa activa. No basta con crear un “consorcio” de acreedores, sino que éstos deben ver suspendidas sus facultades para agredir singular y unilateralmente el patrimonio del deudor concursado. En caso contrario, se podría vaciar la masa activa con la yuxtaposición de ejecuciones individuales provenientes de legítimas acciones de los acreedores. Por ello se elimina tal posibilidad, obligando a que el consorcio se mantenga

unido en el cauce del juicio universal, es decir, siendo una verdadera comunidad de pérdidas, con independencia del reparto que se haga de las mismas.

1.1.2. Requisito formal: comunicación y reconocimiento de créditos

Pese a que el pago de los créditos del concursado no tiene lugar hasta que se abre fase de liquidación o convenio (solución del concurso), han de ser comunicados a la administración concursal por sus acreedores en el plazo de un mes desde que se publica en el Boletín Oficial del Estado el auto declarativo de concurso. Se trata de un trámite necesario para que el órgano de administración del procedimiento realice de forma efectiva la integración de la masa pasiva, incluyendo a los acreedores en la lista habilitada a tal efecto. El reconocimiento de un crédito viene dado por dicha comunicación previa, o bien porque éste sea conocido en el concurso –entendemos que por la administración concursal– por cualquier motivo que no sea su comunicación expresa (artículo 86.1 LCon). Además, la Ley señala en su artículo 86.2 algunos créditos que de forma obligatoria deberán ser reconocidos por la administración concursal: aquellos que obran en libros, documentos del concursado, los reconocidos por laudo arbitral, certificación administrativa o documento ejecutivo, los asegurados con garantía real inscrita en registro público y los créditos de los trabajadores que resulten de los libros del deudor (éstos ni siquiera tienen que ser comunicados, su reconocimiento es automático).

Por otro lado, la legislación concursal ha querido determinar las condiciones de la irrupción de ciertos créditos en la masa pasiva del concurso, puesto que la operación de reconocimiento se complica en algunos supuestos concretos (art. 87 LCon):

– *Créditos condicionales*. La Ley define únicamente como condicionales aquéllos sometidos a condición resolutoria, otorgando otra denominación (créditos contingentes) a los que están sometidos a condición suspensiva. Los primeros son reconocidos siguiéndose el mismo proceso que para el resto de deudas. No obstante, si se cumple la condición o se estima el recurso, éstos pierden su condición de créditos concursales³⁰⁴. Este régimen jurídico será extensible a los créditos de Derecho público de la Administración, recurridos en vía administrativa o jurisdiccional.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación...” *op. cit.*, págs. 960-961.

– *Créditos contingentes*. Son los que están sometidos a condición suspensiva y los litigiosos. La posición del titular del crédito sometido a condición suspensiva es sustancialmente mejor en el ámbito concursal que en el orden civil. En este último tan solo cuenta con ciertas acciones tendentes a la conservación de su derecho expectante. Sin embargo, la LCon le reconoce su crédito, admitiéndolo como acreedor concursal³⁰⁵. Este reconocimiento tiene lugar sin cuantía propia y limitándose algunas facultades propias del acreedor, como los derechos de adhesión, voto y cobro. Tal tratamiento se da también a los créditos de Derecho público de las Administraciones Públicas que resulten de procedimientos de comprobación o inspección (hasta su cuantificación).

– *Créditos con avalista, fiador u obligado solidario*³⁰⁶. Son aquellos en que existe garantía de pago por un tercero no concursado, ya sea en concepto de aval, fianza u obligación solidaria. Estos créditos se reconocen sin limitación, de manera que si el avalista, fiador u obligado solidario paga al acreedor, cambia la titularidad del crédito concursal. En caso de que el avalista haya satisfecho la deuda de manera parcial con anterioridad a la declaración de concurso, la LCon establece un sistema discriminatorio para éste, pues por razones de orden y economía procesal del concurso, será el propio acreedor principal quien obtenga la satisfacción de la totalidad del crédito, incluidas las cantidades que han sido pagadas por el tercero no concursado –avalista–, que deberá repetir contra el acreedor tras la conclusión del concurso, para poder obtener el montante que le corresponde.

1.2. Contenido esencial: comunidad de pérdidas

El efecto principal de la aplicación del principio de integración en el concurso, conlleva o se concreta en la agrupación de los acreedores (y de sus créditos) bajo el paraguas de la masa pasiva, de la que tan solo escapan aquellos cuyos créditos son realizados al margen del juicio universal por alguno de los motivos expresamente tasados

³⁰⁵ ROCA GUILLAMÓN, J. “Las expectativas en el concurso de acreedores”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010, pág. 83.

³⁰⁶ Es necesario señalar que aquí se ha seguido la posición doctrinal que trata conjuntamente los artículos 87.6 y 87.7 LCon, entendiendo que pese a no utilizar exactamente la misma terminología (“acreedor que disfrute de fianza de tercero” y “crédito con avalista, fiador u obligado solidario” respectivamente) se están refiriendo a una misma realidad, los créditos garantizados por un tercero de manera personal. En este sentido, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación...” *op.cit.*, pág. 961.

como excepciones al principio (art. 49 LCon)³⁰⁷. Se trata de una comunidad de intereses sin personalidad jurídica propia, de naturaleza incidental y transitoria –puesto que persigue un fin concreto–³⁰⁸. Dicho consorcio responde a la vieja idea de concurrencia que viene informando la disciplina concursal desde los textos de SALGADO DE SOMOZA. También es una agrupación de naturaleza imperativa; su virtualidad no depende de la voluntad de las partes³⁰⁹ sino que, una vez iniciado el procedimiento concursal, se aplicará el principio de integración de acreedores en la masa pasiva de manera obligatoria –*ex lege*–. En definitiva, se obliga a congregar a los acreedores para formar una masa uniforme desde donde la operatividad a la hora de reordenar las deudas sea mayor.

Así, se agrupan todas las deudas que ha contraído el concursado quedando (salvo las excepciones establecidas legalmente) todas dentro de un mismo “paquete crediticio”. Pero, ¿hasta qué punto existen dichas excepciones? Interesa aquí comentar algunos conceptos sobre los que existen dudas razonables a este respecto:

En primer lugar, debemos rechazar que en la *separatio ex iure dominii* exista ninguna operación con relevancia para el principio de integración, puesto que la

³⁰⁷ Admitiendo el término principio de integración: GÓMEZ LÓPEZ, E., “Artículo 49”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 202. No obstante, este autor combina algunos conceptos que difícilmente pueden convivir en nuestra opinión. Utiliza “principio de integración”, cuando anteriormente le niega su autonomía al entender que se trata de la vertiente pasiva de la universalidad; además, señala que en el artículo 76 LCon existe un principio de integración de la masa activa, como contrapeso al artículo 49 LCon. Si bien entendemos que el principio de integración es autónomo, es cierto que puede concebirse como contrapeso al principio de universalidad del artículo 76; lo que no podemos compartir es que el principio de universalidad, que rige la conformación de la masa activa, mute nominalmente con una nueva terminología, inédita, y que no encierra más verdad que la clásica. De hecho, “integración de la masa activa” es una locución altamente confusa y cuyo uso generaría errores de todo orden.

³⁰⁸ MAIRATA LAVIÑA, J., “Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal (y II)”, *Diario La Ley*, nº 5743, 20 de marzo de 2003, pág. 13 (en documento electrónico); y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 449 y ss. Este último no obstante, señala que el consorcio de acreedores tiene capacidad para actuar en la esfera patrimonial a través de representantes (contaría así con ciertos atributos de la personalidad jurídica como instrumento para llegar a sus fines).

³⁰⁹ VEIGA COPO, A. B., “La masa pasiva del concurso de acreedores”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (dirigido por SEBASTIÁN QUETGLAS, R., y VEIGA COPO, A. B.), Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 41.

separación de bienes de titularidad ajena no responde al proceso concursal sino al respeto al Derecho de propiedad de un tercero.

Sí entendemos como una excepción a la integración de la masa pasiva los derechos de ejecución separada que constan en la Ley Concursal con respecto a créditos privilegiados sobre buques y aeronaves. En estos casos, la realización de bienes para satisfacer deudas concretas, sin llegar los titulares de las mismas a formar parte de esa comunidad de pérdidas supone una clara excepción a la regla general. En este sentido, la afección de un bien concreto a un crédito específico es lo que diferencia en nuestra opinión los créditos (y por ende los acreedores) que no van a formar parte de la masa pasiva de hecho, que es la que tratamos aquí de analizar, aunque la norma no comparta la categorización de las operaciones que estamos realizando. No queremos detenernos pero sí mencionar que existen otros ejemplos de derechos de ejecución separada en el denominado Derecho concursal especial, aplicado a entidades bancarias y similares –se ha comentado a título de ejemplo el régimen de las garantías financieras– a los que también se reconocería este estatus excepcional con respecto al principio de integración.

En cuanto a la clasificación de los créditos propiamente dicha, interesa hablar de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial. Si atendemos a los primeros, la lógica de la LCon los explica como créditos no integrados en la masa pasiva, y por tanto excepcionales, porque gozan de prededucibilidad. La realidad es que dicha nota característica únicamente redundaría en la práctica en la existencia de una categoría muy privilegiada de créditos, que se satisfarán con cargo a la misma masa que debe responder de los llamados créditos concursales. Por ello no podemos admitir que se trate de una excepción, sino de un privilegio, de manera que podrá tener efectos sobre el principio de igualdad de acreedores pero no sobre su integración en la masa pasiva, que en este caso es clara a pesar de la literalidad de la Ley. Algunos autores destacan la confusión que subyace a este punto en la LCon, ya que el crédito contra la masa se regula en el Capítulo III, bajo la rúbrica: “De la determinación de la masa pasiva”, cuando en teoría el concepto hace alusión a créditos que no forman parte de dicha masa³¹⁰. En

³¹⁰ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op.cit.*, pág. 137. Los autores determinan que las dos condiciones o presupuestos para reputar un crédito como concursal son: la existencia previa a la declaración de concurso y su reconocimiento durante el procedimiento. Si bien es cierto, resulta peligrosa la afirmación por cuanto sea hecha en oposición a la definición de crédito contra la

nuestra opinión, la aplicación de estas reglas no puede llegar a conformar un régimen diferente para los créditos contra la masa, sino que éstos solamente van a contar con el beneficio de ser satisfechos con anterioridad a los llamados créditos concursales. No se encuentra un motivo de peso para distinguirlos y disociarlos en el sentido en que lo hace la LCon. Probablemente, la concepción del crédito contra la masa como un coste producido por el procedimiento, en contraposición al crédito concursal –que provoca el procedimiento– sea la culpable de esta distinción. Ése era el significado inicial del crédito contra la masa, sin embargo, la irrupción en esta categoría –en el artículo 84 LCon– de otros conceptos como los salarios de los treinta días previos a la declaración de concurso, los derechos de alimentistas, las obligaciones nacidas de la Ley y la responsabilidad extracontractual en general, etc., terminan por convencernos de que el crédito contra la masa, pese a su intención, no es más que una suerte de *súperprivilegio*. Como tal, es plenamente integrado en la masa pasiva –se respeta el principio de integración– y tiene más interés en lo que se refiere a su incidencia en el principio *par condicio creditorum*.

Por último, hay que poner atención en los acreedores con garantía real o, más ampliamente, en aquellos que gozan de un privilegio especial, esto es, los que satisfarán su derecho de crédito con la realización de un bien concreto. En este caso se puede pensar que es relevante la diferencia de plazos para dicha realización, lo que depende de la naturaleza “necesaria” o innecesaria de los bienes para la continuidad de la actividad profesional o empresarial³¹¹. Sin embargo, aunque la satisfacción de créditos afectos a la monetización de un bien transcurra de manera diversa si el bien es necesario para la continuidad de la actividad –sin inmediatez en dicha realización–, el razonamiento no debe estar guiado por esta idea. Lo importante a la hora de confirmar la integración en la masa pasiva de un acreedor, es de nuevo (y siempre) la adscripción a la comunidad de pérdidas. Cuando se cobra un crédito de manera separada, a través de la subasta de un determinado efecto del deudor sobre el que se tiene derecho, el sistema concursal ha sacado a ese acreedor del consorcio donde están el resto de titulares de créditos del concursado. Independientemente del momento en que tenga lugar la operación, ese

masa. La inclusión de conceptos que también existían antes de la declaración de concurso en tal categoría difumina en gran medida la diferencia entre el crédito concursal privilegiado y el crédito contra la masa.

³¹¹ Recordemos que tan solo si se trata de un bien necesario deberá esperar el acreedor a que se apruebe un convenio que no afecte a la posible ejecución de aquél o bien que haya pasado un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la fase de liquidación (art. 56.1 LCon).

acreedor no va a estar sometido al principio general de integración, de nuevo en contra de la idea de la LCon, que entiende el privilegio especial como un crédito concursal. A pesar de ello, es obligado matizar esta excepción al principio de integración en función de la naturaleza de los bienes garantizados. Tratándose de bienes necesarios para la continuidad empresarial, la monetización de los mismos para satisfacer el crédito con privilegio especial deberá esperar o bien a la aprobación de un convenio que no sea contrario a dicha operación, o bien a que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se inicie la fase de liquidación; no así en el caso de los bienes no necesarios para la continuidad empresarial, que pueden ser subastados sin atender a estos plazos. Por tanto la excepción se relativiza, aunque en nuestra opinión la espera descrita no hace incluir a los bienes afectados por la misma y a sus acreedores en lo que hemos llamado comunidad de pérdidas. Entendemos que dicha inclusión solo puede darse con la efectiva incorporación de los acreedores al consorcio de pérdidas, no siendo el elemento temporal el más relevante a estos efectos.

Siendo congruentes con la estructura axiológica que se está exponiendo en este trabajo, y muy especialmente con el tratamiento que se ha dado al principio de universalidad, conviene hacer ciertas diferencias entre las excepciones que reconocemos en la LCon a la integración de la masa pasiva. Identificamos algunos conceptos en que efectivamente entendemos existe una situación especial donde no opera el artículo 49 de la Ley Concursal. No obstante, y como venimos diciendo, no todas las excepciones al principio de integración tendrán la misma incidencia sobre el axioma, de modo que la intensidad de las mismas es variable. Así, podemos concluir que el derecho de ejecución separada para acreedores con privilegios sobre buques y aeronaves tiene una incidencia crítica por cuanto el bien se separa de manera casi automática. Sin embargo, esta intensidad no se va a encontrar en todos los bienes sobre los que existe privilegio especial³¹². El criterio de la necesidad de los mismos para la continuidad empresarial va a marcar, al igual que sucede con las ejecuciones laborales o apremios administrativos del artículo 55 LCon, que la potestad de separar efectivamente los bienes en cuestión quede en suspenso durante un plazo. Ya nos hemos pronunciado a este respecto,

³¹² Entre el privilegio especial y el derecho de ejecución separada existen otras diferencias que han llevado a la doctrina a diferenciar ambos conceptos, como su régimen de comunicación, que no opera para el segundo: GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 449. No obstante, en este momento lo que nos interesa es la sujeción a las reglas del consorcio de acreedores.

señalando que la mera suspensión temporal no implica la incorporación a la comunidad de pérdidas por cuanto los créditos siguen garantizados con el valor de una cosa específica. No obstante, el respeto a dichos plazos hace convivir en el sistema de excepciones al principio de integración de la masa pasiva diferentes conceptos que serán más o menos agresivos con éste.

El hecho de que bajo nuestra óptica no se puedan hacer converger las excepciones al principio de universalidad de la masa activa con las del principio de integración de la masa pasiva nos indica en primer término que ambas ideas no pueden formar parte de un mismo axioma³¹³. Por ejemplo, un derecho de ejecución separada no ha sido considerado como excepción al principio de universalidad puesto que esa ejecución implica el empleo de los recursos del concursado en la extinción de una deuda. Sin embargo, del lado pasivo, en relación al acreedor que se ve beneficiado por una ejecución al margen del sistema universal, sí se estará produciendo una excepción al principio de integración, ya que éste no formará parte de la comunidad de pérdidas. Sea cual sea el momento del cobro, dicho acreedor tendrá la tranquilidad de saber que su crédito no compite con otros, puesto que se satisfará con cargo a un bien o derecho que está predeterminado. Es evidente que universalidad e integración son cosas diferentes, y la segunda no es la expresión de la primera en otro momento del concurso. El principio de universalidad se aplica a la formación de la masa activa; mientras que el principio de integración responderá al criterio general de inclusión de acreedores en la comunidad de pérdidas formada por los acreedores concursales.

No son un mismo axioma, como nunca lo han sido. Las razones son de muy diverso orden, pero si nos centramos en el fundamento del concurso o incluso en su conceptualización histórica, conviene entender como señalaba el Profesor OLIVENCIA en su análisis de las Ordenanzas de Bilbao, que la quiebra es un estado y un procedimiento, mientras que el concurso es el efecto de la quiebra declarada³¹⁴ (debiendo entenderse el uso del término quiebra que hoy no sería correcto). Resulta indubitado que

³¹³ La concepción del artículo 49 LCon como una expresión del principio de universalidad en la conformación de la masa pasiva está bastante extendida entre la doctrina. Por todos: MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 383-384; PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 28.

³¹⁴ OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, pág. 77.

esta acepción de concurso se refiere al consorcio de acreedores, al principio de integración, que lleva siglos operando en materia concursal. Ahora bien, resulta curiosamente extendida la tesis de que integración es “la otra cara” del principio de universalidad; al tiempo que el principio de universalidad se hace coincidir con una supuesta aplicación del artículo 1911 CC. El esquema resultante de tal indeseable mezcla de conceptos sería el siguiente: un elemento del Derecho concursal que opera exclusivamente tras la apertura del procedimiento concursal, pues éste es su ámbito de acción –principio de integración–, es parte del contenido de otro axioma concursal –principio de universalidad–, que no solo puede aplicarse fuera del concurso sino que supone una manifestación de una regla de Derecho común –la responsabilidad universal del artículo 1911 CC–. Por tanto, el artículo 1911 CC se presentaría como un principio que, siendo de aplicación general en el ordenamiento, se manifiesta en el concurso a través del principio de universalidad, que a su vez contiene una regla de concurrencia de acreedores que existe solo y exclusivamente en Derecho concursal (a diferencia de la responsabilidad universal patrimonial). Deshaciendo esta madeja teórica nos parece evidente que se han tergiversado los principios concursales, incurriéndose en numerosas inexactitudes.

Por otro lado, numerosos autores han razonado sobre el artículo 49 LCon a través de construcciones ideológicas que lo identificaban con el concepto de *vis attractiva* concursal³¹⁵. Ciertamente existe relación entre ellos, pero su uso no siempre ha sido correcto. En contra, hay un sector doctrinal que disocia rigurosamente integración y atracción, tratando de mostrar que la relación entre estos términos no es de identidad, acaso que admiten algún género de proximidad o correlación. Destacamos en este sentido la posición de VEIGA COPO³¹⁶, que considera que la integración opera por sí sola respecto a los acreedores sin que haya enervación de ningún tipo; se trata de conceptos potencialmente comunicantes, pero que hacen referencia a ámbitos diferentes. La atracción es concebida en su estricta acepción de acumulación de juicios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. Desde este punto de vista, la disociación es clara entre integración y atracción, cada uno con su contenido y sus propias

³¹⁵ Entre otros: MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios... op. cit.*, pág. 446; GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 330.

³¹⁶ VEIGA COPO, A. B., “La masa pasiva...” *op. cit.*, págs.. 45-47.

excepciones³¹⁷. También debe traerse a colación la postura de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL³¹⁸, para el que la integración y confección de la lista de acreedores no necesita en principio la *vis attrativa* del concurso ni ninguna otra operación específica. Se trata también –continúa– de dos instituciones distintas, puesto que la atracción se refiere a las reglas de tramitación de procedimientos abiertos con anterioridad a la declaración de concurso³¹⁹. Es una concepción que no contempla dentro de la *vis attrativa* las prohibiciones relativas al inicio de nuevas acciones ejecutivas o la suspensión de las que se encuentren en trámite, por entender ambas operaciones como consustanciales a la declaración de concurso. Mientras que la integración ocurrirá siempre *ex lege*, la *vis attrativa* requiere ciertos presupuestos y no converge con dicha integración.

Siguiendo al mismo autor, si dejamos a un lado la definición restrictiva de *vis attrativa*, podríamos admitir más fácilmente que ambas ideas, si bien se mueven en planos diferentes –más procesal en el ámbito de la atracción y más obligacional en el ámbito de la integración–, dan lugar a importantes *zonas fronterizas*. Ahora “olvidamos” el concepto expresado en el párrafo anterior para extender el significado de la *vis attrativa* al conjunto de efectos del concurso (ya declarado) sobre los distintos procesos en que pueda ser parte el deudor³²⁰. Lógicamente, la formación de la comunidad de pérdidas sí va a correlacionarse con esta suerte de absorción, si consideramos dentro de su contenido la paralización de ejecuciones o la prohibición de iniciar nuevas. La comunidad de pérdidas interactúa con el concepto amplio de *vis attrativa*, no tanto con su concepto restringido.

³¹⁷ Por ejemplo, en el caso de la *vis attrativa* concursal, ésta cuenta con importantes limitaciones en el ámbito laboral. Ello no guarda relación con otras excepciones previamente estudiadas en relación al principio de integración.

³¹⁸ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis attractiva» del proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 63 y 122-124.

³¹⁹ En concreto se refiere el autor a la *subsunción en el proceso concursal de los procesos de declaración o de ejecución seguidos contra el deudor concursado*. *Vid. Supra*, pág. 63.

³²⁰ *Ibidem*. Plasmando la cita literal: *podemos definir la «vis attractiva» en sentido amplio como el conjunto de los distintos efectos que la declaración del concurso produce en los procesos en los que el concursado sea o pueda llegar a ser parte, pudiendo comprender desde su absorción o atracción por el proceso concursal pasando a ser una pieza separada de éste –«vis attractiva» en sentido estricto–, hasta su suspensión y/o prohibición de inicio*.

Después de considerar estas dos posibilidades, y para continuar avanzando en nuestro estudio, debemos tomar la *vis attrativa* en su sentido amplio, puesto que la aparición de las ya mencionadas zonas fronterizas serán el terreno abonado para seguir construyendo el principio de integración también desde un punto de vista extensivo, y ser así congruentes con el resto de la investigación.

La tan recurrente –y no siempre bien empleada– idea de la *vis attrativa* concursal se manifiesta en su vertiente positiva a través de la comunidad de pérdidas: desde el punto de vista procesal, el concurso aglutina, *atrae*, todos los acreedores a un mismo juicio o causa que no será singular sino que ventilará todas las reclamaciones en el mismo procedimiento. Por el contrario, la expresión de la vertiente negativa de esa *vis attrativa* supone la intangibilidad de la masa activa –únicamente– para los acreedores que han sido integrados en la comunidad de pérdidas (nos dedicamos a ella en el siguiente epígrafe). Por tanto, nuestra idea consiste en que la atracción, siempre entendida en sentido amplio, va a dejarse ver en dos situaciones: una positiva, porque incluye a los acreedores bajo el mismo consorcio (comunidad de pérdidas); y otra negativa, porque les prohíbe de manera general iniciar o continuar con los procedimientos ejecutivos o declarativos de naturaleza singular contra el deudor. La primera se identifica con el contenido más esencial del principio de integración, mientras que la segunda guarda relación con un contenido mediato o necesario para el éxito de la anterior: la intangibilidad de la masa activa.

Todo lo expuesto redundaría en lo que VICENT CHULIÁ llama la contribución al sacrificio común³²¹, que circunscribe al ámbito de los acreedores titulares de un derecho con garantía real, pero que puede ser predicado respecto del resto de acreedores, que verán sus derechos mermados, matizados o pospuestos por la declaración de concurso. Éste es uno de los ámbitos en que el efecto del procedimiento concursal sobre el Derecho de obligaciones es más claro. Como se ha podido comprobar, los titulares de los créditos asisten a una verdadera reagrupación, no pudiendo convertir en realidad (al menos temporalmente) por ministerio de la Ley, los derechos que ostentan sobre el patrimonio del deudor.

³²¹ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2104.

1.3. Contenido necesario o mediato: intangibilidad de la masa activa

La integración de la masa pasiva es una operación que se consolida a través de la lista de acreedores. No obstante, para que el axioma concursal tenga realmente sentido no basta con la conformación de la comunidad de pérdidas. Se requiere algo más, la intangibilidad de la masa activa³²². Es una consecuencia necesaria de aquélla, y es por ello que forma parte del contenido del principio de integración; no como núcleo esencial del mismo pero sí como elemento mediato que permite la correcta aplicación del procedimiento concursal en este punto. Hacemos referencia a la prohibición general que pesa sobre los acreedores, que no pueden satisfacer sus créditos de manera singular durante el procedimiento. Para que en el consorcio de pérdidas se materialice efectivamente un sacrificio común, es obligado que los acreedores sean limitados en sus legítimas posibilidades de agresión al patrimonio del deudor concursado.

En este sentido, relacionamos el concepto de intangibilidad de la masa activa con la *vis attrativa* en una vertiente negativa. La negación estriba en una conducta que *a priori* es legítima pero viene limitada a los acreedores: la agresión del patrimonio del deudor. Es necesario señalar que el poder atractivo concursal tiene en su vertiente negativa un rango de aplicación mayor de lo que analizaremos aquí. Por ejemplo, es también parte de esa *vis attrativa* la imposibilidad de iniciar juicios declarativos singulares contra el deudor que ha sido declarado en concurso; y, en general, el régimen de la tutela declarativa en Derecho concursal³²³. No obstante, los juicios declarativos no interesan en el estudio de este principio de integración, porque la intangibilidad de la masa activa se refiere a la prohibición de agresión al patrimonio concursado, que lógicamente solo podría sustanciarse a través de ejecuciones, apremios e instrumentos con fuerza ejecutiva que puedan materializar dicha agresión.

En concreto interesa hablar de dos realidades que han sido mencionadas con anterioridad: las ejecuciones y apremios y las garantías reales. Ambas van a contener tanto la regla general de prohibición de agresión al patrimonio concursado mientras se

³²² Sobre la necesidad de privar a los acreedores de la iniciación de procedimientos singulares para que tenga éxito el concurso: CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales problemáticas del concurso de acreedores”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 3, 2010, pág. 42.

³²³ En relación a los procedimientos declarativos, el alcance de la *vis attrativa* será más limitado. MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios... op. cit.*, págs. 446 y ss.

tramita el juicio universal, como las excepciones que encontramos en esta parcela indispensable del procedimiento para el buen desarrollo del principio de integración de la masa pasiva.

– *Ejecuciones y apremios*. La regla general es que no pueden iniciarse ningún tipo de ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra el deudor una vez es declarado en concurso. El artículo 55 LCon recoge además de esta prescripción, la obligada paralización –no acumulación–³²⁴ de ejecuciones ya iniciadas. La excepción a esta condición general de inatacabilidad del patrimonio concursado por vía ejecutiva se prevé en relación a los “procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor” (art. 55.1 LCon).

Siendo congruentes con la posición expresada en el capítulo anterior, entendemos que dichos bienes objeto de embargo no suponen una excepción al principio de universalidad puesto que, aunque han sido sustraídos a la masa activa no dejan de ser aplicados al pago de deudas concursales. Por el contrario, la ausencia de estos acreedores en la comunidad de pérdidas sí que implica una regla confrontada con el principio de integración, y no tanto con el principio de igualdad de los acreedores (que debe analizarse en un estadio posterior). Finalizando la revisión de estas excepciones a la intangibilidad de la masa activa y por ende al principio de integración, debemos hacer referencia a la condición impuesta a dichas ejecuciones cualquiera que sea su naturaleza –laboral o administrativa–: que la ausencia de los bienes objeto de éstas no ponga en riesgo la continuidad empresarial o profesional del deudor. El tema de la determinación de la relevancia de los bienes objetivo de ejecución o apremio para la continuidad empresarial es complicado por lo indeterminado de la condición; siendo la competencia para llevar a cabo dicha operación del Juez del concurso, entendemos que sin estar constreñido a más límites en su facultad de libre apreciación (art. 56.5 LCon). MENÉNDEZ ESTÉBANEZ entiende que es necesario el bien que *resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel*

³²⁴ MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de...” *op. cit.*, págs. 403-404.

*bien o derecho superfluo o prescindible*³²⁵. Además, el Juez tiene la facultad de levantar embargos no administrativos que recaigan contra el deudor y dificulten sobremanera el mantenimiento de su actividad profesional o empresarial.

– *Ejecuciones de créditos con garantía real*. Los titulares de estos créditos, con respecto a bienes del concursado necesarios para la continuidad profesional o empresarial, no pueden iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Además, las ejecuciones ya iniciadas en el sentido anterior se suspenderán desde la declaración del concurso aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del Juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 56.1 y 56.2 LCon). Por tanto, se comprueba una doble limitación³²⁶ a las restricciones de ejecutar separadamente garantías reales. Por un lado la suspensión de la ejecución tendrá como máximo un periodo de un año; y por otro, solo se referirá a los bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta circunstancia debe ser constatada por el Juez desde que el artículo 56.5 LCon así lo prevé (tras la redacción que le ha dado la Ley 38/2011³²⁷).

El propio artículo 56 extrapola esta prohibición temporal de ejecución separada respecto de las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles; las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad; y las acciones que pretenden recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero (*leasing*)

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ TATO PLAZA, A., “Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 3284.

³²⁷ *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 595.

mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Sin embargo, lo que resulta más sorprendente al hilo de las ejecuciones separadas, es la opción que abre el artículo 56.3 LCon en relación con el artículo 155.2 LCon. Durante el plazo de un año (o hasta la firma de un convenio, que solo vincula al crédito con garantía real si su titular ha aceptado la propuesta³²⁸) en que subsiste la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos (que tienen privilegio especial) que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Esta operación tendría importantes efectos sobre el valor de la garantía real en el concurso. Siguiendo las teorías imperantes, podríamos decir que cobra su sentido como derecho de ejecución separada al esquivar la integración en la masa pasiva del concurso (aunque en cierto modo desnaturalizada ya que no se da la realización de los bienes sobre los que se establece tal carga). En cambio, si seguimos fieles a la idea de que el crédito contra la masa está de facto plenamente integrado en la masa pasiva, ocurriría exactamente lo contrario. En este momento la garantía real perdería su poder como causa de ejecución separada, al perder el crédito su vinculación al bien, para integrarse en la masa pasiva. De hecho, la marginalidad de esta operación de la administración concursal nos demuestra que debe ser este último su verdadero sentido. Arrebatarse la identificación crédito/bien al acreedor con garantía real debe ser una carga y no un premio, que solo tiene lugar cuando la administración concursal decide saltar el mecanismo de dicha garantía por conservar un bien concreto que entiende de especial trascendencia³²⁹. No obstante, esta cuestión se matiza desde el momento en que el propio artículo 155 LCon señala que el incumplimiento del crédito contra la masa resultante se resuelve con la ejecución de los bienes que eran objeto de la garantía originaria.

Por tanto, el concepto de necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad será fundamental para determinar las excepciones a esta regla general de intangibilidad de la masa activa. La inatacabilidad de la misma durante el proceso

³²⁸ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 81.

³²⁹ El acreedor pierde la garantía pero la contrapartida en este caso, al convertir la deuda en un crédito contra la masa, es la prededucibilidad del mismo.

concurzal sostiene la lógica del principio de integración de los acreedores en la masa pasiva.

1.4. Contenido accesorio: efectos sobre los créditos

En la Sección Tercera del Capítulo referido a los efectos sobre los acreedores, encontramos una serie de consecuencias de la declaración de concurso en relación a los créditos. Algunos de ellos son expuestos a continuación por suponer medidas que reafirman el principio de integración. Su colaboración en la implantación de este axioma concursal no es tan acusada como en el caso de la intangibilidad de la masa activa. Se trata más bien de operaciones secundarias consistentes en la suspensión de ciertos derechos de los acreedores, con el objeto de hacer efectiva la comunidad de pérdidas y la consiguiente intangibilidad del patrimonio concursado. En concreto nos interesan, por tener incidencia en dicho principio concursal, tres de estos efectos:

– *Prohibición de la compensación de créditos.* El artículo 58 LCon establece que no procede la compensación de los créditos y deudas del concursado con carácter general, pero sí respeta los efectos de la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración³³⁰. La compensación de créditos es un mecanismo clásico en Derecho privado, que básicamente implica la cancelación de saldos opuestos entre sujetos que son al mismo tiempo acreedor y deudor el uno del otro³³¹. En principio, podría resultar ilógica esta prohibición; incluso podríamos decir que si uno de los acreedores del concursado también es deudor del mismo, más fácil sería evitar su integración en la masa pasiva y el resto de trámites, procediendo a la cancelación de los créditos que existen en sentido opuesto.

³³⁰ Prohibir la compensación en casos en que se dan los requisitos con anterioridad a la declaración de concurso supondría extender los efectos de ésta con una retroactividad difícilmente justificable, así como revalidar relaciones económicas ya extintas. Tampoco se aplica la prohibición a los créditos contra la masa, que tienen sus propias reglas en relación al pago de los mismos.

³³¹ Algunos autores hacen hincapié en la naturaleza facultativa de este mecanismo, calificándolo como un *derecho potestativo cancelatorio*. Vid., GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 418.

No obstante la cuestión no es tan sencilla, habiendo sido objeto de profundo tratamiento por la doctrina. Se suele sostener que la compensación de créditos en el marco de un concurso de acreedores va en contra del principio *par condicio creditorum*³³², que será desarrollado más adelante, pero del que ya se sabe que implica la igualdad de todos los acreedores que integran la masa pasiva del concurso a la hora del cobro de sus créditos. En nuestra opinión, y siguiendo la línea de diferenciación de conceptos como integración e igualdad de los acreedores, más que a la *par condicio creditorum*, deberíamos referirnos al principio de integración³³³. La transgresión del principio vendría dada por la concepción de esta figura clásica del Derecho civil como un medio de pago³³⁴; pero un medio de pago en dos sentidos, tanto del “acreedor” (también deudor) hacia el concursado como del concursado hacia el primero. En esta última circunstancia se estaría dando el pago de una deuda (aunque el medio fuere la cancelación de otra deuda en sentido inverso) del concursado a uno de sus acreedores una vez iniciado el procedimiento³³⁵. De manera que tal pago a un acreedor por el simple hecho concurrir también en la condición

³³² Por todos, ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7653, 16 de julio de 2011.

³³³ También encontramos ejemplos en la doctrina en los que se lleva a cabo una asociación entre prohibición de compensación en el concurso y principio de integración. *Vid.*, GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos...” *op. cit.*, pág. 418. No obstante, en este caso el autor también encuentra correlación entre la interdicción que analizamos y el principio de universalidad. Bajo nuestra óptica, la compensación en el seno del concurso afectaría al principio de integración, no así al principio de universalidad por cuanto aun compensándose créditos, se estarían destinando la totalidad de bienes y derechos del concursado a pagar a la pluralidad de acreedores.

³³⁴ Idea que puede encontrarse en ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 312; y TATO PLAZA, A., “Algunos apuntes...” *op. cit.*, pág. 3292.

³³⁵ Algunos autores (*Vid.* GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 19), señalan que la compensación es un medio de pago prohibido en el concurso, entre otros motivos, porque su aplicación supondría un acto dispositivo ilícito dadas las limitaciones de la Ley Concursal (también destacan sus efectos sobre el principio de integración y sobre la igualdad de los acreedores). No obstante, y aunque el pago se realice en dos sentidos, entendemos que la compensación si es un negocio jurídico facultativo debe estar animado por alguna de las partes. Así, creemos que el concursado carece de la legitimación para llevar a cabo tal operación, de modo que la posible compensación vendría motivada desde la parte acreedora, como una suerte de agresión al patrimonio concursado; con una contrapartida de bienes igual en cantidad y especie, pero una agresión al fin y al cabo. De este modo, no vamos a considerar que la prohibición de la compensación sea una medida para preservar el principio de limitación de facultades del deudor, sino una medida para preservar la integración de los acreedores en la masa pasiva, de modo que no puedan escapar al sometimiento a las reglas concursales.

de deudor del concursado no es vista con buenos ojos por el legislador, pues podría estar satisfaciéndose a uno de los sujetos que están llamados a integrar la masa pasiva, mientras que otros deberían seguir el juicio universal (integrarse), e incluso podrían quedarse sin cobrar.

De hecho, la transgresión del principio de igualdad de los acreedores no tendría que darse obligatoriamente en todos los casos. Pensemos por ejemplo en un concurso donde el deudor finalmente podrá hacer frente a todos los créditos con su patrimonio; o más verosímil aun, un supuesto en que el acreedor que puede compensar créditos con el concursado cuenta con un privilegio suficiente para que ninguno de los acreedores cuyo privilegio es superior quede desatendido en su derecho de crédito a la hora de la liquidación. En tales casos, la compensación no afectaría al resultado del procedimiento, y no se estaría menoscabando la igualdad de los acreedores, pues seguirían cobrando los que tienen un crédito más privilegiado. Realmente, el principio que siempre se vería violado en cualquier supuesto de compensación de créditos tras la declaración de concurso sería el principio de integración de la masa activa, más concretamente la intangibilidad de la misma, pues sea cual sea la forma de pago, se está recurriendo a bienes consignados y que resultan inembargables para hacer frente a una deuda.

Sin embargo, pretendemos sostener aquí que la prohibición de la compensación en el seno del concurso no requería tal previsión en la Ley Concursal; y esto puede inferirse de un somero análisis del régimen jurídico de la compensación, que se encuentra en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil. Además de dos sujetos que sean recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro, el artículo 1196 CC exige cinco condiciones para que se dé la compensación:

1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

2º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3º Que las dos deudas estén vencidas.

4º Que sean líquidas y exigibles.

5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Como muy bien señala DIEZ DE LEZCANO, las condiciones 3ª y 5ª difícilmente se cumplen en los supuestos de concurso de acreedores³³⁶. Por un lado, las deudas no tienen por qué estar vencidas pues la declaración de concurso no tiene tal efecto; el vencimiento de las deudas del concursado se produce de manera anticipada con la apertura de la fase de liquidación y no antes. Por otro lado, es condición indispensable para compensar los créditos que no exista sobre los mismos retención o contienda alguna promovida por terceros. Tal bloqueo se produce claramente con la declaración de concurso, lo que impide el juego de la compensación. Existiendo una pluralidad de acreedores que acuden al juicio universal, esto es, que se dirigen contra el deudor cuyo patrimonio se ha consolidado en una sola masa cerrada, habrá de entenderse que sobre todos y cada uno de los bienes existe reclamación de todos y cada uno de los acreedores. La situación de concurso se caracteriza precisamente por sustituir los juicios singulares por un único juicio contra la masa activa del deudor. En ese caso, los acreedores se dirigen contra una misma masa de bienes, impidiéndose la compensación ya que siempre hay un tercero que pugna por el patrimonio en cuestión. No sería posible diferenciar el objeto de la compensación del resto de la masa activa, tratándose de una operación prohibida, no acorde con el sentido del Derecho concursal.

Entonces, ¿Qué sentido tiene la prescripción que prohíbe la compensación de créditos en sede concursal? Ha quedado claro que en ausencia de la misma, la interdicción seguiría operando vía artículo 1196 CC. Seguramente el sentido de esta reiteración sea el de no dejar ningún género de dudas sobre la *vis atractiva* del procedimiento concursal. A través de la prohibición de la compensación, el legislador envía un mensaje claro: no hay más posibilidades para los acreedores que entrar en el concurso. Más que la igualdad de los acreedores, lo que se fomenta es el poder del concurso a través de la integración de todos los acreedores; así se configura como el ente que ostenta el monopolio para ordenar las masas activa y pasiva del deudor. La admisión de la compensación, tal y como se ha señalado, podría no tener en algunos casos efectos sobre la igualdad de los acreedores en

³³⁶ DIAZ DE LEZCANO, N., “La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 2638-2639.

el cobro, de manera que se entiende que la razón para prohibirla es la caracterización del procedimiento concursal como único cauce para la satisfacción del crédito tras la declaración judicial. Desde esta óptica, y aunque no tuviera consecuencias cuantificables, la figura de la compensación se tiene que eliminar ya que daría entrada a la posibilidad de que un acreedor cancelara sus créditos antes de que entren en juego las reglas de prelación y privilegios de unos créditos sobre otros. Lo que el legislador no ha podido admitir es que el orden que ha establecido para el cobro de las deudas concursales pueda verse afectado por un negocio jurídico en principio legítimo; y tanto ha sido el temor en este aspecto, que no ha reparado en que la compensación de créditos no podía darse en el ámbito concursal, ya que no se cumplen las condiciones del artículo 1196 CC.

Volviendo sobre el tema central, existen dos excepciones a esta prohibición en la LCon: por un lado el artículo 58 LCon señala que “producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración”; y por otro, se encuentra una excepción que no es tal, pues la doctrina³³⁷ y la jurisprudencia señalan que *no cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC (LCon en este trabajo) la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado*³³⁸. Por tanto, *las posiciones acreedoras o deudoras recíprocas originadas en el seno de un contrato bilateral inconcluso, no pueden ser tratadas en el concurso como créditos independientes impedidos de compensación*³³⁹. Tal operación se da con más claridad que en otros supuestos en la relación de cuenta corriente, tesis que se viene sosteniendo también desde los inicios de la LCon³⁴⁰, ya que se está tratando con saldos transitorios, episódicos, que

³³⁷ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 83; ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición...” *op. cit.*

³³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), 287/2007, de 21 de mayo (JUR 2010/200195), FD 3^o.

³³⁹ ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición...” *op. cit.*

³⁴⁰ En la jurisprudencia destaca, además de la ya citada, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 17550/1993, de 20 de mayo (RJ 1993/3809); en la doctrina puede consultarse TRUJILLO DÍEZ, I. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 636-640. Este autor los denomina créditos recíprocos o deudas conexas.

llevan consigo una ejecución un tanto compleja y que no pueden regirse por las reglas ordinarias.

– *Suspensión del devengo de intereses.* La regla general de suspensión del devengo de intereses legales y convencionales se recoge en el artículo 59 LCon. Se encuentran algunas excepciones a esta regla como los créditos salariales reconocidos o la reactivación de intereses en suspenso en algunos supuestos (convenios sin quita, tras la liquidación, créditos con garantía real, etc). Muy reveladora es la previsión introducida por la Ley 38/2011 en el artículo 84.4 LCon, del que se infiere –tal y como se venía haciendo por vía jurisprudencial–, que la suspensión del devengo de intereses no se va a dar con respecto a los créditos contra la masa. Esto quiere decir, si recordamos que éstos en la concepción de la LCon no son créditos concursales y que no se integran en la masa pasiva, que únicamente opera la suspensión en relación a los créditos que integran la masa pasiva. Nuestra propuesta interpretativa tiende a asimilar crédito contra la masa y crédito concursal, de modo que no existiría tal diferencia entre ambos. Sin embargo, que el legislador asocie la suspensión del devengo de intereses tan solo con los créditos que se integran en la masa pasiva, nos otorga elementos interpretativos suficientes para entender que este efecto de la declaración de concurso incidirá principalmente en el principio de integración, tal y como se está exponiendo.

Sin embargo, en este estudio interesa más destacar las consecuencias de la aplicación de la regla general. Siguiendo a BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, la norma responde *a la necesidad de inmovilizar el pasivo del concursado, haciéndolo cierto y determinado. De no ser así, el devengo de intereses de todas las deudas del quebrado provocaría un paulatino incremento del importe de la masa pasiva, el cual, por su indeterminación, dificultaría los cálculos indispensables para proceder al pago de los acreedores a prorrata del importe de sus créditos*³⁴¹. Se protege de nuevo la certeza sobre la realidad crediticia del concursado, impidiendo el empeoramiento de la situación con la modificación continua de la masa pasiva a través de la generación de intereses. De este modo, la integración no solo es comunidad de pérdidas e intangibilidad de la masa activa,

³⁴¹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, págs. 596-597. En este sentido se expresa también GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, señalando que *opera una petrificación de la masa pasiva que simplifica las operaciones concursales.* GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso... op. cit.*, pág. 83.

sino también una manera de dar certidumbre sobre el monto total al que debe hacer frente el concursado.

– *Suspensión del derecho a retención*. Fue añadida por la Ley 38/2011, a través del artículo 59 bis LCon. Desde dicha norma, al declararse el concurso queda suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa³⁴². Se trata de *una garantía reconocida por la Ley a determinados acreedores, a los que se faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se satisfaga el crédito relacionado con la misma*³⁴³. De nuevo se está reafirmando la intangibilidad de la masa activa, como contrapartida a la integración de los acreedores en la comunidad de pérdidas. Se suspende un derecho legítimo del acreedor para garantizar que la renuncia forzosa de los acreedores a sus acciones singulares van a tener como contrapeso un verdadero juicio universal donde por regla general el titular de un crédito no podrá contar con nada más que su integración en la masa pasiva. Los derechos accesorios tales como la retención se suspenderán en pos de una integración efectiva, y la intangibilidad preceptiva para el éxito del proceso.

Por otro lado, si el concurso concluye y estos bienes no han sido enajenados, deben ser restituidos a quien tenía tal derecho de retención, siempre y cuando su crédito no haya sido satisfecho. La aludida suspensión se muestra en ocasiones como una medida discriminatoria, llevando muy lejos la posición prevalente de la Administración Pública al establecerse la inmunidad de la misma a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.

1.5. Recapitalución

El principio de integración se ha tratado aquí como el axioma que ordena la formación de la masa pasiva del concurso. Hemos separado dicho concepto de la universalidad, propia de las operaciones de conformación de la masa activa, entendiendo

³⁴² Particularmente ilustrativo es el ejemplo que utiliza VICENT CHULIÁ, señalando que el propietario de un taller de reparación no podrá retener el vehículo propiedad del deudor reparado, sino que tendrá que ponerlo a disposición de la administración concursal. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2104.

³⁴³ RUIZ DE LARA, M., “Artículo 59 bis”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 228.

que el principio de integración viene dado por la sujeción de los acreedores a la comunidad de pérdidas. La creación de dicho consorcio es el contenido esencial del principio de integración, aunque no se agota ahí. Se ha podido identificar un contenido mediato o necesario, cuyo papel es garantizar la participación en las pérdidas de los acreedores integrados: la intangibilidad de la masa activa. La prohibición de agredir el patrimonio a través de ejecuciones singulares es una consecuencia obligatoria de la aplicación del principio de integración; sin esta previsión el sistema no podría ser coherente. Por último, se han destacado otras normas de la Ley Concursal cuyo contenido apoya o reafirma el principio de integración. Son determinados efectos sobre los créditos, que podrían no haberse previsto sin que ello corrompiera el significado del axioma, pero que favorecen su aplicación.

El principio de integración responde a un objetivo instrumental dentro del proceso de concurso. A través de éste se consigue la sujeción de los acreedores al juicio universal donde el procedimiento, los privilegios, preferencias, etc., van a estar regladas por Ley³⁴⁴. La norma dispone sobre estas cuestiones como un medio para llegar a los objetivos generales de satisfacción de acreedores y conservación de empresa. El legislador entiende que el cauce más efectivo para la consecución de éstos es la aplicación de unas reglas de naturaleza concursal. Sin la integración general de los acreedores, el establecimiento de las normas de concurso no encontrarían el destinatario sobre el que aplicarse. Para que pueda darse el concurso de acreedores de manera efectiva y en toda su extensión, es necesario el sometimiento de los titulares de créditos contra el concursado; dicha operación de sujeción se sustancia a través de un consorcio de pérdidas que determina uno de los principios más básicos de la LCon.

También se debe destacar la relación entre el principio de integración y el de igualdad de los acreedores. Es habitual el análisis de la integración de la masa pasiva que utiliza como hilo conductor y justificación de dicha operación la *par condicio creditorum*³⁴⁵. Si bien este principio concursal merece –y tiene– tratamiento separado en este estudio, cabe señalar que nuestra propuesta no ha ido en este sentido. Entendemos que la igualdad de los acreedores es un principio que rige en el momento de la solución, esto es, en un estadio posterior a la fase común, que es donde tiene lugar la integración y

³⁴⁴ CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales...” *op. cit.*, pág. 42.

³⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios...* *op. cit.*, pág. 446.

que por tanto representa otro axioma concursal. Obviamente, si consideramos en sentido amplio la igualdad de los acreedores, la falta de integración de algunos de ellos podría corromper a aquélla. Tampoco podemos negar que la rigurosa aplicación del principio de integración va a implicar finalmente una solución al concurso donde se respete en mayor medida la igualdad de los acreedores, al haber sido todos incluidos en la masa pasiva. No obstante, resulta necesario distinguir entre ese concepto semántico de igualdad y el concepto técnico –concursal– de la *par condicio creditorum*. Sobre este extremo volveremos más adelante, baste aquí señalar que la integración no es la concreción del principio de igualdad de los acreedores, sino que su contenido viene determinado por la creación de un consorcio de pérdidas, donde en sede liquidatoria (quizá de convenio), operará la *par condicio creditorum*. Desde el punto de vista técnico, la integración es un principio autónomo que responde a la conformación de una comunidad de pérdidas, independientemente que de su correcta aplicación pueda derivarse un proceso concursal más justo o equitativo. Es evidente que existen vasos comunicantes en la esfera concursal, pero el fundamento de esta idea no es que se pague a todos equitativamente, sino que todos pierdan, sin entrar en qué medida.

2. Integración en Italia o la universalidad de la masa pasiva

2.1. La Legge Fallimentare: artículos 51 y 52

La búsqueda del principio de integración en el ordenamiento italiano no debería presentar muchas dificultades en cuanto a la detección de los preceptos pertinentes, vistas las similitudes entre un sistema y otro. Sin embargo, la cuestión es más compleja de lo que pueda parecer *a priori*. Como ya se ha destacado, en Italia la doctrina parte de modo *quasi*-necesario del tratamiento conjunto de lo que hemos denominado principios de universalidad e integración en este trabajo. En ese sentido, es habitual estudiar un solo axioma con dos vertientes, una activa y otra pasiva, sobre las que proyectar el contenido del mismo. Mientras que la versión activa habría sido ya analizada al consistir en el empleo de todos los bienes del concursado (fallito) para cumplir sus obligaciones, la versión pasiva vendría a coincidir, aun sin habernos adentrado en la misma, con el principio de integración. Por tanto, la autonomía de éste queda más aun en entredicho en lo que respecta al ordenamiento italiano. Sobre dicha independencia y sobre los principales problemas que encontramos en la caracterización de este sector del Derecho

concurzal versan los próximos epígrafes. En este momento corresponde ceñirnos, a modo de reflexión inicial, a identificar –si se puede– dentro de la Legge Fallimentare el contenido de las normas que en el caso de la Ley Concursal nos han llevado a pensar y a caracterizar el principio de integración.

De esta apriorística labor de comparación es fácil extraer cuáles son los preceptos que en Italia van a producir efectos similares sobre el sistema concursal que los que en España tienen lugar en aplicación de esa comunidad de pérdidas. Debemos centrarnos, aunque no solo, en los artículos 51 y 52 LF.

El artículo 51 LF corresponde a la paralización de acciones individuales ya sean ejecutivas o cautelares³⁴⁶ desde el día de la declaración y salvo las excepciones dispuestas por la Ley, incluso para los créditos generados durante el fallimento³⁴⁷, sobre los bienes que sean objeto del procedimiento. Siguiendo la doctrina italiana, la reforma del año 2006 introdujo una doble extensión del espectro aplicativo del precepto. Por un lado se incluyeron las acciones cautelares, igualando a efectos concursales los diferentes tipos de ejecución respecto a su paralización –o prohibición de inicio–; y por otro se atiende también a esta lógica en el tratamiento de los créditos prededucibles, a los que más tarde haremos referencia. No obstante se trata de una regla que no es definitiva o absoluta por cuanto establece una cláusula que precisamente abre la posibilidad de excepcionar su virtualidad a través de otras disposiciones de la Ley.

En cuanto al artículo 52 LF, éste inicia con una abierta declaración que puede servir de base a muchos de nuestros planteamientos: “El fallimento abre el concurso de acreedores sobre el patrimonio del fallito”. Efectivamente, este concurso lo vamos a

³⁴⁶ La inclusión de las acciones cautelares dentro del elenco de títulos ejecutivos que quedan en suspenso durante el procedimiento concursal tuvo lugar en el año 2006, con la reforma operada por el d. lgs. 5/2006 –de 9 de enero– en vigor desde el 16 de julio de 2006. Muchos autores han analizado dicha reforma y las consecuencias de incluir la tutela cautelar entre las acciones prohibidas durante el fallimento. Por todos, y calificando como una laguna la situación anterior a dicha reforma: LAMANNA, F., “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (directo da JORIO, A. y FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010, págs. 241-242; “Articolo 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *Commentario alla legge fallimentare* (directo da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010, pág. 999.

³⁴⁷ Se trata de una referencia a los créditos contra la masa, prededucibles, pues en principio ése es su sentido, generarse durante el procedimiento y no como causa del mismo. LAMANNA, F., “Articolo 51...” *op. cit.*, págs. 991 y 1002 y ss.

entender en términos de integración, es decir, de comunidad de pérdidas, que viene dado por la declaración –en este caso sentencia– formal. Sigue el precepto en su párrafo segundo diciendo que cada crédito, aunque sea de carácter privilegiado o tenga algún derecho de prelación de cualquier naturaleza (derechos reales o personales, privilegios sobre bienes muebles o inmuebles, etc.), va a ser confirmado siguiendo las normas de reconocimiento y verificación de créditos dispuestas a tal efecto. Finalmente, y para clarificar la situación, se extiende o mejor dicho se confirma que la obligación de pasar el procedimiento de verificación de créditos es también un trámite necesario para aquellos créditos que estén exentos de cumplir con la prohibición del artículo 51 LF. Esto quiere decir que aunque la norma concursal permita a un acreedor seguir o proceder a una acción individual ejecutiva durante el procedimiento de fallimento –lo que va en contra de una de sus reglas más básicas– ello no va a comportar la posibilidad de sustraerse a la verificación de tal crédito a través del proceso de comunicación y reconocimiento establecido en Italia. Esta última regla fue introducida con el decreto legislativo de 12 de septiembre de 2007³⁴⁸, viniendo a establecer una aclaración, o si se prefiere un criterio interpretativo que permitiese aplicar de manera fiel a la intención del legislador el segundo párrafo del precepto, que debe operar con respecto a todo acreedor sea cual sea su naturaleza o la entidad de su privilegio. Entendemos que se sobrepone aquí una vertiente procesal del concurso al obligar a todo acreedor a pasar, sea cual sea el modo en que deba satisfacer su crédito, por el trance de la verificación de créditos, en una disposición de naturaleza práctica y que permite desarrollar mejor todo el procedimiento al permitir la evaluación correcta de la situación económico-financiera del concursado.

2.2. Concursalidad

2.2.1. Aclaración terminológica

Integración es un término desconocido en Italia, de modo que su uso en referencia a este ordenamiento es una manera de unificar la terminología que hemos otorgado a un determinado axioma del procedimiento concursal español. En Italia se viene utilizando la locución “universalidad subjetiva” –*universalità soggettiva*– para hacer alusión a una regla de sometimiento de todos los acreedores al juicio universal del fallimento, mediante

³⁴⁸ D. lgs. 169/2007.

la aplicación del principio de universalidad a la esfera pasiva del mismo. No obstante, nuestro estudio de Derecho español ha negado, al menos en tal contexto, dicha configuración, abogando más por la autonomía de ambas realidades. Corresponde por tanto en los próximos epígrafes distinguir el modo en que se analiza la cuestión en Italia, y si resulta factible la extrapolación del modelo interpretativo que hemos propuesto para España. Sin embargo, resulta importante antes de ello expresar, como hacemos, los principales términos que la literatura jurídica ha utilizado en Italia para construir el conocimiento científico sobre la materia. Ya hemos destacado el concepto de universalidad subjetiva, utilizado hasta la saciedad, pero hay otros. Se utilizan también, como detallamos en el siguiente epígrafe otros como *globalità*, *unicità*, *concorsualità* o *generalità*. En todos ellos encontramos ciertos argumentos, siquiera semánticos, para separar las ideas de universalidad e integración. Por tanto, en esta aclaración léxica se debe advertir que integración es el nombre de un axioma perteneciente al Derecho concursal español, cuyo contenido recuerda ciertas reglas de Derecho italiano. No obstante, en este ordenamiento el contenido de aquéllas ha sido identificado típicamente como la vertiente pasiva o subjetiva del principio de universalidad, además de recibir otras denominaciones como concursalidad, unicidad, globalidad o generalidad. Es fundamental comprender que cuando hacemos referencia a ellas estamos hablando de la comunidad de pérdidas que es propia de los procedimientos concursales. Hecha la referencia a los términos que se pueden emplear en el estudio de la cuestión, corresponde dilucidar si dicha polisemia viene determinada por argumentos de mayor calado y que pueden ser interesantes para el análisis jurídico. En cualquier caso, conviene también destacar que de todo el elenco semántico, de todas las nomenclaturas posibles, la más usada en la literatura italiana y que parece responder mejor a las exigencias de lo descrito es la concursalidad –*concorsualità*–, que entendemos como equivalente a la idea española de integración.

2.2.2. ¿Paradigma autónomo o dependiente de la universalidad?

Como hemos ya referido, el estado de la cuestión en Italia es proclive a negar la existencia de un principio autónomo de integración, de hecho, gran parte de la doctrina expresa sin ambigüedad que el principio de universalidad tiene dos vertientes, una activa

u objetiva y otra pasiva o subjetiva –en la que nos movemos ahora–³⁴⁹. Esta aparente falta de autonomía de la integración de acreedores concursales no puede ser bien vista desde nuestra opción exegética, muy ligada al ordenamiento español. Aunque también es posible que en este caso el ordenamiento italiano esté construido sobre bases distintas a las del español, lo cual sería razonable y admisible, comportando una diferencia interesante de estudiar. La realidad es que nuestra opinión no es ni siquiera mayoritaria en España, no obstante, la particularidad de nuestro posicionamiento merece tratar de defenderlo o al menos de encontrar argumentos también en relación a la Legge Fallimentare. Por tanto, fijado ese estado de la cuestión que aboga por la consideración conjunta de ambas esferas de la universalidad, es el momento de poner de relieve los elementos u opiniones que nos hacen dudar de tal interpretación.

Si bien nos hemos decantado por usar los términos concursalidad o integración, son diversos los autores que en vez de hablar de una universalidad bidireccional se inclinan por calificar la concurrencia de acreedores en clave axiomática de distintas formas, lo que nos parece una postura que puede no chocar frontalmente con la opinión más institucional pero tampoco la apoya en absoluto. Así podemos citar a CELENTANO, que entiende la existencia de un principio de concursalidad derivado del artículo 52 LF, esto es, que el único modo de realizar una legítima pretensión crediticia pasa por el proceso concursal impuesto y por sus reglas procedimentales de verificación así como de la clasificación que el mismo establece³⁵⁰; se trata de una idea muy próxima a nuestra definición del principio de integración. También ROPPO separa acusadamente la integración de la universalidad, usando el término concursalidad para aludir a la primera³⁵¹. Por su parte, FERRARA y BORGIOI son claros al señalar que el procedimiento de fallimento es universal por su objeto y general por sus destinatarios³⁵²; ello no puede sino significar una cierta diferencia en la caracterización de las reglas que rigen el concurso en sus perfiles activo y pasivo, pues en caso contrario se habría hecho

³⁴⁹ *Vid.*, entre otros: BONSIGNORI, A., “La natura giuridica dei procedimenti concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 56, 1981, pág. 191; PAJARDI, P., *Radici e ideologie...* *op. cit.*, pág. 73, PROVINCIALI, R., *Trattato... op. cit.*, pág. 102.

³⁵⁰ CELENTANO, W., “Effetti del fallimento per i creditori”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2009, pág. 486.

³⁵¹ ROPPO, V., *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016, pág. 834.

³⁵² FERRARA jr, F. e BORGIOI, A., *Il Fallimento... op. cit.*, pág. 40.

referencia a un mismo adjetivo para calificar ambas realidades. En un sentido similar, para NIGRO y VATTERMOLI la globalidad se identifica con la universalidad objetiva³⁵³ mientras que la integración se denomina generalidad³⁵⁴. Otros en cambio tratan como sinónimos la llamada concursalidad y la universalidad subjetiva³⁵⁵, haciendo converger lo que en principio parecen dos posiciones encontradas. Queda patente la falta de acuerdo sobre el tema si traemos también la opinión de DE SEMO, que se muestra –a mediados del siglo XX– más partidario de restringir el término universalidad al patrimonio, definiendo al perfil subjetivo a través del concepto de colectividad –collettività–, que vendría a señalar una agregación o masa formada por acreedores singulares³⁵⁶, en otras palabras, la comunidad de pérdidas.

Si vamos más allá en la cuestión de la autonomía de la integración respecto de la universalidad en el sistema concursal italiano, debemos notar que existe un buen número de autores que distinguen dos axiomas diferentes: universalidad objetiva y universalidad subjetiva. Así las dos ideas no supondrían vertientes de un mismo principio sino dos principios distintos, cada uno con su contenido y su ámbito de aplicación. Así ocurre en el caso de LAMANNA³⁵⁷, DI CORRADO³⁵⁸ o FABIANI³⁵⁹. Para ellos mantener la nomenclatura universalidad en torno a las dos ideas no querría decir que nos encontramos ante dos caras de una misma moneda. Por tanto, aunque la visión general sea la de un principio de universalidad con dos vertientes, también encontramos motivos en Italia para configurar un principio de integración autónomo. Entre las diferencias evidentes, hay que

³⁵³ Que es un término realmente ambiguo a este respecto, pudiendo generar dudas si no se usa de manera muy contextualizada, ya que podría interpretarse también como un sinónimo de universalidad objetiva, esto es, de bienes empleados en la satisfacción de los acreedores concursales.

³⁵⁴ NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi... op. cit.*, pág. 42.

³⁵⁵ CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, pág. 15.

³⁵⁶ DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1964, págs. 36 y ss. Señala además el autor, en una posición muy similar a la que hoy mantenemos, que los intereses contrapuestos de los acreedores se deben armonizar en sede concursal a partir del objetivo común de liquidación y reparto igualitario del activo del fallito (pág. 40). Es una idea identificable con aquella que hemos expresado respecto a la LCon y a la dificultad para conciliar intereses divergentes que se encuentran en el procedimiento concursal.

³⁵⁷ LAMANNA, F., “Articolo 52. Concorso dei creditori”, *Commentario alla legge fallimentare* (diretto da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010, pág. 1019.

³⁵⁸ DI CORRADO, C., “Art. 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2007, pág. 351.

³⁵⁹ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, págs. 284-285.

destacar que la universalidad es un principio que se aplica *ex lege*, al deudor que está incurso en un procedimiento de insolvencia como el fallimento; por el contrario, la integración de los acreedores requiere un trámite a cargo de los mismos, la insinuación de éstos para proceder a la verificación de su crédito y formar así, con todas las garantías, la masa pasiva.

2.2.3. Elementos de la concursabilidad (sustancial y formal)

En cualquier caso, ante un principio dependiente o autónomo, en lo que la doctrina sí ha sido absolutamente pacífica es en la identificación de los dos elementos que forman la llamada concursabilidad, y que se derivan de los dos preceptos que hemos destacado por su contenido relativo a la integración de acreedores en el fallimento (artículos 51 y 52 LF). Estos dos elementos se han denominado concursabilidad sustancial y concursabilidad formal. Aunque se hayan identificado ambos por todos los autores que se ocupan de la *vis attrativa concursus*, no se sigue un esquema idéntico en todos los casos. La tendencia general lleva a reconocer principalmente en el artículo 52 LF la concursabilidad formal, ya que gracias a éste serían de aplicación las reglas especiales –concursoales– de verificación y reconocimiento de créditos para todos los acreedores, esto es, se trata del precepto que obliga a seguir un mismo cauce procedimental a todos los acreedores que quieren concurrir al proceso de insolvencia; mientras que el concurso sustancial consistiría en el derecho al reparto equitativo, según el principio de la *par condicio creditorum*, entre los acreedores que efectivamente han sido admitidos en sede concursal de los bienes o sumas recabadas con respecto al patrimonio del fallito³⁶⁰. Siendo ésta es la trayectoria lógica más habitual, se ha dicho también que mientras el artículo 52 LF obliga a seguir las vías procesales establecidas por el procedimiento especial de concurso (concurso formal), la prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas es el elemento que permite un reparto que siga los cánones de un verdadero concurso sustancial³⁶¹. Nótese la similitud entre esta idea y la que ya hemos expresado en relación al principio de integración cuando

³⁶⁰ Por todos, FAUCEGLIA, G., “Gli effetti del fallimento per i creditori: profili generali”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 353; y también “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Diritto dell'impresa in crisi* (FAUCEGLIA, G. e ROCCO DI TORREPADULA, N.), Bologna, Zanichelli, 2010, pág. 134; DE SENSI, V., “Gli effetti del fallimento per i creditori. Profili particolari”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 367.

³⁶¹ DI CORRADO, C., “Art. 52. Concorso dei creditori”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2007, pág. 359.

decíamos que la comunidad de pérdidas viene acompañada en el marco de tal axioma de un contenido necesario para ser implementada, esto es, la intangibilidad de la masa activa o, si se quiere, la prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas. Incluso hay opiniones, como la de FORGILLO, que llevan el núcleo operativo de la concursalidad formal al artículo 51 LF en tanto que se entiende la prohibición de agresión como regla de significación práctica y real o, mejor dicho, el instrumento de la concursalidad³⁶².

En nuestra opinión, el artículo 52 LF, al menos en su primer párrafo, no contiene una regla de carácter tan formal o procesal. Aunque se haya se hayan utilizado las prescripciones de los párrafos segundo y tercero para situar la concursalidad formal como un efecto de éstos, el artículo 52,1º LF incluye una disposición general y de profundas consecuencias³⁶³. La “apertura” del concurso, de la concurrencia de acreedores, puede ser interpretada sin demasiado esfuerzo como la efectividad del principio de integración. Tal y como hemos caracterizado dicho axioma en la LCon, lo fundamental es la existencia de una comunidad de pérdidas formada por los acreedores que concurren siguiendo un procedimiento de comunicación y reconocimiento –verificación– de créditos, mientras que el resto, quienes no sigan los cauces establecidos, no podrán acudir al juicio universal con sus legítimas pretensiones y se verán *de facto* privados de su derecho. Para la instauración de esta importante pieza del sistema concursal, es necesario que se proyecten determinados efectos y entre ellos el más fundamental es la paralización de acciones ejecutivas individuales, así como la prohibición del inicio de las mismas. Toda esta lógica es seguida por los artículos 51 y 52 LF, aunque como ha notado la doctrina italiana, existe una posible inversión del orden de los preceptos, ya que sería más razonable situar en primer lugar la regla general y el cauce establecido para las “acciones de cognición” o verificación sobre los créditos y en segundo lugar ocuparse del tema de las ejecuciones o satisfacción de créditos para no vaciar el patrimonio del fallito³⁶⁴. No obstante, y aunque en España efectivamente sea el artículo 49 LCon el que establezca el principio de

³⁶² FORGILLO, E., “Articolo 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *La Legge Fallimentare dopo la riforma* (a cura di NIGRO, A., SANDULLI, M. y SANTORO, V.), Tomo I, Torino, Giappichelli, 2010, págs. 738-739.

³⁶³ Art. 52,1º LF: “Il fallimento apre il concorso dei creditori sui beni del fallito”. Es una norma que autores como DE SENSI o INZITARI comentan señalando que se trata de una disposición de significado “denso”, que aun con una redacción intencionadamente sintética implica diversos principios o líneas básicas que marcan algunos caracteres básicos del fallimento. *Vid.*, DE SENSI, V., “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 367.

³⁶⁴ LAMANNA, F., “Articolo 52...” *op. cit.*, págs. 1023-1024.

integración y otro posterior, el art. 55 LCon, el que se ocupa de la paralización de acciones, debe entenderse como una vicisitud que atañe a la propia estructura de la Legge Fallimentare, que si bien dificulta la comprensión de la concursalidad no debe impedir una visión conjunta de la formación del pasivo concursal.

Finalmente, debemos reparar en otra cuestión, sobre la que la doctrina italiana también parece de acuerdo y es la conexión –*quasi* identidad– entre el concurso sustancial y la igualdad de los acreedores. Es una consideración muy compartida que la concurrencia de acreedores va absolutamente ligada a la *par condicio creditorum*³⁶⁵, no obstante, la Legge Fallimentare no hace ninguna alusión al respecto. Los artículos 51 y 52 LF no mencionan el modo en que deben ser repartidas las pérdidas entre los acreedores. Tanto es así, que del mismo modo que en España, el sistema concursal se ha caracterizado por la proliferación de privilegios, lo que ha denostado notablemente dicho principio concursal. Sin ánimo de entrar en argumentos que son parte del capítulo siguiente, esta situación ha llevado a algunos autores a negar la vigencia o efectividad de la concursalidad sustancial³⁶⁶, al diferencia del concurso formal que opera por la imposición de los cauces procesales para satisfacer los derechos crediticios en sede de fallimento. Sin embargo, si extrapolamos nuestra visión sobre el principio de integración y recogiendo el tema de la autonomía axiológica de la comunidad de pérdidas en los procedimientos de insolvencia, no es necesario ni recomendable realizar esta conexión. Nos remitimos al estudio realizado sobre la Ley Concursal para determinar que la *par condicio creditorum* es un principio que opera en el reparto de los bienes del fallito/concursado y por ende el reparto de las pérdidas entre los acreedores. Así, el privilegio afectaría a la igualdad de los acreedores pero no a su integración puesto que todos siguen las vías establecidas para la satisfacción de créditos por la legislación especial –concursal–, y aceptan las reglas impuestas por ésta. La concursalidad se traduce en la concurrencia y en la admisión de unas normas por parte de los acreedores, pero no debe presuponer un reparto equitativo. Nuestros argumentos en este sentido son principalmente dos, ambos muy básicos: el primero es teórico y se basa en la inexistencia de una conexión concursalidad/igualdad

³⁶⁵ Por todos, DI CORRADO, C., “Art. 51. Divieto di azioni...” *op. cit.*, pág. 352. A pesar de ello existe otra orientación más acorde con nuestra opinión, que resalta que las normas a examen tienen además otros objetivos prevalentemente prácticos como *asegurar el pleno ejercicio de los poderes de administración y disposición del patrimonio del fallito a los órganos del procedimiento*. DE SENSI, V., “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 369.

³⁶⁶ *Vid.*, FAUCEGLIA, G., “Gli effetti del fallimento...” *op. cit.*, pág. 134

en la Legge Fallimentare, sin la que nos parece arriesgado hacer una afirmación de tales consecuencias para el sistema concursal³⁶⁷; y en segundo lugar una razón meramente práctica y es que la realidad se ha impuesto no dejando lugar a la igualdad de los acreedores en un modelo en que existen diferentes tipos de acreedores que se ordenan en base a una prelación creada por la propia Ley, que además ha ido en aumento en los últimos años. Por tanto, la única interpretación que nos parece posible es la de afirmar la autonomía –no solo con respecto a la universalidad, sino también a la *par condicio*– del principio de integración, asociado en Italia al concepto de concursalidad. Ello nos parece el único camino para analizar la formación de la masa pasiva en el sistema concursal italiano.

2.2.4. Posibles excepciones al principio de integración

La integración de la masa pasiva cuenta también en Italia con determinados espacios dentro del sistema concursal en que no llega a manifestarse. Se trata de excepciones al principio de la concursalidad, que son reconocidos por la Ley y sobre los que debemos siquiera hacer mención para mostrar cuál es el grado de cumplimiento de aquél. Sin embargo, para establecer un régimen de excepciones debemos fijar en primer lugar a qué nos estamos refiriendo. En los últimos epígrafes hemos hablado de concursalidad, aunque también es cierto que la hemos tratado desde diversos puntos de vista: formal, sustancial, etc. Podríamos volver sobre la doctrina para mencionar las tipologías de créditos que derogan bien la prohibición inserta en el artículo 51 LF, o explicar según los principales autores cuáles son los casos en que no se aplica el concurso formal (art. 52 LF). En cambio, esto nos parece que tendría un interés científico muy limitado por cuanto se trata de una cuestión que se ha estudiado en numerosas ocasiones. Bastaría aplicar las distintas categorías estudiadas a algunos supuestos que han suscitado dudas jurisprudenciales. Por ejemplo, es clásica ya la consideración del crédito hipotecario como una suerte de excepción a la prohibición de inicio o continuación de acciones ejecutivas durante el fallimento; o de determinados créditos prededucibles (contra la masa) que pueden sustraerse a las obligaciones impuestas a los acreedores concursales en materia de verificación de créditos, esto es, al llamado concurso formal. A pesar de ello, entendemos que la originalidad de la investigación debe llevarnos por

³⁶⁷ Lleva en definitiva a la negación de la efectividad del llamado concurso sustancial por el aumento de privilegios.

otro camino consistente en detectar excepciones dentro del sistema concursal italiano al principio de integración tal y como se ha caracterizado, es decir, como la concursabilidad real o efectiva mediante una comunidad de pérdidas de los acreedores en un procedimiento de insolvencia. En ese sentido, vamos a considerar algunas excepciones o posibles excepciones a dicho principio, emitiendo un somero juicio sobre nuestra consideración a tal efecto.

a) Créditos prededucibles

Como hemos señalado, la Legge Fallimentare permite en ciertos supuestos la sustracción de los acreedores de la masa a cumplir las obligaciones habituales en materia de comunicación y reconocimiento de créditos (como sucede en España). El artículo 111 bis LF excluye de tales trámites los créditos –prededucibles– no impugnados en cuanto a su posición o cantidad y a los que surgen de operaciones de liquidación de la retribución de personas designadas por el curatore para desarrollar algún rol dentro del procedimiento (expertos independientes) a cargo del giudice delegato. Se ha dicho que se trata de una excepción al concurso formal, es decir, al artículo 52 LF³⁶⁸ y su pretendida aplicación a todo tipo de crédito. Sin embargo, este planteamiento se mantiene dentro de los cánones impuestos por el habitual modo de tratar la disciplina concursal en Italia. A partir de este trabajo de Derecho comparado, pretendemos extrapolar algunos conceptos y en este caso el de principio de integración, que no podría corresponder al cien por cien a la lógica de la concursabilidad formal y sustancial. De hecho, toda la nomenclatura que transgrede esta excepción según la óptica del Derecho italiano y que se resume en el término concursabilidad formal podría desde nuestro punto de vista no tenerse en cuenta (o al menos limitarse a un segundo plano) en el estudio de la integración concursal. Además, se debe reparar en que la regla general no deja de ser la sujeción de los créditos prededucibles a los trámites de verificación propios de esta normativa especial. La orientación que venimos a exponer configura un principio de integración en que lo fundamental es la pertenencia de los acreedores a una comunidad de pérdidas, esto es, un consorcio caracterizado por la participación en un reparto concursal que es más de pérdidas que de otra cosa. La distribución de dichas pérdidas conformarán otro principio del sistema

³⁶⁸ FABIANI, M., “La formazione dello stato passivo: I principi e la domanda”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (directo da JORIO, A. y FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010, págs. 318-319.

concurzal (la *par condicio creditorum*). Pues bien, el crédito prededucible que es el equivalente al crédito contra la masa español, entendemos que respeta el principio de integración. Esta concepción que ya hemos expresado en el análisis de la LCon, resulta más heterodoxa en España, donde el crédito prededucible tiende a estar menos vinculado a reglas propias de la concursabilidad. Recordemos que para interpretar una clase de créditos dentro de la comunidad de pérdidas, optamos por dejar a un lado el elemento temporal, puesto que lo verdaderamente interesante en una situación de insolvencia es la certidumbre sobre el cobro del crédito y no tanto el momento en que ello puede suceder. Por tanto, siendo el crédito prededucible una categoría que no diferencia a su titular con ninguna garantía especial en la satisfacción de aquél, debemos concluir que se encuentra plenamente integrado. Mientras que el acreedor de un crédito prededucible deba concurrir con el resto de acreedores, con pretensiones sobre una misma masa de bienes y derechos (masa activa), no se puede sino entender que hablamos de un titular integrado. Efectivamente, su situación muy privilegiada deriva en un trato más favorable y en un considerable aumento de probabilidades de obtener satisfacción, pero ello es un mecanismo que afecta a la igualdad de los acreedores y no a su integración en la masa, en la comunidad de pérdidas.

b) Crédito inmobiliario con hipoteca

El crédito hipotecario, vinculado a una operación inmobiliaria garantizada mediante el mecanismo de la hipoteca, constituye probablemente la excepción más importante al axioma del que estamos tratando. En Italia se ha hablado de una excepción a la prohibición inserta en el artículo 51 LF³⁶⁹, sin embargo, la norma concursal nada expresa al respecto. El motivo es que se trata de una excepción deslocalizada, situada fuera de la normativa concursal por cuanto tiene como destinatarios las entidades bancarias y similares que conceden este tipo de financiación. El artículo 41.2 Tub dice que la acción ejecutiva sobre bienes hipotecados en garantía de financiación inmobiliaria puede ser iniciada o continuada por la entidad bancaria incluso después de la declaración

³⁶⁹ FAUCEGLIA, G., “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 350.

de fallimento del deudor³⁷⁰ –crédito fondiario³⁷¹–. También señala el mismo precepto que la suma obtenida con la ejecución que exceda del valor que corresponde a la banca por su crédito garantizado, debe incluirse –como no puede ser de otro modo– en la masa activa. Aquí entendemos el paralelismo claro entre los créditos con privilegio especial en Italia y en España, siendo la hipoteca el medio habitual de proceder de las entidades bancarias respecto al mercado inmobiliario. La exigencia es lógica y se entiende que sería a todas luces injusto atribuir a la banca una cantidad superior de la que le corresponde en relación a la garantía de su crédito. Del mismo modo, cuando la ejecución del bien hipotecado no es suficiente para cubrir el crédito, el banco concurre con el resto de acreedores que forman parte de la masa activa por el importe que no se ha satisfecho. Se trata como decimos normas de sentido común y que comparten en la práctica los ordenamientos español e italiano, aunque en este caso sí que existe en la Legge Fallimentare un precepto que ordena la integración de la entidad bancaria en el fallimento ante la insuficiencia del bien objeto de hipoteca³⁷².

Huelga decir que la hipoteca es una garantía que tiene una gran utilidad para su titular puesto que sujeta el crédito a un bien concreto; pero se revaloriza mucho en una situación concursal, en que el insolvente poco tiene para responder de sus deudas. En el fallimento, como en el concurso español, el crédito hipotecario viene no ya privilegiado, sino excluido de la concurrencia de acreedores. Debemos matizar esta afirmación en dos sentidos: el primero, notando que no seguimos la orientación general, que sujeta el privilegio especial a la disciplina concursal; y el segundo, expresando que tal sustracción a la masa pasiva solo tendría lugar con respecto a las cantidades que se corresponden con la ejecución de bienes hipotecados. De este modo, y como ya se ha señalado, cuando la liquidación del bien objeto de la garantía no es suficiente para cubrir el crédito, el banco entra en la concurrencia –masa pasiva– con el resto de acreedores para satisfacer el importe pendiente.

³⁷⁰ Traducción propia.

³⁷¹ En cuanto a este concepto utilizado en la norma italiana (crédito fondiario) el artículo 38 Tub lo define como el crédito que tiene por objeto la concesión de financiación a medio y largo plazo garantizada por hipoteca de primer grado sobre inmueble.

³⁷² Artículo 54 LF.

Por tanto, e independientemente de la excepción que pueda suponer para normas o conceptos más o menos aceptados por el Derecho italiano, debemos concluir que el crédito hipotecario queda, en lo que se refiere al valor de la garantía, fuera de la lógica concursal, esto es, del principio de integración. De hecho, nos extraña que se haya calificado la situación del crédito fondiario en el fallimento como un privilegio procesal, cuando en todo caso y en virtud de la LF, incluso los créditos que no deben respetar la prohibición de su artículo 51 quedan sometidos al concurso formal³⁷³. No podemos compartir que se trata de un privilegio procesal, y ni siquiera de un privilegio en sentido concursal, tan solo un privilegio en sentido coloquial, que consiste en hacer salir de la esfera del fallimento un determinado bien³⁷⁴.

La concursalidad debe ser la característica que toman los acreedores que forman parte de una comunidad de pérdidas que es absolutamente extraña a un acreedor que sabe que no va a perder porque sujeta su crédito a un bien físico a través de una garantía real. Ni siquiera el crédito prededucible puede beneficiarse de la ejecución hipotecaria en el fallimento (tampoco en el concurso). Todo ello redundaría en la idea de que el principio de integración cuenta con su excepción más importante en el crédito garantizado con hipoteca, por el importe cubierto por la ejecución del bien hipotecado.

c) Créditos con garantía (prenda) o privilegio sobre bienes muebles

En este caso, la LF sí determina expresamente el régimen de los créditos que están asociados por un derecho de prenda o determinados privilegios a un bien mueble concreto del deudor. El artículo 53 LF contiene dichas reglas, expresándose los privilegios aludidos por referencia al Codice Civile, y más concretamente a sus artículos 2756 y 2761. Por tanto debemos responder a dos cuestiones: por un lado la identificación de los acreedores designados por el artículo 53 LF, y por otro, el contenido de éste. Comenzando con la primera de ellas, el precepto se refiere a diversos tipos de sujetos:

³⁷³ Esta aparente contradicción es sostenida, entre otros, por FAUCEGLIA, G., “Gli effetti...” *op. cit.*, págs. 350-351.

³⁷⁴ Nos recuerda FORGILLO, E., “Articolo 51. Divieto di azioni...” *op. cit.*, pág. 743, que la disciplina descrita se aplica también a la financiación agraria y pesquera y a la financiación de obras públicas (en todos los casos garantizada mediante hipoteca) en virtud de la extensión de aquella que realizan, respectivamente, los artículos 44,5° y 42,4° Tub.

Capítulo III

– Acreedores con derecho de prenda. No surgen mayores dudas con respecto a esta categoría crediticia que aglutina a los acreedores que cualifican su crédito con una garantía pignoraticia.

– Acreedores por prestaciones relativas a la conservación y mejora de bienes muebles (art. 2756 Codice Civile). Las obligaciones que se generan en contraprestación por este tipo de servicios cuentan con un importante hándicap, equivalente a lo que en España se denomina derecho de retención. En la LCon, este derecho queda suspendido con motivo de la declaración de concurso, sin embargo, en Italia se mantiene tras la sentencia que declara el fallimento. De este modo, la persona que realiza acciones de conservación o mejora de bienes genera un crédito que tiene un importante atributo ante el incumplimiento de la contraparte, la posibilidad de retener e incluso vender, siguiendo las normas de la prenda, el bien conservado o mejorado siempre que haya obrado de buena fe³⁷⁵.

– Transportista de cosas (art. 2761,1º). Éste mantiene una prerrogativa similar a la anterior sobre las cosas transportadas y en relación a los créditos generados por el contrato de transporte y el coste del envío.

– Mandatario (art. 2761,2º). En el mismo sentido, el mandatario sobre las cosas entregadas por el mandante para llevar a cabo el encargo por los créditos derivados de tal negocio jurídico.

– Depositario (art. 2761,3º). Reconoce igualmente la Ley el derecho del depositario sobre las cosas depositadas para asegurar las prestaciones generadas por el servicio prestado.

Todos los sujetos antedichos mantienen en común una cierta prerrogativa, según la Legge Fallimentare un privilegio (palabra que no nos parece adecuada en sede de integración), sobre determinados bienes muebles y como medio de asegurar o garantizar un crédito respecto del fallito. En cuanto a la prenda, el tratamiento de ambos ordenamientos es similar puesto que en España queda calificado como un crédito con privilegio especial. En cambio, la suspensión del derecho de retención en España se

³⁷⁵ Art. 2756,2º y 2756,3º Codice Civile.

justifica para no permitir la sustracción de determinados acreedores de la masa pasiva³⁷⁶. Distinto es el caso de Italia donde se permite que estos acreedores acudan a sus herramientas legítimas de retención aun después de declarado el fallimento. Las consecuencias en nuestra opinión son claras y afectan sobre todo a la formación de la masa pasiva. Nos referimos a todos los casos, tanto los créditos garantizados mediante prenda como los que gozan del derecho de retención o similar. En todos ellos se confirma que el acreedor puede evitar la concurrencia con el resto de acreedores, o lo que es lo mismo, la ausencia de concursabilidad en la satisfacción de sus intereses. La situación nos parece claramente una excepción –excepciones– al principio de integración, que en España es más limitado pues solo se aplica a la prenda pero no al derecho de retención. Esta circunstancia tiene importantes consecuencias para la comparación de ambos ordenamientos, donde destaca una diferencia que se verifica en la cantidad de alteraciones al principio de integración, más acusada en Italia.

Ahora bien, debemos matizar el contenido de dichas reglas de la LF en razón del contenido de su artículo 53. Efectivamente se permite que durante el fallimento tenga lugar la realización de estos bienes por acción de quien ostenta tales derechos de detentación y realización en su caso, siempre que se haya admitido el crédito con prelación³⁷⁷. Para llevar a cabo tal operación, la de liquidación del bien, interpreta con buen criterio la doctrina que la norma ofrece tres posibilidades³⁷⁸: la venta directa por parte del acreedor, lo que requiere un decreto de autorización –rogado por éste– del giudice delegato que establece las condiciones y modalidad de la venta; la venta por iniciativa del curatore, solicitando previamente el visto bueno del giudice delegato que establecerá la modalidad de venta; y finalmente, cabe la petición, también al giudice delegato, por parte del curatore de recuperar los bienes sujetos a prenda o derecho de retención. La última de las opciones conlleva el pago inmediato al acreedor como contraprestación por la “expropiación” del bien objeto de la garantía que cualifica su crédito. Algunos autores han calificado esta excepción como más próxima a derogar el concurso sustancial que la prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas³⁷⁹; y

³⁷⁶ Excepto los de tipo tributario, administrativo o laboral.

³⁷⁷ Por tanto la excepción desde la óptica legislativa italiana sería a la prohibición del artículo 51 LF y no al concurso formal del artículo 52 LF.

³⁷⁸ FAUCEGLIA, G., “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Diritto... op. cit.*, págs. 136-137.

³⁷⁹ FORGILLO, E., “Articolo 51. Divieto di azioni...” *op. cit.*, pág. 743.

estamos de acuerdo, aunque no compartimos la idea base de que el concurso sustancial se identifica con la igualdad de los acreedores. No obstante, desde nuestra lógica de la autonomía del principio de integración o de la concursabilidad, creemos que este tipo de excepciones inciden sobre el concurso real, sobre la conformación de la comunidad de pérdidas que tiene lugar con ocasión del fallimento.

d) Fondo patrimonial y patrimonio destinado

Aquí aparece una cuestión de gran complejidad como es la diferencia o identificación entre el fondo patrimonial y el patrimonio destinado a efectos de su inclusión conceptual en el principio de integración. Recordemos que en relación al principio de universalidad, hemos determinado que no operaban ambas categorías del mismo ya que, la seguridad o certidumbre de la liquidación o enajenación del patrimonio destinado implica la certeza sobre su empleo en el pago de los acreedores a la fecha del fallimento (de los acreedores del patrimonio destinado o del resto si hubiere remanente) y por ende su respeto al principio de universalidad. No obstante, en el caso del fondo patrimonial por motivos familiares, su naturaleza permite la pervivencia de tal sección patrimonial incluso después de la liquidación concursal, lo que conlleva que a falta de acreedores presentes se mantiene intacto dicho fondo. No podría en tal caso entenderse que se están empleando los bienes del mismo en pago de sus acreedores y es esa misma falta de seguridad la que nos lleva en principio a sacarlo de la órbita concursal desde la óptica de la masa activa (de la universalidad).

Hechas estas consideraciones, debemos resolver la cuestión desde el punto de vista de la masa pasiva, donde algunos autores han calificado estos conceptos como una *suerte de garantía atípica para algunos acreedores*³⁸⁰. El principio de integración debe estatuir una comunidad de pérdidas determinada por la concurrencia de los acreedores del insolvente. En el caso del fondo patrimonial³⁸¹, puede que esto nunca ocurra porque no existan acreedores del mismo en el momento del fallimento. Ello lleva a una situación *sui generis* en que sería difícil discernir si estamos ante un concepto que debe estudiarse

³⁸⁰ FRASCAROLI SANTI, E., “Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 79, n°1 (enero-febrero), 2004, pág. 65.

³⁸¹ Artículos 167-171 Codice Civile.

desde el punto de vista de la integración concursal. No obstante, la existencia de acreedores del fondo patrimonial de tipo familiar implicaría en sede de fallimento que éstos no se integraran en la masa de acreedores, ya que vendrían a satisfacer sus créditos con cargo a una masa concreta, separada, utilizando una lógica similar a la que sirve a los acreedores que cuentan con garantía hipotecaria o pignoratícia. Solo en el caso en que los bienes del fondo no sean suficientes para hacer frente a estos acreedores tendría sentido la concurrencia por el resto de bienes del fallito, en tanto que por las cantidades insatisfechas siguen siendo titulares de un crédito frente a aquél (no tiene el fondo personalidad propia)³⁸².

En cuanto al patrimonio destinado a un negocio específico³⁸³, la seguridad sobre enajenación o liquidación del mismo es una nota distintiva que va a facilitar su análisis axiomático. No se ha dudado en señalar su sometimiento al principio de universalidad, siendo diferente nuestro juicio sobre su acomodo al canon de la integración. Ha de señalarse de nuevo que el excedente de la venta o liquidación de este patrimonio se repercute a la masa activa y por tanto al pago de todos los acreedores (art. 155 LF). No obstante, la preferencia en torno a una masa patrimonial separada de una serie determinada de acreedores nos debe llevar a la identificación de estos acreedores como sujetos que *a priori* deben considerarse no integrados en el fallimento. Además, debe añadirse que a diferencia del fondo patrimonial, el acreedor del patrimonio destinado societario será exclusivamente acreedor del fondo y no de la sociedad, no pudiendo dirigirse contra la misma en ningún momento. De modo que la única comunicación patrimonial posible es la que se ha mencionado sobre el posible e improbable excedente en la liquidación del patrimonio destinado a un negocio específico³⁸⁴. Por tanto, su posición natural es fuera de la concurrencia de acreedores puesto que sus créditos se van a satisfacer con cargo a un patrimonio concreto, y ello es incompatible con un

³⁸² Aquí resulta fundamental no confundir la insinuación al pasivo con la independencia respecto de la masa pasiva de los bienes que forman parte del fondo. *Vid.*, LAMANNA, F., “Articolo 52. Concorso...” *op. cit.*, págs. 1068-1069.

³⁸³ Disciplinado en los artículos 2447 bis a 2447 decies Codice Civile y con varias menciones en la LF.

³⁸⁴ No ocurre así en el caso contrario, de modo que el acreedor particular puede verse en una situación complicada si el patrimonio destinado resulta insuficiente. Las opciones para dirigirse a la masa activa serán muy limitadas y en los casos legalmente previstos por responsabilidad ilimitada o subsidiaria. Señalando que la agresión legítima del acreedor particular debe realizarse únicamente al fondo, mientras que el acreedor de la sociedad únicamente puede llevar a cabo acciones contra el patrimonio social *general*, LAMANNA, F., “Articolo 52. Concorso...” *op. cit.*, págs. 1071-1072.

procedimiento de ejecución universal. Es posible que la situación de tal patrimonio sea ruinoso también³⁸⁵, pero resultaría imposible dar una respuesta omnicompreensiva de toda la casuística concursal, limitándonos a señalar que la regla general de incommunicación patrimonial en el caso de esta categoría original del Derecho italiano no respeta, en cuanto a su intención y aplicación general, al principio de integración o regla de la concursalidad.

El régimen del patrimonio destinado y del fondo patrimonial permite un estudio mucho más exhaustivo de la cuestión, con el análisis de multitud de reglas particulares. No obstante, nuestro interés en esta investigación ha sido el de remarcar su carácter excepcional respecto el principio de integración, muy claro en un caso y ciertamente desnaturalizado en el otro. Aunque ambos perfiles tienen una lógica común, existen entre ellos importantes diferencias en torno a su supervivencia (fondo patrimonial familiar) o liquidación (patrimonio destinado societario) tras el fallimento y al grado de incommunicación patrimonial con la entidad matriz, mucho más acusado en el caso del patrimonio societario, restando casi imposible para los acreedores del mismo acceder a la concurrencia con el resto de acreedores.

2.3. Otros elementos relevantes en la formación de la masa pasiva

El análisis de la LCon ha arrojado respecto del principio de integración determinados elementos que se reputan como contenido accesorio del mismo. En dicha sede se han estudiado algunos efectos del procedimiento concursal que pueden afectar de forma más o menos directa a la aplicación del axioma. Encontramos algunos de ellos también en el ordenamiento italiano y se presentan a continuación con el único objeto de comparar su régimen jurídico en ambos ordenamientos

2.3.1. La compensación en el fallimento

El mecanismo de la compensación, que es prohibido en España por el artículo 58 LCon en el marco del procedimiento de concurso, se permite en Italia en virtud del artículo 56 LF. Sin embargo, se trata de una afirmación apriorística que no descende al contenido de dichas disposiciones; si atendemos a éste podemos concluir que el régimen

³⁸⁵ En cualquier caso no hablamos de privilegio ni de la prelación de estos acreedores, sino de su integración en la masa. La ausencia de ella puede ser incluso perjudicial, pero entendemos que la igualdad entre acreedores es una realidad que atañe al reparto y no a esta parte del procedimiento.

jurídico es muy similar en la LF y la LCon. La compensación está regulada en el Código Civil italiano en los artículos 1241 a 1252, localizándose algunas diferencias con respecto al mecanismo ya conocido en el ordenamiento español. No muchas pero sí algunas de sus condiciones cambian, y en sede concursal nos interesa especialmente la falta de prohibición de la compensación de créditos litigiosos. Se trata de una disposición de Derecho español que nos ha llevado a negar la posibilidad de la compensación en el concurso por encima de los preceptos de la Ley Concursal, lo que supondría que la prohibición del artículo 58 LCon es superflua³⁸⁶. En Italia en cambio no existe tal condición, ya que el artículo 1246 Codice Civile tasa los casos en que no procede la compensación: créditos por la restitución de cosas de las que el titular ha sido despojado injustamente, por restitución de cosas entregadas en depósito o comodato, de créditos declarados inembargables, ante renuncia previa del deudor a la compensación y en los casos en que lo prohíba la Ley. Por tanto, en el contexto italiano el régimen jurídico de la Legge Fallimentare no será suprefluo y sí que va a interesar cuál es el modelo que impone la legislación concursal para la compensación. Debemos pues analizar los presupuestos que una norma especial, la LF, prevé para que pueda darse la compensación en el fallimento.

Como anunciábamos al inicio del epígrafe, aunque la norma sobre compensación esté redactada en positivo en la LF, al contrario que en la LCon, su contenido es muy similar. El artículo 56 LF determina en su primer párrafo que la compensación tiene lugar en el fallimento, aun cuando los créditos no hayan vencido; y en el segundo, que para créditos no vencidos no será posible la compensación si el crédito viene dado por un acto *inter vivos* completado tras la declaración de fallimento o dentro del año anterior a la misma. Por supuesto, el mecanismo al que se hace referencia reenvía a la compensación legal, debiendo cumplirse los requisitos del Codice Civile, que en particular establece en su artículo 1243 que el instituto procede sobre deudas recíprocas, líquidas, exigibles y homogéneas; aun cuando las nuevas tendencias interpretativas llevan a admitir la ausencia de alguno de estos requisitos³⁸⁷. ¿Qué diferencias se reputan con respecto al caso

³⁸⁶ *Vid.*, epígrafes anteriores. Aunque en este punto mantenemos la interpretación habitual del artículo 58 LCon, para poder realizar la comparación pertinente con la compensación en un contexto de fallimento.

³⁸⁷ Comentando tales presupuestos o condiciones: FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, págs. 302-303; FAUCEGLIA, G., “Gli effetti del fallimento...” *op. cit.*, 144. Muestra este último autor una nueva orientación jurisprudencial tendente a admitir la compensación en ausencia de ciertos requisitos legales

español y qué consecuencias tienen? Pues bien, a simple vista destaca que en el régimen concursal italiano, la compensación procede aunque se trate de créditos no vencidos, a diferencia de España, donde la obligatoriedad de cumplimiento de los requisitos con anterioridad a la declaración de concurso implican el necesario vencimiento de los créditos a compensar con anterioridad a tal evento para que sea posible la aplicación de este mecanismo de cancelación de deudas según la doctrina³⁸⁸. Dicha apertura o extensión de la compensación en Italia viene matizada por un límite y es que no se podrá verificar la misma si viene determinada por un acto entre vivos realizado después de la declaración de fallimento o dentro del año anterior a la misma³⁸⁹. Cada ordenamiento toma sus cautelas, mientras que el legislador español ha decidido que el criterio para permitir la compensación en el concurso es el cumplimiento de los requisitos legales de la misma entre los que está el vencimiento de los créditos, su homólogo italiano determina que la garantía no debe asociarse al vencimiento sino a la naturaleza del acto que da origen a la compensación (*inter vivos* o *mortis causa*) y al momento en que se ha producido (valorizándose el elemento genético de las obligaciones y en particular su anterioridad efectiva al año previo a la sentencia que declara el fallimento).

Por tanto, en el ordenamiento español la ley permite la compensación en el concurso cuando las deudas, entre otros requisitos ya analizados, han vencido antes de la declaración del mismo –teoría mayoritaria–; mientras que en Italia es posible la compensación de créditos no vencidos siempre que se generaran antes del año previo al inicio del fallimento (o posteriores si son *mortis causa*). Cada ordenamiento ha caracterizado una compensación legítima dentro del procedimiento de insolvencia, cuyo ámbito de aplicación es similar, con una diferencia en lo sustantivo en cuanto al vencimiento y en lo temporal en cuanto a la génesis de las obligaciones que dan lugar a la compensación.

como el de la homogeneidad o la liquidez; también, del mismo, “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 362 (notas 59 y 60).

³⁸⁸ Se recuerda que nuestra tesis es que la compensación no podrá nunca aplicarse en España en sede de concurso por la propia regulación de la institución en el CC, aunque la LCon lo permita en determinados casos.

³⁸⁹ Dejando a salvo la compensación que puede derivar de un crédito producido por una disposición testamentaria *mortis causa*. En relación a las condiciones temporales y a la “anterioridad” en el ordenamiento italiano, *vid. supra*, págs. 362-363.

Estos criterios contrapuestos impiden una comparación entre ambos ordenamientos, que utilizan distintos argumentos para aplicar o prohibir el mecanismo de la compensación en los procesos concursales. En cualquier caso, en ambos se prohíbe – salvo excepciones– la compensación generada tras el inicio de dicho procedimiento, lo que interpretamos (ya lo hicimos en relación al Derecho español) como un elemento de apoyo al principio de integración y no tanto a la *par condicio creditorum*. Ello reenvía a un debate clásico en Derecho concursal italiano, en el que se duda sobre la naturaleza de la compensación en el fallimento y si su efecto es más próximo a una excepción a la *par condicio creditorum* o si por el contrario se trata de un instrumento de garantía para algunos acreedores³⁹⁰. Dicho debate ha sido personalizado parcialmente en FOSCHINI³⁹¹, que niega el fundamento en razones de equidad de la permisividad en ciertas condiciones de la compensación en el fallimento; para este autor, se corresponde más el mecanismo con una garantía en sede de insolvencia. En el otro lado, rechaza tal concepción SATTA³⁹², que mantiene que el efecto de dicho instituto en el fallimento es indubitablemente una excepción a la *par condicio creditorum*.

En nuestra opinión, FOSCHINI está en lo cierto al señalar que la compensación funciona en el fallimento de modo muy similar a las garantías que hemos estudiado en este capítulo. Por ello precisamente las analizamos conjuntamente, puesto que en ambos casos entendemos que se trata de elementos que inciden sobre el principio de integración. La consideración de la compensación como un medio de pago nos lleva a tal conclusión ya que la permisividad con ésta en cualquier situación implicaría que algunos acreedores

³⁹⁰ Afirmando las dudas interpretativas sobre este instituto para la doctrina y la jurisprudencia, y en particular sobre su calificación como excepción a la igualdad de los acreedores o como instrumento de garantía a favor de una categoría de acreedores, CAGNASSO, O., “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»* (a cura di AMBROSINI, S.), Bologna, Zanichelli, 2008, pág. 98. Otros autores determinan que con el régimen del artículo 56 LF se está excepcionando el principio de la regulación concursal, queriendo incluir en él las reglas de la concursalidad formal y sustancial, y vinculando las mismas a la *par condicio creditorum*, FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 302. Particularmente interesante es el análisis detallado realizado en DE SENSI, V., “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 367, reconstruyendo, resumiendo y personalizando las dos posiciones contrapuestas: la primera (SATTA) vincula la compensación a la *par condicio*, suponiendo la primera una excepción a la segunda dado su fundamento de carácter equitativo; y la segunda (FOSCHINI) asocia a un tipo de garantía este mecanismo, negando la alteración de la igualdad de los acreedores.

³⁹¹ FOSCHINI, M., *La compensazione nel fallimento*, Napoli, Morano Editore, 1965, *passim*.

³⁹² SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996, págs. 198-203.

no se integraran y cancelaran automáticamente (y fuera cual fuese su situación respecto al resto de acreedores) su deuda y su crédito. Esto es, se estaría pagando –no solo cobrando– sin pasar por la verdadera concurrencia e integración en la comunidad de pérdidas. La limitación de la misma es razonable puesto que lo contrario podría menoscabar la constitución de la comunidad de pérdidas concursal. Ello redundaría además, indirectamente, en una reducción de la igualdad de los acreedores originarios del fallito. Lo entendemos así y por tanto no somos absolutamente impermeables a la concepción de SATTA y otros muchos autores italianos. Sin embargo, el análisis axiomático de la cuestión nos lleva a mostrar que la compensación en el fallimento está relacionada con el principio de integración más que con el de igualdad, puesto que la *par condicio* tiene en nuestra opinión un lugar muy concreto como es el reparto final. En este sentido, la compensación podría sacar de la esfera concursal a quien se beneficie de ella; y esta operación por tanto tendrá un efecto directo sobre la comunidad de pérdidas (se verá reducida) y lógicamente un efecto indirecto sobre la igualdad de los acreedores originarios del insolvente.

2.3.2. Cristalización del pasivo: suspensión de los intereses

El devengo de intereses viene suspendido normalmente en los procedimientos de insolvencia siguiendo una lógica de correcta determinación del pasivo y de no empeorar o desequilibrar la situación del deudor común³⁹³. En España hemos hablado de esta regla y de sus excepciones, algunas de ellas compartidas con Italia. En este caso, el artículo 55,1º LF es el que determina la suspensión del devengo de los mismos, sea su origen convencional o legal, recogiendo también algunos ámbitos al margen de la suspensión³⁹⁴. Sin embargo, la cristalización del pasivo (nombre que ha recibido en Italia esta disciplina) no va a ser, a pesar de lo que proclama la Legge Fallimentare, una disposición de aplicación general, sino que su ámbito de aplicación tendrá un margen muy reducido. Ciertamente ambos ordenamientos –español e italiano– coinciden, –por la consideración de los créditos prededucibles como extraños al proceso– en que las deudas de la masa queden fuera de la interrupción en la generación de intereses. No obstante, el precepto de

³⁹³ Considerando que la norma, entre otros motivos, responde a lo injustificado que resultaría la alteración del equilibrio entre acreedores después de declarado el fallimento sobre la base de intereses y no de cantidades principales, FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 296.

³⁹⁴ CAGNASSO, O., “Gli effetti del fallimento per...” *op. cit.*, pág. 95.

la LF dedicado a la cuestión va más allá, y determina que el devengo de intereses sigue vigente también en torno a los créditos con garantía real o privilegiados; lo que implica que dicha suspensión solo se aplica a los acreedores quirografarios –ordinarios–. Es evidente que queda en el escenario concursal italiano muy denostada esta interrupción de intereses que solo va a afectar a una categoría que, dada la proliferación de privilegios y causas de prelación, no tiene una gran presencia en los procedimientos de insolvencia actuales³⁹⁵. Con ello, la cristalización del pasivo como elemento armonizador y que ayuda a la correcta determinación del pasivo y por ende de la comunidad de pérdidas no va a surtir los efectos esperados en la LF. El régimen jurídico de los intereses en el fallimento no va a apoyar al principio de integración de la masa pasiva.

3. Integración y método comparado

Corresponde finalizar este capítulo con una nota final que resuma los resultados a los que se llega tras la exportación del principio de integración al ámbito del fallimento en Italia. Ha sido especialmente complejo trasladar la cuestión axiológica en lo se refiere a la formación de la masa pasiva, ya que la construcción teórica alrededor de este sector en la disciplina del fallimento se encuentra muy arraigada sobre elementos que nos son extraños y que hemos debido remover para llegar a un punto que nos permitiera realizar las comparaciones que buscábamos desde el inicio. Resulta muy difícil trasladar una idea como la comunidad de pérdidas a un ordenamiento en que la concursalidad viene siendo estudiada no como característica autónoma sino como elemento de la universalidad, en su vertiente pasiva o subjetiva. Por tanto, lo primero que hay que destacar es la complejidad de la operación que se ha tratado de desarrollar.

En cuanto al contenido en sí, podemos resumir en pocas líneas lo que ha supuesto la aplicación del método comparado en este punto. De hecho, una frase puede decirlo todo: el sistema concursal italiano cuenta con demasiadas excepciones al principio de integración; o al menos se puede decir que este axioma sale mal parado en su comparación con el régimen de la LCon. La concursalidad de los créditos no se encuentra tan protegida en Italia, donde existen demasiados regímenes particulares. Con respecto a los créditos garantizados mediante hipoteca o prenda, debemos señalar que en ambos ordenamientos se ha optado por tratar de *facto* fuera del procedimiento concursal la satisfacción de los

³⁹⁵ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 296.

mismos (al menos en lo que se refiere al valor de la garantía); del mismo modo que ocurre con la disciplina de la compensación, que aunque es tratada de forma diferente, los resultados de la aplicación de dichas normas produce efectos muy similares. No obstante, hay algunos elementos originales en el Derecho italiano y que suponen una importante perturbación del principio de integración. Principalmente nos hemos referido a tres: el fondo patrimonial familiar y el patrimonio destinado societario, que son dos realidades que permiten sacar de la esfera concursal numerosos acreedores que en el sistema español quedarían perfectamente integrados en el mismo y que superan con mucho las interferencias que pueda causar a este principio los derechos de ejecución separada existentes en la LCon por derechos privilegiados sobre buques y aeronaves; en segundo lugar, la no suspensión del derecho de retención, que viene precisamente interrumpido *ex lege* en el concurso español para evitar que determinados acreedores sin un derecho prelación puramente concursal puedan evadirse de la comunidad de pérdidas; y finalmente el régimen de los intereses, que mientras en España vienen interrumpidos por regla general y sobre todos los créditos salvo las deudas de la masa, en Italia dicha suspensión solo se aplica a los créditos ordinarios, lo que no produce el impacto que se propone la medida de cara a la cristalización del pasivo y a la correcta formación de la masa. La concursalidad en Italia se ha promocionado más de cara a someter a todo acreedor a los cauces procesales –concurso formal– que a obtener efectivamente el sometimiento de los acreedores al juicio universal. En nuestra opinión, de poco sirve atender al concurso formal si posteriormente los acreedores están facultados para salir de la lógica del procedimiento de ejecución universal. En este sentido, nuestra visión, la del concurso real establece una serie de cánones que no se cumplen en Italia (o se cumplen en menor medida que en España), quedando muy denostado el principio de integración tal y como se entiende en esta investigación.

CAPÍTULO IV
PRINCIPIO
PAR CONDICIO CREDITORUM

1. La igualdad de los acreedores en el proceso concursal como histórica pretensión del Derecho de la insolvencia

El elemento que se analiza a continuación en esta investigación es uno de los principales axiomas sobre los que se ha asentado la disciplina concursal en cualquier contexto geográfico o histórico. Se trata de una pretensión clásica y que tiene como corolario el reparto equitativo de la masa patrimonial del concursado entre los acreedores con pretensiones legítimas sobre éste. De forma apriorística, puede entenderse que la referencia a este principio o idea no solo lógica o razonable en el seno de un procedimiento de tipo concursal, sino muy deseable desde el punto de vista de la tutela del crédito. No obstante, el desarrollo de la *par condicio creditorum* ha provocado no pocos problemas en las legislaciones modernas. Aun habiendo sido uno de los motores de la empresa legislativa en materia de insolvencia, por ejemplo en relación a la LCon, que viene, entre otros, a solventar la grave situación de desigualdad entre los acreedores en el contexto previo a 2003, no se puede decir que su implantación sea completa ni pacífica.

Efectivamente se trata de una regla con historia en el Derecho concursal³⁹⁶, que en estos momentos pasa por horas bajas. Aunque siga esgrimiéndose su bondad como justificación a distintas intervenciones normativas –ahora nos referimos al proceso concursal en abstracto, no solo al español o al italiano–, el concepto de *par condicio creditorum* está siendo en ocasiones malinterpretado. Por tanto, resulta fundamental en un estudio de estas características demostrar cuál es la versión del axioma que debe entenderse pura, cuál es su relación con las normas concursales españolas e italianas, qué naturaleza tiene esta regla, cuántas y cuán importantes son las excepciones que se prevén en estos ordenamientos, etc. En definitiva, corresponde a esta parte de la investigación proporcionar una definición de un principio que como venimos diciendo es una pretensión histórica muy publicitada pero muy poco comprendida. Se ha tomado en vano el nombre de esta institución jurídica y como reacción a ello entendemos que la reacción desde el ámbito doctrinal debe ser sentar las bases para la construcción de un concepto no obligatoriamente moderno pero sí respetuoso con la esencia de la *par condicio*

³⁹⁶ Como expresaremos más adelante, entendemos que sus orígenes se encuentran en el Derecho romano y no en el Derecho francés napoleónico como se ha dicho.

creditorum, que es el único camino para evaluar el grado de implantación del mismo en los ordenamientos actuales. Creemos que de nada sirve utilizar como justificación a nuestras pretensiones revisionistas de la disciplina concursal una idea de la que no tenemos claros sus confines, su historia o su significado. Aquí se quiere desgranar la verdadera *par condicio creditorum*.

2. Principio *par condicio creditorum* en Derecho español

2.1. Independencia axiomática

La igualdad de los acreedores concurrentes en un procedimiento concursal supone una las bases de éste, pasando a formar parte del glosario concursal con el aforismo latino *par condicio creditorum*. Ya se han hecho algunas referencias en este sentido, y que queremos reproducir aquí a modo de introducción al estudio de la igualdad de los acreedores en el concurso. Las reflexiones que se han expuesto hasta ahora sobre la *par condicio creditorum* expresan la idea de independencia de dicho axioma respecto de otros principios informadores del Derecho concursal. En concreto, nos hemos centrado en separar los ámbitos de acción de los principios de universalidad, integración e igualdad de los acreedores. El primero se ha caracterizado como el empleo de la totalidad de los bienes del deudor a pagar a los acreedores que concurren al procedimiento en una suerte de versión concursal e independiente del artículo 1911 CC –o 2740 Codice Civile–. El segundo viene determinado por la pertenencia de todos los acreedores a una comunidad de pérdidas, a un juicio universal en el que todos los integrados en la masa son conscientes de la complicada situación económica del deudor y sus posibles consecuencias negativas en la satisfacción de sus legítimas pretensiones. El tercero, que ahora centra nuestro interés, se refiere a la medida en que dichas pérdidas afectan a los acreedores, estableciendo un criterio general de igualdad entre éstos a la hora de cobrar sus créditos, o lo que es lo mismo, la igualdad en las pérdidas esperadas y esperables ante la insolvencia del deudor común.

Por tanto, igualdad e integración no son la misma cosa, como se ha dicho, ni vienen a complementarse de modo que una no pueda ser entendida sin la otra. Efectivamente, la integración de la totalidad de acreedores es una condición que redundará en que el reparto posterior sea más igualitario. Si existen acreedores que no concurren al juicio universal, obviamente éstos no satisfarán sus créditos de manera que

no podrá entenderse *par condicio* en el sentido más amplio. No obstante, la igualdad de tratamiento seguirá dándose en el procedimiento, de modo que todos los que efectivamente estén integrados en el proceso concursal podrían ser tratados de la misma forma. Separamos claramente, aunque es evidente que se trata de conceptos relacionados, los principios de igualdad e integración. Entendemos que la *par condicio creditorum* es un principio que opera respecto de un procedimiento concursal no solo iniciado, sino que se refiere a la fase de solución, cuando las deudas concursales se pagan en la medida de lo posible, ya que el reparto de las pérdidas tiene lugar en ese momento del concurso y no antes. No obstante, existe una idea coloquial de igualdad que a este respecto ha ensuciado el análisis jurídico de la cuestión. Su efecto se deja notar cuando la interpretación del principio *par condicio* lo concibe inserto —o como parte de un *totum*— en el de integración. Si bien en la fase común (España) el principio que opera es el de integración de los acreedores en la comunidad de pérdidas, el grado en que esas pérdidas afecten a cada acreedor de manera particular va a pertenecer a un estadio posterior, a la liquidación del patrimonio concursado en sí. Sobre la aplicación de la *par condicio creditorum* al convenio concursal u otro tipo de solución pactada de la insolvencia, veremos más adelante que la cuestión no es sencilla; y haremos una somera anotación sobre el tema, sin perjuicio de centrarnos en la igualdad de los acreedores en la liquidación concursal, por ser la solución típica y que desgraciadamente impera en la práctica judicial.

Para analizar el principio resulta fundamental la exégesis del concepto de privilegio, así como de las categorías crediticias que la Ley Concursal establece. Dichas categorías cuentan con una consideración sistemática en la norma, no obstante, manteniendo la construcción que venimos realizando de la institución concursal en epígrafes anteriores, vamos a encuadrarlas a veces en determinados perfiles que no convergen con la visión que la LCon tiene de las mismas. No es una operación nueva en esta investigación, todo lo contrario, supone mantener la coherencia en la concepción de determinados créditos u operaciones, en lo que no estamos de acuerdo con la propia Ley. En cualquier caso, cada “cambio” en sede interpretativa del orden concursal establecido se trata con la prudencia necesaria y justificando por qué confiamos en una exégesis diversa a la legal. Quizá la naturaleza de este estudio, particular por su objeto (relativo a la cuestión axiológica del concurso), puede ser la razón de la continua demanda de respuestas sobre ámbitos que parecen indiscutidos en esta rama de conocimiento.

2.2. Concepto

La igualdad de trato no está recogida de forma expresa en el articulado de la Ley Concursal de 2003 como un principio informador del procedimiento de ejecución universal, sino que se trata de una idea que se infiere del tenor de la norma. El aforismo *par condicio creditorum* no aparece en todo el texto, mientras que el término igualdad cuenta con una sola referencia en el articulado³⁹⁷ y no describe el contenido del principio. En la Exposición de Motivos sí que existen dos menciones claras a la “igualdad de tratamiento de los acreedores”, disponiendo que supone la regla general y que sus excepciones deben ser muy contadas y justificadas, pero no se explica el contenido técnico de la regla. Este problema de indefinición se ha visto integrado por la amplísima atención que la doctrina viene dedicando no solo –no tanto– desde la promulgación de la Ley, sino antes incluso. Es un principio de honda tradición en la realidad concursal, cuyo contenido ha sido glosado y comentado por muchos autores. Aquí iniciaremos por conceptualizarlo, descendiendo poco a poco a lo concreto, a su efectividad en la LCon.

Para GARCÍA POMBO, el sistema de ejecuciones individuales –el Derecho de obligaciones común–, cuenta con una importante disfunción consistente en la posibilidad de devenir en opciones antieconómicas en situaciones de un deudor ante una pluralidad de acreedores. La “autotutela” del crédito atiende únicamente al interés de cada acreedor, sin tratar de optimizar el patrimonio del deudor, de modo que pueden darse ejecuciones desordenadas, precios ilógicos, excesivos costes de ejecución, etc³⁹⁸. Ante ello, la ejecución concursal trata de imponer una comunidad de sacrificio en que todos los acreedores sean tratados del mismo modo.

Por el contrario, según DÍEZ SOTO³⁹⁹, la *par condicio creditorum* es un principio no de ámbito concursal sino general, consistente en que *el derecho de cada acreedor a ver satisfecho su crédito con cargo al patrimonio del deudor no se ve limitado, como regla, por la existencia de otros créditos concurrentes sobre el mismo patrimonio*. En opinión del autor, la traslación de dicho principio a un contexto de insolvencia tiene como

³⁹⁷ Artículo 162 LCon, que se comentará posteriormente.

³⁹⁸ GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 25.

³⁹⁹ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, Reus, 2006, págs. 12-13.

consecuencia un derivado principio de proporcionalidad o “ley del dividendo” que rige en el procedimiento concursal, de modo que cada acreedor *tiene derecho cobrar su crédito en la misma proporción que el total del activo del deudor alcance a cubrir su pasivo*. A pesar de ello, la posición mayoritaria vincula irremediabilmente la *par condicio creditorum* al procedimiento concursal, entendiendo que las normas concursales pueden seguir en mayor o menor medida la inspiración del Derecho común –de sus preceptos fundamentales como el artículo 1911 CC, que consagra la responsabilidad universal patrimonial del deudor–, sin que de ello pueda deducirse la existencia del principio de *par condicio creditorum* fuera del ámbito concursal. Somos por tanto más partidarios de considerar el concepto como *principio informador que rige en las ejecuciones universales de los bienes del deudor común, consistente en el tratamiento de igualdad para todos los acreedores*⁴⁰⁰; la condición inicial es la aplicación sectorial a los procedimientos de ejecución universal, concursales en definitiva.

Efectivamente, el artículo 1911 CC permite, como ya se ha dicho en este estudio, la agresión al patrimonio del deudor por parte de sus acreedores individualmente considerados, y ello no puede ocurrir sino en condiciones de igualdad, esto es, atendiendo a las condiciones subjetivas de los créditos de cada uno y haciendo valer sus pretensiones en el plano jurídico. No podría ser de otro modo ya que se conculcaría el derecho a la igualdad de todos los españoles recogido por el artículo 14 CE. La protección y reconocimiento constitucional de la igualdad es no ya un principio informador del ordenamiento, sino un derecho subjetivo de todo individuo, y como tal no admite la aplicación de normas discriminatorias. Ahora bien, esto no quiere decir que la igualdad de trato a los acreedores se eleve a categoría de principio aplicable a todo el Derecho de obligaciones. Del artículo 1911 CC podemos inferir la facultad de los acreedores de agresión legítima al patrimonio del deudor, pero las condiciones en que eso ocurra derivan del resto del ordenamiento y por supuesto no empecen a que se creen axiomas particulares en diversas ramas del Derecho. En ese sentido, el reparto equitativo del activo perteneciente al deudor incurso en un procedimiento concursal se ha conocido y se conoce como *par condicio creditorum* o igualdad de trato a los acreedores, cuyo ámbito de

⁴⁰⁰ Admitiendo la influencia del artículo 1911 CC, pero considerando en este sentido la *par condicio creditorum*, PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 4, 1980, págs. 485-486.

aplicación, lógica y configuración técnica responden fundamentalmente a cuestiones de Derecho concursal.

En la recopilación de definiciones del principio nos encontramos con un hecho que llama nuestra atención y es lo recurrente que resulta citar la *par condicio creditorum* como criterio interpretativo, sin detenerse a explicar en qué consiste ni lo que supone para el procedimiento concursal. De este modo, valoramos cada intento de la doctrina de dar una definición al axioma que estamos estudiando, así como reflexiones sobre su sentido o ámbito de aplicación. Aun así seguimos asistiendo a algunas conceptualizaciones que no terminan de convencernos. En este sentido, se ha dicho que la *par condicio creditorum* significa sustancialmente que los acreedores concursales recuperan sus créditos en función de su naturaleza, o intervienen en la solución concordada también en base a las cualidades subjetivas de éstos u objetivas de sus créditos⁴⁰¹. Aunque estas circunstancias parezcan responder a los dictados de la LCon, si pensamos de forma abstracta en el principio de igualdad de trato a los acreedores, no podemos sostener que éste consista en la satisfacción de los créditos en atención a sus características, sino todo lo contrario, en un plano de igualdad. La condicionalidad que termina por corromper la *par condicio* debería acaso entrar por vía de excepción, y no en la definición del principio general.

Pero sobre todas destaca una cita que no podemos obviar, la de GARCÍA MARTÍNEZ, que teoriza sobre la *par condicio creditorum* por encima de condicionantes legislativos. Su análisis se produce en un momento no solo previo, sino muy anterior a la génesis de nuestra Ley Concursal –el año 1984–, y con la referencia de una legislación concursal extranjera, la argentina⁴⁰². No obstante, la plena actualidad de sus planteamientos tienen causa en una metodología y un argumento atemporal, como es el

⁴⁰¹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 681.

⁴⁰² Con la Ley 19.551 de 4 de abril de 1972, de Concursos y Quiebras, ya derogada por la Ley 24.522 de 20 de julio de 1995, de Concursos y Quiebras.

estudio de un principio de una rama del Derecho, cuestión que difícilmente caduca⁴⁰³. Destacamos a continuación los puntos más interesantes de esta teoría⁴⁰⁴:

– La paridad de los acreedores es un principio exclusivamente concursal. No existe *par condicio creditorum* antes ni después del procedimiento dado que en esa situación los acreedores se someten a la *selva procesal*, donde la velocidad en la acción se constituye como un criterio válido para discernir quiénes cobrarán sus créditos, o quiénes lo harán en primer lugar. El autor resume la idea con la siguiente afirmación: *La par condicio nace con la quiebra y muere con ella*; debemos entender la referencia a la quiebra extrapolándola, en la medida de lo posible, al procedimiento concursal en general aunque en nuestro país ya no exista esta figura.

– La igualdad de trato a los acreedores puede, como principio concursal, entenderse de varias maneras diferentes:

- como fin del procedimiento, existiendo un interés del poder público, que actúa coactivamente para tutelar el derecho de los acreedores a la distribución igual y proporcional de la masa. De modo que coexisten los intereses crediticios con el interés público de que el proceso revierta en un reparto equitativo⁴⁰⁵;

- como efecto de la quiebra, haciéndose hincapié en que no si no existe derecho de satisfacción igualitaria antes de la apertura del procedimiento concursal, éste no es más que un efecto directo del mismo. El interés estatal o público está en la eliminación de empresas insolventes y ello es lo que lleva a la liquidación de empresas y la consiguiente satisfacción de los acreedores. Se reparte porque es necesario liquidar. En cualquier caso, se entiende que existe un interés público tras la *par condicio creditorum*⁴⁰⁶;

⁴⁰³ Pueden sancionarse normas que lo reconozcan en mayor o menor medida, pero el contenido del principio de igualdad de los acreedores es una tendencia en el Derecho concursal que puede constatarse, e incluso aprenderse, de una publicación de hace más de treinta años.

⁴⁰⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, R., “Principios de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1984, págs. 881-891.

⁴⁰⁵ CANDIAN, A., *Il processo di fallimento: programma di un corso*, Padova, CEDAM, 1934, pág. 40.

⁴⁰⁶ D’AVACK, C., *La natura giuridica del fallimento*, Padova, CEDAM, 1940, págs. 15 y ss.

- como un medio, encontrándose en esta línea la vía que podría acercar las dos posturas anteriores. La paridad es el método más racional y más justo para llevar a cabo la liquidación de una empresa insolvente cuya continuidad es a todas luces imposible. Desde esta concepción se mantienen todos los posibles intereses en juego, particulares y colectivos⁴⁰⁷.

– Se trata de un derecho que no puede entenderse de manera individual, por entrar en contradicción con la naturaleza de la ejecución colectiva. Además, van a darse situaciones que no pueden justificarse como destinatario del axioma a la masa en sí. El principio responde a un interés general, de orden público, que es el verdadero beneficiario del mismo. Dentro de él, se encuentran insertos tanto el interés colectivo de la masa como los distintos intereses particulares de los acreedores, pero si la aplicación del principio debe decantarse por un interés lo hace por el general, que es preponderante –aunque se desatiendan el interés colectivo o los intereses individuales–.

– La *par condicio creditorum* es un principio que modera el concurso en múltiples relaciones (deudor y acreedores; acreedores entre sí) prohibiendo el establecimiento de ventajas de unos sobre otros. También influye en la negociación concursal, en la que *actúa como principio protectorio del interés general*.

– El principio no implica en el reparto una proporción matemática exacta sobre las relaciones existentes con anterioridad al procedimiento⁴⁰⁸. Es más un criterio

⁴⁰⁷ APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la quiebra*, México D. F., Stylo, 1945, pág. 113.

⁴⁰⁸ En contra, además de las citas realizadas por el propio autor, destaca DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014, pág. 351; y ARROYO MARTÍNEZ, I. y MORRAL SOLDEVILA, R., “Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1264 (abogan por la supresión de todo privilegio para llegar a una *par condicio* pura). Queda así patente la controversia existente en la doctrina, que no alcanza un acuerdo sobre el grado de proporcionalidad necesario en el sistema de reparto de la masa, para que éste respete la *par condicio creditorum*; o si la proporcionalidad es siquiera un elemento de dicho principio, o bien se debe entender, en el mismo sentido que expresa GARCÍA MARTÍNEZ, como un criterio orientador de la solución concursal, que no se traduce en reglas de proporcionalidad. En la misma línea argumentativa, y diferenciando la *par condicio* de la proporcionalidad existente en la distribución a prorrata dentro de algunas categorías de créditos, *vid.*, GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento... op. cit.*, pág. 25; VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006, pág. 61.

orientador en el momento del reparto del patrimonio concursado, que busca una distribución justa del mismo, operación en la que influyen numerosos factores.

– Finalmente, cabe señalar sobre el rango de este axioma que no se trata de un principio constitucional. No puede identificarse con el principio de igualdad ante la Ley dado que difieren en su origen y en sus efectos. Los principios constitucionales impulsan y obligan al legislador, a diferencia de los principios generales como la *par condicio creditorum*. Mientras que la actividad legislativa está obligatoriamente marcada por los preceptos constitucionales, pueden existir normas que violen principios generales dentro de una rama del Derecho. La diferencia por tanto, es que la Ley que incurre en la contravención de un principio constitucional debe ser invalidada, al contrario que si se trata de un principio general, cuya inobservancia puede ser perfectamente legítima en circunstancias especiales.

Compartiendo esta idea de *par condicio* no absoluta y todopoderosa encontramos también la opinión de NIGRO, con una perspectiva amplia y comparada de los ordenamientos italiano y español, lo que en el grado de abstracción en que nos movemos resulta fundamental⁴⁰⁹: *se tiende a menudo, conscientemente o no, a exhibir el principio de la par condicio creditorum como finalidad de los procedimientos concursales o, en cualquier caso, como una suerte de dogma vinculante incluso para el legislador. Es cierto que la norma de la paridad de condición y de tratamiento de los acreedores constituye en todos los ordenamientos una de las reglas en torno a las cuales gira la entera disciplina del concurso y, además, presenta un canon fundamental de reconstrucción, interpretación y aplicación de la disciplina. Pero no se trata de un principio absoluto e inderogable, sino, más bien, de una simple norma técnica de organización del concurso, que tiene poco o nada que ver con ideas abstractas de equidad, de igualdad y de justicia y que es, a fin de cuentas, el fruto de una opción del legislador, el cual puede, por tanto, tranquilamente, para casos o perfiles singulares, establecer su no operatividad.* La extensa cita no hace sino refrendar la tesis de un principio caracterizado por su valor meramente técnico u organizativo de cara al reparto de las pérdidas inherentes a la condición de acreedor concursal.

⁴⁰⁹ NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 347-348.

En este sentido, pero otorgando al principio la categoría de modelo o paradigma de Justicia concursal, lo considera PEINADO GRACIA⁴¹⁰. Su análisis aporta un elemento nuevo al concepto de igualdad de trato de los acreedores concursales: la cooperación entre éstos no va a surgir de manera automática; de modo que a pesar de que el comportamiento cooperativo entre acreedores sea una forma contrastada de optimizar el patrimonio concursado, no cabe esperar este tipo de comportamiento en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva, ya que la razón individual se impone en función de factores como el miedo a sufrir una pérdida mayor. Así, resulta necesaria la actividad del legislador para promocionar estos comportamientos cooperativos. Considerando que por acción del sistema concursal y en virtud del principio de integración del artículo 49 LCon se produce una *comunidad de intereses*⁴¹¹, ésta supone el soporte sobre el que el ordenamiento puede establecer incentivos o mandatos en materia de cooperación entre los acreedores. Siguiendo esa clasificación de paradigmas de Justicia concursal, citamos cuatro modelos, que se mueven en el terreno de las posibles soluciones justas al Derecho de la insolvencia⁴¹²:

– El primero de ellos se corresponde con la *par condicio creditorum*, identificándola con el sometimiento de todos los acreedores a la “ley del dividendo”. Se parte de una concepción en que todos los acreedores fundan su derecho en una garantía. Esta garantía no es otra que el patrimonio del concursado, que según las reglas comunes puede ser agredido para la satisfacción de los créditos considerados individualmente.

– El segundo tiende a premiar al acreedor que ha llevado a cabo una labor más intensa de vigilancia sobre la esfera patrimonial del concursado, entendiéndose que éste debería obtener mayor satisfacción que quien no se ha preocupado de la suerte del insolvente. El sistema cuenta con algunas disfunciones como la falta de cooperación –lo

⁴¹⁰ PEINADO GRACIA, J. I., “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Estudios de Derecho concursal* (dirigido por PEINADO GRACIA, J. I., y VALENZUELA GARACH, F. J.), Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 18.

⁴¹¹ BELTRÁN, E., “Integración de la masa pasiva (art. 49)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pág. 991.

⁴¹² PEINADO GRACIA, J. I., “Cooperación y pillaje...” *op. cit.*, págs. 19 y ss. Habla el autor de soluciones que pueden consistir bien en dar eficacia ante la insolvencia a las garantías *erga omnes* existentes anteriormente; o bien crear un orden nuevo surgido con motivo de la insolvencia.

que redundaría en un mayor “pillaje” en la terminología que usa el autor– y el previsible “sobresfuerzo” de los acreedores.

– En tercer lugar está el sistema que confía en la autonomía de las partes para determinar el orden de prelación en el pago. En este sentido no se reconocerían más privilegios que los exclusivamente contractuales.

– Finalmente, el modelo que considera como mejor Justicia concursal aquella que ordena los acreedores a la hora del cobro de sus créditos atendiendo a la cuestión temporal. La satisfacción de créditos se basa en el orden temporal en que éstos se generaron. Aquí se entiende que la garantía descrita por el primer modelo (el patrimonio del deudor) se encuentra en cada momento minorada por las obligaciones asumidas con anterioridad por el deudor, con los riesgos que ello supondría para la financiación de éste.

Se ha hecho una referencia somera a los cuatro modelos, aunque nuestro objeto de estudio se centre inicialmente en el primero de ellos. Un análisis integrado de todos arroja una importante verdad en materia de reparto de las pérdidas entre el consorcio de acreedores: cualquier elección del legislador al respecto es una mera cuestión de política legislativa. Manteniendo la cita anterior⁴¹³, se revela como estéril el esfuerzo por enjuiciar con criterios de Justicia la norma concursal en este punto. Predicándose la satisfacción de los acreedores como la finalidad principal del concurso, el análisis de la redistribución de factores productivos al menor coste posible debe centrarse en dos cuestiones: la eficiencia, de modo que los costes sean reducidos al mínimo; y el problema de la prelación en el pago de los créditos, que determinará quién soporta dichos costes y en qué medida⁴¹⁴. Dado el carácter y la naturaleza no cooperativa de los acreedores, la norma concursal cumple la función de maximizar el valor del patrimonio concursado, ya que la ejecución colectiva y ordenada de los bienes va a optimizar el rendimiento económico que pueda resultar de estas operaciones. El sistema concursal actúa en consecuencia como una red que no deja proliferar ese “pillaje”, para establecer unas reglas que incrementan el valor de la masa.

Tras el análisis del estado de la cuestión corresponde, antes de seguir analizando el axioma, dar una definición del principio *par condicio creditorum*. En nuestra opinión

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Siendo, en opinión del autor, esta segunda vertiente más atendida por las normas concursales en general.

se podría sintetizar el concepto así: principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso.

2.3. El privilegio como excepción

La configuración del principio de igualdad de trato de los acreedores en el concurso determina de manera incompleta la realidad de la distribución de bienes en sede concursal. Tratándose del principio general que muchas legislaciones han tomado –o dicho tomar– como opción más justa, no es el único elemento que va a influir en la solución del concurso. Se incorporan normalmente, además del principio *par condicio creditorum*, una serie de circunstancias que ya adelantamos comportan excepciones a la igualdad de los acreedores⁴¹⁵, y que van introducir un importante nivel de distorsión de cara al análisis del axioma.

La protección del crédito cuenta con diferentes mecanismos que funcionan no solo en el ámbito concursal, sino también fuera de éste. En este sentido, el establecimiento de preferencias en el orden de prelación concursal viene a suponer un importante instrumento, que se va a manifestar en uno de los momentos en que es más necesario, ante la insolvencia del deudor. Las preferencias, que benefician o aventajan a unos acreedores sobre otros en el procedimiento concursal, reciben el nombre de privilegios y tienen un perfil absolutamente institucionalizado. No obstante, no conviene caer en el recurrente error de considerarlos una pieza más del ordenamiento concursal sin preguntarnos por su significado. El privilegio es sin duda una excepción al principio de la *par condicio creditorum* por cuanto interrumpe las reglas o interpretaciones preceptivas

⁴¹⁵ Resulta interesante la postura de LAZO GONZÁLEZ, que entiende el nacimiento del principio *par condicio creditorum* como un efecto reflejo de la desaparición del privilegio –*ius deductionis*– del dueño sobre las mercancías que maneja el esclavo (ya hemos explicado el concepto de peculio en este estudio), por conocer aquél con todo detalle los negocios de éste. La relevancia dogmática y el estudio del concepto se asocian a la desaparición de dicho privilegio, respondiendo la *par condicio* al intento de instaurar un orden igualitario natural, que habría operado en defecto de la preferencia a favor del dueño. Su aparición por tanto es posterior al privilegio o, si se quiere, una reacción a éste. LAZO GONZÁLEZ, P., “El contexto dogmático...” *op. cit.* págs. 90 y ss.

para el establecimiento de igualdad entre los acreedores⁴¹⁶. Los privilegios responden en algunas ocasiones a mecanismos de protección del crédito que preexisten al proceso concursal, como pueden ser las garantías reales⁴¹⁷; y en otros casos responden a criterios puramente concursales, consecuencia del juicio del legislador acerca de los conceptos que deben promocionar en el orden de prelación. Siendo más exactos, en Derecho concursal y más concretamente en el estudio de la calificación crediticia, van a mezclarse diferentes orígenes o razones en el establecimiento de preferencias, aunque todos responden realmente al criterio del legislador⁴¹⁸, que tiene el monopolio para tasar las causas de preferencia.

El estudio de la prelación concursal requiere la capacidad de distinguir dos conceptos que se corre el riesgo de confundir: privilegio y garantía. Señala DÍAZ MORENO: *los privilegios son exponentes de la intervención del legislador en la economía mientras que las garantías constituyen mecanismos puestos a disposición de los particulares para que ellos generen sus propias preferencias*⁴¹⁹. Efectivamente, existe un origen negocial en la preferencia concursal basada en una garantía, por ejemplo real; no obstante, el privilegio especial no deja de ser privilegio y de ser preferente por su reconocimiento legal, por más que encuentre su *ratio* inicial en el pacto entre deudor y acreedor. En virtud de la autonomía privada se suscriben determinados mecanismos de garantía del crédito, sin embargo, su traslación al ámbito concursal es una cuestión que depende exclusivamente de la inclusión de éstos en la lista de motivos que justifican el tratamiento preferencial, o lo que es lo mismo, su consideración como privilegio concursal. En nuestra opinión el privilegio siempre es de naturaleza legal, y nunca depende de la voluntad de las partes. Ello no obsta para que en el tráfico, conociendo los conceptos que producen un privilegio en sede concursal, se acuda en masa a los

⁴¹⁶ A pesar de la tolerancia de la doctrina para encajar los privilegios y la igualdad de los acreedores, algunos autores señalan con acierto que aquél supone la ruptura de la *par condicio*: VEIGA COPO, A. B., “Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1650.

⁴¹⁷ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, pág. 14.

⁴¹⁸ En sentido similar, GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 58.

⁴¹⁹ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 353.

mecanismos que mejor protección puedan otorgar al crédito, incluso en caso de insolvencia.

El artículo 89.2 impide que opere ningún privilegio que no esté recogido en la propia LCon⁴²⁰. Se debe respetar por tanto en materia de privilegios una reserva de Ley “concreta”, que implica de un lado la necesidad de modificar una norma de rango legal para establecer un nuevo privilegio; y de otro, la obligación de tasar las preferencias existentes en el orden de prelación de pagos en la Ley Concursal y no en otras leyes, aunque éstas que puedan contener otras normas de carácter concursal, en una condición que el Tribunal Supremo ha denominado *principio de tipicidad*⁴²¹. La justificación es que la graduación de los créditos resulta tan fundamental que requiere una seguridad jurídica reforzada.

Con un origen o con otro, la proliferación de privilegios concursales puede desvirtuar la igualdad de los acreedores. De hecho, se trataba de una queja habitual en el Derecho previgente, tratándose el anterior a la Ley Concursal de 2003 de un sistema muy dado al establecimiento de preferencias crediticias. Se dijo incluso que la *par condicio creditorum* se había convertido en un regla vacía de contenido en la práctica concursal, al provocar la proximidad de la insolvencia del deudor común el “miedo” en los acreedores, y el intento de todos ellos de buscar y suscribir mecanismos de protección del crédito que subsistieran tras la apertura del procedimiento en forma de privilegio o

⁴²⁰ Artículo 89.2 LCon: “Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”.

⁴²¹ Comentando el intento de eliminar la referencia a la LCon como única norma que pudiera albergar privilegios concursales –Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002–, cuando el contenido de esta regla se situaba aun en el Proyecto de Ley Concursal en su artículo 88, señala el Tribunal Supremo sobre dicha enmienda: *Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo. Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 322/2013, de 21 mayo (RJ 2013/4956), FD 3º. Es jurisprudencia reiterada la interpretación recta de esta norma: SSTS: (Sala de lo Civil, Pleno) 1231/2009, de 21 de enero (RJ 2009/398), FD 3º; y (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 492/2009, de 22 de junio (RJ 2009/5105), FD 2º y 3º. Reconociendo la absoluta tipicidad de los privilegios concursales: VEIGA COPO, A. B., “Par condicio...” *op. cit.*, pág. 1652.

preferencia en el orden de prelación⁴²². PÉREZ PÉREZ realiza en este contexto histórico su conceptualización del privilegio, atendiendo tanto a las principales legislaciones europeas de la época (Italia y Francia) como a la doctrina –mayoritariamente civilista– española (DE BUEN, GULLÓN, GARCÍA DE HARO y OLIVENCIA), que hasta el momento había desarrollado con mayor profundidad la cuestión. Las conclusiones de su análisis arrojan diferentes modos de entender el privilegio concursal. Dentro de la tradición española, el privilegio se ha desarrollado como una excepción al principio que estamos estudiando y no como una excepción a una norma concreta, ante la indefinición legal –indefinición que llega a nuestros días– del término “privilegio”. En nuestro país, esta circunstancia ha marcado el estudio del privilegio, que se ha caracterizado como una cualidad del crédito⁴²³, la de ser tratado con preferencia en el pago del mismo. Para justificar dicha cualidad se ha acudido: en primer lugar, al carácter excepcional de la preferencia, ya reconozca un mecanismo de protección del crédito previo (como una hipoteca, pero diferenciando siempre el negocio jurídico del privilegio *ex lege* en sede concursal) o dicha configuración sea puramente concursal; y en segundo lugar, a la causa o *ratio* que lleva al legislador a privilegiar dicha relación jurídica, a la que se reconoce una función económico-social merecedora de tal trato. En cambio, los ordenamientos extranjeros aludidos (francés e italiano) venían definiendo legalmente el concepto como un derecho de prelación en sus respectivas legislaciones^{424, 425}.

⁴²² PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza...” *op. cit.*, pág. 486.

⁴²³ También en este sentido, pero destacando el marcado carácter accesorio del privilegio con respecto al crédito, *vid.*, DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, págs. 29-32. Repasa el autor las diferentes concepciones –como cualidad o como derecho– del privilegio. No obstante, mantiene en todo momento como elemento básico del concepto la accesoriedad y en cierta medida la autonomía del privilegio, señalando los posibles contextos en que la atribución de un privilegio puede venir dado por factores externos al crédito, o bien la supervivencia de aquél pueda no ir ligada al elemento principal. A pesar de ello, no deja de ser el privilegio una cualidad atacada al crédito, de manera que la transmisión de éste se entiende comprensiva también del privilegio, en los términos que establece el Derecho común –que califica el privilegio como derecho accesorio– (artículo 1528 CC).

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ Se citan en concreto los artículos: 1952 del Código Civil italiano de 1865 –Codice Civile del Regno d’Italia, Regio Decreto 25 giugno 1865, n. 2358– (“Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del crédito”); 2745 del Código Civil italiano –aprobado por el Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262– (“Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito. La costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti; può anche essere subordinata a particolari forme di pubblicità”); y el texto original del artículo 2095 del Código

Lógicamente, la excepción reiterada a un principio ordenador del sistema concursal supone aumentar el grado de incoherencia del mismo. En otras palabras: el privilegio destruye la *par condicio creditorum*, al menos parcialmente, en el ámbito en que impone la preferencia de unos sobre otros como regla de prelación. Así, el abuso en el uso de esta figura puede tener como efecto agregado el desmantelamiento, por vía de excepciones, del principio de igualdad de trato a los acreedores. La doctrina reciente ha vuelto a calificar la cuestión como la *pedra de toque* del sistema concursal, reconociendo los importantes problemas que pueden derivar de la proliferación de privilegios⁴²⁶. Sin embargo, aunque se considere que la graduación de créditos y la existencia de privilegios no convive pacíficamente con la *par condicio creditorum*, se suele justificar la existencia de aquéllos por exigencias del mercado y la especial protección que merecen algunos acreedores. En concreto, se alude a la posible atrofia del sistema financiero en ausencia de estos privilegios, lo que dificultaría sobremanera la posibilidad de obtención de créditos para cubrir algunas de las necesidades más básicas, por ejemplo la vivienda, donde el crédito hipotecario juega un papel fundamental⁴²⁷. Como muestra, VEIGA COPO⁴²⁸ recoge la idea ya expresada de una *par condicio* no reconocida como derecho subjetivo, para señalar que si bien los privilegios rompen el tratamiento igualitario de los acreedores concursales por parte del ordenamiento, se trata de un principio que admite o es compatible con el trato diferenciado y preferencial que se dispensa a algunos operadores del concurso. En este sentido, se está situando la *par condicio creditorum* en el plano de lo ideal, entendiendo que una visión purista del principio, que lo llevara a sus últimas consecuencias, podría no corresponderse con un criterio válido de Justicia, ya que no se valoraría el esfuerzo, habilidad, análisis, prudencia, etc., del acreedor que ha

Civil Francés –promulgado el 21 de marzo de 1804; *30 ventôse an XII*–. (“Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires”).

⁴²⁶ Haciendo referencia a algunas cuestiones concretas y con especial interés en el privilegio de los créditos de titularidad pública: ROJO, A., “La reforma del Derecho concursal español”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 124 y ss. La primera vez que se utiliza dicha expresión es en: BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 26.

⁴²⁷ Señalando las disfunciones tanto de la falta de igualdad en el trato a los acreedores concursales, como las derivadas del exceso de ella, GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento... op. cit.*, pág. 25. También, calificando como un *lobo con piel de cordero* a este principio, VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 9, 2008, pág. 319.

⁴²⁸ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 19.

garantizado su posición⁴²⁹. De modo que existen también posiciones doctrinales que consideran la igualdad de trato a los acreedores como un sistema proporcional matizado o atemperado necesariamente por el recurso al privilegio, que se dibuja como la excepción a dicho sistema de reparto de los bienes pertenecientes al patrimonio del concursado.

Resumiendo las notas que hemos apuntado en relación al concepto de privilegio, podemos enumerar algunos de sus caracteres fundamentales:

– Es un concepto de naturaleza concursal que responde a la necesidad de proteger determinados créditos en base a su causa o a las condiciones de sus titulares.

– Se trata de una cualidad accesoria del crédito. Su autonomía es limitada en tanto que la transmisión del crédito implica la transmisión del privilegio, aunque éste puede en ocasiones desaparecer o limitarse independientemente de la suerte del crédito.

– Se traduce en una posición de preferencia o ventaja del titular con respecto al resto de acreedores en el orden de prelación de pagos.

– El privilegio es una figura de creación y reconocimiento legal. Aunque en ocasiones consista en el mantenimiento de la vigencia de un mecanismo de protección del crédito consistente en una garantía pactada por las partes previamente al concurso, el carácter de privilegio en sede concursal solo puede venir otorgado por Ley⁴³⁰.

– La interpretación de estas preferencias debe realizarse de manera estricta. El riesgo que supone la proliferación de privilegios y consecuente destrucción de la *par condicio creditorum* aconsejan la exégesis no extensiva de los privilegios reconocidos por Ley⁴³¹.

⁴²⁹ *Vid. Supra*, pág. 14.

⁴³⁰ Sobre esta nota, que implica que la constitución del privilegio *está sustraída a la convención de las partes*, y la relación con garantías negociadas tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, *vid. PÉREZ PÉREZ, M.*, “Concepto, naturaleza...” *op. cit.*, págs. 489-490.

⁴³¹ Por todos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 650.

2.4. Clasificación de créditos en la LCon

La Ley Concursal, sobre la base de la referencia a la igualdad de trato de los acreedores en su Exposición de Motivos⁴³², establece una clasificación de créditos que debe analizarse no solo para comprender cada elemento de dicha clasificación, sino también para dilucidar si ésta respeta la *par condicio creditorum*.

2.4.1. Crédito contra la masa y crédito concursal

El crédito contra la masa es un concepto relativamente reciente, o al menos no tan antiguo como la propia disciplina concursal, si somos coherentes con nuestra idea de situar el inicio de esta rama en el Derecho romano. Para BELTRÁN se gesta contemporáneamente a la institución comercial de la quiebra, en el Derecho estatutario italiano, identificando una pluralidad de supuestos que serían subsumibles en dicha calificación⁴³³. A pesar de ello, es claro que su desarrollo tal y como hoy lo conocemos tiene lugar más adelante, con el progreso de la técnica concursal y en concreto en Alemania durante el siglo XVII, sin llegar a España a través de los Códigos de Comercio, sino que los conceptos que a la postre vienen a definir los créditos contra la masa comienzan a diferenciarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁴³⁴. No dudándose dicho extremo, como es la clara aportación de la tradición alemana al concepto de crédito contra la masa, ni la línea temporal seguida por el concepto de crédito contra la masa (desde sus primeras manifestaciones en el Derecho estatutario italiano hasta su conceptualización moderna), algunos autores hacen notar que el *germen de la teoría de las deudas de la masa* podía encontrarse en la ya comentada obra del español SALGADO

⁴³² En contra del *immerecido tributo* de la Exposición de Motivos a un principio que no se confirma en nuestra Ley Concursal, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 320 y ss.

⁴³³ BELTRÁN, E., *Las deudas...* *op. cit.*, pág. 27. Desde su óptica marcada por la quiebra comercial como institución objeto de análisis, sostiene de manera aparentemente contradictoria a nuestra tesis: *tanto supuestos como la disciplina de las deudas de la masa se encuentran desde los orígenes de la institución concursal. Las deudas de la masa, concebidas como el conjunto de gastos y obligaciones que surgen como consecuencia de la quiebra y caracterizadas por su satisfacción prioritaria y al margen del concurso de acreedores, nacen con la propia quiebra*. La contradicción es solo aparente, pues no mantenemos que las deudas de la masa no nacieran con la quiebra, sino que situamos el inicio de la institución concursal mucho antes, en el Derecho romano.

⁴³⁴ CABALLERO GARCÍA, F., *Los créditos contra la masa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 19.

DE SOMOZA⁴³⁵. Ésta serviría para que años después se sintetizaran en Alemania las características principales y la naturaleza de estos créditos contra la masa, suponiendo otro de los hitos fundamentales en la historia de la institución.

En la actualidad, el primer problema será la división crédito contra la masa – crédito concursal, que ha sido muy tratada por la doctrina. Normalmente, se ha impuesto una interpretación indulgente de la norma, intentándose encajar la realidad fáctica a aquélla que presenta la LCon, a pesar de las incoherencias normativas existentes. Por tanto, entendemos que sobre esta cuestión podemos dar una visión legal o institucional; pero también una interpretación rupturista, más real en nuestra opinión, aunque no haya tenido hasta ahora suficiente predicamento en la doctrina.

a) La versión legal

Pueden definirse como *aquellos gastos o créditos generados tras la declaración de concurso y vinculados, en mayor o menor medida, a la solicitud del concurso, a la tramitación o a la continuidad de la actividad del deudor*⁴³⁶. Sin embargo, esta definición parte ya de la experiencia actual y ampliación del concepto, que nació fuertemente ligado al coste del procedimiento concursal. Con independencia de ese dato, hay que tratar de encontrar la justificación a esta diferenciación crediticia para entender qué es lo que se pretende con los créditos contra la masa. Algunos autores se ocupan de la cuestión señalando que estos créditos responden a obligaciones contraídas con posterioridad a la declaración de concurso⁴³⁷ –aunque los nuevos perfiles del Derecho concursal han hecho matizar esta circunstancia–. Se suele distinguir también el crédito contra la masa notando que se trata de los créditos que produce el concurso, por oposición a los créditos concursales, que son aquellos que han provocado la apertura del proceso de ejecución universal.

⁴³⁵ BELTRÁN, E., *Las deudas... op. cit.*, págs. 28 y ss.

⁴³⁶ CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos contra la masa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 615.

⁴³⁷ Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2120.

En relación a estos créditos, el sistema concursal establece un trato especial que DÍAZ MORENO⁴³⁸ justifica con lo que califica como *consideraciones de orden funcional*: la necesidad de satisfacer prioritariamente los gastos generados por el concurso y las nuevas obligaciones responden a una conducta que trata de no comprometer el desarrollo del procedimiento. Al contrario –prosigue el autor–, sería demasiado inocente pensar que habría terceros interesados en mantener nuevas relaciones de tipo contractual con el deudor, en razón a que éstas deberían concurrir en una comunidad de pérdidas donde lo que existe es precisamente incertidumbre en el cobro de los créditos. Sin poder realizarse una revisión exhaustiva de su régimen jurídico porque excedería el objeto de este estudio⁴³⁹, los créditos contra masa tienen unas condiciones especiales relativas sobre todo a la tramitación y al pago de éstos⁴⁴⁰, que en la doctrina han sido justificadas atendiendo a su extraconcursalidad⁴⁴¹. Recogemos a continuación los rasgos más importantes de esta categoría crediticia.

Para comenzar, el régimen de comunicación y reconocimiento que se ha explicado no se va a dar en todos los casos, siendo los créditos contra la masa el ejemplo de las deudas que, escapando de su integración en la masa pasiva, se desligan también de tales requisitos formales⁴⁴². Estos acreedores van a quedar fuera de ese consorcio de interesados en el patrimonio del concursado que es la masa pasiva. La Ley 22/2003 podría haber sido más clara en lo relativo a la excepción de los créditos contra la masa en el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos, sin embargo, no se duda la intención del legislador de establecer esta categoría, segregando las deudas así calificadas del resto de créditos⁴⁴³.

⁴³⁸ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 340.

⁴³⁹ Para ver una relación completa de estas especialidades, *Vid. Supra*, págs. 346 y ss.

⁴⁴⁰ La norma concursal explica tales extremos desde su Exposición de Motivos (VII), en la que se anuncia su carácter preferente y prededucible.

⁴⁴¹ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, pág. 347.

⁴⁴² FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Barcelona, Bosch, 2013, pág. 61.

⁴⁴³ *El hecho de que los créditos contra la masa no deban ser comunicados, sino reclamados a la administración concursal, no se contradice con el hecho de que deban ser relacionados en una lista por la propia administración concursal (normalmente como documento anexo a la lista de acreedores que*

Las diferencias entre el crédito contra la masa y el crédito concursal (aquel que se integra en la masa pasiva) son fundamentales. Los primeros tienen la consideración de prededucibles, en el sentido de que han de ser satisfechos con cargo a la masa activa del concurso con carácter previo al pago de los restantes créditos (concursoales)⁴⁴⁴. Dada esta característica de absoluta –en principio– prelación a la hora del cobro, debemos replicar aquí el contenido del artículo 84.2 LCon, que recoge qué deudas serán calificadas de esta forma, para conocer los conceptos a los que se está haciendo referencia:

1º. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º. Las costas y gastos judiciales necesarios para la correcta tramitación del procedimiento y sus incidentes.

3º. Las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en la Ley.

4º. Los créditos por alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en la LCon; así como los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5º. Las deudas generadas por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

6º. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor

acompañía a su informe). MEANA PASCUAL, D., “La comunicación tardía de créditos en el concurso de acreedores”, *Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil*, noviembre de 2011.

⁴⁴⁴ TATO PLAZA, A., “Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal”, *Revista Xurídica Galega*, Nº 40, 2003, págs. 39-40.

Capítulo IV

tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

7°. Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.

8°. Las deudas que derivando de la rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito.

9°. Las cantidades que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.

10°. Los créditos por de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso.

11°. El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación. En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio (no se aplica a ingresos realizados por el propio deudor o personas relacionadas a través de operaciones como préstamos o aumentos de capital).

12°. Cualesquiera otros créditos a los que la Ley atribuya expresamente tal consideración.

Esta enumeración que hace la Ley Concursal se vale del sistema de *numerus apertus*, de manera que los créditos contra la masa no aparecen obligatoriamente en el artículo 84.2 LCon, sino que pueden estar desperdigados por todo el texto.

Ahora bien, aunque conozcamos los conceptos que integran la categoría y sus principales características, para conocer la realidad del crédito contra la masa debemos acudir a la doctrina más autorizada y que ha seguido la evolución de la disciplina en el tiempo. Algunos autores iniciaron el estudio del mismo mucho antes de la promulgación de la LCon, esto es, en el complicado sistema concursal previgente. Nos referimos

principalmente al Profesor BELTRÁN, que analizó con profundidad el concepto en diferentes contextos normativos, mereciendo su obra especial referencia en este punto.

Así, comenzó definiendo las “deudas de la masa” como una compleja gama de gastos y obligaciones que genera el procedimiento concursal, diferenciando en dicho contexto una serie de gastos directamente vinculados al proceso, de diversas obligaciones que se contraen para la gestión del patrimonio del deudor⁴⁴⁵ (recogía la idea ya expresada de una categoría de créditos que se genera cuando se ha iniciado el proceso de ejecución universal). Por tanto, el crédito contra la masa o, en la terminología del autor, las deudas de la masa, están ligadas a la idea de concursalidad. Identifica BELTRÁN desde entonces, importando la idea del Derecho comparado, una doble tipología dentro de las deudas de la masa: gastos de la masa y obligaciones de la masa. Cuando aun no se había promulgado la LCon⁴⁴⁶, definía los primeros como *aquellos gastos del procedimiento concursal que deben ser satisfechos, en prededucción, con el patrimonio del deudor común: los gastos necesarios, es decir, que redunden en el interés del concurso, y que sean realizados con las autorizaciones pertinentes*; mientras que con la segunda tipología se hace referencia a la facultad del órgano de administración o del deudor –con la aquiescencia de aquél– para contraer obligaciones a cargo del patrimonio concursado con la suscripción de nuevos contratos u otros negocios jurídicos, o bien continuando los que hubieren sido suscritos con anterioridad.

Ya con ocasión de la Ley Concursal de 2003, distinguía BELTRÁN la figura que venía estudiando, encontrando diferencias críticas con los créditos concursales: *Hasta tal punto es clara la distinción que, mientras lo relativo a la determinación de la masa pasiva del concurso y a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales integra la sección cuarta del juicio de concurso (art. 183-4.º), los*

⁴⁴⁵ BELTRÁN, E., *Las deudas... op. cit.*, pág. 122: *En la quiebra (o en función de ella) se realizan actos procesales, que generan gastos de la masa –gastos del proceso de quiebra–, y actos negociales o sustantivos, que darán lugar a obligaciones de la masa (nuevas obligaciones, imputables al quebrado, surgidas durante el procedimiento). Sobre los requisitos temporales, subjetivos y teleológicos para constatar la existencia de un crédito prededucible, vid., págs. 124-129.*

⁴⁴⁶ BELTRÁN, E., “Las deudas de la masa”, *Preferencia de créditos* (Manuales de formación continuada, nº 2), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 213-216.

*créditos contra la masa - “las deudas de la masa” - integran la sección tercera (art. 183-3.º in fine)*⁴⁴⁷.

Finalmente, queremos destacar un estudio más⁴⁴⁸, en el que el autor discurre sobre el problema de la justificación de los créditos contra la masa, pudiendo inferirse de su acertado análisis cuatro interesantes conclusiones que vienen a resumir algunas de sus ideas principales, pero también ponen de relieve algunas grietas que van a servir de sustento a la posición que desarrollamos en el epígrafe siguiente:

– Los créditos contra la masa se conciben como el coste del concurso, se trata de deudas que adquiere el deudor (y no la masa activa que no tiene esa capacidad) como consecuencia del procedimiento concursal, o tras la declaración de éste. Así las cosas, se entiende que en la enumeración anterior entren las costas judiciales y créditos similares. En ellos se manifiestan los costes del procedimiento, o aquellos que son fruto de obligaciones nacidas durante éste. En definitiva, se pueden entender como créditos que han nacido tras la declaración de concurso; a diferencia de los concursales, que son los que lo han provocado.

– En segundo lugar, la justificación a esta prioridad de los créditos contra la masa, pasa porque es necesario otorgar cierta seguridad a las obligaciones que surgen con posterioridad a la declaración de concurso ya que de otro modo sería imposible encontrar un tercero que concediera financiación al concursado. Por tanto, debemos atender a la función de estos créditos y a su naturaleza extraconcursal para entender su prioridad en el cobro.

– En tercer lugar, la configuración de los créditos contra la masa en los términos aquí expuestos, esto es, como aquellos gastos propios del concurso y obligaciones surgidas tras el mismo, está en crisis. Ambos requisitos, el teleológico (costes necesarios para hacer posible el procedimiento) y el temporal (obligaciones posteriores a la declaración), que se exigen en principio a los créditos contra la masa, se han visto vilipendiados por el legislador. Esta tesis encuentra su razón de ser en la inclusión de

⁴⁴⁷ BELTRÁN, E., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2004, pág. 443.

⁴⁴⁸ BELTRÁN, E., “La prioridad de los créditos contra la masa”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 3611 y ss.

conceptos en el artículo 84.2 LCon como “los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso”. En este caso se ha utilizado el crédito contra la masa como una suerte de superprivilegio, desdibujando la figura inicial, que no se circunscribía a cuestiones de prelación en el pago de las deudas sino a un criterio de pura extraconcursalidad.

– Por último, los titulares de créditos contra la masa guardan cierta tensión entre sí y no solo con respecto a los acreedores concursales (obvia por la prededucibilidad de los primeros). Esta tensión se manifiesta en los casos en que la masa activa no es suficiente para hacer frente a los créditos contra la masa (fracaso absoluto del procedimiento, que no es capaz de hacer frente a su propio coste). Aquí resultan aplicables las reglas del artículo 84.3 LCon, siendo el criterio general para llevar a cabo el pago de los créditos contra la masa, el de sus “respectivos vencimientos”⁴⁴⁹. Los acreedores contra la masa insatisfechos, una vez concluido el concurso tienen diferentes opciones, como exigir responsabilidad a la administración concursal por desatender el pago de sus créditos en prededución (o asumirlos conociendo la insuficiencia de la masa activa para hacerles frente); repetir contra los acreedores concursales por créditos satisfechos indebidamente; o actuar contra el deudor ejercitando su derecho. Este último no prescribe con la finalización del procedimiento, pero pierde la prioridad ya que el mecanismo de prededucibilidad es propio de la institución concursal y sí termina con el fin del proceso.

b) La versión rupturista

La lógica de la LCon los explica como créditos no integrados en la masa pasiva, y por tanto excepcionales, gozando además de prededucibilidad. Pero dentro de esa visión clásica, legal e institucional, hemos visto cómo su máximo exponente, el Profesor BELTRÁN, señalaba la crisis actual del concepto por el uso abusivo del mismo. De hecho, en la misma doctrina que nos proporciona la definición clásica del crédito contra la masa podemos también encontrar algunas cautelas con respecto al desarrollo actual de la categoría. Así, la inclusión de deudas dentro de los créditos contra la masa requiere una

⁴⁴⁹ No obstante, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

interpretación restrictiva para mantener la excepcionalidad de éstos⁴⁵⁰; pero no solo eso, sino que en un sentido similar a la inquietud mostrada por BELTRÁN, otros autores vienen denunciando que la radical diferencia entre los créditos concursales y la categoría que estamos estudiando se ha visto alterada con la inclusión de créditos que no responden a las justificaciones tradicionales del crédito contra la masa⁴⁵¹.

En nuestra opinión, estos motivos impiden llegar a conformar un régimen radicalmente diferente para los créditos contra la masa que, sencillamente, van a contar con algunos beneficios tales como el de ser satisfechos con anterioridad a los llamados créditos concursales. No se encuentra un motivo de peso para distinguirlos en el sentido en que lo hace la LCon. Probablemente, la concepción del crédito contra la masa como un coste producido por el procedimiento, en contraposición al crédito concursal –que provoca el procedimiento– sea la culpable de esta distinción. Ése era el significado inicial del crédito contra la masa, sin embargo, la irrupción en esta categoría –en el artículo 84 LCon– de otros conceptos como los salarios de los treinta días previos a la declaración de concurso, los derechos de alimentistas, las obligaciones nacidas de la Ley y la responsabilidad extracontractual en general, etc., terminan por convencernos de que el crédito contra la masa pese a su intención no es más que una suerte de *superprivilegio*⁴⁵². Como tal, es plenamente integrado en la masa pasiva –se respeta el principio de integración– y tiene más interés en lo que se refiere a su incidencia en el principio *par condicio creditorum*. Incluso, se ha dicho que esta categoría en sí misma, es una de las críticas al sistema concursal porque altera el principio de igualdad de trato a los

⁴⁵⁰ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 341; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos...”, *op. cit.*, pág. 616.

⁴⁵¹ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa...” *op. cit.*, pág. 348; VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* *op. cit.*, pág. 109, que señala además: *El legislador ha quebrantado la idea dogmática de que las deudas de la masa, en cuanto generadas y contraídas en provecho e interés de todos los acreedores, son por ello ulteriores a la declaración del concursal. A pesar de ello, el legislador ha catalogado e insertado estos créditos en esta sede dotando con ella una prioridad absoluta a estos créditos laborales, lo cual si social y económicamente puede ser justo, jurídicamente es tanto una incongruencia como un amaño a la pureza conceptual que no era necesaria*; o GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1883-1884, que hace referencia a la disfunción en los requisitos temporal y teleológico del crédito contra la masa en la LCon.

⁴⁵² Término que se ha usado tradicionalmente para aludir precisamente a la preferencia del crédito salarial.

acreedores en perjuicio de los acreedores concursales⁴⁵³. La realidad es por tanto, que dichas notas características, en la práctica, únicamente redundan en la existencia de una categoría muy privilegiada de créditos, que se satisfarán con cargo a la misma masa que debe responder de los llamados créditos concursales. Por ello no podemos admitir que se trate de una excepción, sino de un privilegio impropio, de manera que podrá tener efectos sobre el principio de igualdad de acreedores pero no sobre el principio de integración de la masa pasiva –integración que en este caso nos parece clara a pesar de la literalidad de la Ley–. Algunos autores destacan la confusión que subyace a este punto en la Ley, ya que el crédito contra la masa se regula en el Capítulo III, bajo la rúbrica: “De la determinación de la masa pasiva”, cuando en teoría el concepto hace alusión a créditos que no forman parte de dicha masa⁴⁵⁴.

Pero no es a nuestro juicio la única incongruencia de un régimen supuestamente extraconcursal. En este sentido, ROJO y BELTRÁN determinan que el legislador ha establecido ciertas limitaciones dirigidas a los titulares de créditos contra la masa, para integrarlos en el concurso⁴⁵⁵. La expresión, muy acertada, implica desde nuestra óptica crítica con la LCon, que efectivamente el régimen jurídico del crédito contra la masa no es el propio de una categoría desvinculada del procedimiento concursal, sino que recuerda más a un crédito con una fuerte preferencia y determinadas prerrogativas que lo convierten en un importantísimo privilegio. Entre dichas limitaciones se encuentra la preceptiva espera de un año para iniciar ejecuciones dirigidas a hacerlos efectivos si no se ha aprobado convenio o abierto fase de liquidación antes; así como el establecimiento del incidente concursal como el trámite necesario en acciones relativas a la calificación o el pago de los créditos contra la masa.

No hay duda de que el crédito contra la masa es una categoría mal construida en la Ley Concursal. En primer lugar, existen demasiados conceptos dentro de la

⁴⁵³ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica...* *op.cit.*, pág. 132.

⁴⁵⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica...* *op.cit.*, pág. 137. Los autores determinan que las dos condiciones o presupuestos para reputar un crédito como concursal son: la existencia previa a la declaración de concurso y su reconocimiento durante el procedimiento. Si bien es cierto, resulta peligrosa la afirmación por cuanto sea hecha en oposición a la definición de crédito contra la masa. La inclusión de conceptos que también existían antes de la declaración de concurso en tal categoría difumina en gran medida la diferencia entre el crédito concursal privilegiado y el crédito contra la masa.

⁴⁵⁵ ROJO, A. y BELTRÁN, E., “Las masas activa y pasiva...” *op. cit.*, pág. 556.

enumeración del artículo 84.2 LCon, lo que va en contra del espíritu de excepcionalidad y restricción que debe guiar la interpretación de las deudas de la masa según la doctrina clásica. Además, su cláusula de cierre, que configura la enumeración como un *numerus apertus*, no da la seguridad necesaria en relación a una categoría de créditos que debe estar tasada y bien tasada –principio de tipicidad– para un correcto desarrollo y posterior éxito del procedimiento de insolvencia.

Eso en cuanto a los conceptos que van a componer las deudas de la masa para la LCon, no obstante, en relación a su régimen jurídico se han detectado también importantes incongruencias. La supuesta extraconcursalidad de la categoría está falta de refrendo práctico en nuestra Ley: el sometimiento a determinadas limitaciones (a las que ya se ha hecho referencia) de los acreedores de la masa, la inclusión de conceptos que no pueden identificarse con su primitiva naturaleza –de gasto u obligación del procedimiento–, o su ubicación sistemática en un capítulo bajo la rúbrica “De la determinación de la masa pasiva”, son algunos de los motivos que nos llevan a pensar que el principio de integración es respetado por el crédito contra la masa. Desde este punto de vista, se trataría de una categoría que afectaría, y mucho, a la *par condicio creditorum*, en tanto que otorga a los titulares de este tipo de créditos un privilegio casi absoluto en el orden de prelación concursal. Entendemos que el efecto del artículo 84 LCon tiene visibilidad no en sede de integración, sino en sede de igualdad entre acreedores, que se ve fuertemente influida por las deudas de la masa.

A mayor abundamiento, o si se prefiere, como cita final y descriptiva de la situación de los créditos contra la masa, dice VEIGA COPO⁴⁵⁶: *Lo cierto es que algunos de los créditos que tradicionalmente se han entendido encuadrables en esta categoría de créditos son olvidados o preteridos, pero por el contrario otros, que encajan mal y a la fuerza en el puzzle de los créditos contra la masa se incluyen contra viento y marea careciendo de las mínimas características comunes de que gozan este tipo de créditos.*

2.4.2. Graduación de los créditos concursales

Conviviendo con los créditos contra la masa, se encuentran las deudas que según la Ley sí van a integrarse en la masa pasiva del concurso. Se trata de aquellas que

⁴⁵⁶ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 112

preexistían a la declaración judicial que inicia el procedimiento, y que son causa de éste. Los titulares de estos derechos serán incluidos además en la lista de acreedores que realiza la administración concursal, estarán sujetos a las reglas de comunicación y reconocimiento de créditos, y en general al resto de disposiciones de la LCon. Podemos encontrar créditos concursales de cuatro tipos: subordinados, con privilegio especial, con privilegio general y ordinarios. Cada uno de ellos ocupa un lugar distinto en el orden de prelación de pagos, de manera que en una somera relación de los mismos, comenzaremos por los que se satisfacen primero, e iremos descendiendo hasta los que se liquidan en último lugar⁴⁵⁷.

– *Créditos con privilegio especial*. Su realización se lleva a cabo con cargo a los bienes y derechos concretos que están afectos a los mismos, pues son créditos con algún tipo de garantía sobre determinados activos del concursado. Se trata de los créditos que aparecen en el artículo 90 LCon⁴⁵⁸: garantizados con hipoteca⁴⁵⁹, prenda, anticresis, garantía de valores mediante anotación en cuenta, créditos refaccionarios sobre bienes refaccionados (incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras estén en posesión del concursado) y “los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago”.

Las reglas que rigen el pago de éstos créditos se encuentran en el artículo 155 LCon, destacando dos: normalmente, la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta; y si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a prioridad temporal. No obstante, lo que resulta ciertamente sorprendente es que el respeto a los bienes y derechos que garantizan créditos con privilegio especial

⁴⁵⁷ *Vid.*, nuestro trabajo: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par condicio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 5, 2014, págs. 1-31 (formato digital).

⁴⁵⁸ Deben cumplirse las condiciones adicionales que para algunos créditos obran en el propio precepto, amén de aquéllas formalidades o requisitos exigidos por la legislación específica de cada negocio jurídico.

⁴⁵⁹ El uso actual de la hipoteca, vinculada al crédito inmobiliario *quasi* exclusivamente, desvirtúa el privilegio y pone en riesgo su sentido.

alcanza no solo al resto de créditos concursales⁴⁶⁰, sino también a los propios créditos contra la masa (el artículo 154 LCon en su párrafo segundo recoge esta prescripción). Aquí no es en absoluto extraño dudar sobre la congruencia de la Ley, que consagra un tipo de créditos (contra la masa) como extraconcursoales y con una prioridad absoluta, cuando en realidad éstos deben respetar la satisfacción de ciertos créditos concursales: los que tienen privilegio especial.

Pero tampoco es la única duda que nos surge tras el análisis del privilegio especial en la LCon. Si nos remontamos al estudio del principio de universalidad y del principio de integración, podemos traer a colación una figura que guarda en nuestra opinión una estrecha relación: la denominada *separatio ex iure creditii*. Cuando la caracterizábamos, nos referíamos a ella como una ejecución separada sobre ciertos bienes –buques y aeronaves– (ya que no se comparte la configuración de ésta como un derecho de separación para el acreedor). Pues bien, esto es básicamente un crédito con privilegio especial, siendo la nota distintiva de unos y de otros la afectación de la deuda a un bien concreto, de manera que el bien no podrá ser enajenado por la administración concursal para aumentar el valor de la masa, puesto que la garantía que encarna le otorga un segundo nivel de intangibilidad.

A los efectos que nos interesan, reparamos en que el derecho de ejecución separada se asocia a un crédito que no va a integrarse en la masa pasiva, mientras que para la Ley no hay dudas de que el crédito con privilegio especial sí que lo hace. De nuevo, nuestro análisis debe disentir del criterio de la LCon y son, entre otros motivos, las similitudes con la *separatio ex iure creditii* las que nos llevan a hacerlo. Si ésta comporta un crédito no integrado en el concurso, entendemos que lo mismo sucederá con el crédito con privilegio especial⁴⁶¹. Es una opinión que ya hemos tenido oportunidad de apuntar cuando estudiábamos el principio de integración; concluyendo que el privilegio especial saldría del circuito concursal en razón a sus específicas condiciones y su falta de inclusión en la comunidad de pérdidas. Por tanto, tan solo continuamos las tesis iniciadas y sostenidas en esta misma investigación, y que sitúan el privilegio especial fuera del espectro puramente concursal. De este modo, dicha calificación crediticia afectaría al

⁴⁶⁰ Sobre los que se sitúan los especialmente privilegiados en este esquema de satisfacción de deudas.

⁴⁶¹ Estamos tratando con dos casos de ejecución separada de créditos por la afectación de un bien que los garantiza y que la LCon protege especialmente.

principio de integración y no al de *par condicio creditorum*, por cuanto los acreedores en tal concepto no se integrarían en la masa.

Además, no podemos pasar sin apuntar que existe un caso en que la intangibilidad puede ceder en beneficio de los créditos contra la masa (art. 155.3 LCon). Este fenómeno se concreta en la opción de la administración concursal, de (mediando autorización judicial) *conseguir la liquidez suficiente para el pago de créditos contra la masa procediendo a la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, siempre que respete la regla de preferencia en la satisfacción de los titulares de dichos créditos. El presupuesto será, evidentemente, que el valor del bien supere al del crédito privilegiado*⁴⁶². Por tanto, pueden mantenerse las dudas sobre la prelación de créditos en el concurso: se proclama la superioridad de los créditos contra la masa, que escapan a la cuantificación concursal, pero al mismo tiempo éstos quedan supeditados al escrupuloso respeto del valor de los créditos calificados con privilegio especial, incluso con la excepcional facultad de la administración concursal del artículo 155.3 LCon.

– *Créditos con privilegio general*. La caracterización de éstos se encuentra en el artículo 91 LCon, mientras que la forma de satisfacerlos está en el artículo 156 LCon. Su aplicación no resulta tan problemática como los anteriores casos. Podríamos situarlos en un tercer escalón, de manera que se satisfacen tras los créditos contra la masa y los especialmente privilegiados.

Dentro de los créditos con privilegio general, existe un orden concreto para organizar el pago de los mismos (a diferencia de los créditos contra la masa que se satisfacen con el criterio del vencimiento) en el supuesto de liquidación. Esta categoría se refiere a –por orden–: deudas por salarios que no estén cubiertas por el privilegio especial y hasta un límite cuantitativo, indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos, indemnizaciones por accidentes laborales; cantidades correspondientes a retenciones de seguridad social y tributarias que deban ser abonados por el concursado; créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual; créditos tributarios y demás de Derecho público; créditos por responsabilidad civil extracontractual; créditos que supongan nuevos ingresos de

⁴⁶² BELTRÁN, E., “La prioridad...” *op. cit.*, pág. 3624.

tesorería en el marco de acuerdos de refinanciación (en la cuantía que no se reconozca como crédito contra la masa); y los créditos de los que es acreedor aquel que insta el concurso siempre que no pueda calificarse su crédito como subordinado hasta un 50% de su importe. El hecho de que exista tal orden de prelación nos hace pensar que existen privilegios generales en plural, y no privilegio general individualmente considerado, en tanto que cada uno va a gozar de una posición diferente dentro del procedimiento. Pensemos en el seno de un proceso concursal, ¿difiere mucho la posición de preferencia entre el último de los acreedores con privilegio general y los acreedores ordinarios? Obviamente aquél tiene una situación sensiblemente mejor pero ¿y si pensamos ahora en la posición del primer acreedor con privilegio general en relación a los ordinarios? ¿Acaso no se reputa una diferencia importante con el caso anterior? Con esta simple –quizá reduccionista– contextualización, podemos tomar conciencia de las diferencias existentes dentro de lo que en teoría es una única categoría en el proceso de insolvencia.

No obstante, la no asociación del crédito con privilegio general a ningún bien en concreto significa para algunos autores que la versión más nítida del concepto de privilegio concursal tiene su reflejo en esta categoría. Lo cierto es que implica una preferencia directamente sobre el patrimonio concursado, y visto así es más cercano al sentido del privilegio. Señala a este respecto VEIGA COPO⁴⁶³: *Estamos por tanto ante la manifestación más pura y genuina de los privilegios, unos privilegios que, en cuanto preferencias del crédito se exteriorizan en estado puro, despojados de cualquier otra facultad o poder. Estamos ante la esencia y la autenticidad de los créditos que gozan por atributo y decisión legal de una cualidad que protege al crédito y en suma blindada al acreedor titular del mismo.*

– *Créditos ordinarios.* La definición de éstos se hace por exclusión: “se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados” (art. 89.3 LCon). Son el cuarto escalón de este esquema, y su pago se efectuará una vez se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados. Su satisfacción, ya que no existe una lista de créditos que compongan la categoría, se producirá siguiendo el criterio de prorrateo, esto

⁴⁶³ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 210.

es, en proporción al importe de los créditos, cuando el patrimonio a liquidar no pueda cubrir todo el montante de los ordinarios (artículo 157 LCon).

Según DÍAZ MORENO, en los créditos ordinarios se reconoce la manifestación más genuina del principio *par condicio creditorum*⁴⁶⁴. Esta circunstancia se explica: de un lado por la ausencia de preferencia de estos créditos con respecto a las otras categorías; y de otro, por la regla que sirve para distribuir los bienes del concursado cuando el orden de prelación señala su turno. Ésa regla no es otra que la proporcionalidad, que aunque no siempre se ha hecho coincidir con el principio de igualdad de los acreedores⁴⁶⁵, en nuestra opinión sí que constituye, al menos, la expresión más pura de ella. Por tanto, podríamos decir que la *par condicio* si pudiera considerarse parcialmente, sería plena en relación a los créditos –y acreedores– ordinarios.

– *Créditos subordinados*. Son el último peldaño dentro de la ordenación de deudas concursales. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y se efectuará por el orden establecido en el artículo 92 LCon y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158 LCon).

El mencionado artículo 92 señala los créditos que son subordinados, eliminándose toda posibilidad de discrecionalidad judicial⁴⁶⁶. Serán calificados como tal: los que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores⁴⁶⁷; los que tengan el carácter de subordinados en virtud de un pacto contractual; recargos e intereses (a excepción de los créditos con garantía real); multas y sanciones similares; créditos cuyo acreedor es una persona especialmente relacionada con el deudor, con ciertas salvedades⁴⁶⁸; los créditos que como consecuencia

⁴⁶⁴ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 366, en relación a la pág. 351 en que se reconoce la proporcionalidad al importe del crédito como contenido de básico de la *par condicio creditorum*.

⁴⁶⁵ En contra, distinguiendo entre principio de igualdad y principio de proporcionalidad: GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento...* *op. cit.*, pág. 25.

⁴⁶⁶ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...* *op. cit.*, pág. 625.

⁴⁶⁷ Con esta previsión el legislador trata de fomentar la actitud despierta y diligente del acreedor, castigando la falta de cuidado o la impericia del mismo a la hora de comunicar sus derechos de crédito. FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Pamplona, Aranzadi, 2006, pág. 171.

⁴⁶⁸ La “persona especialmente relacionada con el deudor” queda definida en el artículo 93 LCon, siendo el tipo de crédito que ha acaparado más atención de la doctrina dentro de esta categoría, *vid.*, YZQUIERDO, M., “Las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II,

de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado; y los créditos provenientes de determinados contratos sinalagmáticos en que una de las partes obstaculiza el cumplimiento de la otra en perjuicio del concurso.

La Ley posterga así determinados créditos que entiende no merecen la protección de los ordinarios, es más, su lógica y una lectura de la Exposición de Motivos nos llevan a afirmar que se trata de una –otra– excepción a la *par condicio creditorum*. En este caso una excepción negativa en el sentido de que no hablamos de un privilegio, sino de lo contrario, de una suerte de castigo al titular del crédito que entra en alguna de las descripciones del artículo 92 LCon⁴⁶⁹. La *ratio* del crédito subordinado tiene en común con el privilegio que el legislador está saltando el principio general de igualdad de trato de los acreedores. No obstante, sobre el privilegio existe toda una teoría general, puesto que la asiduidad y raigambre de los mismos ha provocado la atención constante de la doctrina; mientras que la subordinación introducida por la Ley Concursal es un mecanismo mucho más novedoso.

Es cierto que los créditos subordinados no responden a una misma lógica, siendo su posición subordinada lo que les caracteriza, pero sin guardar aparentemente una relación entre sí⁴⁷⁰. De modo que la heterogeneidad de su composición impide determinar un denominador común, objetivo y en función al cual gravita el sentido del artículo 92 LCon: en algunos casos la subordinación responde a la falta de diligencia del acreedor; mientras que en otros tendrá causa en la autonomía negocial, la naturaleza del crédito o

Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1753-1781. De hecho, el Real Decreto-Ley 4/2014, introdujo alguna excepción a la consideración de estos créditos como subordinados (artículo 92, ordinal 5º LCon).

⁴⁶⁹ Se ha criticado que en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos se haya introducido un supuesto de subordinación, escapando el concepto así de su sede natural en el artículo 92 LCon. En concreto, señala el artículo 237 LCon: “Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común”. Efectivamente, la lógica de la norma concursal nos lleva a pensar que sistemáticamente sería más recomendable mantener todos los casos de subordinación en un mismo precepto. No obstante, si aplicamos extensivamente el criterio de tipicidad legal de la LCon en relación a los privilegios, debemos aceptar que mientras el crédito sea subordinado en razón de una norma contenida en la Ley Concursal, esta circunstancia resulta admisible; sin perjuicio de que puedan existir otros medios más favorables al estudio y aplicación de la legislación concursal

⁴⁷⁰ FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos... op. cit.*, pág. 166.

bien la identidad de la persona acreedora. En cualquier caso, sí podemos concluir que la intención del legislador con esta categoría ha sido la de aumentar el valor de la masa, deduciendo determinadas cantidades –los créditos que ha considerado menos dignos de satisfacción– de la misma, aumentando las posibilidades de cobro del resto de acreedores⁴⁷¹, principalmente de los ordinarios⁴⁷².

2.4.3. Valoración crítica de la técnica clasificatoria

Nuestra Ley Concursal no hay duda que ha perseguido, en la cuestión de la calificación de los créditos, la *simplicidad y automatismo* que exigía la sociedad española tras una legislación concursal totalmente obsoleta⁴⁷³. No obstante, esa intención ha quedado en cierta medida en un segundo plano tras años de aplicación de la LCon, en los que ha salido a flote el número y la profundidad de las correcciones o matizaciones del propio orden concursal⁴⁷⁴. El fruto, tras unos antecedentes legislativos inmediatos marcados por el “laberinto normativo” y la complejidad, ha resultado ser un sistema con buenas intenciones, pero unos medios que tan solo son relativamente válidos para la consecución de sus objetivos. Es cierto que se ha evitado la proliferación de privilegios fuera de la Ley Concursal⁴⁷⁵, lo que hubiera determinado la pérdida del control sobre la institución, que cambiaría su morfología en razón de cualquier normativa especial; pero no se ha podido evitar que dentro de la LCon, la regla general se vea atemperada por demasiadas excepciones.

⁴⁷¹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados...” *op. cit.*, pág. 681.

⁴⁷² Sobre la necesidad de seguir aumentando en nuestro sistema concursal el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios y con ello la visibilidad del principio *par condicio creditorum*: BELTRÁN, E., “La reforma...” *op. cit.*, pág. 667.

⁴⁷³ La idea de una “drástica poda de privilegios”, ante los efectos perversos de este instituto concursal sobre la *par condicio creditorum* viene de lejos en el legislador español, apareciendo ya dicha expresión en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983, elaborado por una ponencia especial (presidida por el Profesor OLIVENCIA) de la Comisión General de Codificación –en la Ley actual se habla de una “reducción drástica de privilegios”–. Poniendo de relieve el problema que suponía la proliferación de privilegios: GARRIDO, J. M., “La graduación de créditos”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 226.

⁴⁷⁴ GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento...* *op. cit.*, pág. 29; también pone de relieve la falta de un cambio sustancial en materia de privilegios, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 320-321.

⁴⁷⁵ *Vid.* VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* *op. cit.*, pág. 113.

En este sentido, se ha considerado que la creación de nuevos privilegios no supone en todos los casos la desaparición de los que venían operando, sino que éstos se habrían desplazado hacia abajo en el orden de prelación, ante el empuje de las nuevas preferencias. Se trata de un fenómeno que tuvo su máxima expresión en el Derecho previgente, aunque no ha sido solucionado en toda su extensión por la LCon. Ante esta estratificación, la Ley acaba con algunas preferencias, al tiempo que establece nuevos privilegios para adaptar el concurso a los nuevos tiempos; entrándose en una espiral que pone en riesgo el sistema de protección del crédito⁴⁷⁶. En ese sentido, sorprende a VEIGA COPO⁴⁷⁷ que en esa reducción de privilegios más teórica que real, se han mantenido algunos de los que aglutinan mayores cantidades de la masa pasiva (en concreto los de Derecho público, cuya Justicia y razón de ser están en tela de juicio). El mismo autor, incidiendo en la consideración que nos merece la reducción de privilegios de la LCon, expresa con especial ocurrencia: *Es innegable que la Ley Concursal ha reducido el número de los privilegios, no tanto como debiera o como a primera vista se desprende, pero es probable que esa misma filosofía o política haya quedado raquítica a la hora de aplicarlo ante lo que es el volumen del crédito ya que no son pocos ni pequeños en cuanto a su cuantía los que el legislador ha incorporado con cierto desparpajo pero con escaso acierto. No se ha resistido a ser víctima de su propia ambición. Se ha limitado indudable y acertadamente el número de fuentes legales de procedencia de gran parte de las causas de preferencia legal, con lo que se gana en claridad, racionalidad y pragmatismo. Aunque también es cierto que el legislador no ha querido arrebañar aún más de lo que era menester y factible. Simplemente se ha perdido una gran oportunidad.*

La técnica creada por la Ley 22/2003 para clasificar los créditos, como se ha podido ver, tiene algunas disfunciones. Recapitulando, podemos encontrar ciertas incongruencias que van a hacer surgir dudas sobre la pertinencia del método utilizado por la LCon. Tenemos una clasificación de créditos que discrimina con total nitidez aquellos que forman parte de la masa pasiva (los que han provocado el concurso) de los que son producto del mismo, esto es, los créditos contra la masa. En este punto, ya podemos identificar un importante problema teórico, puesto que en dicha categoría se han incluido créditos como los salariales (que además podrían haber sido reconducidos a otros

⁴⁷⁶ GARRIDO, J. M., “La graduación...” *op. cit.*, pág. 232.

⁴⁷⁷ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* *op. cit.*, págs. 95-96.

institutos como el Fondo de Garantía Salarial⁴⁷⁸, en pos de una cierta descarga del concurso), que no son producto del concurso, sino que son parte del problema patrimonial del concursado. Por tanto, se está configurando el crédito contra la masa no como una figura extraconcursal, sino como un crédito superprivilegiado, por encima del resto de deudas, ya que se ha desvirtuado su naturaleza incluyendo este tipo de Derechos, que en puridad deberían ser concursales.

Por otro lado, a pesar de esta pretendida prioridad, la realización de créditos contra la masa debe respetar aquellos bienes que garantizan créditos especialmente privilegiados. De nuevo estamos ante una paradoja, si los créditos contra la masa son prededucibles y prioritarios, ¿cómo pueden estar limitados por los créditos con privilegio especial? Este problema de la afectación de bienes al pago de determinados créditos podría haberse resuelto al menos en su vertiente teórica, eliminando este privilegio especial y otorgando formalmente a los créditos garantizados en este sentido un derecho de ejecución separada (como ocurre con buques y aeronaves). Su inclusión en la masa pasiva del concurso es del todo confusa pues no se respeta la proclamada prioridad de los créditos contra la masa. Otra opción sería, entendiendo que el sistema ha mutado, incluir los créditos contra la masa –con otra denominación– entre los concursales. Ya no representan únicamente los costes del procedimiento, manifestándose que su posición no es de prelación absoluta a la hora del pago a los acreedores, sino que suponen un segundo escalón tras los créditos especialmente privilegiados. Con estos planteamientos no se está olvidando que los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento, simplemente se está analizando la norma desde otro plano que no es el temporal, sino el de la satisfacción efectiva de los créditos, que en situaciones de concurso resulta más importante, y es el que determinará si un acreedor es verdaderamente privilegiado o no.

Las dificultades creadas por la técnica utilizada para ordenar los créditos del deudor concursado producen una inseguridad que no favorece en absoluto la comprensión de la institución ni sus objetivos. Éstos quedan totalmente desdibujados desde el momento en que es posible que para el operador jurídico surjan dudas acerca de qué es lo que ha intentado el legislador concursal proteger en primer lugar, qué créditos son los que quedan en una posición superior y cuáles son los motivos para priorizarlos. A modo de ejemplo, se encuentran autores que incluso señalan que el crédito con privilegio especial es

⁴⁷⁸ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 115.

prededucible, gozando de preferencia absoluta incluso respecto a las deudas de la masa⁴⁷⁹. Es evidente que esta atribución de prededucibilidad al crédito con privilegio especial no es acorde al espíritu de la Ley, pero entendemos la confusión en la doctrina, que difícilmente puede comprender la incongruencia de la norma en el ámbito de la calificación de los créditos. Se trata únicamente de un ejemplo de cómo la LCon desfigura su propio sistema a base de matices y excepciones, que implican una importante dificultad para conocer teóricamente y en grado de abstracción los conceptos que integran la masa pasiva y su posición en el concurso.

2.5. Situación del principio *par condicio creditorum*: la igualdad actual de los acreedores

2.5.1. Igualdad en la liquidación

Recuperamos en estos epígrafes finales y a modo conclusivo, algunas notas sobre el contenido del axioma, para determinar con claridad su grado de cumplimiento en la Ley Concursal. Aunque hemos definido la *par condicio creditorum* como: *principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso*; con ello no estamos negando el valor de la regla de proporcionalidad (ley del dividendo), que supone el criterio de reparto más próximo al ideal de igualdad entre los acreedores. Nuestra definición, aun admitiendo las manifestaciones de la *par condicio* fuera de la rigurosa proporcionalidad, respeta dicho modo de repartir las pérdidas como el verdaderamente propio de este axioma. Dejamos por tanto abierta la puerta a la existencia de determinados privilegios prefijados por la norma concursal, no obstante, llevamos al máximo el criterio restrictivo a la hora de interpretar las preferencias en sede de insolvencia. Con esta posición, queremos expresar nuestra desconfianza hacia la relativización del privilegio, pues el uso masivo a este recurso, acompañado del beneplácito o aquiescencia de los principales operadores

⁴⁷⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio...” *op. cit.*, pág. 652.

jurídicos, determina un gran riesgo para el mantenimiento de la efectividad del principio *par condicio creditorum*.

Con la tan citada y no especialmente bien implementada y valorada reducción de privilegios operada por la LCon, se detecta un intento por parte del legislador por restaurar la igualdad en el trato a los acreedores, perdida por completo en el escenario jurídico anterior⁴⁸⁰. A pesar de ello, este intento fue acogido con escepticismo por una parte de la doctrina ante el aumento del número de privilegios durante la tramitación de la Ley⁴⁸¹. En esta línea decía GARRIDO que la Ley no pretendería recuperar una *par condicio* que nunca había existido, sino introducir más proporcionalidad en el abigarrado sistema preferencial anterior a la LCon, calificando la situación del axioma como *igualdad orwelliana, según la cual unos acreedores son más iguales que otros*⁴⁸²; descripción que creemos extrapolable al sistema concursal actual⁴⁸³.

Sin embargo no debemos caer en la crítica irreflexiva, valorando la situación con todos sus condicionantes. Estamos seguramente ante el aspecto más complejo o el reto más difícil de la Ley Concursal de 2003: hacer compatible el establecimiento de un sistema de privilegios concursales con el principio *par condicio creditorum*. La antinomia entre ambos conceptos es la causa del fracaso del legislador, que por mucho que intente conciliar los derechos de preferencia y la igualdad de los acreedores, si lleva a cabo una actuación a favor del primero, estará descuidando el segundo. El motivo se encuentra en la propia naturaleza del procedimiento concursal o, mejor dicho, en su contexto. Nos referimos a la situación de insolvencia, en que con toda seguridad el deudor no va a poder hacer frente a todas sus obligaciones. La insuficiencia patrimonial (sea transitoria o sea definitiva) implica obligatoriamente la insatisfacción de alguno o algunos de los acreedores. Por consiguiente, si se promociona un privilegio, ello irá en detrimento de la masa; del mismo modo que si se promociona la regla de la proporcionalidad, se obvia la posición de algunos acreedores cualificados en virtud de distintas razones. En el procedimiento concursal, donde no hay para todos, alguien tiene que perder y la

⁴⁸⁰ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa...” *op. cit.*, págs. 291-292.

⁴⁸¹ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, pág. 22, nota 12.

⁴⁸² GARRIDO, J. M., “La graduación...” *op. cit.*, pág. 239. Así, queda patente que es clásica la reclamación de más sentido común en una disciplina que parece presidida por la incongruencia.

⁴⁸³ Como una utopía y también como un mito es calificada la *par condicio creditorum* por: VEIGA COPO, A. B., “Par condicio...” *op. cit.*, págs. 1643 y 1654, respectivamente.

cuestiones son: ¿quién y cuánto? La realidad es que se trata de una difícilísima tarea, compleja de resolver, pero en cualquier caso mal abordada por nuestro Derecho. Quizá esta dificultad, o la pésima situación previa a la LCon ha promovido en la doctrina una posición “indulgente” con esta cuestión, siendo habitual como se ha visto, el reconocimiento del principio *par condicio creditorum* en la norma, entendiendo que los privilegios actuales son justificados y muy excepcionales.

En cambio, en este estudio nos interesa más constatar que los acreedores se someten al concurso en diferente forma y medida⁴⁸⁴, la realidad, y en consecuencia que la igualdad entre los mismos se resiente sensiblemente. Señala PEINADO GRACIA al respecto, que la LCon responde al principio de igualdad de trato a los acreedores, pero con numerosas excepciones; consciente en nuestra opinión de las dificultades para reconocer su vigencia en el sistema concursal español. Nosotros hemos entendido que la existencia de numerosas excepciones era el primer dato que debía llevarnos a investigar sobre la efectividad del principio de igualdad de los acreedores; esa *par condicio creditorum* que sortea un gran número de privilegios, piedras de un camino en que se constata la desigualdad con que se legisla y aplica la institución del concurso. En adelante, tratamos de constatar la efectividad y congruencia del axioma en la Ley Concursal de 2003.

El Derecho concursal, como las demás ramas del ordenamiento, configura con libertad (aunque sometido a los principios constitucionales y las normas sobre producción de otras normas) sus perfiles básicos. Los principios que lo ordenan quedan recogidos en la Ley Concursal, y de todos ellos destaca y nos interesa aquí el principio *par condicio creditorum*. La intención del legislador de incardinar esta idea fundamental en la LCon, queda patente, como hemos señalado, en su Exposición de Motivos: “Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”. Aquí se hace alusión tanto a la regla general como a sus excepciones (privilegios), sin embargo, la postura que venimos desarrollando se aleja de esta concepción de igualdad de los acreedores, para exponer la manera en que dichas excepciones han terminado por corromper el principio *par condicio creditorum*.

⁴⁸⁴ Reconocido, por ejemplo, por DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 338.

En esta reflexión sobre la situación actual del aludido principio, será de particular interés el trabajo del Profesor PEINADO GRACIA, que pone de relieve la libertad a la que se ha hecho mención. Pese a que nuestro sistema responde a un modelo eminentemente liberal⁴⁸⁵ y no asistencial, la pluralidad de acreedores que se da en el concurso no nos lleva irremisiblemente al principio *par condicio creditorum*. Su aparición en la Ley 22/2003 es fruto de la elección y no puede entenderse como una exigencia de justicia: *nada exige que se alterasen las reglas comunes del Derecho privado y se satisficiesen las obligaciones conforme al orden preconcursal (...) No existe un derecho subjetivo a la par condicio creditorum, tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la par condicio creditorum, sino que el Derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ello a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción*⁴⁸⁶.

Vamos a mantener esta línea de razonamiento, la de un principio *par condicio creditorum* producto de una mera elección del legislador y proclamado sin demasiadas reservas por la doctrina; desmarcándonos de la óptica de la Justicia, argumento que se aborrece con solo mencionarlo en este ámbito del Derecho⁴⁸⁷. Proclamada la regla general de la igualdad de los acreedores en el concurso, hay que decir algo sobre sus excepciones. Ya hemos comentado la naturaleza de los “privilegios” en el sistema concursal, no obstante, ahora no nos importa si se trata de un instituto procesal o si por el contrario son características inherentes al derecho de crédito. Lo que debe centrar nuestra atención en este preciso momento son los efectos de dichos privilegios, su incidencia sobre la igualdad de los acreedores. A este respecto, tanto la Ley como la doctrina identifican el principio *par condicio creditorum* como una idea-fuerza del sistema concursal, debiendo darse varias notas (simultáneamente) para que sea admisible un privilegio que pervierta el orden general. Estas notas, que también se han comentado, se concretan en la legalidad (exigencia de seguridad jurídica), necesidad (o causa suficiente) y excepcionalidad de los

⁴⁸⁵ Donde el Derecho concursal es una forma más de extinción de las obligaciones del insolvente; y de forma supletoria, un sistema de identificación y supresión de empresas ineficientes.

⁴⁸⁶ PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 433 y 442-443.

⁴⁸⁷ *Vid.*, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 319 y ss. El autor señala que la Ley ha clasificado a los acreedores que se someten al procedimiento de insolvencia respondiendo a criterios que no se identifican con la Justicia, sino con una elección política. Igualdad y Justicia no son obligatoriamente sinónimos, y la institución concursal es ejemplo de ello.

privilegios⁴⁸⁸. Pero no podemos negar que pese a sus requisitos, tales privilegios tienen un sentido absolutamente contrario al principio *par condicio creditorum*. Se suele aceptar sin mayores reparos que algunos créditos queden por encima de otros en la liquidación concursal cuando el legislador lo considera aconsejable. Esta operación es loable, aunque como se ha dicho, el principio de igualdad de los acreedores en el concurso no es un dogma de fe, sino una elección del legislador; de modo que si no se va a respetar, en principio no debiera haber problemas para eliminarlo del ordenamiento.

La “complacencia doctrinal” con la situación del principio que se analiza⁴⁸⁹, viene en ocasiones determinada por la importante reducción de privilegios que tuvo lugar con la promulgación de la Ley Concursal. Sin embargo, no podemos quedarnos aquí. Que la LCon redujera el número de privilegios existentes antes de 2003 no puede ser visto como un mérito *per se*, ya que el principio *par condicio creditorum* es una apuesta de la Ley, y no una exigencia constitucional o de otro orden. Si bien compartimos la conveniencia de esta simplificación que lleva a cabo el sistema concursal actual, no se puede admitir que la igualdad de los acreedores en el concurso sea la regla general del procedimiento. Se ha analizado aquí el régimen de los créditos privilegiados y los subordinados (también las deudas de la masa según nuestra teoría), observándose una amalgama de conceptos que poco tienen que ver con el principio *par condicio creditorum* y que se salen de lo estrictamente excepcional por importancia y número. En nuestra opinión, el principio que se analiza queda en una mera ilusión ante la vorágine de excepciones, anomalías y clasificaciones expuestas, que hacen tedioso –aun– el estudio de los créditos en el concurso.

Algunos autores han mostrado cierta preocupación sobre este tema; a las citas que hemos realizado en este capítulo podemos sumar la de SÁNCHEZ CALERO, que expresa sus dudas acerca de la cuestión señalando que la reducción de privilegios que tuvo lugar con la LCon es seguramente más modesta de lo que hubieran querido quienes redactaron el primer borrador (por la inclusión de ciertos privilegios a lo largo de la tramitación

⁴⁸⁸ PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución...” *op. cit.*, pág. 440.

⁴⁸⁹ Señala muy acertadamente VILLORIA RIVERA: *Todavía hoy, tras la entrada en vigor de un sistema de nuevo cuño, gran parte de la doctrina sigue rindiendo pleitesía a esta locución latina, cuya cita siempre parece resultar oportuna. Raro es el autor que no inclina la cabeza ante este principio, pues nada parece más justo que defender la igualdad entre los acreedores.* VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 319.

parlamentaria)⁴⁹⁰; por su parte, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, aluden al principio *par condicio creditorum* diciendo que éste ha de relativizarse, ya que *es aplicable sólo a algunos acreedores, y por ello ha de aceptarse con reservas*⁴⁹¹; o ARROYO MARTÍNEZ y MORRAL SOLDEVILA, que se refieren al principio destacando que la EM de la LCon lo proclama, pero el desarrollo normativo lo traiciona al reconocer una cantidad tal de excepciones, que terminan por resquebrajar la *par condicio creditorum*⁴⁹².

Por tanto, se pone en duda la pertinencia de seguir manifestando como idea central del sistema concursal el principio *par condicio creditorum*. La cantidad de excepciones a esta regla general han terminado por difuminarla, haciéndola irreconocible. De manera que para dotar de sentido común y congruencia el ordenamiento concursal, el legislador podría tomar dos caminos:

– Desechar la igualdad de los acreedores como principio rector del concurso de acreedores, de acuerdo con la concepción de aquél como mera elección de política legislativa. En este sentido, ya que la *par condicio creditorum* no se está respetando, y siendo ésta una decisión del legislador, es preferible, antes de que se constate la ineficacia de la norma para obtener el fin que se propone, cambiar sus objetivos. La falta de adecuación entre el principio aludido y el articulado de la Ley es manifiesta. De forma que si la Ley responde a las exigencias de la sociedad en materia concursal, ¿por qué mantener la alusión a un principio que no puede operar dadas las prescripciones de la propia LCon? Desde esta postura, el legislador debería eliminar las –irrisorias– referencias al principio *par condicio creditorum*, para proclamar el verdadero sistema que subyace en la LCon, que está basado en el privilegio de unos créditos sobre otros, configurándose como un sistema con una notable jerarquía de créditos.

– Reformular el principio *par condicio creditorum*, haciendo que éste no se refiera al conjunto de acreedores, sino que actúe solo entre aquéllos que se encuentren en el

⁴⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 3895.

⁴⁹¹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 594.

⁴⁹² ARROYO MARTÍNEZ, I. y MORRAL SOLDEVILA, R., “Consideraciones críticas...” *op. cit.*, págs. 1263-1266.

mismo nivel del orden de prelación de créditos. A veces se justifica la existencia de privilegios en base a la mayor diligencia de algunos acreedores, por ejemplo, es el caso de los créditos con garantía real⁴⁹³; se dice que el coste de dicha garantía legitima al acreedor a ser premiado con el privilegio especial en caso de concurso. Así, el acreedor que no toma las debidas precauciones ve como su crédito no puede pasar de “ordinario”. Al margen de que estas consideraciones no son absolutamente ciertas, dado que existen créditos privilegiados por motivos que poco tienen que ver con la diligencia del acreedor, podemos establecer una relación entre esta tesis y la posibilidad de reformular la igualdad de los acreedores en el concurso. Bastaría con articular una nueva *par condicio creditorum*, cuya eficacia se circunscriba a las relaciones entre acreedores de un mismo nivel de privilegio. Así se estaría promocionando la igualdad de los acreedores de manera más acorde con la realidad de la LCon, sin que esto suponga la renuncia a los privilegios que justificadamente el legislador ha recogido en sede concursal, sean cuales sean los motivos que lo hayan llevado a ello. A favor de esta postura, hay autores que, ante las dificultades para reconocer una *par condicio creditorum* de carácter general en la LCon, entienden de este modo el legalmente proclamado principio de igualdad de trato de los acreedores⁴⁹⁴. Esta operación teórica consiste en compartimentar el ámbito de acción del axioma para admitir su vigencia en la Ley Concursal. No obstante, esta opción también cuenta con algunos puntos flacos, principalmente dos: la existencia de categorías de créditos donde el criterio de reparto en caso de liquidación no es la ley del dividendo⁴⁹⁵ y el complicado acomodo técnico que habría entre el principio de igualdad constitucional y una *par condicio creditorum* que no aportaría realmente nada nuevo en el ámbito concursal⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Aunque para nosotros, estrictamente, estos créditos no formarían parte de la masa pasiva.

⁴⁹⁴ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 94; VILLORIA RIVERA, I., “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2016* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2015, pág. 350

⁴⁹⁵ Si el legislador se decantara por esta opción, siempre quedaría el problema del orden de prelación existente para algunas clases de créditos en la redacción actual de la LCon (contra la masa, créditos con privilegio general), a no ser que se reformara el régimen de pago de los mismos para establecer la regla del prorrateo.

⁴⁹⁶ Tiene que ver con una idea ya expresada: la radical distinción entre el principio de igualdad constitucional y la *par condicio creditorum*. Un principio *par condicio creditorum* entre los créditos de cada categoría corre el riesgo de caer en una reiteración innecesaria. Los acreedores que se encuentran en el mismo escalón de la jerarquía de créditos puede decirse que están en condiciones idénticas respecto del

Dentro de esta segunda opción podríamos expresar la existencia de una subcategoría, una vía secundaria, que consistiría en la admisión del principio de igualdad de los acreedores exclusivamente desde el punto de vista de los acreedores ordinarios. Esta postura cuenta con algunas virtudes como el refrendo historiográfico a partir de la explicación de los textos de ULPIANO⁴⁹⁷; la idiosincrasia de los créditos ordinarios –ni privilegiados ni postergados–; y la regla de proporcionalidad como método de reparto entre los titulares de estos créditos en caso de liquidación. Si bien se consigue neutralizar la incongruencia de considerar iguales créditos de una categoría en que existe un orden de prelación de pagos, también aparecen nuevos problemas para admitir esta teoría. En particular, parece exagerado limitar la vigencia de uno de los principios más importantes de la historia del Derecho concursal a su aplicación sobre una categoría de créditos tan restringida en la Ley Concursal de 2003. No cabe una *par condicio creditorum* limitada hasta tales extremos, pues dejaría de ser un principio informador del Derecho concursal, para pasar a convertirse en un mero criterio interpretativo de una parte ínfima del reparto en liquidación⁴⁹⁸. Además, se iría en contra del espíritu de la LCon, que es clara cuando

procedimiento concursal. De manera que la tutela de la igualdad de éstos, ya es una realidad en virtud de la protección constitucional que otorga el artículo 1 CE que propugna la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; y principalmente el artículo 14 CE, que establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley. Si la *par condicio* alude a un concepto concursal y distinto a la igualdad constitucional, ¿cómo encajaría técnicamente esta elección del legislador? La *par condicio creditorum* debe tutelar a quienes se encuentran en situaciones diferentes –a todos en el proceso concursal–, pues para tutelar a quienes se encuentran en la misma coyuntura (aquí categoría crediticia) ya existe el artículo 14 CE. La existencia de un principio concursal parte de una cierta y efectiva novedad para el ordenamiento, de modo que no tendría sentido la réplica sectorial de principios que ya operan por vía constitucional, en una suerte de duplicidad innecesaria e ineficiente, que constituye un problema que amenaza nuestro Derecho en todos sus ámbitos.

⁴⁹⁷ Apoyando la teoría con un argumento histórico, podemos decir que se trata exactamente del modo que tiene PÉREZ ÁLVAREZ de interpretar la caracterización del axioma que da ULPIANO, *Digesto*, 42.8.6.7: *qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., La bonorum... op. cit., pág. 139; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2004, págs. 137-138.*

⁴⁹⁸ Aunque se construya esta postura desde una teórica amplísima mayoría de acreedores ordinarios, donde los privilegios representen una cantidad irrisoria del pasivo total, se trata de una tesis que parte del plano de lo ideal, pues por deseable que sea, poco tiene que ver con la realidad de la LCon.

expresa su intención de imponer un principio de igualdad de trato de todos los acreedores que concurran al juicio universal⁴⁹⁹.

Particularmente, nos decantamos por la primera opción puesto que entendemos que no existe obligación para el legislador de dedicar el texto normativo a un principio general, propio de la materia, que constituye realmente una mera elección normativa. El error, a nuestro juicio, es creer que no existen más modelos de Justicia concursal en relación al reparto de los bienes del concursado. La verdad es que la LCon ha mezclado varios de esos modelos, configurando un sistema lleno de privilegios cuya naturaleza o causa no tiene un origen común. La heterogeneidad y cantidad de preferencias impide hablar de una Ley que ha recurrido a la *par condicio creditorum* para organizar el reparto del patrimonio del concursado; en cambio, la LCon ha valorado diferentes criterios – modelos, paradigmas– para privilegiar o postergar los créditos de determinados acreedores. Entendemos que es incongruente la referencia a este axioma en nuestra Ley Concursal, dado que su manifestación más pura, el reparto proporcional o “ley del dividendo”, supone en términos reales una anécdota en la liquidación concursal. Habríamos aceptado –y así lo hacemos con la definición que hemos dado del axioma– un sistema concursal que dote de una mejor posición a algunos de sus acreedores; pero debiera constituir esta operación para no transgredirse la *par condicio creditorum*, un supuesto excepcionalísimo. No pudiendo constatarse la excepcionalidad y justificación de muchos privilegios⁵⁰⁰, desde nuestro punto de vista se constata que la norma mezcla diversos criterios de Justicia concursal, siendo la igualdad entre los acreedores el valor teórico en la LCon, pero probablemente el que menos aplicación práctica tenga en definitiva. Aunque nuestra opinión sea crítica, también es pragmática; antes de cambiar

⁴⁹⁹ Estamos de acuerdo con la idea de que si el contenido del principio se limita a la definición por exclusión del crédito ordinario y su régimen de pago en el supuesto de liquidación, a prorrata entre los titulares de este tipo de créditos (ya que en sede de convenio pueden reputarse diferencias en la satisfacción de los acreedores ordinarios, como se verá en el próximo epígrafe), resulta innecesaria su referencia en la norma, existiendo ya previsión legal a tal efecto. En cualquier caso, nos parece que quedaría un axioma raquítico, muy pobre para la significación que debiera tener la igualdad de los acreedores concursales. En este sentido, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 322. Además, señala que la traducción del aforismo no deja lugar a dudas sobre su vocación de aplicación extensiva, a todos los acreedores presentes en el procedimiento.

⁵⁰⁰ Para VILLORIA RIVERA, en general no existe justificación económica ni social alguna de los privilegios de la LCon. Que haya en algunos casos una razón político social no comporta *per se* una justificación de los mismos o su excepcionalidad. VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 320 y ss.

todo el sistema de privilegios de la Ley (que supuso un importante avance técnico en el momento de su promulgación) creemos que lo más lógico, existiendo diversos paradigmas en lo que se refiere al reparto de los bienes del concursado, es que se eliminara la mención a la igualdad de los acreedores. El concurso es de facto un sistema jerárquico que no responde a las exigencias de la *par condicio* ni desde un punto de vista técnico, ni considerando su significado más amplio⁵⁰¹. Por tanto, la solución no es eliminar toda la disciplina, sino el elemento que introduce la distorsión, en este caso la incongruencia. Las demás opciones valoradas, aunque hayan sido admitidas por distintos sectores doctrinales, no dejan de contener importantes disfunciones o incoherencias con el sentido del axioma que se ha analizado. Se valora muy positivamente el orden que se ha intentado imponer desde 2003 sobre el caos concursal previo, no obstante, la obra legislativa queda en entredicho cuando no es capaz de proclamar su verdaderas razones. Parece que el legislador se siente “acomplejado” al respecto, declarando una orientación que evidentemente no tiene la LCon. No hay nada vergonzoso en admitir que nuestra norma no sigue el principio de igualdad, e incluso ganará congruencia todo el sistema.

Concluimos con la cita que consideramos fundamental para resumir nuestro parecer sobre el principio *par condicio creditorum* en la LCon. VILLORIA RIVERA, que ha supuesto un apoyo constante para nuestro punto de vista escéptico con la igualdad de los acreedores en el sistema español, reconoce claramente la no vigencia del principio en nuestra Ley Concursal, sin que ello deba comportar un menoscabo a la Justicia concursal. El tratamiento de la cuestión ha sido deficiente en nuestro Derecho desde el plano legislativo hasta el jurisprudencial, pasando por la doctrina: *La incoherencia de nuestra tradición concursal ha sido recurrir a un principio que no dice lo que se pretende, como no sea a través de una interpretación tan forzada que rompe con su tenor literal. Al final, resulta que la par condicio se limita a predicar la igualdad entre los que son iguales; o, más bien, entre los que son tratados por la ley como iguales, lo que no significa que lo sean (la atribución de un mejor trato en función de lo que se considera una «diferencia» es una decisión de política legislativa)*⁵⁰².

⁵⁰¹ En el que podrían tenerse en cuenta conceptos que incluso escapan a su integración en la masa pasiva. Hacíamos referencia a esta visión amplia de la *par condicio* al inicio de este capítulo.

⁵⁰² VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 321.

2.5.2. Igualdad en la solución pactada

Únicamente resta entender el valor que puede tener el principio *par condicio creditorum* en la solución negociada de la insolvencia, si es que lo tiene. Aunque la liquidación sea el medio habitual para resolver este juicio universal, también tiene un indudable interés el análisis de la *par condicio creditorum* cuando la solución del concurso resulta pactada a través de un convenio u otro instituto de naturaleza preconcursal (o *aconcursal* según nuestra propia tesis). ¿opera *ex lege* la igualdad entre acreedores en esta situación? Se trata de una cuestión ciertamente confusa en nuestra opinión. *A priori*, es claro que el legislador ha tratado de extender los efectos de la igualdad de trato a los acreedores a la solución del convenio. Así se puede extraer desde seis perspectivas apoyadas en la propia LCon:

– La Exposición de Motivos (V) comienza a hablar de las excepciones a la igualdad de trato con los privilegios positivos y, en concreto, con la no sujeción de los acreedores privilegiados a la disciplina del convenio salvo expreso consentimiento (si hay privilegio en este ámbito es que se pretende aplicar también la *par condicio creditorum*). Esta circunstancia queda recogida más tarde en el artículo 134.2 LCon.

– Dice el artículo 134.1 LCon y así lo interpreta el Tribunal Supremo⁵⁰³, que las quitas y esperas (contenido obligatorio de un convenio), deberán ser iguales para los créditos ordinarios y subordinados, sin que las partes puedan disponer de dicha regla.

– El artículo 100.3 LCon, que regula el contenido de la propuesta de convenio, señala que éste no puede consistir en la alteración de la clasificación de créditos establecida en la Ley.

– El artículo 125 LCon aunque reconoce la posibilidad de aprobación de un convenio que tenga un trato singular para un acreedor o grupo de acreedores, establece una importante cautela como es la necesidad del voto favorable, en la mayoría que corresponda, de la parte del pasivo no afectada por dicho trato singular.

⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 50/2013, de 19 de febrero (RJ 2013/2148), FD 8º.

– Por su parte, el artículo 128 LCon determina como causa de oposición a la propuesta de convenio, la infracción de las normas sobre –entre otros– el contenido del convenio.

– Finalmente, en el artículo 131 LCon se regula el rechazo de oficio del convenio aceptado, permitiendo al Juez bloquear la tramitación del convenio aun habiendo sido aceptado por los acreedores, cuando se infrinjan determinadas normas entre las que se incluyen las relativas al contenido del convenio.

En los dos últimos casos las remisiones expresas a las normas sobre el contenido del convenio nos lleva al también citado artículo 100.3 LCon, entendiendo que la prohibición de alterar vía convenio la calificación de los créditos establecida por Ley nos sitúa en el plano de la *par condicio creditorum*.

No obstante, la aceptación de estos argumentos cuenta con algunas dificultades de carácter teórico. La admisión del principio de igualdad de trato respecto de los acreedores concurrentes a un convenio concursal debe saltar ciertas incongruencias:

– El artículo 100.2 LCon, después de determinar el contenido obligatorio (quita o espera) del convenio, da la posibilidad de que la propuesta contenga proposiciones alternativas para algunos o todos los acreedores. Estas propuestas consisten en la conversión de créditos en acciones o participaciones, obligaciones convertibles, créditos subordinados, etc. De manera que se reconoce no la posibilidad de una quita o espera parcial, pero sí de una conversión de títulos en los términos que establece la Ley, que no afecte a todos los acreedores por igual. De hecho, los acreedores públicos no están sometidos a estas proposiciones alternativas.

– En el artículo 162 LCon se entiende que en la liquidación sobrevenida tras el cumplimiento parcial de un convenio, los pagos realizados son legítimos salvo prueba de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Comprendemos que se trata de casos excepcionales, pero la referencia expresa a la igualdad de trato puede hacer pensar que los parámetros en ese sentido son más laxos en el caso del convenio.

– La no sujeción de los acreedores privilegiados al convenio introduce un elemento distorsionador en el análisis. Obviamente, no nos podemos detener en el caso

de los créditos contra la masa, que aunque en este estudio son considerados como créditos integrados en la masa, la Ley no los concibe así; ni en los créditos con privilegio especial, que aunque cumplan el principio de integración según la norma, aquí se ha expuesto lo contrario. Pero la LCon y este estudio coinciden en una concreta categoría, el privilegio general. En este tipo de créditos no hay duda de que sus titulares se integran plenamente en la masa pasiva. Sin embargo, según el artículo 134 LCon solo quedan vinculados por el convenio cuando votan a favor de éste (tras algunas reformas cabe la posibilidad de obligar también a los acreedores privilegiados si concurre al convenio una mayoría reforzada –60% o 75% según el tipo de medidas contenidas–). Este régimen de superprotección del crédito privilegiado, en relación al crédito con privilegio general siembra dudas sobre la vigencia de la *par condicio creditorum* en sede de convenio. Un tipo de acreedor que queda integrado en la masa puede beneficiarse por el privilegio que reconozca la Ley, ésa es la regla general. No obstante, la posibilidad de sustraerse a la aplicación de la solución del concurso –eso al inicio de la LCon, ahora sustraerse salvo una amplísima mayoría– no parece tanto un privilegio como una falta de integración de los mismos.

La *par condicio creditorum* opera o debería operar respecto a cualquier solución del concurso, incluido el convenio. A pesar de ello, existen algunos elementos en la LCon que nos inducen a pensar que podría mejorarse la técnica legislativa al respecto. De hecho, la falta de inclusión inicial de los acreedores con privilegio, y concretamente aquellos con privilegio general, nos lleva a pensar más que en la igualdad del procedimiento, en un desdoblamiento *de facto* del principio de integración. Junto al principio de integración que ya hemos analizado, existiría una integración paralela, a efectos del posible convenio, en que ningún acreedor con privilegio entra, y por tanto tampoco participa en el reparto equitativo de las pérdidas. Quien no se integra, no se puede exponer a la *par condicio creditorum*. A favor de la Ley debe señalarse que las sucesivas reformas han tratado de eliminar o minorar esta sustracción de los créditos privilegiados al convenio a través de su sometimiento al mismo siempre que se consigan determinadas mayorías cualificadas. Sin embargo, aun puede mejorarse el texto de la norma, que mantiene elementos como el privilegio del crédito público de no someterse a proposiciones alternativas, que no ayudan

a entender un principio de igualdad de trato a los acreedores cuya aplicación sea uniforme a toda solución del concurso, ya sea liquidatoria o pactada⁵⁰⁴.

En caso de que admitiéramos que el privilegio, en cualquiera de sus formas, es una idea que justifica la no sujeción al convenio en razón de que sus titulares gozan de condiciones diversas al resto de acreedores, ¿no podríamos trasladar la idea también al tratamiento de los créditos ordinarios y subordinados, donde la quita y espera no puede afectar de manera diferente? ¿No podría sostenerse que de la misma manera, el acreedor subordinado puede verse afectado en mayor medida por quitas y esperas? La Ley Concursal es clara y lo prohíbe en atención al menoscabo que supondría para la *par condicio creditorum* pero, ¿no parece el mismo razonamiento que en el caso de los acreedores privilegiados? Son algunas dudas que quedan sin respuesta, simplemente, porque la Ley sobre este punto tampoco ha sido especialmente coherente. Para la LCon, parece que el privilegio implica que el convenio pueda afectar de modo distinto a su titular que al acreedor ordinario; sin embargo, si dicho convenio prevé una quita o espera distinta para acreedores ordinarios y subordinados, entiende que se viola la *par condicio creditorum*. ¿Cuál es nuestro modelo de Justicia concursal?

3. Principio par condicio creditorum en el Derecho italiano

3.1. Naturaleza y encuadre sistemático: artículo 2741 Codice Civile

La *par condicio creditorum* es casi con toda seguridad el principio más replicado en la historia del Derecho concursal. Como se ha visto, cualquier legislación aspira a tutelar o, al menos a presentarse ante el justiciable como garante de la igualdad entre los acreedores que concurren a un procedimiento de naturaleza concursal. El ordenamiento italiano no es una excepción en esta materia⁵⁰⁵, como tampoco lo es el sistema español

⁵⁰⁴ Considerando que el crédito público ha sido en el contexto concursal protegido de un modo especial, manteniéndolo al margen de la “poda de privilegios”, SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La extraconcursalidad del concurso de acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1103.

⁵⁰⁵ Es claro para la doctrina clásica italiana que uno de los principios inspiradores de la legislación concursal es la egualitarietà, esto es, la solución de la ejecución en dicha sede a partir de la *par condicio*, en contraposición a la ejecución individual donde la rapidez en la interposición de acciones es clave para obtener satisfacción pecuniaria. PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto...op. cit.*, págs. 102-103. El autor señala además que la literatura sobre la regla de la *par condicio* ha surgido a partir del análisis del fallimento, aunque ésta ha terminado por caracterizar o por servir de base a buena parte de los

tras la promulgación de la Ley Concursal. En este sentido guardan España e Italia un perfil similar, incluso compartiendo problemas que surgen en la difícil conjunción de intereses particulares, colectivos y generales que se presentan en el tratamiento jurídico de la insolvencia o situaciones asimiladas a ésta. Dicho esto, podría parecer que la referencia a la *par condicio creditorum* en la Legge Fallimentare se corresponde en gran medida con el apartado anterior, y puede que así sea. Al menos desde nuestro punto de vista, sobre esta cuestión existen motivos fundados para creer que estamos ante un aspecto similar y no divergente entre las legislaciones estudiadas. No obstante, existen algunas circunstancias que merecían una especial referencia y que justifican el tratamiento separado de un principio de gran entidad, y sobre el que veremos a continuación que pueden suscitarse dudas razonables.

La principal complicación –y casi única– a la hora de conceptualizar la igualdad de tratamiento a los acreedores en la realidad concursal italiana es la posición del precepto que la recoge en el ordenamiento. Si bien decíamos que en Derecho español el principio *par condicio creditorum* es de naturaleza exclusivamente concursal, es en la legislación común italiana, en concreto el artículo 2741 del Codice Civile⁵⁰⁶, donde encuentra acomodo el axioma⁵⁰⁷. Sin hacer referencia al aforismo latino, dice el Código que los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos sobre los bienes del deudor, salvo las causas legítimas de prelación, que sitúa en tres clases: los privilegios, la prenda y la hipoteca⁵⁰⁸. La situación del precepto, en el Título III (*De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial*) del Libro VI (*De la tutela de los derechos*), viene a introducir un primer elemento distorsionador por

procedimientos concursales italianos. Por su parte, es denominado *parità di trattamento* por D'AQUINO, F., "La ripartizione dell'attivo", *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»* (a cura di AMBROSINI, S.), Bologna, Zanichelli, 2008, págs. 288-290.

⁵⁰⁶ Aprobado por Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262; publicado en edición especial de la *Gazzetta Ufficiale* del 4 de abril de 1942, n. 79.

⁵⁰⁷ Cuestión la de la igualdad que para algunos autores se jalona sobre la operatividad de otras normas, estas sí presentes en la LF, como la prohibición de acciones individuales durante el procedimiento *ex art.* 51. FAUCEGLIA, G., "Gli effetti del fallimento..." *op. cit.*, pág. 129.

⁵⁰⁸ Artículo 2741 *Codice Civile*: "I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione.

Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche".

cuanto su ubicación da a entender que se trata de un axioma de aplicación general, vigente en cualquier rama del Derecho privado⁵⁰⁹.

Se trata según la doctrina de una de las normas más cuestionadas del ordenamiento, existiendo múltiples interpretaciones acerca de la misma⁵¹⁰: la mera recepción de un principio “metapositivo” tan lógico e indiscutible que debiera ser observado aun en ausencia de la norma; una disposición vacía, sin contenido ni valor imperativo autónomo, cuya función se limita al reenvío a otras reglas más específicas; el medio para mitigar los daños entre la comunidad de intereses formada por los acreedores; una regla técnica que pretende garantizar la imparcialidad del órgano que representa el poder público y que es encargado de ejecutar las obligaciones existentes, etc. Se ha valorado el precepto en términos sustanciales y desde su vertiente más procesal, constituyendo como se ha dicho una de las normas que más discusiones ha generado en el ordenamiento italiano. Resultaría extremadamente complicado glosar cada una de las teorías interpretativas del artículo 2741, pero sí debemos recuperar aquí la incidencia de la norma en nuestro objetivo comparado en relación a la *par condicio* en el sistema español. Mantenemos de nuevo que el análisis de instituciones del Derecho italiano que no son patrimonio exclusivo de esa legislación, puede aportar las claves necesarias para un correcto tratamiento de la cuestión desde una visión amplia de los procesos concursales; en ello consiste precisamente el método comparado que estamos aplicando. Y desde este punto de vista, aquí se ha presentado una primera dificultad para sostener el que ha sido nuestro razonamiento sobre la igualdad de trato a los acreedores como un principio exclusivamente concursal.

Encontramos autores como PAJARDI que a pesar de señalar que tradicionalmente la *par condicio creditorum* es descrita como la primera regla en la jerarquía de valores en el proceso concursal (por oposición a la prioridad temporal –*prior in tempore, potior in iure*–), sostiene con claridad que el principio de la *par condicio* supone un ejercicio de concreción con respecto al principio de igualdad⁵¹¹. Escaparía así el autor de algunas de las teorías que han explicado la relación entre la igualdad de trato a los acreedores y el

⁵⁰⁹ Así interpreta la cuestión, negando la especialidad del precepto. *Vid.*, PAJARDI, P., *Manuale... op. cit.*, pág. 19.

⁵¹⁰ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 51-52.

⁵¹¹ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 36-39.

Derecho concursal⁵¹², para centrarse en una visión tributaria del principio de igualdad en términos generales, acudiendo a la solidaridad de los acreedores como elemento de cohesión entre los mismos. En este sentido, no se estaría negando propiamente la adscripción al contexto concursal de la *par condicio creditorum*, sino que el rechazo se dirige a la autonomía de la idea, que viene dada por la concreción de un principio general del ordenamiento, con reconocimiento constitucional. Desde el punto de vista aludido, los principios básicos del concurso de acreedores son la aplicación de normas más generales, que encuentran en la insolvencia únicamente un ámbito en el que se exalta su contenido. De algún modo, aunque la intención de tales propuestas no pretenda atacar la concursabilidad del axioma, dicha falta de autonomía coloca la paridad en el tratamiento de los acreedores concursales en una difícil situación, vulgarizando su contenido y efectos. Si una norma es general, pierde su interés como regla concursal. De esta forma, la existencia de un sector doctrinal que interpreta el artículo 2741 Codice Civile como un precepto de carácter general⁵¹³, aplicable tanto a la ejecución individual como a la ejecución universal supone un obstáculo a nuestra idea de un axioma autónomo en el ámbito concursal. Al respecto nos pronunciábamos en referencia al ordenamiento español, admitiendo plenamente la independencia axiomática del principio concursal de igualdad de trato a los acreedores, y por tanto, en sentido contrario.

Pero nuestra propuesta interpretativa no es desconocida en Italia. Junto a estas opiniones, encontramos también apoyos doctrinales a la consideración de la *par condicio creditorum* como un principio de naturaleza concursal, propio de los procedimientos de insolvencia. Ya hemos señalado en nota anterior que existen tradicionalmente diversas teorías que explican la relación del artículo 2741 *Codice Civile* con el concepto de concursabilidad, siendo algunas favorables a nuestras tesis y otras no. Entre las primeras están las teorías que reputan el principio como un mecanismo propio del proceso

⁵¹² Vid. *Supra.*, págs. 30-31. En concreto, se dejan atrás explicaciones como: la teoría del Derecho natural, que implicaría la aplicación específica de un principio superior de Justicia; la teoría del principio de Derecho sustancial, que otorgaría al axioma relevancia concursal, entendiendo que se trata de una regla opuesta a la preferencia temporal en el cobro de créditos, que no encontraría predicamento –salvo excepciones– como principio general, limitándose su efectividad a situaciones de insolvencia; o la teoría del “poder de dividir”, que sitúa el problema en el reparto de los bienes, no pudiendo efectuarse dicha operación de manera arbitraria, debiendo acudir a la *par condicio* por ser la igualdad el criterio que excluye el ejercicio abusivo de ese poder.

⁵¹³ También, GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 6.

concurzal, mientras que las segundas lo caracterizan como un instrumento más en el seno del concurso pero que también puede darse en la ejecución singular.

Además, en apoyo a la autonomía e independencia de una *par condicio* exclusivamente concursal detectamos varios argumentos, comenzando por el propio reconocimiento de la doctrina contraria a esta solución, de que se trata de la tesis más seguida; nos referimos concretamente a PAJARDI, que aun habiéndose mostrado totalmente alineado con un supuesto carácter general de la paridad de trato a los acreedores en el ordenamiento italiano, señala la falta de apoyos a las teorías que extienden la virtualidad del principio más allá del proceso de fallimento⁵¹⁴. En segundo lugar, la revisión doctrinal de esta cuestión debe llevarnos a la posición de NIGRO y VATTERMOLI, que aunque la ubicación del artículo 2741 Codice Civile les anime a calificarlo como un principio de carácter general, matizan a continuación que es en el procedimiento concursal donde tiene lugar la más nítida manifestación del mismo, e incluso, la única real⁵¹⁵. Finalmente, con una idea que hemos expuesto en relación al sistema español, TERRANOVA⁵¹⁶ dice que el artículo 2741 c.c. supone la prueba de la falta de autonomía de una regla que proclama un principio de igualdad sin especificar más detalles de su implementación ni las modalidades de actuación de éste. A partir de aquí –añade–, se definirá la relación entre *par condicio creditorum* y concursalidad, ya que la segunda supone para la primera su cauce de actuación y su límite de manera simultánea. La institución concursal sería así el medio en el que se concreta ese principio del artículo 2741 Codice Civile; al tiempo que también constituiría su límite, puesto que se reserva la paridad de tratamiento a los acreedores que concurren en el procedimiento universal, dejando fuera de la aplicación de las reglas concursales a quienes no se integran en el procedimiento⁵¹⁷.

⁵¹⁴ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, pág. 35.

⁵¹⁵ NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese... op. cit.*, pág. 44. También, en este sentido, MINUTOLI, G., “La distribuzione dell’attivo e il rendiconto”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2016, pág. 2362.

⁵¹⁶ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 52-53.

⁵¹⁷ Vendría a afirmarse así, que en la experiencia comparada la *par condicio creditorum* es un principio que despliega sus efectos respecto de los acreedores que se integran en la masa pasiva, y no de todos los acreedores como señalan algunas teorías claramente hiperbólicas e injustificadamente expansivas en relación a la aplicación del axioma. Ello nos ha servido para diferenciar de la manera más nítida posible, unos principios de otros (en este caso integración e igualdad).

Ya se ha señalado que consideramos este principio como un elemento de semejanza y no de diferencia entre las legislaciones en liza, no obstante, las dudas sobre su naturaleza (general o concursal) han derivado en este tratamiento separado. Superada la problemática suscitada en torno al carácter del artículo 2741 Codice Civile, que puede inducir a la configuración de un principio *par condicio creditorum* general, podemos centrarnos en otros aspectos relacionados con este axioma en el ordenamiento italiano. No se puede afirmar con rotundidad que dicha circunstancia se haya esclarecido absolutamente en nuestro estudio, pero sí que encontramos apoyos suficientes para posicionarnos del lado de la doctrina que entiende que el artículo 2741 o bien es autónomo, o bien se trata de un precepto que debe ser aplicado a un ámbito concreto, precisamente en el contexto de la insolvencia⁵¹⁸. Mas bien, habiendo una posibilidad interpretativa que mantenga la independencia axiomática de la paridad en el trato a los acreedores concursales, preferimos mantenernos en esa línea. No obstante, tras el análisis de ésta, seguimos confiando en que estamos ante un principio concursal con un contenido muy similar al que podemos inferir en la Ley Concursal española. Desde nuestra posición –y solventadas las dificultades interpretativas–, vamos a conocer algunos aspectos que ofrecen una versión de la igualdad de trato a los acreedores en el sistema concursal italiano que guarda una importante correlación con el ordenamiento español. De este modo, es el momento de expresar qué condiciones harían coincidir ambas concepciones. Además de un contenido básico idéntico e inmutable en cualquier ordenamiento al que vaya a traducirse esta norma, queremos destacar dos ideas que se repiten en Italia y en España –a las que hemos hecho referencia en caso español⁵¹⁹–, y que determinan

⁵¹⁸ Al respecto nos parece bastante ilustrativo que FABIANI reconozca que en el fallimento se encuentra el medio para hacer efectiva la garantía patrimonial del deudor cuando concurren al menos dos “pretensiones crediticias”, haciendo referencia en concreto al artículo 2741 Codice Civile. De ello inferimos que puede *par condicio* como un elemento autónomo puesto que coadyuva a la implementación de la responsabilidad patrimonial; y de otro, que tiene virtualidad en sede concursal, cuando el deudor cuenta con una pluralidad de reclamantes. FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 5.

⁵¹⁹ Se observa que el número y la profundidad de estudios sobre la *par condicio creditorum* es sensiblemente mayor en Italia. En aquél país existe una preocupación constante entre la doctrina por desvelar el sentido jurídico del artículo 2741 Codice Civile y sus consecuencias en la aplicación de la regla de la paridad de trato a los acreedores concursales. Venimos constatando que no solo en el tema de la *par condicio* –pero sí especialmente en él–, la doctrina italiana se encuentra más desarrollada y ha tenido mayor interés por la cuestión de los pilares básicos del sistema concursal y el sentido de los elementos que conforman el tratamiento jurídico de la insolvencia. De ahí que a través del análisis comparado, se encuentren elementos y razonamientos que hemos predicado con respecto al ordenamiento español, pese a que nuestros estudios no hayan reparado en ellos prácticamente.

claramente la confluencia entre el camino seguido por el axioma de la igualdad de los acreedores en el concurso⁵²⁰.

3.2. Sistema de privilegios del Derecho concursal italiano: crisis de la *par condicio*

En primer lugar, es claro que se trata de un principio que se encuentra en crisis. Tanto en España como en Italia es compartida la opinión de que la igualdad de trato a los acreedores es más ficticia que real en estos momentos⁵²¹. Precisamente así, como una mera ficción ha sido calificado este principio, ya que se ha interpretado (del mismo modo que nosotros con respecto a la LCon), que los privilegios concursales erosionan la efectividad del axioma, siendo no pocas las excepciones contenidas en el sistema concursal⁵²² (sea el español, sea el italiano). El origen de éstas queda establecido tanto en el artículo 2741 Codice Civile, como en el artículo 54 LF. En ambos se mantiene esa noción de acreedor privilegiado como aquél que tiene su crédito garantizado mediante prenda, hipoteca o privilegio legal. Además, no existe en la Legge Fallimentare una relación de privilegios como hay en nuestra Ley Concursal, sino que en el propio Código Civil italiano, el Capítulo II del Título III del Libro VI, se consagra a los privilegios a

⁵²⁰ De modo que muchos de los elementos estudiados a partir de la referencia a la LCon van a servir sin mayores matices para comprender el rol que ocupa la igualdad de los acreedores en el sistema concursal italiano. Por ejemplo, no volveremos sobre la caracterización del privilegio, que es un instituto perfectamente asimilable en abstracto, aunque puedan reputarse diferencias en cuanto a las condiciones de operatividad. Por ello no vamos deconstruir de nuevo el término, reenviando al estudio de la doctrina clásica de finales del siglo XX para un acercamiento más específico. Entre otros, *vid.*, RAGUSA MAGGIORE, G., *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1968, *passim*; CICCARELLO, S., *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, Giuffrè, 1983, *passim*.

⁵²¹ Entre otros: CELENTANO, W., “Effetti del fallimento...” *op. cit.*, pág. 486; FAUCEGLIA, G., “Gli effetti del fallimento...” *op. cit.*, pág. 134 –a partir de la negación del concurso sustancial, pese a las críticas que ha generado en nuestra investigación la identidad *par condicio*/concurso sustancial–. De hecho, otros autores italianos señalan que la prohibición aludida no persigue únicamente el objetivo de la igualdad como ya hemos destacado en esta investigación, *vid.*, DE SENSI, V., “Gli effetti...” *op. cit.*, pág. 369.

⁵²² NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi...* *op. cit.*, pág. 44. Señalan los autores que aun se trata de un principio organizativo de la institución concursal, sin embargo detectan grandes dificultades para su aplicación dado el volumen de crédito privilegiado que suele lastrar la marcha de cualquier proceso concursal. Nos parece oportuno destacar que la idea de que el privilegio es contrario y desvirtúa a la igualdad de los acreedores ha sido esgrimida ya en este estudio; así como la falta de apoyos en este sentido entre la doctrina española que, inexplicablemente a nuestro juicio, no observa normalmente contradicciones entre ambos elementos, determinando que los privilegios existentes en la LCon no influyen sobre la efectividad de la *par condicio creditorum*.

través de distintas secciones⁵²³ (disposiciones generales, privilegios sobre bienes muebles, privilegios sobre bienes inmuebles y el orden –prelación– de los privilegios); conviven así distintas normas, provenientes de textos jurídicos diferentes. De un lado están los artículos 53 y 54 LF, que se dedican a los créditos garantizados con prenda y al régimen jurídico de los acreedores privilegiados en el reparto del activo, o los artículos 111 *bis*, *ter* y *quater* LF, sobre la disciplina de los créditos prededucibles y otras reglas en relación a la liquidación de bienes y satisfacción de acreedores con privilegio (además de otras disposiciones dispersas en el texto de la Ley); y de otro, las disposiciones del Código Civil italiano sobre privilegios, en las que no solo se enumeran, sino que se describe también su orden de prelación⁵²⁴.

En líneas generales se mantiene una estructura similar a la de la LCon para el reparto del activo, no obstante, se pueden destacar algunos elementos particulares del sistema italiano. Si bien encontramos una graduación similar de los créditos, donde los prededucibles (contra la masa) ocupan un ficticio primer lugar por cuanto deben respetar siempre las sumas recabadas de la venta de bienes hipotecados o sobre los que se ha constituido prenda⁵²⁵; por otro lado existen algunos términos cuya traducción puede llevar a equívocos. En cuanto al privilegio, también especial o general, según se refiera a un bien concreto o a toda la masa patrimonial, pueden hacerse algunas matizaciones. En

⁵²³ Se dedican en concreto los artículos 2751-2783 *ter* Codice Civile.

⁵²⁴ De nuevo, se trata de un tema regulado conjuntamente por la Legge Fallimentare y el Codice Civile. En la LF, el artículo 111 –que ha sido calificado como el “termómetro de la concursabilidad” en: PACCHI, S., “I debiti di massa nel fallimento”, *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento* (a cura di DIDONE, A. y FILIPPI, P.), Milano, Giuffrè, 2002, págs. 112-116– determina que el orden de prelación de créditos en el concurso sitúa, como ya conocemos, a los acreedores titulares de créditos prededucibles (contra la masa en nuestro ordenamiento), después los acreedores privilegiados y finalmente los quirografarios, esto es, los ordinarios. Pero dentro de los acreedores privilegiados, dispone la LF que se seguirá el orden señalado por la Ley. El reenvío nos lleva directamente al Código Civil italiano, que tiene una sección dedicada especialmente al orden de los privilegios (*Del ordine dei privilegi*), dedicando los artículos 2777 a 2783 *ter*, a regular la cuestión. No existe por tanto una categoría específica de créditos subordinados en el concurso, aunque algunos autores hagan referencia (FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, pág. 603) a algunos supuestos de postergación de créditos, que en sede concursal podrían operar como una suerte de subordinación. Al respecto se suele citar el artículo 2467 c.c., que en una ubicación que podríamos calificar como sectorial –las aportaciones sociales– posterga el reembolso los socios por su financiación a la sociedad, a favor del resto de acreedores de la misma. Este ejemplo constituye una norma que, como el resto de créditos “subordinados” en Derecho italiano, no responden tanto a una categoría concursal como a la mera postergación, dentro de su ámbito concreto, de determinados conceptos.

⁵²⁵ También el legislador italiano comete lo que a nuestro juicio es la incongruencia de declarar a los créditos contra la masa, aquí prededucibles, en el primer puesto de prelación, en el artículo 110 LF.

Italia se da una incomunicación –no absoluta– entre las realidades mueble e inmueble que componen el patrimonio del deudor en sede de reparto del activo fallimentare. El artículo 111 *ter* LF obliga al curatore a llevar contabilidad segregada respecto de la masa líquida mueble y la masa líquida inmueble, puesto que cada una va a responder a diferentes acreedores en el reparto concursal. En este sentido, los acreedores con privilegio general van a hacer valer su derecho de prelación únicamente sobre la masa activa mueble. Las pretensiones crediticias privilegiadas en torno a esta parte del patrimonio concursal son tres por tanto: privilegio especial, privilegio general y las garantías sobre muebles (prenda). Ahora bien, señala el artículo 2748,1º Codice Civile que el privilegio especial sobre bienes muebles no puede ejercitarse en perjuicio del acreedor pignoraticio. Posteriormente, es el propio código el que realiza la ya citada relación de los privilegios sobre bienes muebles (de tipo especial o general) y posteriormente gradúa, de manera conjunta, estos derechos de prelación en el artículo 2778. De este modo, la naturaleza especial o general del privilegio sobre bienes muebles no se refiere en Italia tanto a la prelación en sí como al ámbito en que se desarrolla la misma, visto que en el mismo precepto se realiza una única lista de veinte conceptos en que se mezclan ambas realidades. El orden en la satisfacción de créditos por tanto situaría respecto del patrimonio mueble en primer lugar a los acreedor pignoraticio, y posteriormente los privilegiados según el orden del artículo 2778 c.c., sean especiales o generales (según el objeto).

En cuanto a los privilegios sobre bienes inmuebles, determina el artículo 2780 Codice Civile el orden de prelación de los mismos⁵²⁶ cuando concurren varios acreedores sobre lo recabado por un mismo inmueble; con la particularidad de que el artículo 2748,2º del mismo texto sitúa el privilegio sobre inmueble por encima del crédito hipotecario, salvo disposición legal en contrario. Sobre éste, señala la LF que de no ser satisfecho por completo con la liquidación del bien, el acreedor concurre por la cantidad restante con los créditos quirografarios⁵²⁷, con un régimen menos exhaustivo y complejo en cuanto al valor de la garantía y su incidencia en la cuantificación y calificación de los créditos⁵²⁸ que el que se ha instaurado en España con las reformas de la LCon. Además de

⁵²⁶ Tratándose en estos casos de determinados impuestos o tasas propias de este tipo de bienes.

⁵²⁷ Artículo 54 LF.

⁵²⁸ Ya que directamente se envían las cantidades insatisfechas tras la liquidación de inmuebles a la categoría de créditos ordinarios, sin el cálculo del valor de la garantía a efectos concursales.

configurarse legal y expresamente esta división entre el patrimonio mobiliario e inmobiliario; y de hacerlo el legislador italiano a partir de normas tanto de la Legge Fallimentare como del Codice Civile, precisamente en la norma fundamental para el Derecho común se contienen algunas reglas más en materia de privilegios⁵²⁹, que afectan a ambas esferas (prededucibles). Así, destacamos el artículo 2777 Codice Civile, que determina para algunos créditos un grado de preferencia tal que incluso se sitúan encima de los hipotecarios o garantizados mediante prenda. Se refiere el precepto a los gastos judiciales de los artículos 2755 y 2770 c.c.; además, en este grupo también se incluyen los créditos a los que se refiere el artículo 2751 *bis* del mismo texto, y que aluden a deudas de carácter heterogéneo, especialmente protegidas por el sistema italiano (determinados créditos laborales, retribuciones a profesionales, créditos de empresas artesanas o cooperativas, créditos de empresas de trabajo temporal, etc.).

Pero no pudiendo entrar en esta clasificación con profundidad puesto que se excederían los límites de este estudio, sí que debemos señalar que el sector doctrinal al que venimos aludiendo denuncia la falta de efectividad de la *par condicio creditorum* ante la proliferación de privilegios; así, es admitida por muchos la crisis del principio⁵³⁰. En concreto, llamamos la atención sobre la postura de PAJARDI⁵³¹, que califica la proliferación de privilegios como una causa externa en la limitación del ámbito de la *par condicio*, que se vería reducido a operar solo entre los acreedores de la misma categoría⁵³²; siendo posible encontrar otro orden de causas, éstas internas, a la crisis del concepto. En ese sentido podemos destacar el cambio de orientación en la legislación concursal, que ha pasado de ser un sistema muy dirigido a la expulsión del mercado de empresas en crisis, a considerar los múltiples intereses presentes en el problema de la insolvencia. Es cierto que la gran mayoría de ordenamientos (desde luego los dos

⁵²⁹ La realidad es que es una materia muy desarrollada en el Código Civil italiano, con más de cuarenta artículos dedicados a la cuestión.

⁵³⁰ Por todos, FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi... op. cit.*, pág. 11, nota 13. Se citan allí diferentes fuentes de las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, en las que ya se hablaba de esta crisis.

⁵³¹ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 32-35. Además, valora la cuestión señalando que el valor de la paridad en el trato a los acreedores concursales a pesar de haberse establecido con vocación de basar cualquier tipo de procedimiento concursal, es residual hoy en día.

⁵³² De nuevo, una tesis que hemos expuesto ya en esta investigación aunque en la doctrina española no ha sido muy seguida, mientras que en Italia se encuentra absolutamente normalizada.

analizados) han centrado bastantes esfuerzos en superar la concepción tradicional del concurso, migrando hacia instrumentos que “sustituían” –aunque manteniendo, en un difícil equilibrio– la satisfacción de los acreedores por la recuperación del deudor insolvente, sobre todo cuando determinadas condiciones económicas (relevancia social, impacto en el mercado, empleos en juego, etc.) lo justifican. Por tanto, llegamos a una conclusión perfectamente extrapolable al ámbito español, y es que las nuevas orientaciones del Derecho concursal y sobre todo el exagerado incremento de privilegios vacían de sentido el principio de la *par condicio creditorum*. Deja de ser una norma central para convertirse en un concepto residual que solo encuentra aplicación pura entre acreedores del mismo nivel, no siendo ese su sentido ni intención inicial, más cercanos al establecimiento de un principio de gran impacto para todo el sistema concursal, que a un medio de reparto de los bienes del deudor con un valor y uso tan limitados. En este sentido, TERRANOVA, con especial claridad a la hora de constatar la crisis de la que nos hacemos cargo, reflexiona sobre el desarrollo del Código Civil italiano y la tutela del crédito en general, para concluir que el sistema no se adapta hoy en día a un contexto muy diverso al que sirvió de base para la conformación actual del principio *par condicio creditorum*⁵³³. El sistema concursal como engranaje de este sistema, ha creado también numerosas categorías y ha sido permeable a la generalización (y creación) de mecanismos de garantía del crédito, que han tenido efectos devastadores para la igualdad de los acreedores en sede de insolvencia. Y si analizamos desde un punto de vista histórico este desarrollo normativo tan acusado que han sufrido los privilegios y derechos de prelación concursales, podemos concluir que la paridad de los acreedores es un paradigma de *facto* superado, para bien o para mal, y sustituido por otro, el de la jerarquía, como venimos expresando. No supone en este caso la igualdad –en su vertiente concursal– un novedoso criterio exegético sino todo lo contrario, en materia de insolvencia la igualdad de los acreedores, la ley del dividendo o la prorratea, son los elementos que basaban en la edad media este tipo de procedimientos⁵³⁴. De hecho, es fácilmente constatable que la doctrina de finales del siglo pasado ya reconocía en algunas ocasiones la caducidad del paradigma

⁵³³ Llega incluso el autor a proponer la superación de la ideología sostenida por las reglas de los artículos 2740 y 2741 Codice Civile, llamando la atención sobre la necesaria reflexión en relación a la función económica de la igualdad en el tratamiento de los acreedores, a la vista de la situación en que se encuentra tal axioma. TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 34-36.

⁵³⁴ BRUSCHETTA, E., “La ripartizione dell’attivo”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 1255-1256.

igualitario en el fallimento; cuestión que se abordaba desde el respeto a cualquier elección sobre el modelo concursal, pero en cualquier caso evidenciando la pérdida de ese lugar central de la *par condicio* en el sistema concursal, esto es, su *crisis de racionalidad*⁵³⁵.

Hoy en día, legalmente la *par condicio creditorum* es un límite a la creación de privilegios por cuanto viene a expresar el artículo 2741 Codice Civile una reserva de ley para los mismos. No obstante, su significado sustancial no encuentra acomodo en un sistema concursal como el italiano, que viene propugnando con el mismo grado de incoherencia que la LCon, una supuesta igualdad. Se verifica sin lugar a dudas la crisis de un principio, de una vieja regla que busca un significado y encuadre en un moderno Derecho concursal. No solo se trata de un convencimiento subjetivo ya que, mientras se desarrollaba esta investigación, se ha aprobado como ya hemos mencionado la Ley de delegación al gobierno italiano para la adopción antes del 30 de octubre de 2018, de una o varias normas que integren el contenido de ésta, destacando un precepto, el artículo 10, referido a la revisión y reordenación del sistema de privilegios. Según la delegación, el objetivo de esta actuación debe ser la reducción de las hipótesis en que se dan estos derechos de prelación⁵³⁶, lo que entronca perfectamente con la idea de crisis que hemos querido trasladar. Además, resulta igualmente esclarecedor que mientras la Ley aludida explica con detalle cómo debe el legislador actuar en relación a las reformas a aplicar en muchos de los ámbitos a los que se refiere (sobreendeudamiento, liquidación judicial que viene a sustituir al fallimento –en cuanto a terminología–, nuevo procedimiento de “alerta”, etc.), es absolutamente lacónico en torno a la cuestión de los privilegios, dedicándole el precepto más corto de todos. A nuestro juicio, esta realidad viene a confirmar el estado de confusión en que se hallan la doctrina y el legislador en torno a la situación del principio *par condicio creditorum* y nos anima a seguir la senda iniciada, puesto que el trabajo de una comisión que ha traído una futurible importante reforma para el Derecho concursal italiano no ha sido capaz de establecer ni siquiera unos principios mínimamente detallados en torno a la reducción de privilegios⁵³⁷. Se trata de una cuestión

⁵³⁵ PICCININNI, C., “La *par condicio* nelle prospettive di riforma”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 64, 1989, pág. 836.

⁵³⁶ Ya es indicativo que esta circunstancia tenga lugar con una reforma exclusivamente concursal, lo que mantiene y refuerza nuestra teoría de una *par condicio* de la misma naturaleza.

⁵³⁷ Únicamente se hace referencia al objetivo de reducir, sobre todo, los llamados *privilegi speciali retentivi* –posesorios–, que son considerados desde el informe de la reforma propios de una concepción de otro tiempo. En cualquier caso, la deriva en el tema de privilegios no deja de notarse ya que el propio informe

que está huérfana de ideas; coyuntura que entendemos está en gran medida provocada por la falta de estudio sobre el axioma que expresa la igualdad de los acreedores en los procedimientos de insolvencia y las consecuencias de su elección como modelo de justicia concursal.

3.3. Igualdad del reparto en las diferentes soluciones de tipo concursal

En segundo lugar, aunque ligado al aspecto anterior, hay que resaltar las dificultades de implantación de la *par condicio creditorum* en los procedimientos concursales cuyo cauce final no se corresponde con la liquidación del patrimonio. Es claro que la realización de la totalidad de los bienes del deudor es una solución más compatible con un reparto basado en la ley del dividendo. De modo que las soluciones pactadas, la venta de unidades productivas, la conservación empresarial, etc., van a poner en dificultades la vigencia del principio de igualdad en el trato a los acreedores. Se ha señalado que el legislador ha intentado trasladar el axioma a todo proceso concursal, incluidos aquéllos de naturaleza negocial, que prevén la continuidad de la actividad económica, o simplemente que no liquidan la totalidad de los bienes del concursado. También hemos expresado que en dicho empeño se han cometido algunos errores, dejando ciertas lagunas que nos llevan a pensar que la *par condicio creditorum* en Derecho español tiene un medio natural, la liquidación, y otro en el que se ha intentado promocionar pero que no deja de ser un medio extraño, integrado por el resto de soluciones previstas para la insolvencia por la LCon. Pues bien esto mismo sucede en el sistema italiano, donde la doctrina ha mostrado ciertas inseguridades sobre la paridad de trato en el caso de soluciones distintas al reparto proporcional de los bienes tras liquidación. Resumimos a continuación algunas de las principales ideas al respecto:

– Siguiendo a GUGLIELMUCCI⁵³⁸, la *par condicio* aparece o debiera aparecer en todo tipo de solución concursal, sin embargo, su valor resulta más residual si cabe en

(pág. 33), tras estas notas meramente programáticas señala, con lo que a nuestro juicio muestra un excesivo aperturismo a nuevos privilegios, que podrían del mismo modo aparecer nuevos derechos de prelación que la legislación actual no está teniendo en cuenta y privilegiando como corresponde. Definitivamente, y aunque valoremos positivamente la reforma, no parece que sea la herramienta que vaya a mejorar la igualdad de los acreedores.

⁵³⁸ Vid., GUGLIELMUCCI, L., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2014, págs. 9-10; *Lezioni di Diritto... op. cit.*, pág. 6.

torno a las soluciones de carácter negocial. En las nuevas formas de cumplimiento del concordato preventivo, encuentra el autor un auge de la autonomía privada, de la composición de la solución concursal, que implica la toma de decisiones por parte de los propios implicados (acreedores fundamentalmente) en el proceso concursal, evaluando ellos mismos sus intereses⁵³⁹. El paternalismo jurídico al que es sometido el fallito se sustituye en gran medida por la autogestión de las pretensiones –y la consecuente reducción del protagonismo judicial–, habiéndose superado en parte el paradigma de la *par condicio creditorum* en referencia a estos cauces concursales. Se concluye por tanto que la paridad de trato a los acreedores no va a afectar del mismo modo a todos los procedimientos concursales del sistema italiano; aquéllos de corte más liquidatorio devendrán en un mayor respeto por la ley del dividendo (*fallimento, liquidazione coatta amministrativa*).

– Por su parte, FABIANI⁵⁴⁰ ahonda en la cuestión distinguiendo la efectividad del principio en los procedimientos liquidatorios, donde entiende que está vigente pero ha dejado de ser fundamental, y en los concordatarios, donde las partes tienen la posibilidad de derogar la *par condicio creditorum*, dándose un problema de “contractualización” de la regulación concursal. La finalidad en estos casos no es la igualdad de los acreedores, sino su mejor satisfacción, de modo que se podría prescindir de la paridad de trato en virtud de un pacto. El autor hace especial referencia a una medida concreta, que a su juicio ha supuesto el golpe definitivo para la *par condicio* en este tipo de procedimientos concursales, el establecimiento de clases de acreedores en el convenio; posibilidad que se introdujo primero para la *amministrazione straordinaria* y más tarde para el concordato fallimentare (artículo 124 LF) y el concordato preventivo (artículo 160 LF). Fue a través del ya mencionado *Decreto Marzano* –en el año 2003, aunque convalidado por Ley de 2004– cuando se introdujo por vez primera esta subdivisión operada a través de un instrumento negocial, para expandirse por el resto de mecanismos concursales de esta misma naturaleza⁵⁴¹. Señala FABIANI que son estas reformas operadas en los primeros

⁵³⁹ La aceptación de estas nuevas formas de cumplimiento que pueden consistir en cesión de bienes o adquisición de participaciones en la sociedad concursada, se basa en el temor de los acreedores a la inexistencia de otras formas de satisfacción en vista de la mala situación económica del deudor.

⁵⁴⁰ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, págs. 6-7; “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, págs. 603-606.

⁵⁴¹ También, sobre el “concordato por clases”, su aparición en la legislación concursal italiana y su efecto devastador sobre la *par condicio creditorum*, *vid.*, RACUGNO, G., “Concordato preventivo, accordi di

años del siglo, las que van a complicar el encaje de la igualdad de trato a los acreedores en un sistema que permite a los interesados organizar a los acreedores en diferentes categorías según la homogeneidad de sus intereses económicos y su posición jurídica⁵⁴².

Particularmente, se ha puesto en duda la igualdad en el tratamiento de los acreedores en los accordi di ristrutturazione, donde la lógica negocial va más allá de esta regla propia del Derecho de la insolvencia⁵⁴³. Se presupone un auge de la autonomía privada en este contexto y es opinión casi unánime que en estos acuerdos, debiendo los acreedores no firmantes ser satisfechos completamente, es posible ofrecer a los acreedores adherentes condiciones no homogéneas; cuestión que solo sería posible en el concordato preventivo a partir de la división de los acreedores en clases, con vigencia de la *par condicio* dentro de cada clase –siendo el plan vinculante también para los disidentes–. Esta es una de las razones que han llevado a la doctrina a negar que el acuerdo de reestructuración del art. 182 *bis* LF constituya un verdadero procedimiento concursal⁵⁴⁴. Por otro lado, si se trata de un acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros (art. 182 *septies*)⁵⁴⁵ se debe señalar que el acuerdo de la mayoría vincula a la minoría a partir del mecanismo de “arrastre” y de un modo similar al concordato preventivo se establecen categorías de acreedores financieros, que se caracterizan por una posición jurídica similar y unos intereses económicos homogéneos, debiendo ser tratados con observancia del principio *par condicio creditorum*.

ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale”, *Trattato di Diritto Fallimentare* (directo da BUONOCORE, V., y BASSI, A.), Volume I, Padova, CEDAM, 2010, págs. 490-494.

⁵⁴² Tampoco ayuda a la implementación de la *par condicio creditorum* la actual estratificación de la masa pasiva del concurso, que ha crecido sensiblemente no solo con los privilegios concursales, sino con la proliferación de créditos prededucibles o la aparición de conceptos asimilables a los créditos subordinados del ordenamiento español.

⁵⁴³ BALESTRA, L., “Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità”, *Il corriere giuridico*, n° 4/2016, pág. 453.

⁵⁴⁴ BALESTRA, L., “Accordi di ristrutturazione...” *op. cit.*, pág. 450; y *vid.* también, FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis...” *op. cit.*, págs. 1229 y ss.

⁵⁴⁵ Comentando el régimen de dichos acuerdos: NIGRO, A., “Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria”, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Volumen 114, n° 4, 2016; y FAUCEGLIA, G., “L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 91, n° 3-4, 2004, págs. 723-741.

Por tanto, podemos decir que la *par condicio creditorum* ha sido la piedra angular de la concursabilidad, no obstante, las nuevas tendencias del Derecho concursal dificultan por lo general, y a veces imposibilitan la compatibilidad de todos los intereses concurrentes con el axioma estudiado. Se atiende a demasiados frentes en las soluciones concordatarias al problema de la insolvencia, lo que redundaría en la inaplicación en pos de la autonomía privada, de la paridad de trato a todos los acreedores. No obstante, encontramos también en la doctrina italiana ejemplos de una cierta defensa, también en sede de concordato preventivo, del principio de la *par condicio creditorum*. En particular, DE CICCIO, aun siendo consciente de la reducción de ámbitos en que tiene virtualidad la igualdad en el tratamiento de los acreedores, se muestra contrario a las orientaciones que sitúan la regla de la *par condicio* como una mera tendencia, como una norma programática; en definitiva, como un elemento no esencial del sistema concursal que puede ser fácilmente excepcionado o relevado de su función original⁵⁴⁶.

3.4. Recapitulación: *par condicio* y concursabilidad

Solo resta concluir, y concluir señalando que una vez se han superado los obstáculos iniciales para considerar que en el ordenamiento italiano existe un principio concursal de igualdad de trato a los acreedores y no una mera aplicación de una norma general, el estado de este principio es muy similar al que se ha constatado en España⁵⁴⁷. A pesar de haber supuesto, sobre todo en el pasado, un elemento importantísimo del Derecho de la insolvencia, concursabilidad y *par condicio* son realidades diferentes. Del mismo modo que se viene sosteniendo en este estudio, el principio de igualdad es un método más, y no el método concursal obligatoriamente. Esto quiere decir que es el medio que escoge –no siempre– el legislador para repartir los activos del concursado en determinadas condiciones, regla que suele inspirar el concurso y que se contrapone a la prioridad temporal. Por el contrario, la concursabilidad es un modo para establecer si la garantía patrimonial debe responder al acreedor individualmente considerado, o bien si

⁵⁴⁶ DE CICCIO, O., *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, págs. 35-37.

⁵⁴⁷ Ello debiera haber bastado para incluir la *par condicio creditorum* en el epígrafe anterior, pero hemos preferido dar un tratamiento separado a la cuestión, entendiéndola justificada por las dudas aludidas y por la importancia de este principio para la historia del Derecho concursal; además de por coherencia con el método comparado.

debe atender a un juicio de carácter universal⁵⁴⁸. En definitiva, se trata como decíamos en el caso español de una elección del legislador, que puede optar por el reparto equitativo o la preferencia (temporal o de otro orden) para ordenar la ejecución concursal. Y esa elección está plagada de similitudes entre los sistemas analizados: las dificultades para su implementación en soluciones concordatarias (con especial complejidad en el caso italiano); la intervención pública que subyace a la elección del sistema de paridad u otro distinto en sede concursal; la relatividad del criterio de igualdad como elemento indiscutible de Justicia, ya que no siempre genera ventajas para los acreedores, con el peligro añadido de tratar como idénticas situaciones jurídicas muy diferentes; o el valor práctico de la regla, que se revela en la garantía que supone para los acreedores más débiles del procedimiento concursal.

⁵⁴⁸ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 7.

NOTA FINAL: *EL*
MÉTODO COMPARADO
Y SUS RESULTADOS

Nota final: el método comparado y sus resultados

Cuando iniciábamos este estudio señalábamos algunos motivos que justificaban la elección del ordenamiento italiano en aplicación del método comparado, pues bien, tras dicho análisis corresponde dejar constancia de la evaluación que realizamos sobre el mismo.

En primer lugar, este apartado debe servir como sede para enunciar una cuestión que no debe olvidarse en torno a la valoración de los planteamientos expuestos en la investigación. La interpretación jurídica de la cuestión concursal, sobre todo en un grado elevado de abstracción teórica, es compleja aunque pretendidamente abarcable para un trabajo de estas características. Sin embargo, el uso del método comparado en relación a estas cuestiones genera algunos puntos en que resulta imposible cerrar todos los argumentos esgrimidos. Pese al valor que otorgamos al modo y a los medios utilizados en la Tesis Doctoral, creemos que es también justo señalar que las diferencias de base que configuran tradiciones jurídicas similares pero no idénticas en Italia y España, son obstáculos difíciles (a veces imposibles) de superar para el estudioso del Derecho concursal. La traducción de normas, criterios y razonamientos es en todo caso limitada y se ha llevado a cabo con el máximo rigor, atendiendo a los límites que son propios al método comparado; que como todo método en Derecho no es omnicompreensivo ni infalible.

En cualquier caso, se ha constatado que el sistema concursal italiano soporta importantes disfunciones del mismo modo que sucede con el español, e incluso que algunas de ellas están ocasionadas por los mismos planteamientos. En una referencia que hemos dejado para el final de manera intencionada, dice TERRANOVA⁵⁴⁹ que el fallimento cumple en parte con sus objetivos porque la mera posibilidad de aplicación del Derecho concursal “asusta” al deudor, pero que falla desde el punto de vista de los acreedores a quienes no consigue procurarles satisfacción. Nosotros reinterpretemos la cuestión y decimos que el concurso (o el fallimento) asusta a los deudores, pero asusta más a los acreedores. Y ésta es una disfunción que el Derecho concursal no puede ni debe permitirse. Se señala también que el efecto de la aplicación del fallimento es especialmente cruel en economías no industriales –como la italiana o la española–, donde

⁵⁴⁹ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 9-10.

si una empresa no obtiene beneficios, pasa a tener un valor ínfimo⁵⁵⁰. Se trata de una idea que ayuda a entender los efectos macro del procedimiento concursal –sobre todo en España–: cuando una empresa del sector terciario con más capital humano que de otro tipo cae en insolvencia o deja de obtener beneficios, resulta muy difícil reflotarla, ya que no hay un valor del que partir si la imagen comercial ha sido dañada. En cambio, una industria no obsoleta podrá buscar en muchas ocasiones elementos que optimicen y aseguren una producción eficiente. A partir de la experiencia comparada entendemos esta situación y entendemos que el éxito del procedimiento concursal pasa, en nuestras economías puramente de servicios, por buscar mecanismos de revalorización de la marca, potenciación de la imagen y, sobre todo, alternativas reales a la continuidad empresarial, ya que sin continuidad el mercado perdería la confianza en el concursado y los efectos del procedimiento resultan insuperables. Estas alternativas deberían partir de nuevas concepciones no enfrentadas a la liquidación, sino que abracen a ésta y a la transmisión del negocio o sus unidades productivas para, si no podemos salvar al insolvente, al menos no destruir aquello que ha construido. La búsqueda de estas alternativas es positiva, no obstante, se ha constatado que existe tanto en Italia como en España una huída hacia las mismas por el temor al que acabamos de aludir y que es producto de sistemas donde se ha reducido la presencia del concurso efectivo. Las excepciones a los principios que han sido el objeto de esta investigación han determinado en ambos casos sistemas concursales que propugnan valores cuyos textos legales no son capaces de verificar.

De todo ello se extrae que a pesar de los esfuerzos del legislador español, la Ley Concursal de 2003 no pasa de ser un loable intento por acabar con una concepción represiva y poco equitativa del tratamiento jurídico de la insolvencia. La realidad es que esta concepción, que aun se tiene del fallimento y que se tenía del sistema concursal previo a la LCon, sigue siendo una realidad en el ordenamiento español. Los esfuerzos por acabar con tal circunstancia no han sido efectivos, de modo que el deudor concursado no encuentra en la institución un medio para salir de la insolvencia, sino la aplicación de un régimen de graves consecuencias para su persona, dirigido principalmente a la liquidación de sus bienes y a un reparto desigual de los mismos (que solo es negativo desde la óptica de la *par condicio*–. Un grado de cumplimiento o de efectividad mayor con respecto a los principios concursales que la LCon trata de imprimir al sistema

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

concurzal español habría determinado un cambio de paradigma concursal mucho más acusado. Sin embargo, estos problemas siguen patentes en el ordenamiento actual, aunque con la novedad de que el sistema (la Ley y también la doctrina) tiene una consideración diferente: la de un sistema moderno y progresista en materia de insolvencia. Como venimos señalando en este estudio, el problema del Derecho concursal español se agrava y se multiplica con respecto al italiano ya que no se agota en su carácter disfuncional, sino que además cuenta con importantes dosis de incongruencia.

Asimismo, el método comparado nos ha permitido –en la medida de lo posible– conocer el esquema axiomático del Derecho concursal italiano. Sin entrar en cada uno de los principios de éste, podemos poner de relieve que se han encontrado caracteres convergentes y divergentes en nuestro estudio. A rasgos generales, hay que decir que los sistemas español e italiano son parcialmente identificables. La relación de éstos parte de las importantes similitudes en torno a principios fundamentales y sobre todo sustantivos. Pero junto a estos paralelismos, tan solo inquietados por diferencias interpretativas o de orden menor, encontramos también importantes variaciones en el modo de concebir la institución concursal. En ese sentido destacan principios que aunque se consideren de Derecho sustantivo (todos los estudiados lo son), van a suponer una manera de proceder en sede concursal, amén de la fragmentación del sistema italiano en diversos procedimientos. Esto nos lleva a pensar que efectivamente subyace una idea de “lo concursal” que es la misma, o muy similar en ambos ordenamientos; no obstante, los cauces que se han utilizado para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia resultan bien distintos en Italia y en España. El resultado de esa comparación sería, a nuestro modo de ver, favorable a Italia. Allí las reglas concursales responden a criterios más prácticos y menos idealizados, y su falta de pretensiones determina una congruencia mucho mayor. Resulta extraño asistir, en los tiempos de crisis económica actuales, a un concepto de lo concursal que parte, entre otros, de una unidad ficticia y una supuesta salida pactada al problema de la insolvencia. Comparando ambos ordenamientos nos preguntamos si el legislador español de 2003 no fue excesivamente progresista, eliminando instituciones que podrían haber ayudado a la racionalidad del panorama concursal español. La existencia de un procedimiento abiertamente liquidatorio se revela como una necesidad hoy en día, lo que no tiene (en el caso de empresas) que suponer obligatoriamente la disgregación y pérdida masiva de factores productivos. Al sistema español, como al italiano, le faltan medios para aplicar un Derecho concursal guiado por la reinserción, no

obstante, hasta que se vislumbren tales mecanismos aun inéditos en nuestro ámbito geográfico, Italia está mejor pertrechada para cualquier escenario relacionado con la insolvencia, pues cuenta con procedimientos (la nómina sigue aumentando o lo hará previsiblemente con la *procedura di allerta*) para tratar de resolver todo tipo de situaciones.

Independientemente de las ideas expuestas sobre las expectativas de la LCon, es necesario señalar que nuestra valoración sobre las pretensiones de ésta son muy positivas. Es evidente que el legislador trató de mejorar el sistema concursal, y desde luego consiguió simplificarlo. Si bien hemos señalado que la falta de unidad puede suponer una mayor versatilidad, y por tanto una virtud, en relación al ordenamiento italiano, también puede ocurrir que la excesiva fragmentación determine un sistema con una complejidad fuera de los parámetros de lo razonable (como ocurría en España antes de la LCon). De hecho, de cara al estudio de esta rama del Derecho, el fraccionamiento en diversos institutos del sistema italiano ha dificultado sobremanera su estudio, cuestión que no es baladí puesto que se traduce en problemas y obstáculos para los operadores jurídicos que deben entender y aplicar las reglas del esquema concursal. En este sentido, la LCon, con la reducción del número de procedimientos concursales y la compilación en torno a fundamentalmente un texto, ha conseguido facilitar su estudio. Es cierto que hemos destacado numerosas disfunciones del sistema concursal español, sin embargo, la acción del legislador en esta materia ha aumentado las posibilidades de comprender esta difícil disciplina, cuyas prescripciones son ya de por sí, de un nivel técnico y jurídico muy alto. Precisamente, esta creciente clarificación del Derecho concursal español, frente a otros como el italiano que mantiene un entramado de difícil acceso, ha dejado al descubierto estos puntos flacos de la normativa a los que nos hemos referido. Entendemos que las pretensiones de la LCon eran justificables, aunque de momento los instrumentos no han sido los correctos. Tras este hito fundamental en la historia de nuestro Derecho concursal, es el momento de revisar las disfunciones que, en virtud de un proceso más claro y menos fragmentado, se han revelado en más de diez años de aplicación. Con la experiencia anterior, seguramente sea el momento de llevar a cabo una reforma concursal realista, donde las expectativas encuentren cauces adecuados de implementación, y donde las disfunciones que han quedado a la vista sean corregidas para conseguir, como ya se pretendió en 2003, tener el mejor Derecho concursal.

Finalmente, se ha podido observar que mientras en el Derecho italiano la naturaleza del sistema concursal se fracciona en tantas partes como procedimientos existen, la pretendida unificación de la disciplina en España ha servido para reafirmar sus bases de carácter mercantil. En Italia se mantiene como procedimiento básico y más recurrente el fallimento, de carácter comercial y liquidatorio, siendo la solución habitual al problema de la insolvencia; lo que redundaría en la necesaria consideración de esta rama del ordenamiento como una parte del Derecho mercantil. No obstante, la convivencia de procedimientos liquidatorios con otros dirigidos principalmente a la reestructuración, administrativos, destinados al consumidor, al pequeño empresario, etc., difumina esta naturaleza y dificulta su reconocimiento. Desde la perspectiva española, la simplificación del procedimiento, reconducido en su mayor parte a la LCon, ayuda a calificar el carácter de este procedimiento por una razón sistemática, histórica y relativa al fundamento de la institución concursal.

En ese sentido y como consideración global (internacional), desde el inicio de esta disciplina –que hemos situado en el Derecho romano–, se ha constatado una relación evidente entre Derecho mercantil y concurso. El repaso historiográfico realizado nos permite señalar una evidencia y es que la tradición concursal se configura en sucesivos contextos en que los mecanismos de tal naturaleza han respondido a la necesidad de solventar la insolvencia de los comerciantes, que es en términos agregados la que tiene, por el volumen de su impacto, importancia real para el orden económico. El origen del concurso es mercantil, y el motivo por el que ha ido cambiando esta rama del ordenamiento ha sido también comercial. De este modo, la insolvencia civil ha mantenido un segundo plano, siempre a expensas de las nuevas tendencias en una disciplina que ha sido creada y que tiene su lógica en un momento lamentablemente natural de la vida de un comerciante, su insolvencia. Por tanto, no podemos dudar la mercantilidad del concurso por cuanto supone el ámbito en el que ha nacido, crecido y desarrollado sus principales perfiles. Actualmente, la sensibilización del Derecho con todo sujeto, y especialmente con consumidores y operadores jurídicos que en el tráfico comercial se consideran “débiles” ha supuesto un creciente interés por las reglas concursales que se aplican a éstos⁵⁵¹. No obstante, no podemos olvidar que se trata de normas que han sufrido

⁵⁵¹ Al respecto, es paradigmático el creciente número de estudios sobre este tema (por todos: DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 25, 2012); así como la actividad legislativa en España, con mecanismos –aun insuficientes– como el de la

una traducción a dichos ámbitos de actuación, pues su razón primera es la insolvencia de quien realmente va a tener un impacto no social sino económico sobre el mercado: los comerciantes. Esta circunstancia es más clara en Derecho español tras el estudio del sistema italiano actual, ya que la diversidad de instituciones desdibuja, o mejor dicho fragmenta el análisis realizado y complica el establecimiento de axiomas generales. Sin embargo, la “unidad” del Derecho concursal español permite constatar cómo las reglas concursales están diseñadas para responder al esquema de una insolvencia comercial, que se adaptará en su caso (no siempre con éxito) a las necesidades del deudor civil. En definitiva, reafirmamos la hipótesis que atiende a la clara mercantilidad de la institución concursal.

En estos y otros temas de indudable interés se ha avanzado por el camino marcado por el método comparado, siendo resultados concretos de la investigación los que obran en las conclusiones que se presentan a continuación. No obstante, hemos preferido destacar aisladamente las circunstancias especiales que rodean un estudio de naturaleza comparada y algunos de sus resultados, expresados con la generalidad con la que aquí se ha hecho. Este marco general es solo una muestra de los debates que han surgido de modo directo o tangencial en el estudio y que determinan en parte el éxito o fracaso del mismo. Lo que resulta claro es que la dialéctica establecida entre los sistemas concursales español e italiano en relación a los principios analizados es un campo abonado para la investigación jurídica, tarea que por definición no finaliza.

segunda oportunidad, y también en Italia, con procedimientos específicos para este tipo de deudores. En general, tanto la doctrina española como la italiana han desarrollado un notable aumento de los estudios sobre la posición del consumidor en el ordenamiento jurídico. En este sentido destaca el Profesor MEZZASOMA, con un importante elenco de obras sobre este tema: MEZZASOMA, L., “La protección del contratante débil en la legislación italiana”, *Revista Jurídica de daños*, nº 2, 2012; “Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013; “La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)”, *Práctica Derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, nº 116, 2013; “Consumatore e Costituzione”, *Rassegna Diritto civile*, nº 1/2015; “Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole”, *Le Corti Umbre*, nº 3/2014; “Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil”, *Revista crítica de derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015. En colaboración: RIZZO, V., CATERINI, E., DE NELLA, L. y MEZZASOMA, L. (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; MEZZASOMA, L., RICCIUTO, V., RIZZO, V., y LLAMAS POMBO, E. (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

SOBRE LA HISTORIOGRAFÍA DEL DERECHO CONCURSAL

PRIMERA.- Origen de la institución concursal en el Derecho romano

La primera expresión jurídica de la institución concursal, el primer ejemplo de concurso, se encuentra en el seno del Derecho romano, concretamente en torno a la *bonorum venditio*. El simplismo normativo y la nota de ejecución personal de épocas anteriores impiden situar el antecedente en la época de las *legis actiones (manus iniectio)*, de modo que el primer instrumento jurídico con la naturaleza y complejidad necesaria para ser calificado como “concurso” –en la terminología española– se generaliza en el procedimiento por fórmulas de la época clásica (tras la *Lex Poetelia Papiria*, que elimina la responsabilidad personal por deudas), que a su vez se extiende a la jurisdicción del pretor urbano tras su nacimiento como instituto procesal propio de la pretura peregrina, ante los conflictos con extranjeros, causados principalmente por el comercio. El tráfico mercantil es y será el motor de cambio del Derecho concursal, como supuso también el contexto en el que nació la *bonorum venditio*, primera forma de concurso si atendemos a nuestra concepción del mismo como remedio jurídico a la insolvencia, dotado de reglas necesarias para la concurrencia de varios acreedores sobre un mismo deudor, ordenándose un procedimiento de relativa complejidad para conseguir la solución del conflicto. En la *bonorum venditio* y otros mecanismos similares que se desarrollaron en Roma (*cesio bonorum* y *distractio bonorum*) se encuentran similitudes o características compartidas con nuestros actuales procedimientos de insolvencia (tanto en Italia como en España), que asombran por el espacio temporal entre ellas: naturaleza judicial, decreto de apertura y fase inicial de constatación de las masas, limitación de facultades del deudor, figura del síndico, atenuación de efectos para el deudor que solicita su propio procedimiento, el mecanismo de “espera” como aplazamiento, segunda oportunidad (*beneficium competentiae*), agravación de resultados para el deudor de mala fe, acciones de reintegración, *par condicio creditorum* y privilegios concursales.

SEGUNDA.- Aparición de la quiebra

Es claro que los primeros ordenamientos en que se regula la quiebra como institución concursal con un tratamiento agravado para el deudor comerciante pertenecen a la tradición italiana; y en concreto a los estatutos de distintas ciudades del norte de esta región, a mediados del siglo XIII, donde se materializan normas del Derecho romano cuya recepción es muy directa en estos territorios. En cuanto a España –aunque no existiera como unidad político-administrativa aun–, habría que esperar hasta finales de ese siglo y sobre todo al siglo XIV, cuando se desarrolla verdaderamente la quiebra. En concreto, el contexto en el que aparece ésta es el Derecho catalán, suponiendo un hito para el Derecho de la insolvencia y para la tradición jurídica de la Corona de Aragón. Sobre el desarrollo técnico de la quiebra en el Derecho catalán, se pueden esgrimir diversas teorías que van desde la generación espontánea en un ámbito de fuerte intercambio comercial, hasta la imitación de los procedimientos que entonces ya existían en Italia. La investigación historiográfica nos ha llevado a aseverar que la quiebra en el Derecho catalán tiene una clara inspiración en el Derecho italiano, siendo el caldo de cultivo necesario para la quiebra por el peso que tenía en Aragón, región eminentemente económica de la España de entonces, el comercio (no ocurrió así en Castilla, región agraria y más alejada de Italia, donde el comercio despegó más adelante). Por tanto, gracias al desarrollo de esta actividad y a los intercambios con Italia, geográficamente muy próxima, germinan con éxito los procedimientos de quiebra en España. Se trata de una prueba más de la evolución íntimamente ligada de los ordenamientos español e italiano en la cuestión concursal.

TERCERA.- La doctrina concursal española de los siglos XVI y XVII como fuente de inspiración y progreso del Derecho concursal tanto en España como en otros países europeos

Siendo el tema de la concurrencia de acreedores de gran interés para la sociedad y para los ordenamientos que se han sucedido en España desde la etapa del Derecho romano (con numerosas normas y compilaciones: *Liber Iudiciorum*, Fuero Juzgo, Siete Partidas, Nueva Recopilación, pragmáticas, fueros, etc.), resulta fundamental la aportación de nuestra doctrina a la disciplina. En concreto, la figura de Salgado de Somoza y su *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam* ha sido un hito en la Historia del Derecho difícilmente igualable. No

ya solo su superación del tratamiento del deudor según su naturaleza civil o mercantil, sino que su técnica jurídica ha trascendido hasta nuestros días, siendo su mayor defecto absolutamente ajeno a la voluntad del autor: la falta de fuerza legislativa. Aunque existe una amplia nómina de autores importantes en esta materia como De Hevia Bolaños o Amador Rodríguez, lo cierto es que la obra de Salgado de Somoza merece especial mención. Reafirmó la responsabilidad patrimonial del deudor común, tantas veces olvidada pese a haberse eliminado ya en el Derecho romano la ejecución personal, incidiendo en un tratamiento jurídico de la insolvencia que verdaderamente superaba la concepción penal del procedimiento, o mejor dicho, trasladando el aspecto punitivo a una categoría específica de deudores de la mala fe. Junto al concepto benigno de la insolvencia, destaca el de protección del crédito y el de interés público del concurso, elementos que aun son debatidos. Se judicializa aun más el procedimiento, que aumenta sus dimensiones, creciendo la presencia del poder público como garantía de aquél. La obra de Salgado de Somoza es pionera, se trata el primer tratado procedimental y comprensivo de toda la realidad concursal; y única, por cuanto viene a colmar lagunas importantes teóricas y prácticas en el Derecho de la insolvencia del siglo XVII, manteniéndose muchos de sus elementos en la actualidad, tanto en España como en otros ordenamientos que han notado su irradiación, especialmente el alemán. Todo ello lleva a rechazar una cierta orientación doctrinal surgida en Italia en el siglo XX, contraria al reconocimiento de la influencia de Salgado de Somoza, y que encuentra como único ordenamiento exportador de normas concursales al italiano.

CUARTA.- Necesidad de reforma legislativa en España tras el siglo XX: época de diferente evolución de los sistemas italiano y español

La situación del Derecho concursal español en los siglos XIX y XX resulta tan dramática desde el punto de vista técnico y social, que la profunda revisión del sistema era una necesidad de primer orden en España. Desde las buenas intenciones del Código de Comercio de 1829, hasta la situación inmediatamente anterior a 2003, se produjeron una serie de incoherencias legislativas que supusieron una auténtica debacle en el tratamiento jurídico de la insolvencia. En este periodo se asistió a la promulgación de todo tipo de normas en materia concursal, que venían a engrosar un acervo que acabaría siendo indescifrable: Códigos de Comercio, Leyes procesales generales, normas especiales para la quiebra de determinadas empresas o ramos de actividad, la Ley de Suspensión de Pagos, etc. No solo se separaría el tratamiento de la insolvencia civil y

comercial, sino que dentro de dichas categorías había múltiples normas con un complejo sistema de prelación (incluso era de aplicación supletoria a la quiebra las reglas del concurso como proceso civil). Es también en esta época cuando el vocablo “concurso” se relega al ámbito del deudor no comerciante, sin mayores justificaciones. Sin duda, se trata de la etapa más negra de nuestro Derecho concursal, cuya reforma era absolutamente prioritaria. Mientras, en Italia no fue necesario esperar tanto tiempo para contar con una Ley que aglutinara el grueso del Derecho concursal. La Legge Fallimentare se promulga en 1942, lo que supone que durante más de cincuenta años Italia ha llevado ventaja a España con una Ley que, si bien cuenta con numerosas reformas (se mantiene vigente), fue moderna en su momento y permitía una aplicación razonablemente exitosa –todo lo que cabía esperar– del Derecho concursal. La precaria situación del Derecho concursal español durante el siglo XX contrastaba con el ordenamiento italiano que, aunque encontraba dificultades y obstáculos que superar en la operatividad del fallimento, era notablemente superior en materia de insolvencia. Comienza en esta etapa a registrarse una evolución divergente de dos ámbitos normativos que como se ha comprobado estaban muy influenciados el uno por el otro.

II

SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

QUINTA.- El contexto de la LCon y sus implicaciones en el desarrollo de la norma

El contexto de la promulgación de la Ley Concursal de 2003 es de vital importancia para entender su fracaso en ciertos aspectos. Por un lado, la situación económica, de expansión y crecimiento sostenido, no auguraban la crisis que estaba por venir; y por otro, la coyuntura jurídico-concursal, con una legislación hipertrófica, dispersa y falta de coherencia. Ambas circunstancias fueron el caldo de cultivo perfecto para la consecución de una reforma de gran calado: la coyuntura económica permitía el margen de maniobra en un sector de la legislación sobre el que no se preveían grandes problemas, mientras que el sistema jurídico de respuesta ante la insolvencia era ya insostenible. El crecimiento económico y la expansión del crédito (sobre todo hipotecario), venían a confirmar que la insolvencia sería en años venideros una circunstancia más excepcional que de otro orden. Así, el legislador no preparó las herramientas necesarias para responder a la insolvencia agregada o generalizada durante

la etapa de crisis económica, dejándose llevar por el loable propósito de ordenar y simplificar una rama del ordenamiento que hasta entonces era un desastre.

SEXTA.- Proceso de reforma de las leyes sobre insolvencia: inseguridad y disfunciones producidas por su consideración de leyes anticrisis

Tanto en España como en Italia se puede decir que la continua reforma de la legislación concursal ha proporcionado no pocos problemas a un sistema que ha envejecido de forma apresurada en unos pocos años por una mala planificación de la acción legislativa. En España, se han constatado diez normas que modifican de manera sustancial y en profundidad la Ley Concursal de 2003, amén de otras disposiciones que han sido reformadas sin mayores consecuencias para el sistema. Teniendo en cuenta que el proceso de reforma se inició en el año 2009, es claro que no existe otra norma en nuestro ordenamiento que se haya visto sometida en los últimos años a semejante proceso de revisión. Ello ha producido una sensación –real– de inseguridad jurídica en torno al tratamiento jurídico de la insolvencia, sin que la reforma de la LCon sorprenda ya a ningún operador jurídico. Es innegable la desconfianza que genera la normativa sobre insolvencia en España y en Italia, por tratarse de un sector del ordenamiento en continuo cambio, donde las modificaciones vuelven a ser reformadas sin transcurrir los tiempos razonables para analizar y valorar la aplicación e idoneidad de aquéllas. Además, este proceso se ha llevado a cabo en un momento de crisis económica, etapa que es notoriamente incompatible con la reforma concursal. No puede solucionarse un problema financiero, político y económico como la crisis a través de la modificación de las reglas concursales. De modo que lo único que se ha conseguido es desgastar la LCon a base de reformas parciales, en lugar de prever un sistema transitorio para los años de recesión, manteniendo intacta la obra legislativa de 2003, cuyo éxito o fracaso merecía estar determinado por sus propias virtudes o disfunciones, y no por la acción descontrolada del legislador. Obviamente la Ley de 2003 no estaba preparada, ninguna Ley sobre insolvencia lo está –tampoco el ordenamiento italiano–, para la coyuntura económica en que se ha desenvuelto en los últimos años, como no era el instrumento que habría de servir para paliarla. Las situaciones excepcionales requieren medidas excepcionales y la modificación de la legislación concursal no lo es, ya que las reformas que se introducen se mantienen en un sistema que, en condiciones razonables, debe volver a encontrarse con un ciclo económico más favorable, mientras que sus reglas ya han sido desfiguradas. La normativa que estudiamos debería luchar contra la insolvencia, no contra la economía.

SÉPTIMA.- Institutos preconcursales y desmantelamiento del procedimiento ordinario

Las reformas del Derecho concursal en los dos países que sirven de referencia a la investigación han supuesto un cambio en la vertiente axiomática de la disciplina. Las Leyes promulgadas han tenido como objetivo principal la búsqueda de soluciones alternativas al procedimiento ordinario de insolvencia, huyendo así de una institución refundada recientemente, y que podría haber sido promocionada en otros términos. Esta circunstancia ha cristalizado en la creación de institutos preconcursales, término engañoso en el caso español puesto que se trata de institutos no anteriores, sino contrarios por definición al proceso concursal (por la coincidencia del presupuesto objetivo). En ellos –acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago– se da una nota característica, cual es la reducción del formalismo y rigor procedimental que caracteriza al concurso. La aparición de tales instrumentos en un sistema supuestamente unitario, dañan la congruencia de la norma y niegan algunas de las bases que fundamentaron la creación del concurso. Entre ellas, destaca la “procesalización” del concurso como garantía para todos los actores interesados, que recogía una idea inserta en nuestra tradición concursal desde el *Labyrinthus* de Salgado de Somoza. Se viene produciendo, con cada reforma, el desmantelamiento de nuestro sistema concursal, que no ha sabido encontrar un modelo de convivencia entre el procedimiento ordinario y los institutos preconcursales, donde cada uno goce de sus propios espacios. Sin embargo, la creación de diversos institutos diferentes al fallimento no ataca a la congruencia del sistema concursal; todo lo contrario, ya que los accordi di ristrutturazione dei debiti o la futuribile procedura di allerta (así como otros procedimientos más sectoriales) vienen a dar continuidad a un modelo concursal caracterizado por la multiplicidad de mecanismos de actuación. Ello no obstante, se confirma en cualquier caso la moderna tendencia del Derecho concursal a compartimentarse a partir de nuevas herramientas en forma de procedimientos de insolvencia distintos del ordinario de fallimento.

III

DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS ESPAÑOL E ITALIANO

OCTAVA.- El estudio de los principios que rigen los procedimientos concursales en Italia y España

Se reputan similitudes muy acusadas en torno a algunos principios concursales de los ordenamientos español e italiano. Convergen ambos sistemas en un buen número de axiomas, lo que hace reconocibles las instituciones concursales en uno y otro país. Se trata de principios sustantivos, que identifican una finalidad común. Cabe entonces señalar que en el ámbito concursal, nuestros ordenamientos responden a una misma lógica, al menos una intención similar, aunque esta circunstancia decaiga en cierto modo cuando se constatan las diferencias en torno a principios concursales que, si bien comparten su carácter sustantivo, se refieren más al modo y a los instrumentos por los que el legislador ha optado para dar atención a dicha finalidad común. Las ideas son similares, aunque el modo de implementarlas no. En particular, hemos analizado las diferencias sobre la legitimación activa, el rol de la conservación empresarial y principalmente sobre el presupuesto objetivo y la fragmentación del Derecho italiano. El resultado de esta comparación muestra que en Italia se mantiene un sistema realmente más congruente y menos ambicioso, mientras que el español está cargado de expectativas sin cumplir.

NOVENA.- Fragmentación del sistema concursal italiano: modelo no unitario

Justificada la elección del ordenamiento italiano como el elemento de referencia en la aplicación del método comparado por su proximidad cultural y jurídica (tradición del Derecho romano, pertenencia a la UE, etc.), se detectan no solo semejanzas, sino también importantes diferencias con el ordenamiento español. El sistema concursal italiano participa de una concepción propia de mediados del siglo XX, en la que el tratamiento jurídico de la insolvencia partía de la clara diferenciación entre el deudor civil y el deudor comercial, así como de la distinción de los distintos institutos concursales para combatir la insolvencia, en un intento de adaptar las normas aplicables a cada situación. Se diversifican así los instrumentos, para tratar de dar respuesta a toda problemática. La fragmentación resultante no tiene por qué ser negativa para la conceptualización del Derecho concursal, de hecho, puede implicar mayor facilidad para

dotar de coherencia el sistema concursal, cuyo fracaso viene determinado en muchas ocasiones por el intento de responder a múltiples intereses sin los instrumentos adecuados. No obstante, la falta de expectativas en el tratamiento de la insolvencia más allá de la satisfacción de los acreedores –cuestión aplicable al *fallimento*–, puede implicar el estancamiento del Derecho concursal. En cualquier caso, la segmentación existente en el ordenamiento italiano dificulta intensamente su estudio. La comprensión de las categorías concursales en Italia necesitan un sobreesfuerzo muy importante dada la naturaleza múltiple de sus instituciones, lo que no solo complica su estudio, sino que también esconde sus disfunciones y merma la capacidad para dar respuesta a las mismas. Por el contrario, la regulación concursal española cuenta con la aparente virtud de haber simplificado el sistema y, con ello, haber dejado tanto sus puntos fuertes como sus disfunciones más visibles, lo que permitiría una acción más certera sobre los elementos que distorsionan su aplicación.

DECIMA.- El presupuesto objetivo de la LCon y su falta de anticipación con respecto a la LF

No es necesario mirar al Derecho comparado, aunque ello facilita la cuestión, para comprender que la insolvencia como único presupuesto objetivo del concurso cuenta con errores en su conceptualización. En España no existen procedimientos de naturaleza preventiva, por lo tanto, todo procedimiento concursal ordinario va a necesitar acreditar la situación de insolvencia, cuya caracterización supone un estadio muy tardío en una crisis económica, lo que a su vez determina una acción no tempestiva de los órganos del concurso. Las posibilidades de éxito en cuestiones de insuficiencia patrimonial dependen en gran medida de la premura con que sean impuestas las medidas necesarias. Debe acudir a la configuración del presupuesto objetivo para permitir algún tipo de acción o procedimiento concursal previo al momento de la insolvencia, o seguirá siendo un imposible el establecimiento de un sistema concursal más allá de la liquidación del patrimonio del deudor; nuestro ordenamiento prevé el remedio cuando la enfermedad está demasiado avanzada. En cambio, la fragmentación –también– del presupuesto objetivo en el sistema concursal italiano ha generado un concepto concursalmente relevante, el “estado de crisis”, del que el ordenamiento español no se ha hecho eco. Se trata de un tipo de dificultad patrimonial/financiera más amplio que la insolvencia y que admite diversos desequilibrios diferentes a ésta (por ejemplo, situaciones de iliquidez). Este concepto dota de mayor flexibilidad al panorama concursal italiano y da sentido a los nuevos institutos

que tienen por objetivo la acción tempestiva en cuestiones de solvencia. Sin embargo, en España se mantiene un incomprensible empeño por crear nuevos institutos sin otorgarles las condiciones de partida necesarias para su éxito, esto es, al menos un presupuesto objetivo adaptado a sus fines y congruente con la intención de activar procedimientos de acción temprana.

IV

SOBRE LA UNIVERSALIDAD

DECIMOPRIMERA.- Universalidad del objeto como garantía cualificada de la ejecución concursal

La ejecución concursal, en términos generales, responde a un procedimiento que se dirige a la totalidad del patrimonio del deudor insolvente. Ello comporta uno de los caracteres que son propios de la disciplina concursal, cual es la transformación de la ejecución, que deja de centrarse en bienes individualmente considerados, para focalizar conjuntamente en todos los elementos que forman el patrimonio del deudor. Esta idea se traduce con la expresión procedimiento de ejecución universal o juicio universal, en el que el objeto del mismo se expande para proporcionar una garantía cualificada a los acreedores concurrentes, máxime cuando la situación económica del deudor es insuficiente para hacer frente a todas sus obligaciones.

DECIMOSEGUNDA.- Axioma circunscrito a la formación de la masa activa en España

El análisis de la LCon ha arrojado una idea que limita, perfila o restringe el ámbito de vigencia del principio de universalidad. En nuestra opinión, no cabe hablar de universalidad más que en sede de formación de la masa activa. Desde el punto de vista del activo, todo bien o derecho de titularidad del deudor y que tenga además contenido patrimonial –esto es, susceptible de realización– va a quedar, en principio y salvo las excepciones legalmente reconocidas, consignado en esta masa patrimonial que no va a mantenerse fija desde el inicio del procedimiento, sino que irá reintegrando bienes y variando durante el mismo –masa de hecho y masa de derecho–. Propugnar la universalidad de los bienes del deudor como objeto de la responsabilidad del mismo y sobre los que se proyecta el juicio colectivo de concurso nos parece posible a pesar de las

excepciones existentes. Sin embargo, calificar como universal desde la perspectiva del pasivo un procedimiento que puede obviar la inclusión en la lista de acreedores de titulares que no han comunicado sus créditos o lo han hecho tardíamente; y que suele tener una eficacia real muy limitada al desatender una gran parte de las pretensiones crediticias, sería un ejercicio extensivo e indebido de interpretación jurídica. En el principio de universalidad, el elemento central sobre el que pivota el razonamiento son los bienes, mientras que en la conformación de la masa pasiva son los titulares de créditos o, si se quiere, los créditos en sí. La universalidad se refiere al objeto de la garantía patrimonial, proyectándose sobre cosas; mientras que sobre las personas que se integran en el procedimiento existe otro principio que describe mejor y de manera más adaptada a dicha realidad su papel en el concurso.

DECIMOTERCERA.- Universalidad bivalente en el sistema italiano: nuevas propuestas de interpretación

Resulta casi unánime la doctrina italiana en relación a la identificación de la universalidad en el fallimento con dos ámbitos distintos: la masa activa y la masa pasiva. Este perfil lo diferenciaría profundamente del español, en el que hemos limitado su aplicación solo a la primera. Sin embargo, la congruencia con nuestra teoría sobre el tratamiento jurídico de la insolvencia nos lleva a constatar una importante contradicción en la construcción teórica del sistema concursal italiano. Si el principio de universalidad no es más que la concreción de la responsabilidad universal patrimonial del artículo 2740 Codice Civile toda vez que no se enuncia un principio particular en la LF, no se entiende cómo podría dicha norma comportar al mismo tiempo la universalidad del objeto y de los acreedores, esto es, de la masa pasiva (cuando el art. 2740 solo se refiere a los bienes, presentes y futuros y no a los acreedores). Hay elementos que no pueden convivir pacíficamente en la interpretación más habitual de la cuestión. A nuestro juicio, el único modo en que sería posible admitir estas ideas es entendiendo la universalidad a partir de una doble lectura: como principio y como característica. A partir de esta teoría podemos entender que la universalidad –axioma– tiene un lugar en el proceso de fallimento como regla derivada del artículo 2740 Codice Civile que se proyecta en la formación de la masa activa. Ello ocurre en el seno de un juicio que por ser colectivo tiene vocación de universalidad –característica– en torno a la masa pasiva. En ese caso la universalidad como característica del fallimento se referiría a la masa pasiva, sin que ello traiga causa de la responsabilidad del Código Civil italiano, pues nada expresa el artículo 2740 de esa

vertiente pasiva; siendo por contra dicho precepto el origen de la universalidad como principio en torno a la masa activa del fallimento.

DECIMOCUARTA.- Autonomía del principio de universalidad en el concurso respecto del artículo 1911 CC

Existe en el proceso concursal un principio de universalidad que rige en la formación de la masa activa. Su formulación –artículo 76.1 LCon– determina que el deudor responda en el juicio universal con todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que ostente a la fecha del concurso, además de los que se reintegren o adquiera hasta que finalice el procedimiento. Tanto el concepto como sus consecuencias son muy similares a la responsabilidad universal patrimonial del artículo 1911 CC, sin embargo, no se trata de una reformulación o aplicación de éste en el ámbito concursal. Pese a que podría encuadrarse en tal esquema de responsabilidad (todos los bienes presentes y futuros), vigente en nuestro Derecho común, otorgamos al principio de universalidad concursal autonomía con respecto al artículo 1911 CC. Hay motivos de distinto orden para concluir en ese sentido: no puede sostenerse que el artículo 76.1 LCon es una manifestación del artículo 1911 CC, ya que se desenvuelve en una institución –el concurso– que es abiertamente contraria al orden obligacional establecido por el Derecho común; tampoco ha habido ninguna referencia al respecto por parte del legislador, que podría haber determinado la aplicación de la responsabilidad universal patrimonial al proceso concursal, sin necesidad de rehacer el concepto en el art. 76.1 LCon; y por último, existen razones independientes que llevan a conceptualizar este tipo de responsabilidad en el concurso, como la necesidad de compensar el efecto de ejecuciones separadas y privilegios sobre la masa activa. De este modo, se constata que aunque rija una responsabilidad universal en el concurso, no se trata de una aplicación del principio general que obra en el Código Civil. Su contenido es el mismo, pero el camino teórico seguido hasta tal objetivo es diverso, un razonamiento autónomo que converge en lo sustancial pero que no implica la extensión de una norma del Derecho común más allá de sus límites.

DECIMOQUINTA.- Dependencia del principio de universalidad respecto del artículo 2740 Codice Civile en Italia

A diferencia de nuestra teoría sobre el ordenamiento español, en Italia el principio de universalidad (sentada la base de que el axioma se refiere solo a la masa activa) viene dado por la extensión de la regla del artículo 2740 Codice Civile. Esta circunstancia se infiere de la falta de un precepto concreto de la LF que se ocupe de la cuestión. De hecho, en la principal norma concursal italiana no se enuncia como tal un principio de universalidad, ni se le dedica a la idea un artículo concreto (sino que se infiere del art. 42, que consagra la desposesión de los bienes al deudor), extremo que no ha sido modificado por el legislador desde 1942 a pesar de tratarse de un precepto que ha sufrido variaciones en los últimos años. Todo ello no hace sino reafirmar la admisión por parte del legislador concursal de esta ascendencia axiomática del artículo 2740 Codice Civile, que en su segundo párrafo determina una reserva de Ley para las excepciones al mismo, mecanismo que parece reenviar a sistemas particulares de cumplimiento de obligaciones como el concursal. No obstante, a la luz del Derecho español se han mostrado algunos ámbitos en que esta teoría puede comenzar a dar signos de agotamiento, a saber: especialidades de la ejecución colectiva con respecto a la individual, diferentes modos de implementarse las normas en uno y otro caso (como el embargo del salario del deudor), la característica de unicidad propia del fallimento o la consideración doctrinal de que se intensifica la tutela del crédito en sede concursal, entre otras.

DECIMOSEXTA.- Convivencia entre el principio de universalidad y las supuestas excepciones *ex derechos de ejecución separada*

Considerados los diferentes trámites que deben realizarse para llegar a obtener la masa activa en el concurso, se concluye que las operaciones de minoración de la misma (*separatio ex iure dominii* y *separatio ex iure crediti*) no suponen, en contra de una creencia generalizada, excepciones al principio de universalidad. Esta idea es definida como la sujeción de todo bien o derecho de contenido patrimonial (admitimos la excepción mínima que suponen los bienes inembargables) presente o futuro, a la satisfacción de sus acreedores. En este sentido, la existencia de derechos de ejecución separada no conculca en ningún modo la afectación de los bienes en cuestión al pago de los acreedores del concursado. Puede que este tipo de operaciones suponga problemas para otros principios del procedimiento concursal, ahora bien, si nos centramos en la

universalidad como el axioma que debe presidir la formación de la masa activa y no salimos de ese ámbito, es claro que se está respetando la intención del legislador con el artículo 76.1 LCon.

DECIMOSÉPTIMA.- Diferencias en la configuración de la acción de reintegración

Es claro que en los ordenamientos español e italiano existe una acción revocatoria concursal –especial– que tiene un perfil muy similar. En ambos casos hemos señalado que se trata de un elemento del sistema concursal que apoya o sostiene en parte al principio de universalidad (los bienes que se reintegran en la masa activa). A pesar de sus similitudes, encontramos algunas diferencias en su régimen particular. Mientras que la Legge Fallimentare habla de “actos perjudiciales para los acreedores”, la LCon menciona los “actos perjudiciales para la masa activa”, con una terminología que sin duda implica una mayor autonomía conceptual de dicha masa patrimonial. Por otro lado, operativamente van a diferenciarse también ya que en España el artículo 71 LCon determina un mecanismo basado en el concepto de perjuicio (objetivándose las conductas revocables); mientras que en Italia el perjuicio se va a entender en cualquier acto llevado a cabo por el insolvente, siendo el elemento central de este instituto el conocimiento por parte del tercero del estado de insolvencia –mucho menos objetivo–. Además, las presunciones de perjuicio *iure et de iure* del Derecho concursal español se traducen en Italia (con un contenido muy similar) por una revocatoria particular, llamada “de derecho”, que no se ventila en sede judicial, ámbito donde solo tiene sentido la “revocatoria judicial”, esto es, que implique actividad probatoria. Finalmente, resulta también interesante la comparación sobre el periodo sospechoso al que se refieren a ambas acciones, que es idéntico en cuanto a los actos gratuitos (presunciones que no admiten prueba en contrario); y más reducido en Italia en el resto de casos (seis o doce meses frente a los dos años de la LCon).

DECIMOCTAVA.- Mayor incidencia del principio de universalidad en el concurso respecto al fallimento

Aunque se podría decir que en los dos ordenamientos estudiados el principio de universalidad tiene una implantación equivalente, y siendo muy difícil la comparación sobre sistemas que son diversos desde la base, creemos que puede reputarse el sistema español como más proclive a la idea de universalidad. Tal circunstancia solo puede venir

dada por una mayor concurrencia de excepciones al empleo de todos los bienes del deudor para la satisfacción de sus acreedores en el seno de los procedimientos de insolvencia. A este respecto, se han analizado las principales excepciones en uno y otro ordenamiento y se encuentran algunos conceptos en el sistema italiano que no tienen su homólogo en la LCon. Sin contar la flexibilidad con la que el Juez italiano se enfrenta a la operación de limitar el salario del deudor (puesto que no siempre debe conllevar un trato más favorable a éste que el que proporciona el rígido sistema español basado en el salario mínimo interprofesional), existen dos excepciones al axioma que son desconocidas para el Derecho español: en primer lugar, los bienes sujetos a medidas antimafia, ya que no existe en España un texto de similares características ni una previsión a tal efecto; y en segundo lugar, el fondo patrimonial. Este concepto es seguramente la excepción que más diferencia ambos sistemas, no habiéndose creado en nuestro ordenamiento un instituto que permita al matrimonio segregar una parte de su patrimonio, comunicándolo con respecto a su actividad comercial, profesional o de otro orden, y cuyo objeto sea únicamente el levantamiento de cargas familiares. Se trata, a efectos prácticos, de una suerte de limitación patrimonial en materia de familia que no tiene vigencia en España.

DECIMONOVENA.- La posible convergencia del fallimento con la reforma proyectada en Derecho concursal español

En esta investigación hemos diferenciado la incidencia del principio de universalidad en los sistemas español e italiano. En la LCon se establece un principio autónomo que se refiere a la masa activa del concurso. En cambio, en la LF no se registra un principio independiente en este sentido, sino que se toma extensivamente el contenido del artículo 2740 Codice Civile. Pues bien, en este contexto se tramita en España una Propuesta de Real Decreto Legislativo que contiene un Texto Refundido que reordenaría toda la disciplina concursal. De aprobarse dicho proyecto, la nueva norma contendría dos preceptos con la rúbrica “principio de universalidad”, uno dedicado a la masa activa y otro a la masa pasiva. La inspiración en el sistema concursal italiano es clara en esta propuesta y vislumbramos ya algunos problemas de interpretación que surgirían en este caso. En concreto, nos preocupa pensar cómo encajaría el principio autónomo de universalidad del Derecho concursal español (que no varía en cuanto a su contenido) cuando la Ley dé un doble significado al axioma. Para nosotros, en Italia esta cuestión solo ha sido admisible a partir de la consideración de la universalidad como principio y como característica (y no como dos axiomas). Por ello, no parece fácil el encaje de un

principio de universalidad de doble valencia en España. Quedarían abiertos muchos interrogantes en torno a la idea de universalidad, ya que parecen confundirse los distintos significados del término; en definitiva, se estaría importando mayor incertidumbre a nuestro ordenamiento, en lugar de soluciones.

V

SOBRE LA INTEGRACIÓN O CONCURSALIDAD

VIGÉSIMA.- Principio de integración: contenido y *vis attrativa*

La formación de la masa pasiva se concreta en una serie de trámites que siguen una máxima concursal propia de esta parte del procedimiento: el principio de integración. Su contenido viene dado por la creación en sede concursal de una comunidad de pérdidas de la que por regla general, formarán parte todos los acreedores. Siendo ése su contenido esencial, se identifican otros elementos que, sin referirse explícitamente a la comunidad de pérdidas, posibilitan la existencia de ésta (contenido necesario) o facilitan su efectividad (contenido accesorio). Destaca en este sentido la intangibilidad de la masa activa, esto es, la prohibición a los acreedores de realizar ejecuciones singulares sobre bienes del concursado. Se vinculan estos distintos niveles de acción en el principio con el concepto –más procesal– de *vis attrativa*, si se considera en sentido amplio. Así, entendemos que éste se manifiesta en su vertiente positiva con la atracción de todos los acreedores al proceso concursal (comunidad de pérdidas); y también en su vertiente negativa, al vetar a los acreedores el inicio o continuación de procedimientos ejecutivos singulares contra el deudor (intangibilidad de la masa).

VIGESIMOPRIMERA.- La integración en el fallimento: artículos 51 y 52 LF

Las reglas que en el fallimento responden a la misma lógica que el principio de integración de la LCon se encuentran en los artículos 51 y 52 LF. El primero de ellos recoge la prohibición de iniciar acciones ejecutivas individuales respecto del fallito, mientras que el segundo determina que con este procedimiento especial se abre el concurso de los acreedores sobre su patrimonio, cuyos créditos deben ser valorados según los criterios establecidos. Es habitual en la doctrina italiana calificar la primera de estas reglas como “concurso sustancial” y la segunda como “concurso formal”. Sin embargo, algunos autores entienden cierta incongruencia en el orden de los preceptos, que debiera

ser invertido para registrar en primer lugar la regla general (el cauce para las acciones de cognición) y en segundo lugar regular la suerte de las ejecuciones. En nuestra opinión, la posible inversión del orden tiene una causa más profunda y es que entendemos que el artículo 52 contiene una regla no tan procesal sino sustantiva, asimilable al principio de integración del Derecho español; mientras que la prohibición del inicio de acciones ejecutivas supondría un presupuesto necesario para la aplicación de dicha regla.

VIGESIMOSEGUNDA.- Autonomía del principio de integración

El principio de integración es autónomo y se diferencia radicalmente de otros axiomas concursales a los que la doctrina lo ha querido asociar en distintos momentos. Frente a la universalidad, puede decirse que éste vertebra la formación de la masa activa, mientras que la integración supone el sometimiento de los acreedores a un consorcio en el que se repartirán las pérdidas consustanciales a una situación de insolvencia. Que ambos tengan vocación de universalidad no los convierte en la misma cosa, de hecho, el estudio de las excepciones de uno y otro revela que se trata de realidades axiomáticas diferentes. Y frente a la *par condicio creditorum*, hay que decir que el principio de integración solo prevé la sujeción de los acreedores del concursado a las reglas del procedimiento, esto es, a la comunidad de pérdidas, mientras que el principio de igualdad determina la proporción en que soportarán esas pérdidas cada uno de los acreedores.

VIGESIMOTERCERA.- Concursalidad: versión italiana del principio de integración de la masa pasiva

Una vez determinada que la universalidad que deriva del artículo 2740 Codice Civile no es el principio que rige en la formación de la masa pasiva –aunque se haya utilizado el término en numerosas ocasiones–, podemos aludir a otra nomenclatura más propia. Podríamos llamar principio de universalidad pasiva al principio de integración pero creemos que esto solo puede aumentar la confusión. De modo que para hacer referencia a este principio vamos a tomar un concepto también muy empleado por la doctrina italiana, la concursalidad, que expresa con exactitud el axioma al que hacemos referencia. Ahora ya no nos referiremos a una mera característica de la ejecución colectiva, sino al principio que establece en sede de fallimento una comunidad de pérdidas formada por los acreedores del insolvente, que deben respetar el orden concursal como único medio para satisfacer sus pretensiones crediticias y que encuentra base en el artículo

52 LF, a pesar de que existan otras reglas que faciliten su implantación. Se trata por tanto de una norma autónoma y diferente respecto de la universalidad que deriva del Codice Civile, pero también independiente respecto de la igualdad de los acreedores. La *par condicio creditorum* ha sido confundida en numerosas ocasiones con la concursabilidad, aunque a nuestro juicio se trata de realidades distintas en tanto que aquélla tiene un lugar muy concreto en el proceso concursal, cuál es el reparto del activo. De este modo, la concursabilidad determina quién se somete a la comunidad de pérdidas, mientras que la *par condicio* expresa la distribución de las pérdidas, del mismo modo que ocurre en Derecho español.

VIGESIMOCUARTA.- Acreedores contra la masa y con privilegio especial: excepciones positiva y negativa al principio de integración

La propuesta interpretativa que se realiza sobre el contenido del principio de integración requiere entrar en conflicto con la Ley Concursal en relación a los elementos que respetan aquél, o que suponen una excepción a dicha regla. Así, destaca la consideración de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial. Los titulares de créditos contra la masa estarían en nuestro esquema plenamente integrados porque, pese a gozar de prededucibilidad, formarían parte de la comunidad de pérdidas, al responder el deudor frente a ellos con la masa activa, igual que frente al resto de acreedores concursales; se considera así el crédito contra la masa como un *superprivilegio*, al menos en su formulación actual, que ha perdido la lógica de “coste del concurso” que motivó su creación. En lo que respecta a los acreedores con privilegio general (y a los titulares de derechos de ejecución separada), también entendemos *contra legem*, que éstos van a salir del circuito de la integración concursal por cuanto se trata de deudas que serán satisfechas con cargo a bienes que los garantizan, esquivando por tanto del consorcio de pérdidas. A ellos no afectará el concurso del mismo modo, puesto que el elemento de incertidumbre acerca del cobro de sus créditos –o sobre la proporción del cobro–, que caracteriza al acreedor integrado, se minimiza con la existencia de la garantía real. Puede matizarse esta circunstancia en el caso de privilegios sobre bienes necesarios para la continuidad empresarial, sobre los que existen plazos más dilatados para la realización de aquéllos, no obstante, no es el elemento temporal sino el efectivo, el que debe guiar el razonamiento en este punto.

VIGESIMOQUINTA.- Déficit de integración en la Legge Fallimentare ante el elevado número de excepciones a la concursabilidad

La conformación de la comunidad de pérdidas de la que son parte los acreedores concursales en el fallimento queda desvirtuada en función de la cantidad e importancia de las excepciones que se consagran en la propia LF a la concursabilidad efectiva. Si bien se ha determinado que el crédito prededucible no comporta ninguna excepción (del mismo modo que el crédito contra la masa en España), ni tampoco el fondo patrimonial familiar (que en cambio es una anomalía con respecto a la universalidad de la masa activa), sí que podemos enumerar distintos aspectos que no van a respetar la integración de los acreedores en el fallimento. Dentro de este grupo encontramos créditos que ya se exceptúan en el mismo sentido en el sistema español, como los garantizados mediante hipoteca o prenda. Sin embargo, se reputan también excepciones propias del sistema italiano como los privilegios especiales en relación a determinados bienes muebles sobre los que existe un derecho asimilable a la retención, derecho que es expresamente suspendido en la LCon. Además, la disciplina del patrimonio separado empresarial permite a una sociedad segregar una parte de su activo que solo va a responder de las deudas relacionadas con el objeto de dicho instituto. Es un modo de compartimentar la responsabilidad del deudor, lo que va a suponer *de facto* la falta de integración de los acreedores del patrimonio separado en el fallimento del deudor, puesto que tan solo podrán ser considerados acreedores de éste y no de la sociedad, por tanto no integrados en el procedimiento de insolvencia. Todo ello dibuja una coyuntura en que la concursabilidad se ha devaluado como principio concursal en el fallimento más que en España, en virtud de muchas y muy importantes excepciones.

VIGESIMOSEXTA.- Prohibición de la compensación (LCon): prescripción superflua

A pesar de ser un argumento de sobra tratado en los estudios de Derecho concursal, llegamos a una importante conclusión respecto de la prohibición de la compensación en el concurso del artículo 58 LCon. En primer lugar situamos la compensación en el seno de un procedimiento concursal como un mecanismo que ataca no al principio de igualdad de los acreedores, lesión que hemos demostrado no habría de darse obligatoriamente en todos los casos, sino al principio de integración en el sentido en que se estaría faltando a la exigencia de intangibilidad de la masa activa y por ende, el

no concursado escaparía a la comunidad de pérdidas. Pero, principalmente, debemos concluir que la prescripción de dicho precepto es superfluo ya que la compensación, cuyo régimen jurídico está en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, no superaría en una situación concursal el requisito del artículo 1196 en su numeral 5º. El precepto veta la posibilidad de compensar deudas si sobre alguna de ellas hay contienda promovida por terceras personas. En un proceso concursal, donde existe un juicio por la totalidad de los bienes del deudor, es evidente que no se dan los requisitos legales para la compensación y por tanto el artículo 58 LCon podría –debería– eliminarse sin mayores consecuencias.

VIGESIMOSÈPTIMA.- Compensación e intereses en la LF: excepciones impropias al concepto de concursalidad

En el análisis de la LCon hemos destacado la prohibición de la compensación (aunque la entendamos como superflua según las reglas del CC) y la suspensión del devengo de intereses como reglas que apoyan la efectividad de la comunidad de pérdidas. Siguiendo con la tendencia ya marcada por las excepciones a la concursalidad en el fallimento, podemos observar que se trata de dos características que en Italia no tienen vigencia. Por un lado, la compensación no está prohibida, sino que se admite expresamente en la LF, a pesar de que suponga un medio de pago de los existentes en Derecho. Aunque en la práctica parece no haber grandes divergencias en cuanto a los supuestos en que opera este negocio jurídico, debemos ser consecuentes con nuestra tesis que niega toda posibilidad de compensar créditos en el contexto del concurso español, lo que determinaría un modo más de escapar a la integración en Italia, que en nuestra opinión es inadmisibles en España (compensar créditos). En cualquier caso, no deja de ser indicativo que la LCon prohíba salvo en ciertos casos la compensación en el concurso, mientras que la LF admita salvo en ciertos casos la compensación en el fallimento. En cuanto a la suspensión del devengo de intereses, parece que la LF tiene un régimen similar a la LCon, no obstante, basta comprobar sus excepciones para determinar que no es así. En Italia, la llamada cristalización del pasivo a través de la suspensión del devengo de intereses solo va a ser una realidad en torno a los créditos quirografarios u ordinarios, toda vez que se han eliminado del ámbito de la norma los créditos prededucibles (como en España) y los créditos con garantía real o privilegiados. A nuestro juicio, queda claro que la concursalidad o principio de integración es el contexto en que el legislador italiano ha incidido de forma más invasiva a través de diversas reglas que han vaciado su sentido.

VI

SOBRE LA *PAR CONDICIO CREDITORUM*

VIGESIMOCTAVA.- Definición de la *par condicio creditorum*

Definimos en nuestro estudio el principio de la *par condicio creditorum* como: principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso.

VIGESIMONOVENA.- Contexto de la *par condicio creditorum* en el ordenamiento español

Se trata de un principio que le es propio al ámbito concursal, puesto que se manifiesta en la concurrencia de acreedores ante un patrimonio insuficiente para satisfacerlos a todos. Su extrapolación fuera del mismo no tendría sentido pues la tutela de la igualdad de los acreedores en el sistema general de responsabilidad de agresión singular y legítima al patrimonio del deudor tiene lugar *ex* artículo 14 CE. La igualdad en el procedimiento concursal cuenta con unas connotaciones especiales, pues se suspenden facultades tanto del deudor como de los acreedores, para asegurar un reparto que no podría darse en aplicación del Derecho común. Dentro del concurso, la *par condicio* se ciñe a un ámbito en el que despliega sus efectos, la solución del concurso, sea liquidatoria o conservativa –con menos claridad–, por ser el momento procesal en el que tiene lugar el reparto de pérdidas.

TRIGÉSIMA.- Contexto de la *par condicio creditorum* en el ordenamiento italiano

La *par condicio creditorum*, siendo el regla concursal por excelencia, debe entenderse en el sistema italiano como una semejanza con respecto a la situación española, tanto en grado de implantación y efectividad como en sus perspectivas de futuro. Inicialmente, esta afirmación aparentemente sencilla debe saltar un importante escollo y es que, si en Derecho español la caracterización de la *par condicio creditorum* como un principio concursal es sencilla dada la alusión de la LCon a la igualdad de los

acreedores, en Italia no es la Legge Fallimentare la que recoge la regla, sino el Codice Civile en su artículo 2741. No obstante, en el Código Civil italiano se contienen también normas de marcado carácter mercantil, baste citar la regulación del Derecho societario en su libro V (“Del Lavoro”). Además, el análisis del estado de la cuestión muestra posicionamientos doctrinales, a los que nos adherimos, que recogen la consideración del principio como propio del ámbito concursal. En concreto, lo caracterizan como su cauce de actuación y su límite.

TRIGESIMOPRIMERA.- El privilegio concursal en la LCon: concepto y caracteres

El privilegio concursal es un concepto, tal y como lo es la propia *par condicio*, de honda tradición en esta rama del Derecho. Ambos tienen su origen en el Derecho romano y han llegado a nuestros días en una relación que hasta ahora ha sido tan indisoluble como destructiva. El privilegio se define como una cualidad accesorias del crédito que se traduce en una posición de preferencia de su titular con respecto al resto de acreedores en la concurrencia por el patrimonio del concursado, que responde a una necesidad de proteger determinados créditos en base a su causa o a las condiciones de sus titulares. De modo que el privilegio es contrario a la *par condicio creditorum*, expresando una excepción a ésta que, sea cual sea su origen (incluso negocial), es de carácter legal. El elemento en el que se basa puede ser de distinto orden pero la naturaleza del privilegio es estrictamente legal, debiendo hacerse una interpretación lo más restrictiva del mismo si la intención es conculcar lo menos posible el principio de igualdad de trato a los acreedores. En la actual clasificación de créditos, es casualmente en la categoría donde la *par condicio* no existe ni entre los acreedores de la misma categoría, donde se ha constatado la manifestación genuina del privilegio: los créditos con privilegio general. Su configuración implica un derecho de preferencia sobre el patrimonio del deudor concursado y no sobre bienes concretos, respetando de manera fiel el sentido del privilegio.

TRIGESIMOSEGUNDA.- Esquema de los derechos de prelación del sistema concursal italiano

El estudio de los derechos de prelación (hipoteca, prenda y privilegios) en el modelo del fallimento italiano vienen a reafirmar un concepto de privilegio que es prácticamente identificable con el estudiado en la LCon. La diferencia más importante en este caso es la relativa incomunicación entre las sumas recabadas de la realización del

patrimonio mueble e inmueble respectivamente. En principio, cada una de esas submasas va a responder frente a unos acreedores concretos. Queda el valor de los inmuebles para responder en primer lugar sobre los acreedores con privilegio sobre inmuebles (art. 2780 Codice Civile) y en segundo lugar los que han garantizado su crédito mediante hipoteca. En cuanto al valor del patrimonio mobiliario, aquí ocuparán un primer lugar los créditos garantizados mediante prenda y posteriormente los privilegios especial (sobre bienes concretos) y general (sobre todo el patrimonio mueble) siguiendo el orden de prelación del artículo 2778 Codice Civile, que mezcla los dos últimos conceptos.

TRIGESIMOTERCERA.- Proliferación de privilegios y efectos sobre la igualdad de los acreedores: propuesta de eliminación del principio por ser una mera elección del legislador

Con la Ley 22/2003 se materializó una reducción de privilegios muy celebrada pero que es, a todas luces, insuficiente; insuficiente al menos para un sistema que propugna la *par condicio creditorum*. Además de acoger la norma privilegios que suelen comportar importantes cuantías, han aparecido otros por vía de las reformas operadas en los últimos años, siendo el resultado un sistema que cuenta con demasiados privilegios, exceso que es producto de la mala implementación de esa pretendida reducción. La igualdad de los acreedores concursales es, con el sistema actual, un ideal inalcanzable ya que las normas impiden su consecución. De hecho, su vigencia solo puede entenderse en su vertiente más pura en torno a los créditos ordinarios, única categoría en la que se respeta de forma escrupulosa la “ley del dividendo”. Nuestro concepto de *par condicio creditorum* no es tan restrictivo, tolerando su adaptación a realidades que no se guíen por la exacta proporcionalidad, aunque es sintomático que tan solo se aplique en una categoría de créditos relativamente marginal –residual en su definición–. Ante tal panorama, se han evaluado diferentes posibilidades interpretativas, siendo la más plausible la eliminación de la referencia a la igualdad de los acreedores en la LCon. La *par condicio creditorum* es una elección de política legislativa, no un criterio constitucional de obligado cumplimiento para el legislador. De modo que, siendo clara su falta de efectividad en el sistema concursal español, entendemos como un ejercicio de coherencia la apuesta por otro modelo de Justicia concursal, que existe ya *de facto* en la LCon, basado en la preferencia y la jerarquía de créditos y no en la igualdad.

TRIGESIMOCUARTA.- La crisis de la *par condicio* en Italia y las malas perspectivas de futuro

La detección de problemas similares a los que acontecen en el Derecho español, tales como la proliferación de privilegios y clases crediticias y la mejorable adaptación del axioma a la solución pactada de la insolvencia, son los argumentos que nos llevan a concluir que estamos ante una semejanza entre ambos sistemas. Es palpable una crisis de razonabilidad en torno a la idea de igualdad de los acreedores en el fallimento. La consabida multiplicación de derechos de prelación redundan en la desigualdad de los acreedores. Se ha vaciado el contenido de la *par condicio creditorum* también en Italia, de modo que la doctrina ha reinterpretado la regla del artículo 2741 Codice Civile para señalar que ésta solo opera dentro de la misma categoría crediticia. Se trata una de las posibilidades a las que aludíamos en el análisis de la LCon. No obstante, resulta evidente que el sistema concursal italiano ha sido permeable a diferentes mecanismos de protección del crédito, que nacen en un entorno no concursal pero que han terminado por influir fuertemente en el mismo. La igualdad de los acreedores ha perdido su lugar central en el fallimento. No obstante, su recuperación no puede realizarse desde una nueva concepción del Derecho de la insolvencia, de hecho, se trata de uno de los principios más clásicos y en absoluto producto de las nuevas tendencias de éste. Precisamente, el Derecho concursal moderno, con esa traducción de mecanismos de tutela del crédito al contexto concursal, ha sido el enemigo histórico de la *par condicio creditorum*; la misma regla que hoy se busca sin conciencia de que su pleno uso es una vuelta a perspectivas pasadas, acaso superadas, y no obligatoriamente mejores. El futuro no mejora las perspectivas por cuanto la reforma que se proyecta en el Derecho italiano, aunque tiene prevista una reordenación de los privilegios, no cuenta con una guía detallada de los criterios a seguir en la Ley de delegación aprobada en octubre de 2017.

TRIGESIMOQUINTA.- La complicada conceptualización del crédito contra la masa en sede de igualdad

El sentido inicial del crédito contra la masa está en la caracterización de un tipo de créditos extraconcursales y muy excepcionales, que son producidos por los propios costes del procedimiento. No obstante, todos sus caracteres fundamentales han sido transgredidos por la LCon. Ha dejado de ser un recurso excepcional, para acoger un buen número de supuestos (y definidos con *numerus apertus*); ha crecido su nómina con la

inclusión de nuevos créditos que no son un coste del procedimiento sino que preexistían a la declaración de éste y que son puramente concursales; su ubicación en la norma es del todo inapropiada, obrando en la sección dedicada a la composición de la masa pasiva (que supuestamente no integra). En definitiva, se ha olvidado la lógica de la extraconcursalidad para aproximarse a la de un impropio privilegio muy cualificado. No obstante, su prededucibilidad y supuesta preferencia frente a cualquier crédito tampoco se sustenta. La LCon respeta en la satisfacción de los créditos contra la masa, los bienes y derechos afectos a un crédito con privilegio especial, de manera que sitúa a éstos, siguiendo el criterio de la efectividad y no el temporal –mucho más lógico en la cuestión de la igualdad de los acreedores–, en el primer escalón del orden de prelación. A pesar de que la Ley señala la posición preminente del acreedor de la masa, resulta que el privilegio especial goza de una protección mayor, lo que entronca con nuestra idea de que el privilegio especial es realmente extraconcursal, esto es, una categoría no integrada ya que su titular no participa de la comunidad de pérdidas (como la *separatio ex iure creditii*). Esta circunstancia, *quasi* oculta en la LCon, determina –de nuevo– una importante incoherencia legislativa y confusión para el operador jurídico, que puede presentar dudas razonables sobre las intenciones de la Ley en relación a qué conceptos ha decidido privilegiar por encima de otros y las razones de tal decisión.

VII

SOBRE EL FRACASO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSOLVENCIA

TRIGESIMOSEXTA.- Inadecuación de las normas concursales para la consecución de sus principales finalidades

El Derecho concursal, sea en España que en Italia, no ha conseguido dar cumplimiento a sus principales objetivos. Se trata de un sector del ordenamiento que no contenta al deudor ni a sus acreedores. Tanto la satisfacción de los acreedores como la conservación de la actividad económica del deudor son fines que si bien no han sido desatendidos, no quedan garantizados en el grado en que sería esperable. De hecho, ambos conceptos se relacionan más de lo que inicialmente pueda parecer. En las economías basadas en el sector terciario y con un tejido industrial más bien débil –como la italiana o la española–, la continuidad empresarial se revela como un elemento fundamental para buscar la mejor satisfacción de los acreedores. La correlación se

concreta en tanto que la mayoría de empresas, en estos contextos, no cuentan con un importante valor productivo en su haber que pueda optimizar su manufactura o ganar en eficiencia, sino que el capital preponderante será el humano, siendo la obtención de beneficios una condición *sine qua non* para la generación de valor a partir de los bienes de la empresa. De este modo, si la continuidad empresarial se ve interrumpida, el resultado en economías terciarias o de servicios es más grave, puesto que la satisfacción de los acreedores va a estar fuertemente ligada a la conservación de la empresa, entendiéndose que el valor de la realización de los bienes de ésta no alcanzaría por regla general cotas aceptables de satisfacción crediticia. La inadecuación de las normas concursales, o su falta de estímulos en el sentido de promocionar soluciones conservativas que permitan hacer responder al deudor concursado con el beneficio de su actividad profesional o empresarial puede determinar –especialmente en el caso de España– la consideración del sistema como represivo, en tanto que no se establece el marco adecuado para la recuperación del deudor insolvente, que era además el espíritu de la LCon. En el punto en que nos encontramos actualmente, concluimos que lo más razonable sería una nueva revisión de la institución concursal desde sus bases, incorporando las importantes aportaciones que el análisis económico del Derecho puede hacer al Derecho concursal, promocionándose la idea de un “concurso eficiente”, donde se pueda discriminar con nitidez el deudor viable, que merece un esfuerzo por parte de legislador; y el que no tiene que pasar por todo un procedimiento que finalizará a todas luces con la liquidación de sus bienes, en lugar de utilizar criterios generalizadores que no se adaptan a la realidad de cada deudor.

VIII

SOBRE EL CARÁCTER DE LA INSTITUCIÓN

TRIGESIMOSEPTIMA.- Mercantilidad de la institución concursal

En el origen y en el desarrollo de la institución concursal hay un elemento clave que ha supuesto su causa y su motor durante la historia de la disciplina: el comercio. El Derecho concursal es más que ninguna otra cosa un sector del Derecho mercantil, ya que ha sido la realidad comercial la que ha impulsado la creación de sus principales institutos y mecanismos y da sentido a la misma. El estudio de sistemas fragmentados, con procedimientos específicos para el deudor civil (como el italiano) dificulta la

comprensión de esta realidad ya que apriorísticamente puede inducir a la confusión de que el concurso se expresa en diferentes procesos, algunos comerciales y otros civiles. No obstante, nuestra tradición concursal y nuestra Ley vigente dejan claro que es un procedimiento preparado y organizado para dar respuesta a la insolvencia comercial y que se ha adaptado, de la mejor manera posible, al deudor no comerciante. Atendemos a la clara mercantilidad de la institución concursal, no por ello negando que el Derecho concursal (como se ha dicho por la doctrina) engrose la nómina de ámbitos del ordenamiento que a través de leyes especiales sirven a unificar el Derecho privado, superando las diferencias entre Derecho civil y Derecho mercantil. No obstante, en este caso dicha unificación se da por la vía de la mercantilización de toda realidad concursal, tenga origen en el comercio o no (aunque la lógica adaptación de las reglas determine diferencias entre ambos), ya que es en éste donde ha encontrado su origen, su desarrollo y su sentido. Se impone en el ordenamiento una concepción mercantil del concurso, que se ha extendido a todos los ámbitos de la economía.

IX

CONCLUSIÓN FINAL

TRIGESIMOCTAVA.- La superposición de tres filtros debilitadores del patrimonio como garantía de las deudas en sede concursal

El análisis comparado de las normas concursales en España e Italia nos ha dejado numerosas consideraciones individuales sobre cada uno de los principios que se han estudiado. Nos ha sido posible determinar si se trata de regímenes equivalentes, si existen más o menos excepciones y en definitiva cómo responden a las distintas tensiones a las que se enfrentan cada uno de dichos principios. No obstante, nuestra investigación no ha tenido por objetivo únicamente el estudio aislado de éstos, sino que tratamos también de extraer el sentido de la relación entre los diferentes argumentos.

A ese respecto, creemos que la universalidad, la integración o concursalidad y la *par condicio* son tres reglas que en su versión más pura ayudan a instrumentalizar el patrimonio del deudor como garantía de sus créditos en sede concursal. El empleo de todos los bienes del deudor, la comunidad de pérdidas como cauce para el sacrificio común de los acreedores y la distribución de esas pérdidas de forma equitativa son tres elementos clave de un sistema de cumplimiento de obligaciones donde el patrimonio del

deudor es la garantía con respecto a sus deudas. No obstante, las excepciones y dificultades en la aplicación integral de estos principios hacen que en el sistema concursal se impongan tres filtros sucesivos, cuya incidencia va a reducir el valor de esta garantía en términos generales. En primer lugar, y aunque el principio de universalidad es el más respetado de los tres, la falta de inclusión en la masa activa de algunos bienes y derechos supone un primer filtro. En segundo lugar, se produce una criba mucho más importante en relación a la idea de integración o concursabilidad, visto que existen patrimonios segregados y en definitiva derechos de ejecución separada que sacan de la esfera concursal a una parte de los acreedores. Finalmente, el tercer filtro se produce entre aquellos bienes y acreedores que han superado los dos anteriores con la categorización de los créditos existentes (privilegio como excepción de la *par condicio creditorum*); de modo que ni siquiera los que han llegado hasta el final del circuito son iguales, en un sistema fuertemente jerarquizado y que muy poco se parece a un contexto de igualdad. Estas tres pretensiones incumplidas del Derecho de la insolvencia arrojan una imagen equívoca, y sobre todo una falta de identificación del patrimonio del deudor con las posibilidades de cumplir sus obligaciones. Si en el ámbito privado en general la existencia de un patrimonio detrás del deudor es un estímulo en la contratación con el mismo por la seguridad que aporta dicha circunstancia, una sobrevenida situación de insolvencia puede destruir toda confianza para los acreedores, visto que ni siquiera existen criterios de reparto equitativos.

El nuevo Derecho concursal ha sido permeable a mecanismos de protección del crédito previa a la insolvencia y a excepciones de toda índole, eliminando el valor del conjunto de bienes como garantía en el cumplimiento de las obligaciones. La aplicación de los filtros antedichos confunde al acreedor en su expectativa de cobro, salvo al muy cualificado, que acude a diferentes mecanismos de garantía adicionales en previsión de la insolvencia, contexto –la insolvencia– en que la garantía general del patrimonio reduce su valor al mínimo. En esta coyuntura, se puede decir que el sistema concursal español mantiene ligeramente más protegidos los principios que se han estudiado en comparación con el ordenamiento italiano en el que se revelan más alteraciones, principalmente en torno a las ideas de universalidad y concursabilidad. Sin embargo, los filtros a los que se ha aludido hacen imposible el éxito del procedimiento concursal en ninguno de los dos países, siendo la *ratio* de satisfacción de los acreedores muy insuficiente en este tipo de procesos. Por tanto, la única solución posible con la normativa actual pasa por el

establecimiento de mecanismos de acción temprana, esto es, institutos preventivos que traten la insolvencia antes de que se produzca. Para ello, el sistema de la LCon española es nefasto por cuanto vino a eliminar los procesos preventivos de insolvencia (comerciales y civiles), y dado que los nuevos instrumentos que han aparecido con las diferentes reformas no cuentan con un presupuesto objetivo adecuado. En cambio, el legislador italiano, consciente de esta situación, sigue tratando de incentivar procedimientos alternativos al fallimento. En cualquier caso, pensamos que la mejor opción pasaría por la reforma normativa para establecer decididamente el modelo de justicia concursal y mejorar la congruencia de las leyes al respecto. En este sentido, sería necesario clarificar cuáles son los principios a los que responde la normativa o remover los obstáculos que en este momento impiden la identificación de las ideas de universalidad, integración y *par condicio creditorum* en las disposiciones vigentes.

CONCLUSIONI

I

SULLA STORIOGRAFIA DEL DIRITTO CONCORSUALE

PRIMA.- Origine dell'istituzione concorsuale nel Diritto romano

La prima espressione giuridica dell'istituzione concorsuale, il primo esempio di concorso, si trova nel seno del Diritto romano, concretamente intorno alla *bonorum venditio*. Il semplicismo normativo e la nota di esecuzione personale di epoche anteriori impediscono di situare l'antecedente nell'epoca delle *legis actiones (manus iniectio)*, di modo che il primo strumento giuridico con natura e complessità necessaria per essere qualificato come "concorso" –nella terminologia spagnola– se generalizza nel processo formulare dell'epoca classica (dopo la *Lex Poetelia Papiria*, che elimina la responsabilità personale per i debiti), che a sua volta si estende alla giurisdizione del pretor urbano dopo la sua nascita come istituto processuale proprio della pretura peregrina, di fronte ai conflitti con gli stranieri causati principalmente dal commercio. Il traffico commerciale è e sarà il motore di cambiamento del Diritto concorsuale, come suppone anche il contesto nel quale nacque la *bonorum venditio*, prima forma di concorso se prendiamo la nostra concezione dello stesso come rimedio giuridico all'insolvenza, dotato di regole necessarie per il concorso di vari creditori su di un debitore, ordinando un procedimento di relativa complessità per conseguire la soluzione del conflitto. Nella *bonorum venditio* e altri meccanismi simili che si sviluppano a Roma (*cesio bonorum y distractio bonorum*), troviamo similitudini o caratteristiche condivise con le nostre procedure concorsuali (sia Spagna che Italia) che sorprendono per la distanza temporale tra di esse: natura giudiziale, decreto di apertura e fase iniziale di constatazione delle masse, limitazioni delle facoltà del debitore, figura del sequestratario, attenuazione di effetti per il debitore che sollecita il procedimento, il meccanismo di attesa come posticipazione, seconda opportunità (*beneficium competentiae*), aggravio del risultato per il debitore in mala fede, azione revocatoria, *par condicio creditorum* e privilegi concorsuali.

SECONDA.- Apparizione della quiebra (fallimento)

Il primo ordinamento in cui si regola il fallimento come istituto concorsuale, con un trattamento aggravato per il debitore commerciante, è quello italiano; in concreto ci

riferiamo agli statuti di varie città del nord Italia, nelle quali, a metà del XIII secolo si materializzano norme del Diritto romano recepite direttamente in questi territori. In quanto alla Spagna –pur non esistendo ancora come unità politico-amministrativa– c'è da attendere il finale del secolo citato e soprattutto il XIV secolo, quando si sviluppa davvero l'istituto del fallimento. In concreto, il contesto in cui questo appare, è il Diritto catalano, vera e propria pietra miliare per il Diritto dell'insolvenza e per la tradizione giuridica della Corona d'Aragona. Sullo sviluppo tecnico del fallimento nel Diritto catalano, si possono avanzare varie teorie che vanno dalla generazione spontanea in un ambito di forte scambio commerciale, alla limitazione dei procedimenti che allora già esistevano in Italia. La ricerca storiografica ci ha portato ad osservare come il fallimento nel Diritto catalano sia stato chiaramente ispirato al Diritto italiano in materia, essendo terreno fertile per il fallimento considerato il peso che il commercio aveva in Aragona, regione principalmente economica della Spagna di allora (non accadde tanto in Castiglia, regione agraria e più distante dall'Italia, dove il commercio si sviluppò più in là). Pertanto, grazie allo sviluppo di questa attività e agli scambi con l'Italia, geograficamente prossima, sorgono con successo i procedimenti di fallimento in Spagna. Si tratta di un'ulteriore prova dell'evoluzione intimamente legata dell'ordinamento spagnolo e quello italiano nella questione concorsuale.

TERZA.- La dottrina concorsuale spagnola del XVI e XVII secolo come fonte d'ispirazione e progresso del Diritto concorsuale tanto in Spagna come in altri paesi europei.

Essendo il tema del concorso di creditori di grande interesse per la società e per gli ordinamenti che si sono succeduti in Spagna dalla tappa del Diritto romano (con numerose norme e compilazioni: *Liber Iudiciorum*, *Fuero Juzgo*, *Siete Partidas*, *Nueva Recopilacion*,,, *pragmaticas*, *fueros*, ecc.), risulta fondamentale l'apportazione della nostra dottrina alla disciplina. In concreto, la figura di Salgado de Somoza e il suo *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam* è stata una pietra miliare nella Storia del diritto difficilmente eguagliabile. Non solo il superamento del trattamento del debitore secondo la sua natura civile o commerciale, ma anche la tecnica giuridica è arrivata fino ai nostri giorni, essendo il suo difetto assolutamente estraneo alla volontà dell'autore: la mancanza di forza legislativa. Pur esistendo un ampio numero di autori importanti in questa materia come De Hevia Bolaños o Amador Rodríguez, certo è che la opera di Salgado de Somoza merita speciale

menzione. Riaffermò la responsabilità patrimoniale del debitore comune, molte volte dimenticata nonostante l'eliminazione nel Diritto romano dell'esecuzione personale, incidendo nel trattamento giuridico dell'insolvenza che davvero superava la concezione penale del procedimento, o meglio, trasferendo l'aspetto punitivo a una specifica categoria di debitori di mala fede. Insieme al concetto benigno di insolvenza, rileva quello della protezione del credito e dell'interesse pubblico del concorso, elementi che ancora non sono dibattuti. Si rende ancor più giudiziale il procedimento, che aumenta le sue dimensioni, crescendo la presenza del potere pubblico come garanzia di quello. L'opera di Salgado de Somoza è pionieristica, si tratta del primo trattato procedimentale e comprensivo di tutta la realtà concorsuale; e unica, per quanto va a colmare importanti lagune teoriche e pratiche nel Diritto d'insolvenza del siglo XVII, mantenendo molti dei suoi elementi nell'attualità, tanti in Spagna che nel resto degli ordinamenti che hanno notato la sua irradiazione, specialmente il tedesco. Tutto ciò fa rifiutare un orientamento dottrinale dell'Italia del XX secolo, contrario al riconoscimento dell'influenza di Salgado de Somoza, e che trova come unico ordinamento esportatore di norme concorsuali a quello italiano.

QUARTA.- Necessità della riforma legislativa dopo il XX secolo: epoca di differente evoluzione dei sistemi spagnolo ed italiano

La situazione del Diritto concorsuale spagnolo nei secoli XIX e XX risulta così drammatica dal punto di vista tecnico e sociale, che la profonda revisione del sistema era una necessità di prim'ordine in Spagna. Dalle buone intenzioni del Codice del Commercio del 1829, fino alla situazione immediatamente anteriore al 2003, si produssero una serie di incoerenze legislative che supposero un'autentica disfatta nel trattamento giuridico dell'insolvenza. In questo periodo si assistette alla promulgazione di tutti i tipi di norme in materia concorsuale, che andavano ad ampliare un patrimonio indecifrabile: Codici di Commercio, Leggi processuali generali, norme speciali per il fallimento di determinate imprese o rami di attività, la Legge di sospensione dei pagamenti, ecc. Non solo si separerebbe il trattamento dell'insolvenza civile e commerciale, ma anche dentro queste categorie c'erano molteplici norme con un complesso sistema di prelazione (erano di applicazione suppletoria al fallimento le regole del concorso come processo civile). E' anche in questa epoca che il vocabolo "concorso" si rilega all'ambito del debitore non commerciante, senza maggiori giustificazioni. Senza dubbio, si tratta della tappa più nera del nostro Diritto concorsuale, la cui riforma era

assolutamente prioritaria. Intanto, in Italia non fu necessario aspettare così tanto per avere una Legge che raggiungesse la maggior parte del Diritto concorsuale. La Legge Fallimentare si promulga nel 1942, e di conseguenza Italia ha avuto un vantaggio di cinquanta anni con rispetto a Spagna con una legge che, sebbene ha numerose riforme (è ancora vigente), fu moderna nel momento della sua nascita e permetteva un'applicazione corretta –tutto quanto si può aspettare– del Diritto dell'insolvenza. La precaria situazione del Diritto concorsuale spagnolo del secolo XX contrastava con l'ordinamento italiano che, anche se trovava difficoltà e ostacoli per superare nell'operatività del fallimento, era notevolmente superiore in materia d'insolvenza. Inizia in questa epoca a osservarsi un'evoluzione divergente dei due ambiti normativi, che come si è mostrato sono stati molto influenti l'uno dall'altro.

II

SULLA MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO DELL'INSOLVENZA

QUINTA.- Il contesto della LCon e le sue implicazioni nello sviluppo della norma

Il contesto della promulgazione della *Ley Concursal* del 2003 è di vitale importanza per capire il suo insuccesso in certi aspetti. Da un lato, la situazione economica, di espansione e crescita sostenuta, non auguravano la crisi che stava per arrivare; dall'altro lato la congiuntura giuridico-concorsuale, con una legislazione ipertrofica, dispersa e mancanza di coerenza. Ambedue le circostanze furono il campo perfetto per la consecuzione di una riforma di grande portata: la congiuntura economica permetteva il margine di manovra in un settore della legislazione sul quale non si prevedevano grandi problemi, mentre il sistema giuridico di risposta innanzi all'insolvenza era insostenibile. La crescita economica e l'espansione del credito (soprattutto ipotecario), andavano a confermare che l'insolvenza sarebbe nei prossimi anni una circostanza più eccezionale che di altro ordine. Così, il legislatore non preparò gli strumenti necessari per rispondere all'insolvenza aggregata o generalizzata durante la tappa della crisi economica, lasciandosi portare per il lodevole proposito di ordinare e semplificare un ramo dell'ordinamento che fino ad allora era un disastro.

SESTA.- Processo di riforma delle leggi sull'insolvenza: insicurezza e disfunzioni prodotte dalla sua considerazione di leggi anticrisi

Sia in Spagna che in Italia si può dire che le continue riforme della legislazione concorsuale hanno fornito non pochi problemi ad un sistema che si è invecchiato in modo precipitoso in pochi anni per una mala pianificazione di azione legislativa. In Spagna, si sono enucleate dieci norme che modificano in modo sostanziale ed in profondità la *Ley Concursal* del 2003, a fronte di altre disposizioni che sono state riformate senza maggiori conseguenze per il sistema. Tenendo in conto che il processo di riforma incominciò nel 2009, è chiaro che non esiste altra norma nel nostro ordinamento che si sia vista sottomessa negli ultimi anni ad un simile processo di revisione. Questo ha prodotto la sensazione –reale– di insicurezza giuridica intorno al trattamento giuridico dell'insolvenza, senza che la riforma della LCon sorprenda a nessun operatore giuridico. E' innegabile la sfiducia che genera un settore dell'ordinamento in continuo cambiamento (le procedure concorsuali in Spagna ed in Italia), dove le modifiche vengono a susseguirsi senza il trascorrere del tempo necessario per analizzare e valorare l'applicazione e la sua idoneità. Inoltre, questo processo si è realizzato in un periodo di crisi economica, tappa che è notoriamente incompatibile con la riforma concorsuale. Non può darsi soluzione ad un sistema finanziario, politico ed economico come la crisi attraverso la modificazione di regole concorsuali. Di maniera che l'unica cosa che si è raggiunta è stata lograre la LCon con riforme parziali, in luogo di prevedere un sistema transitorio per gli anni di recessione, mantenendo intatta l'opera legislativa del 2003, il cui successo o disfatta meritava di essere determinato per le sue proprie virtù o disfunzioni, e non dall'azione incontrollata del legislatore. Ovviamente la legge del 2003 non era pronta, nessuna Legge sull'insolvenza lo è –neanche l'ordinamento italiano–, per la congiuntura economica nella quale si è disinvolto negli ultimi anni, non essendo lo strumento idoneo per attenuarla. Le situazioni eccezionali richiedono misure eccezionali e la modifica della LCon non lo è, sicché le riforme che si introducono si mantengono in un sistema che, in condizioni ragionevoli, deve tornare a trovarsi in un ciclo economico più favorevole, mentre le sue regole sono state sfigurate. La *Ley Concursal* dovrebbe lottare contro l'insolvenza, non contro l'economia.

SETTIMA.- Istituti preconcorsuali e smantellamento del procedimento ordinario

Le riforme del diritto concorsuale in entrambi i paesi di riferimento in questa ricerca hanno supposto un cambio nella pendenza assiomatica della disciplina. Le leggi promulgate hanno avuto come oggetto principale la ricerca di soluzioni alternative al procedimento ordinario d'insolvenza, in fuga da una istituzione rifondata recentemente, e che avrebbe potuto essere promossa in altri termini. Questa circostanza si è cristallizzata nella creazione di istituti preconcorsuali, termine ingannevole, dato che si tratta di istituti non anteriori bensì contrari per definizione al processo concorsuale (stesso presupposto oggettivo). In essi –accordi di rifinanziamento, accordi extragiudiziali di pagamento– si da una nota caratteristica, quale la riduzione del formalismo e del rigore procedimentale che caratterizza il concorso. L'apparizione di tali strumenti in un sistema unitario, danneggiano la congruenza della norma e negano alcune delle basi che accompagnarono la creazione del concorso. Tra queste, risalta la “processualizzazione” del concorso come garanzia per tutti gli attori interessati, che raccoglieva un'idea inserita nella nostra tradizione concorsuale dal *Labyrinthus* di Salgado de Somoza. Si produce, con ogni riforma, lo smantellamento del nostro sistema concorsuale, che non ha saputo trovare un modello di convivenza tra il procedimento ordinario e gli istituti preconcorsuali, dove ognuno gode dei suoi propri spazi. Tuttavia, la creazione di diversi istituti differenti al fallimento non colpisce la congruenza del sistema concorsuali; al contrario, visto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti o la futura procedura di allerta (anche altre procedure più settoriali) vengono a dare continuità ad un modello concorsuale caratterizzato per molti di meccanismi di attuazione. Ciò nonostante, si conferma comunque la moderna tendenza del Diritto concorsuale di spezzarsi attraverso nuove procedure d'insolvenza diversi dall'ordinaria di fallimento.

III

ALCUNE DIFFERENZE TRA I SISTEMI SPAGNOLO ED ITALIANO

OTTAVA.- Lo studio dei principi che reggono i procedimenti concorsuali in Italia e Spagna

Si reputano similitudini molto accusate intorno ad alcuni principi concorsuali degli ordinamenti spagnolo e italiano. Convergono entrambi i sistemi in un buon numero di assiomi, ciò che rende riconoscibili le istituzioni concorsuali nell'uno e nell'altro paese.

Si tratta di principi sostantivi che identificano una finalità comune. C'è quindi da segnalare che nell'ambito concorsuale i nostri ordinamenti rispondono ad una stessa logica, almeno un'intenzione simile, anche se questa circostanza decada in un certo modo quando si constatino le differenze sui principi concorsuali che, se anche condividono caratteri sostantivi, comunque si riferiscono più al modo e agli strumenti per i quali il legislatore ha optato, per dare attenzione a detta finalità comune. Le idee sono simili, anche se il modo di svilupparle no. In particolare, abbiamo analizzato le differenze sulla legittimazione attiva, il ruolo della conservazione dell'attività economica del debitore e principalmente sul presupposto oggettivo e la frammentazione del Diritto italiano. Il risultato di tale comparazione fa vedere che in Italia si mantiene un sistema realmente più congruente e meno ambizioso, mentre quello spagnolo è carico di aspettative senza poi compirle.

NONA.- Frammentazione del sistema concorsuale italiano: modello non unitario

Giustificata la scelta dell'ordinamento italiano come l'elemento di riferimento nell'applicazione del metodo comparato per la sua prossimità culturale e giuridica (tradizione del Diritto romano, appartenenza alla UE, ecc.), di riscontrano non solo similarità ma anche importanti differenze con l'ordinamento spagnolo. Il sistema concorsuale italiano partecipa con una concezione propria di metà del secolo XX, dove il trattamento giuridico dell'insolvenza partiva dalla chiara differenziazione tra il debitore civile e quello commerciale, così come dalla distinzione dei distinti istituti concorsuali per combattere l'insolvenza, in un intento di adattare le norme applicabili ad ogni situazione. Si diversificano così gli strumenti, per cercare di dare risposta alle varie problematiche. La frammentazione risultante non deve essere per questo negativa per la concettualizzazione del Diritto concorsuale, di fatto, può implicare una maggiore facilità per dotare di coerenza il sistema concorsuale, il cui insuccesso è determinato in molte occasioni dall'intento di rispondere a multipli interessi senza gli strumenti adeguati. Nonostante la mancanza di aspettative nel trattamento dell'insolvenza più in la della soddisfazione dei creditori –questione applicabile al fallimento– può implicare l'isolamento del Diritto concorsuale. Ad ogni modo la segmentazione esistente nell'ordinamento italiano complica il suo studio. La comprensione delle categorie concorsuali in Italia necessitano uno sforzo importante, data la natura multipla delle sue istituzioni, ciò che non solo complica il suo studio, ma anche nasconde le sue disfunzioni e mina la capacità di dare risposte alle stesse. Al contrario, la regolamentazione

concorsuale spagnola, conta con l'apparente virtù di aver semplificato il sistema e con questo aver lasciato tanti suoi punti forti come le sue disfunzioni più visibili, ciò che permetterebbe un'azione più certa gli elementi che distorcono la sua applicazione.

DECIMA.- Il presupposto oggettivo della LCon e la sua mancanza di anticipazione con rispetto alla LF

Non è necessario guardare al Diritto comparato, anche se ciò facilita la questione, per comprendere che l'insolvenza come unico presupposto oggettivo del concorso conta con errori nella sua concettualizzazione. In Spagna non esistono procedimenti di natura preventiva, pertanto, tutto il procedimento concorsuale ordinario necessita accreditare la situazione d'insolvenza, la cui caratterizzazione suppone uno stato avanzato della crisi economica, ciò che a sua volta determina un'azione non tempestiva degli organi del concorso. Le possibilità di successo in casi di insufficienza patrimoniale dipendono in gran parte dalla tempestività con la quale vengono imposte le misure necessarie. Ci si deve rivolgere alla configurazione del presupposto obiettivo per permettere qualche tipo di azione o procedimento concorsuale previo al momento dell'insolvenza, o sarà impossibile l'istituzione di un sistema concorsuale più aldilà della liquidazione del patrimonio del debitore. Il nostro ordinamento prevede il rimedio quando la malattia è troppo avanzata. Invece, la frammentazione –anche– del presupposto oggettivo nel sistema fallimentare italiano ha generato un concetto concorsuale rilevante, lo “stato di crisi”, di cui l'ordinamento spagnolo non ha tradotto. Si tratta di un tipo di difficoltà patrimoniale/finanziaria più ampia come concetto dall'insolvenza e che ammette diversi tipi di dissesti differenti a questa (ad esempio, situazioni di iliquidità). Questa idea dota di maggior flessibilità al panorama concorsuale italiano e dà senso ai nuovi istituti che hanno come fine l'azione tempestiva in questioni di solvenza. Tuttavia, in Spagna si mantiene una tendenza che non si capisce di creare nuovi istituti senza dotargli delle condizioni di inizio necessarie per il loro successo, cioè, almeno un presupposto oggettivo adattato ai loro fini e congruente con l'intenzione di attivare procedure di azione tempestiva.

IV

SULL'UNIVERSALITÀ

UNDICESIMA.- Universalità dell'oggetto come garanzia qualificata dell'esecuzione concorsuale

L'esecuzione concorsuale, in termini generali, risponde a un procedimento che si rivolge alla totalità del patrimonio del debitore insolvente. Questo comporta uno dei caratteri propri della disciplina concorsuale quale è la trasformazione dell'esecuzione, che cessa di concentrarsi su beni individualmente considerati, per focalizzarsi congiuntamente in tutti gli elementi che formano il patrimonio del debitore. Questa idea si traduce con l'espressione procedimento d'esecuzione universale o giudizio universale, in cui l'oggetto dello stesso si espande al fine di fornire una garanzia qualificata ai creditori concorrenti, massima quando la situazione economica del debitore è insufficiente per far fronte a tutte le sue obbligazioni.

DODICESIMA.- Assioma circoscritto alla formazione della massa attiva in Spagna

L'analisi della LCon ha individuato un'idea che limita, profila o restringe l'ambito di vigenza del principio di universalità. Secondo noi, non c'è da parlare di universalità se non in sede di formazione della massa attiva. Dal punto di vista dell'attivo, ogni bene o diritto di titolarità del debitore, che abbia inoltre contenuto patrimoniale – ossia, che sia suscettibile di realizzazione – rimane, in principio e salvo le eccezioni legalmente riconosciute, consegnato alla massa patrimoniale che non si mantiene fissa dall'inizio del procedimento, ma sarà integrata da beni e sottoposta a variazioni – massa di fatto e massa di diritto-. Propugnare l'universalità dei beni del debitore come oggetto della responsabilità dello stesso e su ciò su cui si proietta il giudizio collettivo di concorso ci pare possibile, al di là delle eccezioni esistenti. Senza dubbio, qualificare come universale, dalla prospettiva del passivo, un procedimento che può evitare l'inclusione nella lista dei creditori dei titolari che non hanno comunicato i loro crediti o lo hanno fatto tardivamente; e che generalmente ha un'efficacia reale molto limitata al disattendere una gran parte delle pretese creditizie, sarebbe un esercizio estensivo e indebito di interpretazione giuridica. Nel principio di universalità, l'elemento centrale sul quale ricade il ragionamento sono i beni, mentre nella conformazione della massa passiva sono i titolari di crediti o, se si vuole, i crediti per sé stessi. L'universalità si riferisce all'oggetto della

garanzia patrimoniale, proiettandosi sulle cose; mentre sulle persone che si integrano nel procedimento esiste un altro principio che descrivi più adeguatamente a tale realtà il suo ruolo nel concorso.

TREDICESIMA.- Universalità bivalente nel sistema italiano: nuove proposte interpretative

Risulta quasi unanime la dottrina italiana in relazione all'identificazione della universalità nel fallimento con due ambiti distinti: la massa attiva e la massa passiva. Questo profilo lo differenzerei profondamente da quello spagnolo, nel quale abbiamo limitato la sua applicazione esclusivamente alla massa attiva. Senza dubbio, la conseguenza della nostra teoria sul trattamento giuridico dell'insolvenza, ci porta a constatare un'importante contraddizione nella costruzione teorica del sistema concorsuale italiano. Se il principio di universalità non è nient'altro che la realizzazione della responsabilità patrimoniale universale dell'art. 2740 del c.c. tutte le volte che non si enuncia un principio particolare nella LF, non si capisce come potrebbe detta norma comportare allo stesso tempo l'universalità dell'oggetto e dei creditori, ossia, della massa passiva (quando l'art. 2740 solo si riferisce ai beni presenti e futuri e non ai creditori). Ci sono elementi che non possono convivere pacificamente nell'interpretazione più abituale della questione. A nostro giudizio, l'unico modo in cui sarebbe possibile ammettere queste idee sarebbe concependo l'universalità a partire da una doppia lettura: come principio e come caratteristica. A partire da questa teoria possiamo intendere che l'universalità – assioma - ha luogo nel processo di fallimento come regola derivata dall'art. 2740 c.c. che si proietta nella formazione della massa attiva. Ciò accade nel mezzo di un giudizio che per essere collettivo ha una vocazione di universalità – caratteristica – intorno alla massa passiva. In questo caso la universalità come caratteristica del fallimento si riferirebbe alla massa passiva, senza che questo porti ad una causa di responsabilità del c.c. italiano, mentre nulla esprime l'art. 2740 di questa vertente passiva; essendo, al contrario, detto precetto l'origine dell'universalità come principio intorno alla massa attiva del fallimento.

QUATTORDICESIMA.- Autonomia del principio di universalità nel concorso rispetto all'art. 1911 CC

Esiste nel processo concorsuale un principio di universalità che regge la formazione della massa attiva. La sua formulazione –art. 76.1 LCon– determina che il debitore risponda con tutti i beni e diritti contenuti nel suo patrimonio che risulti dalla data del concorso, oltre a ciò che ne entrerà a far parte fino a che si finalizzi il procedimento. Tanto il concetto come le sue conseguenze sono simili alla responsabilità universale patrimoniale dell'art 1911 CC, senza dubbio non si tratta di una riformulazione o applicazione di questo nell'ambito concorsuale. Anche se potrebbe inquadrarsi in tale schema la responsabilità, assegniamo al principio d"universalità concorsuale autonomia rispetto all'art 1911 CC. Esistono motivi di vario ordine per concludere in questo senso: non si può sostenere che l'art. 76.1 LCon è una manifestazione dell'art. 1911 CC, sì che si rivela in una istituzione –il concorso– che è apertamente contraria all'ordine stabilito dal Diritto comune; tantomeno c'è stato nessun riferimento al riguardo da parte del legislatore, che potrebbe aver determinato l'applicazione della responsabilità universale patrimoniale al processo concorsuale, senza la necessità di riformare il concetto nell'art 76.1 LCon; per finire, esistono ragioni indipendenti che portano a concepire questo tipo di responsabilità nel concorso, come la necessità di compensare l'effetto d'esecuzioni separate e privilegi sulla massa attiva. In questo modo, si constata che anche se regge la responsabilità universale nel concorso, non si tratta di un'applicazione del principio generale che opera nel Codice Civile. Il suo contenuto è lo stesso, ma la via teorica seguita per raggiungere all'obiettivo è diversa, un ragionamento autonomo che converge nella sostanza che però non implica l'estensione di una norma del Diritto comune più in là dei suoi limiti.

QUINDICESIMA.- Dipendenza del principio di universalità rispetto all'art. 2740 del Codice Civile italiano

A differenza della nostra teoria sull'ordinamento spagnolo, in Italia, il principio di universalità (posto che l'assioma si riferisce solo alla massa attiva) viene dato dall'estensione della regola dell'art. 2740 del Codice Civile. Questa circostanza si desume dalla mancanza di un precetto concreto della LF che si occupi della questione. Di fatto, nella principale norma concorsuale italiana non si enuncia un principio di universalità, né gli si dedica all'idea un art. concreto (si deduce invece dall'art. 42, che consacra lo

spossestamento dei beni del debitore), aspetto che non è stato modificato dal legislatore dal 1942 pur trattandosi di un precetto che ha sofferto variazioni negli ultimi anni. Tutto questo non fa che riaffermare l'ammissione da parte del legislatore concorsuale di questa ascendenza assiomatica dell'art. 2740 c.c., che nel secondo paragrafo prevede una riserva di legge per le eccezioni riconosciute allo stesso, meccanismo che appare rinviare a sistemi particolari di rispetto delle obbligazioni come il concursal. Nonostante questo, alla luce del Diritto spagnolo si sono mostrati alcuni ambiti in cui questa teoria può iniziare a mostrare segni di esaurimento, ossia: specialità dell'esecuzione collettiva rispetto a quella individuale, differenti modi di attuare le norme nell'uno e nell'altro caso (come il sequestro del salario del debitore), la caratteristica di unicità propria del fallimento o la considerazione dottrinale per la quale si intensifica la tutela del credito in sede concorsuale, tra le altre.

SEDICESIMA.- Convivenza tra il principio di universalità e le supposte eccezioni ex diritti di esecuzione separata

Considerati i differenti tramiti che devono realizzarsi per arrivare ad ottenere la massa attiva nel concurso, si conclude che le operazioni di minorazione della stessa (*separatio ex iure dominii* e *separatio ex iure creditii*) non suppongono, contro la credenza generalizzata, eccezioni al principio d'universalità. Quest'idea è definita come la soggezione di tutti i beni o diritti di contenuto patrimoniale (ammettiamo l'eccezione minima che suppongono i beni impignorabili) presenti o futuri, alla soddisfazione dei suoi creditori. In questo senso, l'esistenza di diritti d'esecuzione separata non opprime in nessun modo l'affettazione dei beni in questione al pagamento dei creditori del fallito. È possibile che questo tipo di operazioni supponga problemi per altri principi del procedimento concorsuale, e quindi, se ci concentriamo nell'universalità come assioma che deve presiedere la formazione della massa attiva e non usciamo da quest'ambito, è chiaro che si sta rispettando l'intenzione del legislatore con l'art. 76.1 LCon.

DICIASSETTESIMA.- Differenze nella configurazione dell'azione di reintegrazione

E' chiaro che negli ordinamenti spagnolo e italiano esiste un'azione revocatoria fallimentare –speciale– che ha caratteristiche molto simili. In ambo i casi abbiamo segnalato che si tratta di un elemento del sistema concorsuale che si appoggia o comunque

si sostiene in parte al principio di universalità (i beni che si reintegrano nella massa attiva). Aldilà delle loro similitudini, troviamo alcune differenze nel regime particolare. Mentre la Legge Fallimentare italiana parla di “atti pregiudiziali per i creditori”, la LCon menziona gli “actos perjudiciales para la masa activa”, con una terminologia che senza dubbio implica una maggiore autonomia concettuale di tale massa patrimoniale. Dall’altro lato, operativamente si differenziano per la circostanza che in Spagna l’art. 71 LCon prevede un meccanismo basato sul concetto di pregiudizio (oggettivando le condotte revocabili); mentre in Italia il pregiudizio si intende come qualunque atto posto in essere dall’insolvente, essendo l’elemento centrale di questo istituto la conoscenza da parte del terzo dello stato d’insolvenza – molto meno obbiettiva-. Inoltre, le presunzioni di pregiudizio *iure et de iure* del Diritto concursal spagnolo si traducono in Italia (con un contenuto molto simile) con una revocatoria particolare, chiamata “di diritto”, che non sorge in sede giudiziale, ambito dove solo ha senso la “revocatoria giudiziale”, ovvero che implica attività probatoria. Infine, risulta interessante la comparazione sul periodo indicato al quale si riferiscono entrambe le azioni, che è identico in quanto agli atti gratuiti (presunzioni che non ammettono prova contraria); e più ridotto in Italia nel resto dei casi (sei o dodici mesi rispetto ai due anni della LCon).

DICIOTTESIMA.- Maggiore incidenza del principio di universalità nel concurso rispetto al fallimento

Anche potendosi dire che negli ordinamenti studiati il principio di universalità ha un impianto equivalente, ed essendo molto difficile la comparazione di sistemi che sono diversi dalla base, crediamo che il sistema spagnolo possa essere considerato più incline all’idea di universalità. Tale circostanza solo può essere data da una maggiore concorrenza di eccezioni all’impiego di tutti i beni del debitore per la soddisfazione dei suoi creditori nel seno del procedimento d’insolvenza. A questo proposito, abbiamo analizzato le principali eccezioni previste dai due ordinamenti e abbiamo incontrato alcuni concetti nel sistema italiano che non trovano il loro omologo nella LCon. Senza considerare la flessibilità con la quale il Giudice italiano affronta l’operazione di limitare il salario del debitore (posto che non sempre comporta un trattamento più favorevole di quello che fornisce il sistema spagnolo basato sul salario minimo interprofessionale), esistono due eccezioni all’assioma che sono sconosciute nel Diritto: in primo luogo, i beni soggetti a misure antimafia, non esistendo in Spagna un testo dalle caratteristiche simili, né tantomeno una previsione con tali effetti; in secondo luogo, il fondo

patrimoniale. Questo concetto è sicuramente l'eccezione che più differenzia i due sistemi, non essendo stato creato nel nostro ordinamento un istituto che permetta al matrimonio di segregare una parte del patrimonio, separandolo rispetto alla sua attività commerciale, professionale o di altro ordine, e il cui oggetto sia unicamente il sollevamento da carichi familiari. Si tratta, in pratica, di una sorta di limitazione patrimoniale in materia di famiglia che non trova vigenza in Spagna.

DICIANNOVESIMA.- La possibile convergenza del fallimento con la riforma proiettata nel Diritto concorsuale spagnolo.

In questa ricerca abbiamo differenziato l'incidenza del principio di universalità nei sistemi spagnolo e italiano. Nella LCon si stabilisce un principio autonomo che si riferisce alla massa attiva del concurso. Differentemente nella LF non si registra un principio indipendente in questo senso, ma si interpreta estensivamente il contenuto dell'art. 2740 c.c.. Ebbene, in questo contesto, in Spagna una Proposta di Real Decreto Legislativo contenente un Texto Refundido riordinerà tutta la disciplina concorsuale. All'approvazione di detto progetto, la nuova riforma conterrà due precetti sotto la rubrica "principio di universalità", uno dedicato alla massa attiva e l'altro alla massa passiva. L'ispirazione al sistema fallimentare italiano è chiara in questa proposta e scorgiamo già alcuni problemi di interpretazione che potrebbero sorgere. In concreto, ci preoccupa pensare a come verrà integrato il principio autonomo di universalità del Diritto concorsuale spagnolo (che non varia in quanto al suo contenuto) quando la Ley da un doppio significato all'assioma. Secondo noi, in Italia questa questione è stata ammissibile solo a partire dalla considerazione della universalità come principio e come caratteristica (e non come due assiomi). Per questo, non appare facile l'inserimento di un principio di universalità avente doppia valenza in Spagna. Rimarrebbero aperti molti interrogativi intorno all'idea di universalità, già che sembrano confondersi i distinti significati del termine; in definitiva, si starebbe importando maggiore incertezza nel nostro ordinamento, invece che soluzioni.

SULLA CONCURSUALITÀ

VENTESIMA.- Principio d'integrazione: contenuto e *vis attrativa*

La formazione della massa passiva si concreta in una serie di tramiti che seguono una massima concorsuale propria di questa parte del procedimento: il principio d'integrazione. Il suo contenuto viene dato dalla creazione in sede concorsuale di una comunità di perdite della quale per regola generale faranno parte tutti i creditori. Essendo questo il suo contenuto essenziale, si identificano altri elementi che, senza riferirsi esplicitamente alla comunità di perdite, rendono possibile l'esistenza di questa (contenuto necessario) o facilitano la sua effettività (contenuto accessorio). Risalta in questo senso l'intangibilità della massa attiva, ossia, la proibizione ai creditori di realizzare esecuzioni singolari sui beni del fallito. Si vincolano questi distinti livelli d'azione nel principio con il concetto –più processuale– della *vis attrativa*, se si considera in senso ampio. Così, intendiamo che ciò si manifesta nella sua vertente positiva con l'attrazione di tutti i creditori al processo concorsuale (comunità di perdite); ed anche nella sua vertente negativa, al vietare ai creditori l'inizio o la continuazione del procedimento esecutivo singolare contro il debitore (intangibilità della massa).

VENTUNESIMA.- L'integrazione nel fallimento: articoli 51 e 52 LF

Le regole che nel fallimento rispondono alla stessa logica del principio di integrazione della LCon si trovano negli artt. 51 e 52 LF. Il primo prevede il divieto di iniziare azioni esecutive individuali contro il fallito, mentre il secondo prevede un procedimento speciale per l'apertura del concorso dei creditori sul patrimonio, creditori che debbono essere individuati secondo i criteri stabiliti. E' abituale nella dottrina italiana qualificare la prima di queste regole come "concorso sostanziale" e la seconda come "concorso formale". Alcuni autori sottolineano incongruenze nell'ordine dei precetti, che dovrebbe essere invertito per registrare in primo luogo le regole generali (il canale per le azioni di cognizione) e in secondo luogo regolare la sorte dell'esecuzioni. Secondo noi, la possibile inversione dell'ordine trova una causa più profonda nell'art. 52 il quale contiene una regola non tanto processuale bensì sostanziale, assimilabile al principio di integrazione del Diritto spagnolo; mentre il divieto di inizio di azioni esecutive sopporrebbe un presupposto necessario per l'applicazione di detta regola.

VENTIDUESIMA.- Autonomia del principio d'integrazione

Il principio d'integrazione è autonomo e si differenzia radicalmente dagli altri assiomi concorsuali ai quali la dottrina lo ha voluto associare in vari momenti. Di fronte all'universalità, può dirsi che questa vertebra la formazione della massa attiva, mentre l'integrazione suppone la sottomissione dei creditori ad un consorzio nel quale si ripartono le perdite consustanziali ad una situazione d'insolvenza. Che entrambi abbiano vocazione d'universalità non li coverte però nella stessa cosa, di fatto, lo studio dell'eccezioni di uno e l'altro rivela che si tratta di realtà assiomatiche differenti. Di fronte alla *par condicio creditorum*, c'è da dire che il principio d'integrazione solo prevede la soggezione dei creditori del fallito alle regole del procedimento, ossia, alla comunità di perdite, mentre il principio di uguaglianza determina la proporzione nella quale la perdita sarà sopportata da ognuno dei creditori.

VENTITREESIMA.- Concorsualità: versione italiana del principio d'integrazione della massa passiva

Dopo aver determinato che l'universalità che deriva dall'art. 2740 del c.c. non è il principio che regge nella formazione della massa passiva – anche se il termine è stato utilizzato in numerose occasioni -, possiamo alludere ad una nomenclatura più opportuna. Potremmo chiamarlo principio di universalità passiva al principio d'integrazione, ma crediamo che questo possa solo aumentare la confusione. Di modo che per riferirci a questo principio andiamo a prendere un concetto molto impiegato dalla dottrina italiana, la *concuralidad*, che esprime con esattezza l'assioma al quale ci riferiamo. Non ci riferiamo ad una sua caratteristica dell'esecuzione collettiva, ma al principio che stabilisce in sede di fallimento una comunità di perdite formata dai creditori dell'insolvente, che devono rispettare l'ordine concorsuale come unica misura per soddisfare le loro pretese creditizie e che trova fondamento nell'art. 52 LF, nonostante esistano altre regole che facilitano la sua implementazione. Si tratta pertanto di una norma autonoma e differente rispetto all'universalità che deriva dal Codice Civile, ed anche indipendente rispetto all'uguaglianza dei creditori. La *par condicio creditorum* è stata confusa in numerose occasioni con la *concuralidad*, anche se, a nostro giudizio, si tratta di realtà distinte dato che quella ha un ruolo concreto nel processo concorsuale, quale è la ripartizione dell'attivo. In questo modo, la *concuralidad* determina chi è soggetto alla

comunità di perdite, mentre la *par condicio creditorum* esprime la distribuzione delle perdite, così come accade nel Diritto spagnolo.

VENTIQUATTRESIMA.- Creditori contro la massa e con privilegio speciale: eccezioni positiva e negativa al principio d'integrazione

La proposta interpretativa che si realizza sul contenuto del principio d'integrazione richiede di entrare in conflitto con la *Ley Concursal* in relazione agli elementi che lo rispettano, o che suppongono un'eccezioni a detta regola. Così, rileva la considerazione dei creditori contro la massa e credito con privilegio speciale. I titolari di crediti contro la massa sarebbero nel nostro schema perfettamente integrati perché formerebbero parte della comunità di perdite, a rispondere il debitore di fronte ad essi con la massa attiva, come dinnanzi al resto dei creditori concorsuali; si considera così il credito contro la massa come *superprivilegio*, almeno nella sua formulazione attuale, che ha perso la logica di “costo del concorso” che ha motivato la sua creazione. Per ciò che riguarda i creditori con privilegio generale (e ai titolari di diritto d'esecuzione separata), intendiamo anche *contra legem*, i quali escono dal circuito dell'integrazione concorsuale trattandosi di debiti che saranno soddisfatti con carico dei beni che li garantiscono, evitando pertanto il consorzio di perdite. Ed essi il concorso non colpirà nello stesso modo, posto che il momento d'incertezza circa il ricavato dei suoi crediti –o sopra la proporzione del ricavato–, che caratterizza il creditore integrato, si minimizza con l'esistenza della garanzia reale. Può sfumarsi questa circostanza nel caso di privilegi su beni necessari per la realizzazione di quelli, aldilà di ciò, non è l'elemento temporale bensì l'effettivo, colui che deve guidare il ragionamento sul punto.

VENTICINQUESIMA.- Deficit d'integrazione nella Legge Fallimentare di fronte all'elevato numero di eccezioni alla concorsualità

La conformazione della comunità di perdite di cui sono parte i creditori concorsuali nel fallimento rimane svigorita in funzione della quantità e dell'importanza dell'eccezioni che consacrano nella LF la concorsualità effettiva. Sebbene il credito prededucibile non comporta nessuna eccezione (allo stesso modo che il credito contro la massa in Spagna), né tantomeno il fondo patrimoniale familiare (che per contro è un'anomalia rispetto all'universalità della massa attiva), si possiamo enumerare vari aspetti che non rispettano l'integrazione dei creditori nel fallimento. All'interno di questo

gruppo troviamo crediti che si escludono, allo stesso modo che nel sistema spagnolo, come quelli garantiti mediante ipoteca o pegno. Senza dubbio, si reputano eccezioni proprie del sistema italiano come i privilegi speciali in relazione a determinati beni mobili sui quali esiste un diritto assimilabile alla ritenzione, diritto che è espressamente sospeso con la LCon. Inoltre, la disciplina del patrimonio separato imprenditoriale permette ad una società di segregare una parte del suo attivo che solo risponderà dei debiti relazionati con l'oggetto di detto istituto. E' un modo di dividere la responsabilità del debitore, ciò che suppone di fatto la mancanza di integrazione dei creditori del patrimonio separato nel fallimento del debitore, posto che solo potranno essere considerati creditori di questo e non della società, pertanto non integrati nel procedimento d'insolvenza. Tutto questo disegna una congiuntura in cui la concorsualità è sminuita come principio concorsuale nel fallimento più che in Spagna, in virtù di molte ed importanti eccezioni.

VENTISEIESIMA.- Proibizione della compensazione (LCon): prescrizione superflua

Nonostante sia uno strumento d'avanzo trattato nello studio del Diritto concorsuale, arriviamo ad una importante conclusione rispetto alla proibizione della compensazione nel concorso dell'art. 58 LCon. In primo luogo situiamo la compensazione nel seno di un procedimento concorsuale come un meccanismo che si attacca non già al principio d'uguaglianza dei creditori, lesione che abbiamo dimostrato non doversi dare obbligatoriamente in tutti i casi, ma al principio d'integrazione nel senso in cui si starebbe mancando all'esigenza d'intangibilità della massa attiva e per questo il non fallito scapperebbe dalla comunità di perdite. Però principalmente dobbiamo concludere che la prescrizione di detto precetto è superflua, sì che la compensazione, il cui regime giuridico è previsto negli artt. 1195 ss. CC, non supererebbe in una situazione concorsuale il requisito n. 5 dell'art. 1196. Il precetto vieta la possibilità di compensare debiti se su alcuni di essi vi sia contesa promossa da terzi. In un processo concorsuale, dove esiste un giudizio per la totalità dei beni del debitore, è evidente che non si necessitano i requisiti legali per la compensazione e pertanto l'art. 58 LCon potrebbe – meglio dovrebbe– eliminarsi senza maggiori conseguenze.

VENTISETTESIMA.- Compensazione e interessi nella LF: eccezioni improprie al concetto di concorsualità

Nell'analisi della LCon abbiamo sottolineato il divieto di compensazione (per quanto la intendiamo come superflua secondo le regole del c.c.) e la sospensione dell'esigibilità degli interessi come regole che appoggiano l'effettività della comunità di perdite. Seguendo la tendenza già marcata dalle eccezioni alla concorsualità nel fallimento, possiamo osservare che si tratta di sue caratteristiche che in Italia non hanno vigenza. Per un lato, la compensazione non è proibita, ma viene espressamente ammessa nella LF. Seppur nella pratica non sembrano esserci grandi divergenze in quanto ai casi in cui opera questo negozio giuridico, dobbiamo seguire la nostra tesi che nega ogni possibilità di compensare crediti nel contesto del concurso spagnolo, in quanto determinerebbe un modo per sfuggire all'integrazione in Italia, che a nostro avviso è inammissibile in Spagna (compensare i crediti). Ad ogni modo, non smette di essere indicativo che la LCon proibisca, salvo alcuni casi, la compensazione nel concurso, mentre la LF ammetta, salvo alcuni casi, la compensazione nel fallimento. In quanto alla sospensione dell'esigibilità degli interessi, pare che la LF abbia un regime molto simile a quello della LCon, ciò nonostante, è sufficiente dare un'occhiata alle eccezioni per determinare che non è così. In Italia, la chiamata cristallizzazione del passivo attraverso la sospensione dell'esigibilità degli interessi è una realtà solo in riferimento ai crediti chirografari o ordinari, tutte le volte che siano stati eliminati dall'ambito della norma i crediti prededucibili (come in Spagna) e i crediti con garanzia reale o privilegiati. A nostro giudizio, è chiaro che la concorsualità o principio d'integrazione è il contesto in cui il legislatore italiano ha inciso in maniera più invasiva attraverso diverse regole che lo hanno svuotato di senso.

VI

SULLA PAR CONDICIO CREDITORUM

VENTOTTESIMA.- Definizione della *par condicio creditorum*

Definiamo nel nostro studio il principio della *parcondicio creditorum* come: principio esclusivamente concorsuale che si rileva in norme o criteri d'interpretazione tendenti a garantire formule di divisione della massa guidata dall'idea d'uguaglianza tra i creditori concorrenti, come ulteriore mezzo accettabile di distribuzione di perdite tra la

massa passiva, rispondendo così agli interessi particolari, collettivi e generali presenti nel procedimento in una sorte di cooperazione obbligatoria che presidia la soluzione al concorso.

VENTINOVESIMA.- Contesto della *par condicio creditorum* nel ordinamento spagnolo

Si tratta di un principio che è proprio dell'ambito concorsuale questo che si manifesta nella concorrenza di creditori di fronte ad un patrimonio insufficiente per soddisfare tutti. La sua estrapolazione fuori dallo stesso non avrebbe senso, quindi la tutela dell'uguaglianza dei creditori nel sistema generale di responsabilità di aggressione singolare e legittima al patrimonio del debitore ha luogo *ex art. 14 CE*. L'uguaglianza nel procedimento concorsuale conta con delle connotazioni speciali, si sospendono facoltà tanto del debitore come dei creditori, per assicurare una divisione che non potrebbe aversi con la applicazione del Diritto comune. Nel concorso, la *par condicio* si relazione ad un ambito nel quale esplica i suoi effetti, la soluzione del concorso, sia essa liquidatoria o conservativa –con meno chiarezza– per essere il momento processuale nel quale ha luogo la ripartizione delle perdite.

TRENTESIMA.- Contesto de la *par condicio creditorum* nel modello italiano

La *par condicio creditorum*, essendo la regola concorsuale per eccellenza, deve intendersi nel sistema italiano come una somiglianza con rispetto alla situazione spagnola, tanto in grado di instaurazione ed effettività come nella sua prospettiva futura. Inizialmente, questa affermazione apparentemente semplice deve saltare un importante ostacolo, ossia se nel Diritto spagnolo la caratterizzazione della *par condicio creditorum* come principio concorsuale e semplice, data l'allusione della LCon all'uguaglianza dei creditori, in Italia non è la legge fallimentare che accoglie la regola, ma il Codice Civile nel suo art. 2741. Nonostante quello, nel Codice Civile italiano si contengono anche norme di marcato carattere commerciale, basta citare la regolamentazione del Diritto societario nel suo libro V (“del lavoro”). Inoltre, l'analisi dello stato della questione mostra posizionamenti dottrinali a noi che aderiamo, che raccolgono la considerazione del principio come proprio dell'ambito concorsuale. In particolare, la regola è caratterizzata come il suo mezzo di attuazione ed il suo limite.

TRENTUNESIMA.- Il privilegio concorsuale nella LCon: concetto e caratteri

Il privilegio concorsuale è un concetto proprio come lo è la *par condicio* di grande tradizione in questo ramo del Diritto. Entrambi hanno origine nel Diritto romano e sono arrivati ai nostri giorni in una rivelazione che fino ad ora è stata così indissolubile come distruttiva. Il privilegio si definisce come una qualità accessoria del credito che si traduce in una posizione di preferenza del suo titolare con rispetto al resto dei creditori nella concorrenza per il patrimonio del fallito, che risponde ad una necessità di proteggere determinati crediti in base alla sua causa o alle condizioni del suo titolare. In questo modo il privilegio è contrario alla *par condicio creditorum*, esprimendo un'eccezione a questo che sia quello che sia la sua origine (anche negoziale) e di carattere legale. L'elemento nel quale si basa può essere di vario ordine ma la natura del privilegio è strettamente legale, dovendo interpretare nel modo più stretto se l'intenzione è invadere il meno possibile il principio di uguaglianza di trattamento dei creditori. Nella classificazione dei crediti è casualmente nella categoria dove la *par condicio* non esiste né tra i creditori della stessa categoria dove abbiamo constatato la manifestazione genuina del privilegio: i crediti con privilegio generale. La loro configurazione implica un diritto di preferenza sul patrimonio del debitore fallito, rispettando in maniera fedele il senso del privilegio.

TRENTADUESIMA.- Schema dei diritti di prelazione nel sistema concorsuale italiano

Lo studio dei diritti di prelazione (ipoteca, pegno e privilegi) nel modello del fallimento italiano porta a riaffermare un concetto di privilegio che è praticamente identificabile con quello studiato nella LCon. La differenza più importante in questo caso è il relativo isolamento tra le somme ricavate dalla realizzazione del patrimonio mobile ed immobile. In linea di massima, ognuna di queste sub-masse risponde di fronte a dei concreti creditori. Rimane il valore degli immobili per soddisfare in primo luogo i creditori con privilegio sugli immobili (art. 2780 c.c.) e in secondo luogo coloro che hanno garantito i loro crediti mediante ipoteca. Quanto al valore del patrimonio mobiliare, verranno prima i crediti garantiti mediante pegno e dopo quelli con privilegi speciali (su beni concreti) e generali (soprattutto il patrimonio mobiliare) seguendo l'ordine di prelazione dell'art. 2778 c.c. che fonde i due ultimi concetti.

TRENTATREESIMA.- Proliferazione dei privilegi ed effetti sull'uguaglianza dei creditori: proposta d'eliminazione del principio per essere una mera elezione del legislatore.

Con la Ley 22/2003 si materializzo una riduzione dei privilegi molte celebrata che è pero insufficiente; insufficiente almeno per un sistema che propugna la *par condicio creditorum*. Oltre ad accogliere la norma privilegi che sovente comportare importanti quantità come sono apparse altre per via della riforma operata negli ultimi anni, essendo il risultato un sistema che conta con troppi privilegi, eccesso che è prodotto della mala implementazione di questa pretesa riduzione. L'uguaglianza dei creditori concorsuali e, con il sistema attuale, un'ideale che non può essere sostituito, si che le norme impediscono il suo conseguimento. Di fatto la sua vigenza si può intendere nel suo vertente più puro intorno ai crediti ordinari, unica categoria nella quale si rispetta di forma scrupolosa "la legge del dividendo". Il nostro concetto di *par condicio creditorum* non è così restrittivo, tollerando il suo adattamento a realtà che non si risolvono con esatta proporzionalità; ciò è sintomatico che si applica solo in una categoria di crediti relativamente marginali, residuale nella sua definizione. Di fronte ad un panorama del genere, si sono valutate varie possibilità interpretative, essendo la più plausibile l'eliminazione del riferimento all'uguaglianza dei creditori nella LCon. La *par condicio creditorum* è una scelta di politica legislativa non un criterio costituzionale di obbligatorio compimento per il legislatore. In questo modo essendo chiara la sua mancanza di effettività nel sistema concorsuale spagnolo, capiamo come un esercizio di coerenza si e posta come altro modello di giustizia concorsuale che esiste e di fatto nella LCon basato sulla preferenza e la gerarchia di crediti e non nell'eguaglianza.

TRENTAQUATTRESIMA.- La crisi della *par condicio* in Italia e le prospettive future sfavorevoli

L'individuazione di problemi simili a quelli che esistono nel Diritto spagnolo, tali come la proliferazione di privilegi e classi creditizie e il migliorabile adattamento dell'assioma alla soluzione concordata dell'insolvenza, sono gli argomenti che ci portano a concludere che siamo di fronte una somiglianza tra i due sistemi. E' palpabile una crisi di razionalità intorno all'idea di eguaglianza dei creditori nel fallimento. La nota moltiplicazione dei diritti di prelazione comporta disuguaglianza tra i creditori. Si è svuotato il contenuto della *par condicio creditorum* anche in Italia, di modo che la

dottrina ha reinterpretato la regola dell'art. 2741 c.c. per segnalare che questa opera solo all'interno della stessa categoria creditizia. Si tratta di una delle possibilità alla quale alludiamo nell'analisi della LCon. Ciò nonostante, risulta evidente che il sistema fallimentare italiano è rimasto permeabile a differenti meccanismi di protezione del credito, che nascono in un contesto non concorsuale ma che hanno finito per influire fortemente in questo. L'uguaglianza dei creditori ha perso la sua centralità nel fallimento. Il suo recupero non può realizzarsi da una nuova concezione del Diritto dell'insolvenza, di fatto, si tratta di uno dei principi più classici e in assoluto prodotto delle nuove tendenze. Precisamente, il Diritto concorsuale moderno, con la traduzione di meccanismi di tutela del credito al contesto concorsuale, è stato storico nemico della *par condicio creditorum*; la stessa regola che oggi si cerca senza coscienza di che il suo pieno uso sia un ritorno a prospettive passate, superate, e non obbligatoriamente migliori. Il futuro non migliora le prospettive per quanto la riforma che si proietta nel Diritto italiano, anche se prevede un riordino dei privilegi, non gode di una guida dettagliata dei criteri adottati dalla Legge di delegazione approvata nell'ottobre del 2017.

TRENTACINQUESIMA.- La complicata concettualizzazione del credito contro la massa (prededucibile) in sede d'uguaglianza.

Il senso iniziale del credito contro la massa sta nella caratterizzazione di un tipo di crediti extra concorsuale e molto eccezionali, che sono prodotti dai costi propri del procedimento. Nonostante, tutti i suoi caratteri fondamentali, sono stati trasgrediti dalla LCon. Ha smesso di essere un ricorso eccezionale, per accogliere un buon numero di questioni (e definiti con *numerus apertus*); accresciuto su nomina con l'inclusione di nuovi crediti che non sono un costo del procedimento ma erano preesistenti alla dichiarazione e che sono puramente concorsuali; la sua ubicazione nella norma è del tutto inappropriata, operando nella sezione dedicata alla composizione della massa passiva (che chiaramente non integra). In definitiva si è dimenticata la logica della extra concorsualità per approssimarsi a quella di un improprio privilegio molto qualificato. Nonostante, la sua previa deducibilità e supposta preferenza di fronte a qualunque credito neanche si sostiene. La LCon rispetta nella soddisfazione dei crediti contro la massa, i beni e diritti affetti ad un credito con privilegio speciale, di modo che situa a questi, seguendo il criterio dell'effettività e non il temporale –molto più logico nella questione dell'uguaglianza dei creditori–, nel primo gradino dell'ordine di prelazione. Aldilà di che la legge segnala la posizione preminente del creditore della massa, risulta che il privilegio

speciale goda di una protezione maggiore, ciò che si scontra con la nostra idea di che il privilegio speciale è realmente extraconcorsuale, ovvero, una categoria non integratasi che il suo titolare non partecipa alla comunità di perdite (come nella *separatio ex iure crediti*). Questa circostanza quasi occulta nella LCon, determina – di nuovo – un’importante incoerenza legislativa e confusione per l’operatore giuridico che può presentare dubbi ragionevoli sulle intenzioni della legge in relazione al concetto che ha deciso privilegiare e le ragioni di tale decisione.

VII

SUL FALLIMENTO DEL REGIME GIURIDICO DELL’INSOLVENZA

TRENTASEIESIMA.- Inadeguatezza delle norme concorsuali per la consecuzione delle sue principali finalità

Il Diritto concorsuale, sia in Spagna che in Italia, non ha raggiunto dare compimento ai suoi principali obiettivi. Si tratta di un settore dell’ordinamento che non accontenta il debitore né i suoi creditori. Tanto il soddisfacimento dei creditori come la conservazione dell’attività economica del debitore sono fini che se anche non sono state tralasciate, comunque non garantiscono nel grado sperato. Di fatto, ambo i concetti si relazionano più di quanto inizialmente potrebbe sembrare. Nell’economia basata nel settore terziario e con un tetto industriale ben più debole –come l’italiana o la spagnola– la continuità imprenditoriale si rivela come un elemento fondamentale per cercare la migliore soddisfazione dei creditori. La correlazione si concreta in ciò che la maggior parte delle imprese, in questo contesto, non contano su un importante valore produttivo che possa ottimizzare la sua manifattura o guadagnare in efficienza, ma il capitale preponderante sarà umano, essendo l’ottenimento di benefici una condizione *sine qua non* per la generazione di valori a partire dai beni dell’impresa. In questo modo, se la continuità imprenditoriale si interrompe, il risultato nell’economia terziaria o di servizi è più grave, posto che il soddisfacimento dei creditori sarà fortemente legata alla conservazione dell’impresa, intendendo che il valore della realizzazione dei beni di questa non raggiungerebbe per regola generale quote accettabile di soddisfazione creditizia. L’inadeguatezza delle norme concorsuali o la sua mancanza di stimoli nel senso di promuovere soluzioni conservative che permettano di far rispondere al debitore fallito con il beneficio della sua attività professionale, o imprenditoriale può determinare – specialmente nel caso spagnolo– la considerazione del sistema come repressivo, fino a

che non si stabilisce l'ambito adeguato per il recupero del debitore insolvente, che era inoltre lo spirito della LCon. Nel punto nel quale ci troviamo concludiamo che la cosa più ragionevole sarebbe una nuova revisione dell'istituzione concorsuale dalle sue basi, incorporando gli importanti apporti che l'analisi economica del Diritto può fare al Diritto concorsuale, promovendo l'idea di un "*concorso efficiente*", dove si può discriminare con nitidezza il debitore che merita uno sforzo da parte del legislatore; e che non deve passare per un procedimento che finirà con la liquidazione dei suoi beni, in luogo di utilizzare criteri generalizzati che non si adattano alla realtà di ogni debitore.

VIII

SULLA NATURA DELL'ISTITUZIONE

TRENTASETTESIMA.- Commercialità dell'istituzione concorsuale

Nell'origine e nello sviluppo dell'istituzione concorsuale, c'è un elemento chiave che ha supposto la sua causa e il suo motore durante la storia della disciplina: il commercio. Il Diritto concorsuale è più che altro un settore del Diritto commerciale già che è stata la realtà commerciale che ha dato impulso alla creazione dei suoi principali istituti e meccanismi e dà senso alla stessa. Lo studio del sistema frammentato, con procedimenti specifici per il debitore civile (come quello italiano) rende difficoltosa la comprensione di questa realtà già che a priori può indurre alla confusione che il concorso si esprime in differenti processi, alcuni commerciali altri civili. Nonostante, la nostra tradizione concorsuale e la nostra legge vigente chiariscono che è un procedimento preparato e organizzato per dare risposta all'insolvenza commerciale e che si è adattato nel miglior modo possibile al debitore non commerciante. Chiarito l'aspetto commerciale dell'istituzione concorsuale, non per questo neghiamo che il Diritto concorsuale, ingrandisca la nomina di ambiti dell'ordinamento, che attraverso le leggi speciali servono ad unificare il Diritto privato, superando le differenze tra Diritto civile e Diritto commerciale. Nonostante quello, in questo caso detta unificazione si dà per la via della commercializzazione di tutta la realtà concorsuale che abbia o meno origine nel commercio (anche se la logica accomodazione delle regole determina differenze tra di loro), si è dove ha trovato la sua origine, il suo sviluppo e il suo senso. Si impone nell'ordinamento una concezione commerciale del concorso che si è estesa a tutti gli ambiti dell'economia.

IX

CONCLUSIONE FINALE

TRENTOTTESIMA.- La sovrapposizione di tre filtri debilitanti del patrimonio come garanzia per i debiti in sede concorsuale

L'analisi comparata delle norme concorsuali in Spagna e Italia ci ha lasciato numerose considerazioni individuali su ognuno dei principi studiati. Ci è stato possibile determinare se si tratta di regimi equivalenti, se esistono più o meno eccezioni e in definitiva come rispondono alle distinte tensioni affrontate da ciascuno di questi principi. Tuttavia, la nostra ricerca non ha avuto come oggetto unicamente lo studio isolato di questi, ma abbiamo tentato anche di estrarre il senso della relazione tra i differenti argomenti.

A questo proposito, crediamo che l'universalità, l'integrazione o concorsualidad e la *par condicio* sono tre regole che nella loro versione più pura aiutano a strumentalizzare il patrimonio del debitore come garanzia dei suoi crediti in sede concorsuale. L'impiego di tutti i beni del debitore, la comunità di perdite come canale per il sacrificio comune dei creditori e la distribuzione di queste perdite in forma equa, sono tre elementi chiave di un sistema di compimento delle obbligazioni dove il patrimonio del debitore è la garanzia con rispetto ai suoi debiti. Tuttavia, le eccezioni e le difficoltà nell'applicazione integrale di questi principi fanno sì che il sistema concorsuale imponga tre filtri successivi, la cui incidenza riduce il valore di questa garanzia in termini generali. In primo luogo, e sebbene il principio di universalità è il più rispettato dei tre, la mancanza di inclusione nella massa attiva di alcuni beni e diritti, consiste in un primo filtro. In secondo luogo, si dà vita a un vaglio più importante in relazione all'idea di integrazione o concorsualità, dato che esistono patrimoni segregati e in definitiva diritti di esecuzione separata che tirano fuori dalla sfera concorsuale una parte dei creditori. Finalmente, il terzo filtro consiste tra quei beni e creditori che hanno superato i due anteriori con la categorizzazione dei crediti esistenti (privilegio come eccezione alla *par condicio creditorum*); di modo che nemmeno chi è arrivato fino alla fine del circuito è uguale, in un sistema fortemente gerarchizzato e che molto poco si avvicina al concetto di uguaglianza. Queste tre pretese incompiute del Diritto dell'insolvenza gettano un'immagine sbagliata, e soprattutto una mancanza di identificazione del patrimonio del debitore con le possibilità di compiere le sue obbligazioni. Se nell'ambito privato in

generale l'esistenza di un patrimonio dietro al debitore è uno stimolo nella contrattazione per via della sicurezza garantita da tale circostanza, una sopravvenuta situazione d'insolvenza può distruggere tutta la fiducia dei creditori, visto che non esistono neppure criteri di riparto equi.

Il nuovo Diritto concursal è stato permeabile a meccanismi di protezione del credito previ all'insolvenza e ad eccezioni di ogni genere, eliminando il valore dell'insieme di beni come garanzia alla realizzazione delle obbligazioni. L'applicazione dei filtri summenzionati confonde il creditore nella sua aspettativa di recupero, salvo colui molto qualificato, che accede a differenti meccanismi di garanzia addizionali in previsione d'insolvenza, contesto – l'insolvenza – in cui la garanzia generale del patrimonio riduce il suo valore al minimo. In questa situazione, si può dire che il sistema concursal spagnolo protegge leggermente meglio i principi studiati rispetto a quanto accade nell'ordinamento italiano nel quale abbiamo rilevato maggiori alterazioni, principalmente intorno l'idea di universalità e concorsualità. Senza dubbio, i filtri ai quali abbiamo fatto riferimento rendono impossibile il successo del procedimento concorsuale in entrambi i paesi, essendo la ratio di soddisfare i creditori insufficiente in questo tipo di procedimento. Pertanto, l'unica soluzione possibile con l'attuale normativa passa per l'istituzione di un meccanismo di azione precoce, ossia, istituti preventivi che trattino l'insolvenza prima che essa si produca. Per questo, il sistema della LCon spagnola è nefasto in quanto ha eliminato le fasi preventive d'insolvenza (commerciali e civili), dato che i nuovi strumenti apparsi con le differenti riforme non poggiano su un presupposto oggettivo adeguato. Differentemente, il legislatore italiano, cosciente di questa situazione, cerca di incentivare procedimenti alternativi al fallimento. Ad ogni modo, pensiamo che la migliore opzione passi per la riforma normativa per stabilire risolutivamente il modello di giustizia concorsuale e migliorare la coerenza delle leggi su questo tema. In questo senso, sarebbe necessario chiarire quali sono i principi ai quali risponde la normativa o rimuovere gli ostacoli che in questo momento impediscono l'identificazione delle idee di universalità, integrazione o concorsualità e *par condicio creditorum* nelle disposizioni vigenti.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, -coordinado y editado por Ediciones Francis Lefebvre, 2010.
- ABATE, L., “Gli effetti del fallimento per i creditori: il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d’impresa dopo le riforme* (a cura di CELENTANO, P. e FORGILLO, E.), Torino, UTET Giuridica, 2008.
- ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7653, 16 de julio de 2011.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2002.
- ALCOVER GARAU, G., “La ley 22/2003, de 8 de julio, concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Universidad de Sevilla, 1970.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis attractiva» del proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2007.
- ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Madrid, Civitas, 1996.

- “El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao”, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- APICE, U. e MANCINELLI, S., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008.
- APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la quiebra*, México D. F., Stylo, 1945.
- ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa del concurso”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, Tecnos, 2014.
- “Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- BALESTRA, L., “Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità”, *Il corriere giuridico*, nº 4/2016.
- BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.
- “Las deudas de la masa”, *Preferencia de créditos* (Manuales de formación continuada, nº 2), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- “Integración de la masa pasiva (art. 49)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004.
- “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2004.
- “La prioridad de los créditos contra la masa”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007.
 - “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010.
 - “La reforma de la Ley Concursal”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- BENITO, L., *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1903.
- BERCOVITZ, A., “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BISBAL MÉNDEZ, J., Los fines del sistema concursal. Una aproximación económica al Derecho de quiebras”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen 83, nº 3, 1984.
- *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.
- BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, Milano, Francesco Vallardi, 1938.
- BONSIGNORI, A., “La natura giuridica dei procedimenti concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 56, 1981.

- BOZZA, G., “I principi della formazione dello stato passivo”, *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2012.
- BRUSCHETTA, E., “La ripartizione dell’attivo”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- CABALLERO GARCÍA, F., *Los créditos contra la masa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- CAGNASSO, O., “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»* (a cura di AMBROSINI, S.), Bologna, Zanichelli, 2008.
- CAIAFA, A., *Lezioni di Diritto Concorsuale*, Padova, CEDAM, 2003.
- CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado Romano*, Granada, AVICAM, 2014.
- CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali* (a cura di CAMPOBASSO, M.), Tomo III, Torino, UTET Giuridica, 2014.
- CAMPUZANO, A. B., “El Derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho concursal*, Madrid, Tecnos, 2012.
- CANDIAN, A., *Il processo di fallimento: programma di un corso*, Padova, CEDAM, 1934.
- CARANO, C., *L’apertura del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2001.

- CARRERAS LLANSANA, J., “Jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.
- CASTRESANA, J., “La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos”, *Diario La Ley*, nº 8296, 23 de abril de 2014.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *El concurso de la herencia*, Madrid, Reus, 2007.
- *La insolvencia voluntaria del deudor*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- CELENTANO, W., “Effetti del fallimento per i creditori”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2009.
- CENSONI, P. F., “I caratteri del fallimento”, *Manuale di Diritto Fallimentare* (BONFATTI, S. e CENSONI, P. F.), Padova, CEDAM, 2011.
- CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”, *Diritto Fallimentare* (coordinato da MAFFEI ALBERTI, A.), Bologna, Monduzzi, 2002.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos contra la masa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CICCARELLO, S., *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, Giuffrè, 1983.
- CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen núm. 65/2002, de 21 de marzo de 2002”, *Doctrina Legal –Sección Segunda–*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2003*, aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo Económico y Social, celebrada el 31 de mayo de 2004.

- CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales problemáticas del concurso de acreedores”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº3, 2010.
- *Proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- CORDONES RAMÍREZ, M., “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes (especial referencia a las Ordenanzas Consulares de Málaga: un precedente olvidado en la Historia del Derecho concursal español”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los Juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004.
- “La naturaleza jurídica de la declaración de concurso”, *Derecho procesal concursal* (dirigido por OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R.), Madrid, Marcial Pons, 2008.
- CUNEO, V. L., *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2002.
- D’AIELLO, C. P., *Il Regolamento CE 1346/2000 sulle insolvenze transfrontaliere: universalità limitata e centro degli interessi principali del debitore* (Tesis Doctoral dirigida por BLANDINI, A.), Università degli studi di Napoli Federico II, 2012.
- D’ATTORRE, G., “Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo”, *Rivista delle società*, fasc. 1º, 2015.
- D’AQUINO, F., “La ripartizione dell’attivo”, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»* (a cura di AMBROSINI, S.), Bologna, Zanichelli, 2008.
- D’AVACK, C., *La natura giuridica del fallimento*, Padova, CEDAM, 1940.

- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DE CICCIO, O., *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1797.
- DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1964.
- DE SENSI, V., “Gli effetti del fallimento per i creditori. Profili particolari”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011.
- DÍAZ DE LEZCANO, N., “La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- DÍAZ MORENO, A., “Finalización de la fase común, comunicaciones posteriores de créditos y modificación del texto definitivo de la lista de acreedores en el proyecto de reforma de la Ley Concursal: primeros apuntes”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- DI CORRADO, C., “Art. 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2007.
- “Art. 52. Concorso dei creditori”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2007.
- DIDONE, A., “Ragionevole durata del (giusto) processo concorsuale”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, Madrid, Tecnos, 2012.

- DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, Reus, 2006.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012.
- DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione di fallimento. L’iniziativa del pubblico ministero”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2016.
- D’ORS, A., *Derecho privado romano*, Navarra, EUNSA, 2008.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto básico de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ESPIGARES HUETE, J. C., *La acción rescisoria concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- FABIANI, M., “La formazione dello stato passivo: I principi e la domanda”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (diretto da JORIO, A. y FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010.
- *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011.
- “Causa del concordato preventivo e oggetto dell’omologazione”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 3, 2014.
- “Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo”, *Le società*, nº 5/2015.
- FALCO IRIONDO, E., “El pago anticipado de los créditos laborales en la Ley 18.387”, *Revista de Derecho comercial*, nº 3, 2010.
- “La finalidad principal del concurso no es la recuperación y conservación de la empresa en crisis”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.
- FAUCEGLIA, G., “L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 91, nº 3-4, 2004.

- “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Diritto dell’impresa in crisi* (FAUCEGLIA, G. e ROCCO DI TORREPADULA, N.), Bologna, Zanichelli, 2010.
 - “Gli effetti del fallimento per i creditori: profili generali”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Barcelona, Bosch, 2013.
- “La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERRARA jr, F. e BORGIOI, A., *Il Fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995.
- FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- FIALE, A., *Diritto Fallimentare*, Napoli, Simone, 2008.
- FIMMANÒ, F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2008.
- “L’insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento”, *Il caso.it - Sezione II*, documento n. 205/2010.
- FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen de *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FORGILLO, E., “Articolo 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *La Legge Fallimentare dopo la riforma* (a cura di NIGRO, A., SANDULLI, M. y SANTORO, V.), Tomo I, Torino, Giappichelli, 2010.
- FOSCHINI, M., *La compensazione nel fallimento*, Napoli, Morano Editore, 1965.

- FRADEJAS RUEDA, O. M., “Un anacronismo en la modernización de nuestro Derecho concursal: la presunción muciana del artículo 78.1 de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, CEDAM, 1999.
- “Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 79, nº1 (enero-febrero), 2004.
- “Articolo 182 bis”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (directo da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013.
- GALGANO, F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 2013.
- GALLETTI, D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- “Art. 160”, *Commentario alla legge fallimentare* (directo da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013.
- “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»”, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014.
- GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M. I., *Apunte bio-bibliográfico de don Francisco Salgado de Somoza (La Coruña, 1595?-Alcalá la Real, 1656), autor del "Labyrinthus creditorum", su testamento y codicillo*, Universidad de Córdoba, 2002.

GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par condicio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 5, 2014.

— “El concurso de la sociedad”, *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coordinado por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Granada, AVICAM, 2015.

— “Los orígenes del tratamiento jurídico de la insolvencia”, *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea* (editor LUCHETTI, G.), Bologna, Bononia University Press, 2016.

— “Presupuesto subjetivo del concurso en el Derecho español: el caso de la sociedad irregular”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

— “Sobre el principio de unidad en Derecho concursal español”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 14, 2017.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1979.

GARCÍA MARTÍNEZ, R., “Principios de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1984.

GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000.

— “La graduación de créditos”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (1ª ed.), Madrid, Aguirre, 1940; (2ª ed.), Madrid, Silverio Aguirre, 1956; (3ª ed.), Madrid, Silverio Aguirre, 1960; (5ª ed.), Madrid, Aguirre, 1969.

GENTILONI SILVERI, F., “Patrimoni costituiti con prevalente apporto dei terzi”, *Giurisprudenza Commerciale*, Volumen 43, nº 3 (maggio-giugno), 2016.

- GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- GOMÁ LANZÓN, I., “El fondo patrimonial familiar y otras cosas italianas”, *Blog Hay Derecho*, 13 de diciembre de 2011.
- GÓMEZ LÓPEZ, E., “Artículo 49”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GUERRIERI, G., “La responsabilità dell’amministratore nell’impresa in crisi”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXIX, nº 3, 2016.
- GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2004.
- “Gli effetti del fallimento per il fallito”, *Trattato di Diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* (directo da VASSALLI, F., LUISO, F. P. y GABRIELLI, E.), Volumen III (*Gli effetti del fallimento*), Torino, Giappichelli, 2014.
- *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2014.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- GURREA MARTÍNEZ, A., “Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- “El Derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido”, *e-dictum*, nº 55, julio de 2016.
- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- HIERRO ANIBARRO, S., “Estudio de una jurisdicción conflictiva. Los tribunales concursales de Estados Unidos de América”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “Los problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 4, 2006.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- IGLESIAS, J. A., “Las tendencias del Derecho concursal comparado y las reformas a nuestra legislación”, *El Derecho*, 13, 14 y 17 de noviembre de 2003.
- LAMANNA, F., “Gli effetti del fallimento per i creditori”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (directo da JORIO, A. y FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010.
- “Articolo 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *Commentario alla legge fallimentare* (directo da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010.

- “Articolo 52. Concorso dei creditori”, *Commentario alla legge fallimentare* (directo da CAVALLINI, C.), Milano, Egea, 2010.
- LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1950.
- LAZO GONZÁLEZ, P., “El contexto dogmático de la *par condijo creditorum* en el Derecho romano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 17, nº2, 2010.
- “Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXV, nº 1, 2012.
- LEÓN SANZ, F. J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La transmisión de la empresa en fase de liquidación del concurso de acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- LUNA SERRANO, A., “Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento”, *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº 1, 2007.
- *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MADURELL I MARIMON, J. M., “Quiebras en la vida mercantil catalana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969.

- MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni sulla crisi dell’impresa e sulla continuazione dell’attività”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 2, 2014.
- MAIRATA LAVIÑA, J., “Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal (y II)”, *Diario La Ley*, nº 5743, 20 de marzo de 2003.
- MANDRIOLI, L., “Art. 160”, *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO, M.), Padova, CEDAM, 2011.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Interés de los socios e interés del concurso durante la tramitación del proceso concursal”, *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea. III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios* (AAVV), Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- MARRAFFA, R., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MAROBPIO, M., “Effetti patrimoniali del fallimento per il debitore”, *Le procedure concorsuali* (a cura di CAIAFA, A.), Padova, CEDAM, 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E., “Artículo 76”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.
- MAZZOCCA, D., *Manuale di Diritto fallimentare*, Napoli, Jovene editore, 1996.
- MEANA PASCUAL, D., “La comunicación tardía de créditos en el concurso de acreedores”, *Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil*, noviembre de 2011.

- MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MEZZASOMA, L., “La protección del contratante débil en la legislación italiana”, *Revista Jurídica de daños*, nº 2, 2012.
- “Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013.
- “Consumatore e Costituzione”, *Rassegna Diritto civile*, nº 1/2015.
- “Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole”, *Le Corti Umbre*, nº 3/2014.
- MEZZASOMA, L., RICCIUTO, V., RIZZO, V., y LLAMAS POMBO, E. (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- MINUTOLI, G., “La distribuzione dell’attivo e il rendiconto”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2016.
- MIRANDA SERRANO, L. M., “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores reativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, *Diario La Ley*, nº 8276, 21 de marzo de 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- MONTANARO, M., “Il procedimento per la dichiarazione di fallimento”, *Le riforme della legge fallimentare* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, Iustel, 2004.

— *La junta de acreedores del concurso*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MOTOS GUIRAO, M. y BLANCO CAMPAÑA, J., “Proceso histórico de formación del Código de Comercio”, *Centenario del Código de Comercio*, Volumen II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

— “Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria”, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Volumen 114, nº 4, 2016.

NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009.

OLIVENCIA, M., “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, Madrid, La Ley (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2004.

— *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006.

— “El presupuesto objetivo del concurso”, *La Ley Concursal y su aplicación* (dirigido por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., RODRÍGUEZ, J. A., y SEBASTIÁN, R.), colección Papeles de la Fundación, nº33, Fundación de Estudios Financieros, 2009.

— “La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010.

— “Las reformas de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012.

- “Los motivos de la reforma concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012.
 - “Ley Concursal y Código Mercantil (exclusión, coincidencias, remisiones y sustracciones)”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre la unificación del Derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004.
- “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- PACCHI, S., “I debiti di massa nel fallimento”, *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento* (a cura di DIDONE, A. y FILIPPI, P.), Milano, Giuffrè, 2002.
- “Il concordato fallimentare”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009.
- PAJARDI, P. *et al*, *Il fallimento nel mondo*, Padova, CEDAM, 1988.
- *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1991.
 - *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002.
- PANZANI, L., “Le imprese soggette al fallimento”, *La riforma organica delle procedure concorsuali* (a cura di BONFATTI, S. e PANZANI, L.), Milano, IPSOA, 2008.

- “La vendita dell’azienda nel fallimento”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (directo da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009.
- PASTORE, F., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- PASQUARIELLO, F., “Il concordato preventivo con continuità”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVI, nº 5, 2013.
- PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Estudios de Derecho concursal* (dirigido por PEINADO GRACIA, J. I., y VALENZUELA GARACH, F. J.), Madrid, Marcial Pons, 2006.
- “La protección de los acreedores en el concurso. ¿Quién es el acreedor?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, 2010.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*, Madrid, Mira editores, 2000.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Efectos de la declaración de concurso”, *La reforma de la legislación concursal española. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio* (coordinado por DE MARTÍN MUÑOZ, A. J.), Madrid, Dykinson, 2004.
- PÉREZ GORDO, A., “Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Volumen 80, nº 4, 1980.
- PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 4, 1980.

- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J., “Desafíos de la cohesión social en tiempos de crisis en la Comunidad Europea”, *Revista Electrónica Direito e Sociedade*, Volumen 4, nº 1, 2016.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre las reformas legislativas en la llevanza de la contabilidad de los empresarios”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- “El mediador concursal”, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirigido por OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Madrid, Tecnos, 2015.
- “Derecho de libertad de empresa. Art. 17 DUDH y concordantes”, *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (dirigido por MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada, Comares, 2015.
- PÉREZ-SERRABONA, J. L. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, J. A., “El empresario mercantil”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A.), Madrid, Tecnos, 2016.
- PICCININNI, C., “La *par condicio* nelle prospettive di riforma”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 64, 1989.
- PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 2, 2005.
- PORRAS ARBOLEDAS, P. A., “Procesos ejecutivos en la España castellana durante la Edad Moderna”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 20, 2013.

- PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía Práctica Concursal* (dirigido por PRENDES CARRIL, P.), Pamplona, Aranzadi, 2008.
- PROVINCIALI, R., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1970.
- *Trattato di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974.
- PROVINCIALI, R. e RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.
- *Preconcurso y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, La Ley, 2016.
- RACUGNO, G., “Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale”, *Trattato di Diritto Fallimentare* (directo da BUONOCORE, V., y BASSI, A.), Volume I, Padova, CEDAM, 2010.
- RAGONESI, V., *Manuale di Diritto e pratica fallimentare*, Milano, Pirola, 1986.
- RAGUSA MAGGIORE, G., *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1968.
- RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español: La Quiebra*, Barcelona, Bosch, 1959.
- RICCI, E. F., *Lezioni sul fallimento*, Volumen I, Milano, Giuffrè, 1992.
- RIZZO, V., CATERINI, E., DE NELLA, L. y MEZZASOMA, L. (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- ROCA GUILLAMÓN, J. “Las expectativas en el concurso de acreedores”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010.

- ROCCO, A., *Il Fallimento: teoria generale ed origine storica*, Torino, Fratelli Bocca, 1917.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación de las masas activa y pasiva del concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010.
- ROJO, A., “Crisis de la empresa y procedimientos concursales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIV, 1982.
- “La reforma del Derecho concursal español”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.
- “Presupuesto subjetivo (art. 1)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004.
- ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- “Las masas activa y pasiva del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- ROPPO, V., *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016.
- ROSSI, A., “Le proposte *indecenti* nel concordato preventivo”, *Giurisprudenza Commerciale*, Volumen 42, nº 2 (marzo-aprile), 2015.
- ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, Antonio Milani, 1956.
- RUIZ DE LARA, M., “Artículo 59 bis”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.
- SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Tomo I, L. Anisson, 1665.

- SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 22, 2015.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La extraconcursalidad del concurso de acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996.
- SCALINI, P., *La compensazione nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1998.
- SCIUTO, M., “Gli effetti del fallimento”, *Diritto commerciale* (a cura di CIAN, M.), Volume I, Torino, Giappichelli, 2014.
- SPARANO, V. e SPARANO, B., *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2002.
- STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità aziendale”, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, nº 10, 2013.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica de la zona euro en 2003”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2800, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004.
- TATO PLAZA, A., “Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal”, *Revista Xurídica Galega*, Nº 40, 2003.
- “Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006.
- TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004.
- TESCARO, M. (con ZACCARIA, A.), “Articolo 42”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (directo da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013.
- “Articolo 46”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (directo da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013.
- TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, *La reforma de la legislación concursal* (coordinado por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.
- “Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de Derecho civil*, Volumen 63, nº 3, 2009.
- TOMÁS TOMÁS, S., “El órgano de administración concursal en algunos sistemas jurídicos de referencia”, *Revista de Investigación (Arequipa)*, Volumen 6, 2015.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- URÍA, R., “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 4 (julio-agosto), 1946.
- VALENZUELA GARACH, F., “La Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 como guía legislativa para el tratamiento de las crisis de las entidades financieras”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- VALENZUELA GARACH, F. J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, 2007.

- “Reconocimiento y clasificación de un crédito concursal derivado de un contrato de compraventa C.I.F.”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, Volumen 2, nº 7/2013.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, nº 6, 2004.
- “Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores”, *Estabilidad Financiera*, nº 16, 2009.
- VASALLI, F., *Diritto Fallimentare: Presuposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 1994.
- VATTERMOLI, D., “La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del Diritto «oggettivamente» concorsuale”, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 88, nº 6 (noviembre-diciembre), 2013.
- VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación de la masa activa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006
- “La masa pasiva del concurso de acreedores”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (dirigido por SEBASTIÁN QUETGLAS, R., y VEIGA COPO, A. B.), Pamplona, Aranzadi, 2014.
- “Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- VELEIRO REBOREDO, B., “La profesionalización del procedimiento concursal”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2816, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1990.

- *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- VIGUERA RUBIO, J. M., “El Derecho Concursal: concepto y evolución histórica”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010.
- VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 9, 2008.
- “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2015* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2014.
- “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2016* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2015.
- VITALE, A., *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento*, Torino, Giappichelli, 2011.
- YANES YANES, P., “Hipertrofiando el privilegio del crédito público en el concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 8, 2008.
- YZQUIERDO, M., “Las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ZANICHELLI, V., “Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori”, *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014.

AGRADECIMIENTOS

Bolonia, junio de 2017.

Ha sido un día caluroso y de mucho estudio. Vuelvo de la calle, paso el *cancello* y soy consciente de que es una de las últimas veces que veré la espadaña de la Iglesia de San Clemente, al menos como colegial del Real Colegio de España. He subido a la celda 214 haciendo una de esas rondas en las que busco a alguien para perder tiempo cuando acabo un epígrafe. No ha habido mucho éxito porque todos estamos “cerrando” cosas; el colegio va cambiando por minutos, preparándose para vaciarse, para no ser *collegium*, que no es el palacio sino el grupo de personas que lo forma. Cenamos hablando de mil cosas, como siempre. Pasamos después –no todos, hay quien se ausenta para hablar con sus seres queridos e, incluso, quien ha tenido que viajar a España pero amenaza con volver– a un *salottino* diferente al diurno. Se discute por la música y descubro sin pereza alguna referencias compartidas con un maño de Philadelphia, revestido de genialidad al que me he querido acercar siempre por el egoísmo de aprender y por su saber estar. La música en cualquier caso suele controlarla un amigo que busca la canción con mejor batería, que se agobia y me echa de su habitación porque no le da tiempo a terminar lo que quería antes de cenar, con quien hablo de mujeres, con quien me han faltado días o sobrado tesis, destino que solo se ha pospuesto. Hablamos y desde un sofá observo un poco a todos, a los que juegan al mus (noble tradición de los españoles), todos nuevos en este momento: un murciano incansable en sus empeños y seguidor de todo lo que se propone –power point mediante–, un madrileño al que no se le puede discutir porque sabe de todo y mucho (tengo una foto acompañándolo el día de la *Madonna*, de la que sé que podré presumir algún día, cuando sea un jurista de reconocido prestigio), un granadino que se enfunda su mejor cara todos los días como quien se enfunda unos calcetines (bendito sea por ser la gasolina de la colegiatura, por traer la alegría a esta casa y por reírse de la vida con carcajadas tan grandes) y un hombre sin patria definida, que no la tiene porque es tan grande que no cabe en una sola. Éste me mira y me dice que controlo todo, me intenta captar, yo me río y pienso que hemos hablado –y cantado– poco y que quiero recuperar todas nuestras conversaciones, sobre todo las más banales, en un futuro próximo.

Salgo momentáneamente porque mi teléfono, en el que escribo estas líneas, se está quedando sin batería pero antes de llegar a mi puerta escucho algo al final del pasillo, casi en el despacho del Rector. Entro en la habitación del Decano, que merecía un segundo año mejor, pero que lo ha superado con una entereza admirable (seguramente porque ha crecido y mucho en estos dos años, cumpliendo un papel fundamental). No está solo, se produce una terna tantas veces repetida en la habitación 211, en la que tratamos de meter en vereda a un tercero en discordia, un jienense que nos ha dado y quitado vida por igual y cuyas ausencias eran siempre generadoras de un silencio triste. Celebro esas reuniones nocturnas –gabinetes de crisis–, porque hicieron falta todas y cada una de ellas, de temática variada aunque siempre escandalosas. Dicen que habían llamado a mi habitación porque esperamos una videoconferencia. Al otro lado de la pantalla aparece una persona que da sentido a la beca albornociana. Desde Madrid nos llama un antiguo colegial al que esta casa debe mucho, un amigo de verdad que fue además la clave para crear durante el curso 2015/2016 un gran clima de convivencia. El Dr. Pascual Chenel representa para mí la exaltación de los valores que debería tener un bolonio.

Vuelvo a mi habitación y termino de ordenar ideas. Se atropellan algunas sensaciones y pienso en la oportunidad –oportunidades– que me ha brindado el Real Colegio de España. Por supuesto doy las gracias al Cardenal Gil de Albornoz, depositario de este trabajo por Derecho. Gracias a la Junta de Patronato por confiar en que sería un digno continuador de la tradición de esta institución y al Rector del Colegio por su apoyo durante la estancia en Bolonia. Y gracias también a todas las personas que trabajan para que nuestra única preocupación sea estudiar, por hacernos la vida más cómoda y por ser parte activa del éxito de nuestros trabajos. Gracias a los protagonistas de esta noche, a mis compañeros con los que he experimentado la difícilísima convivencia entre sujetos tan extraños como nosotros, que han preparado o prepararán tesis doctorales sin duda brillantes.

Se hace muy tarde, y pienso que debo acabar estos agradecimientos en otro momento, cuando vuelva a España...

Retomo las líneas que escribí en Bolonia y compruebo que con la distancia me reafirmo, con otra serenidad, en todo.

Sin embargo, ha cambiado la perspectiva y caigo en la cuenta de algo que tantas veces se ha hablado: el viaje del bolonio es de ida y vuelta. Es cierto que la ida hay que agradecerla a la institución, pero el éxito en el viaje de vuelta tiene otros acreedores, las personas que esperan, en España o en Italia, y que le procuran a uno todo lo que necesita. En este sentido yo tengo suerte.

Gracias a mis padres por la infinita paciencia con la carrera universitaria y por ser ejemplo de bondad.

Gracias al Real Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago; a la dirección, al personal, a sus colegiales; a todos con mis disculpas por el tiempo hurtado y con la promesa de gastar todo mi esfuerzo futuro en ser bueno y útil para vosotros.

Gracias a Gianluca Guerrieri por el respeto a mi trabajo, por ayudarme siempre que lo he necesitado y por valorarme como uno más, como yo siempre he querido.

Gracias al *núcleo duro* del Departamento de Derecho mercantil de la UGR: Gloria Ortega, Carmen Rojo, Juan Antonio Roca, Javier Valenzuela, Eduardo Gálvez, Javier Pérez-Serrabona, Segismundo Torrecillas, Rafael Rojo y Javier Maldonado.

Gracias a Antonio Leo De Petris por encarnar la fidelidad, por ser el paradigma de la amistad, porque no me lo merezco.

Gracias a mi maestro, el Profesor José Luis Pérez-Serrabona, por la generosidad y dignidad demostradas en la *Via Ottaviano* de Roma un día de 2015 –y siempre–, que son causa de muchas cosas buenas en mi vida, entre ellas este trabajo.

Gracias a Aixa por animarme a pedir la beca del Real Colegio de España, por no haber flaqueado ni un segundo, por tantos planes fallidos sin desesperar. Al mundo le faltan corazones como el tuyo.

Granada, 8 de diciembre de 2017, día de la Inmaculada.

