

El «interés concursal»

Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal

IGNACIO TIRADO MARTÍ ¹

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Derecho concursal es una rama del Ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente. En este sentido, se trata de un Derecho esencialmente funcional, que sólo existe para cumplir la finalidad de solucionar los conflictos que surgen por la colisión de todas las restantes ramas del Ordenamiento jurídico que surge en caso de insolvencia del deudor. El fin propio del Derecho concursal se concreta en el concepto jurídico indeterminado tipificado en la Ley como «interés concursal». La finalidad del sistema de solución de la crisis económica de una persona consiste en realizar, en la práctica, la máxima satisfacción de los intereses subjetivos involucrados según establece ese concepto jurídico indeterminado. En este trabajo se trata de intentar arrojar luz sobre el contenido del concepto (qué es, qué intereses subjetivos comprende, en qué orden) y su alcance interpretativo (como criterio de interpretación de normas concursales «oscuras») y funcional (en qué medida y de qué modo vincula y condiciona la actividad de los protagonistas del procedimiento).

¹ Para Aníbal Sánchez Andrés. Desde la pena imborrable que me produce su ausencia, con el temor por el futuro de una Universidad sin su presencia, en agradecimiento profundo por cada minuto de los diez años compartidos.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, interés del concurso, órganos del concurso, acreedores, deudor concursado, terceros, interpretación jurídica.

ABSTRACT

Insolvency Law is a part of the Legal System that is specially complex and polyhedral. It is predominantly of private nature, but has got a public economic side that cannot be ignored. This branch of the Law does not make any sense on its own: it features a strong functional nature, and it only exists in order to solve the conflicts arisen when an individual becomes insolvent and defaults generally in the market. Insolvency Law provides a solution to the collision of the different branches of the Law, each of which try to protect their own interest, ignoring the rest, something that may only happen when the counterparty is insolvent. The main aim of the Spanish insolvency procedure is embodied in a complex concept legally labelled as «insolvency interest». The entire system will pursue the fullest realization possible of the subjective interests included –by strict order– in the said concept. This paper tries to cast some light on the concept (what the «insolvency interest» is, who is involved in it, how those involved rank), to establish its reach when it comes to interpreting the unclear or contradictory sections of the Law and aims at defining how and to what extent the parties in the procedure are bound by the said objective.

KEY WORDS:

Insolvency, insolvency interest, organs of the insolvency procedure, creditors, insolvent debtor, stakeholders, legal interpretation.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales:* 1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor. 1.2 La naturaleza conflictual de los problemas. 1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal. II. *La relevancia jurídica de la definición del interés concursal:* 2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso 2.2 La relevancia interpretativa: 2.2.1 La «función reactiva» y su relevancia interpretativa. 2.2.2 Los instrumentos de la «función reactiva». 2.2.3 Los límites interpretativos (remisión). 2.3 La relevancia funcional: 2.3.1 El «interés del concurso» y el comportamiento de los «órganos funcionales». 2.3.2 El «interés del concurso» y los participantes no funcionales. III. *La delimitación del concepto «interés del concurso».* 3.1 Consideraciones introductorias. 3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los objetivos abstractos. 3.3 La construcción del concepto: 3.3.1 La definición de la finalidad del concurso: la experiencia del Derecho comparado. 3.3.2 Precisión previa: el «interés del concurso» como concepto subjetivo: 3.3.2.1 La naturaleza

subjetiva del concepto. 3.3.2.2 El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento. 3.3.3 Los acreedores y su consideración en el «interés concursal»: 3.3.3.1 La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica. 3.3.3.2 La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión). 3.3.4 El «interés concursal» y el tratamiento de intereses distintos al interés de los acreedores: 3.3.4.1 Otros intereses subjetivos protegidos. 3.3.4.2 La protección del interés público. 3.3.5 La realización del «interés concursal»: la jerarquización entre los intereses incluidos en el concepto: 3.3.5.1 La administración de la masa, el riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados. 3.3.5.2 Los criterios para la solución de conflictos: distinción preliminar. 3.3.5.3 La «jerarquía piramidal» para solucionar los conflictos intersubjetivos. 3.3.5.4 El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor

La insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica. Cuando una persona (física o jurídica) no puede atender sus obligaciones a medida que vencen se genera una situación que causa problemas que trascienden al deudor y se extienden a sus acreedores y a terceros (los acreedores de sus acreedores, los trabajadores, y muchos otros posibles interesados –*stakeholders*-). En el marco de la realidad jurídico-económica externa (paradigmáticamente en el mercado, aunque no solo), los particulares tienen, en última instancia, el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de lo debido (sea como resultado de relaciones contractuales, legales o, en fin, incidentales –responsabilidad extracontractual-). Cuando el patrimonio es –o va a ser pronto e inevitablemente– insuficiente para satisfacer todas las pretensiones, surge un conflicto de interés entre –como mínimo– todas las personas que han tenido alguna relación jurídico-patrimonial con el insolvente.

La insolvencia es una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad macroeconómica, ocurre en una minoría de los casos (es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos

para las personas jurídicas); es patológico porque presupone el mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho ². Pero se trata de una patología excepcional que se produce de modo necesario como válvula de escape del sistema de mercado (por definición, imperfecto). En un mercado competitivo, algunos combinan peor los factores de producción que otros y, por lo tanto, ha de existir un sistema que, bien expulsa ordenadamente a estas personas, con lo que se reasignarían los recursos de forma eficiente, bien les ofrezca solución a través de una reorganización que maximice el valor del activo. Además, la realidad práctica revela que la insolvencia no es siempre un simple problema de mala utilización de los recursos (es decir, usando un lenguaje más común, la insolvencia no siempre ocurre por equivocaciones del insolvente, por su incapacidad o por su mala suerte); en muchas ocasiones, antes o después de la aparición de la crisis se producen comportamientos antijurídicos que merecen el reproche legal.

Conflictos entre intereses subjetivos, mala asignación de recursos y comportamientos reprobables. Esos son, en esencia, los problemas que surgen en la insolvencia del deudor en el tráfico.

1.2 La naturaleza conflictual de los problemas

Los problemas mencionados afectan normalmente a una colectividad y no están aislados entre sí. Más bien al contrario, se trata de problemas que se superponen y entran directamente en *conflicto*: desde el punto de vista subjetivo, satisfacer a unos sujetos implica perjudicar otros (cuanto más se pague a una clase de acreedores, menos quedará para la otra); en otras ocasiones, la reorganización de los factores de producción puede beneficiar igualmente a algunos interesados en perjuicio de otros (si se mantiene la estructura empresarial en marcha para evitar la pérdida de puestos de trabajo se puede estar beneficiando a los trabajadores a costa de los acree-

² La insolvencia es una situación que en la gran mayoría de los casos presupone –al menos en el plano teórico– un fallo de mercado y un fallo del sistema jurídico. En un mercado perfecto, en el que existe suficiente información, las expectativas se amoldan racionalmente a la realidad y, por tanto, nunca se habría concedido un exceso de crédito a un sujeto en dificultades. El problema se habría detectado a tiempo y nunca se hubiese llegado a un impago generalizado. Desde el punto de vista jurídico, la entrada en concurso de una sociedad –protagonistas principales del mercado– implica que han fallado los mecanismos societarios pre-concursales: el control del mercado a través de la publicidad de la contabilidad, el deber de reducción de capital, el deber de disolución, etc.

dores en general o del deudor o de sus accionistas); y, en fin, la sanción de determinados comportamientos podría cerrar la puerta a salidas patrimonialmente más ventajosas (se primaría el «orden público» sobre los intereses privados de los afectados por la insolvencia, por ejemplo, si se inhabilita a un administrador cuya permanencia en la empresa «reestructurada» podría incrementar el valor objetivo de ese activo, debido al alto nivel subjetivo del fondo de comercio de la empresa). Por todo ello, es necesario «jerarquizar». Un Derecho cuya única finalidad es solucionar los conflictos de intereses debe, necesariamente, hacer eso: solucionarlos, lo cual implica tomar partido ³.

1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal

1. La solución a los conflictos y el establecimiento de una jerarquía clara sólo puede de realizarse a través del Ordenamiento jurídico, creando un Derecho de la insolvencia que tenga carácter *imperativo*.

A) Tal y como nos han enseñado los analistas económicos del Derecho, en caso de insolvencia de un deudor en el mercado genera problemas de destrucción de valor y crea un problema de «acción colectiva» ⁴. Ambas situaciones sólo pueden paliarse con la creación de un Derecho imperativo. La existencia de un concurso *imperativo* para los acreedores facilita la maximización del valor del patrimonio del deudor y, por lo tanto, permite reducir el daño que finalmente sufrirán los acreedores. Los remedios generales de tutela del crédito consiguen la satisfacción de los acreedores a través de la realización individualizada de los distintos elementos del activo del deudor. Sin embargo, en muchas ocasiones –en la mayoría cuando existe una empresa– el valor del activo en su conjunto es muy superior al valor de la estricta suma de los elementos que lo

³ Que la labor del Derecho concursal es la solución de concursos ha sido expresada con gran rotundidad por la doctrina alemana. Así, en referencia a los deberes del administrador concursal alemán (*Insolvenzverwalter*) señalan FRITZ BAUR y ROLF STÜRNER: «[L]a característica principal de la actividad del órgano de administración es la constante *colisión de intereses*», v. BAUR-STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.ª ed., Heidelberg (C. F. MÜLLER) 1991, pp. 130-131. La visión del Derecho concursal como una normativa que debe «tomar partido» entre los perjudicados por la insolvencia ha sido defendida por algunos autores de gran relevancia: en Estados Unidos, v., por todos, WARREN, E., *Business Bankruptcy*, Washington D.C. (Federal Judicial Center) 1993, *passim*; en el Reino Unido, abandera esta posición GOODE, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.ª ed., pp.40 ss.; para este planteamiento en Derecho español, v. GARRIDO GARCÍA, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

⁴ V., por todos, el pionero trabajo de JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press) 1986, *passim*, del que se extrae esta resumida exposición del modelo económico.

componen. Una empresa en funcionamiento «captura» elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta disgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se trocee y pierda valor. Sin el carácter necesario del procedimiento no podría conseguirse una finalidad eficiente porque cada acreedor se comportaría –y así es razonable que ocurra– de modo «egoísta», es decir, preocupándose por su interés y por el de ningún otro.

B) Esta situación ha sido explicada de manera gráfica por la doctrina estadounidense acudiendo a la «teoría de juegos». La situación que existe entre el patrimonio de un deudor insolvente y sus acreedores es similar a la descrita en el juego del «caladero común». En este juego (que ha sido explicado con varios ejemplos distintos), hay un lago y un grupo de pescadores; si todos los pescadores capturan todos los peces que puedan el año 1 se esquilmará el caladero y, el año 2, nadie podrá pescar. Sin embargo, si los pescadores limitan sus capturas, los peces se reproducirán y, el año siguiente podrán volver a pescar, y así año tras año hasta que el caladero se agote definitivamente. La primera actitud (cada pescador pesca cuanto puede) proporcionaría a cada uno una cantidad mucho menor que si hubiese limitado sus capturas. Los acreedores, informados de esta situación, podrían ponerse de acuerdo para no capturar más que lo debido. Sin embargo, se trata de un acuerdo muy difícil de alcanzar (como diría la jerga económica, tiene muy altos «costes de transacción»), pues los pescadores no se conocen entre sí, saben que compiten entre ellos (cuanto más pesque uno, menos pescan los demás) y nadie les asegura que el otro va a respetar ese pacto; de hecho, el comportamiento racional de cada pescador sería pescar todo lo posible, pues su situación es equiparable a la de los prisioneros en otro conocido ejemplo de la teoría de juegos: el «dilema del prisionero». Este segundo juego explica que el comportamiento natural de los pescadores del caladero común será actuar en su propio interés (*free riders*)⁵.

C) Sólo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar las capturas y, de ese modo, obtener la solución más beneficiosa para la colectividad. Ahora imaginemos que esa Ley es el Derecho de la insolvencia, cambiemos el lago por el patrimonio del concursado (masa activa), a los pescadores por acreedores y la limitación de las capturas por la paralización de acciones ejecutivas contra el patrimonio concursal. Con un concurso legalmente imperativo para todos los acreedores se consigue maximizar el activo y, con ello, se

⁵ El «dilema del prisionero» es un juego con dos participantes en el que sólo existe una posible solución. Dos delincuentes, que han cometido ambos dos delitos de muy distinta gravedad, son encerrados y aislados. Como no existen pruebas suficientes para condenarles sin un testimonio que incrimine al otro se les ofrecen reducciones de pena si colaboran. El juego asume que a cada delincuente le es indiferente el destino del otro (como ocurrirá en muchas ocasiones entre los acreedores, que en la mayoría de los casos ni se conocen) y que no pueden ponerse de acuerdo (pues si ambos guardan silencio sólo se les condenaría por el delito menor). Este modelo demuestra que la única estrategia racional de cada prisionero (de cada acreedor) es acusar al otro para, de ese modo, maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, v. BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game theory and the law*, Cambridge (Harvard University Press) 1994, pp. 31 ss.

consigue que los acreedores acaben «capturando» el mayor valor del patrimonio insolvente.

2. El Derecho concursal es, pues, un instrumento jurídico imperativo que persigue únicamente la obtención de un fin: la solución de la crisis económica. Es un campo jurídico *estrictamente instrumental*. Mientras el Derecho civil, el laboral o el tributario responden a una serie de concepciones concretas y pretenden tutelar unos intereses determinados (fomento o protección del tráfico, protección del trabajador, incremento de la fiscal, etc.), el Derecho concursal, que opera en caso de insolvencia patrimonial, parte de la imposibilidad de una completa tutela de los intereses que persigue cada una de las demás ramas del Derecho, y se fija como objetivo precisamente la reducción del daño que sufren todos aquellos que recibían la protección en el Derecho civil, en el laboral o en el tributario. Estamos ante una rama jurídica cuya propia existencia se explica sólo para conseguir una finalidad consistente en «arreglar» el problema existente por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho.

Se trata de una rama jurídica con poca independencia, con escaso sentido en sí misma, en soledad. Es cierto que, si no se renuncia a ver el Derecho como una unidad, lo mismo ocurre con todas las disciplinas jurídicas; pero la soledad le sienta especialmente mal al Derecho de la crisis económica. El Derecho concursal no hace sino distribuir «intereses» regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la crisis, inadecuado en ellas. La regulación de la crisis empresarial intenta dar solución a la falta de idoneidad de los restantes conjuntos normativos que forman cada uno en sí un sistema pensado para las situaciones de normalidad, no, precisamente, para los fallos de sus instituciones. La crisis económica pone en contacto los intereses de todos ellos, de manera que cada regulación parcial colisiona con las demás ⁶.

3. La creación de un Derecho imperativo e instrumental que persiga una finalidad concreta –y nada más– exige la predeterminación de dicha finalidad ⁷. Esto se puede hacer de distintos modos.

⁶ Estas afirmaciones siguen siendo válidas aunque se defienda, como hacen los partidarios del análisis económico del Derecho, que la única actuación del sistema concursal en materia de resolución de conflictos consiste en respetar lo que las partes habían pactado fuera del concurso (v. JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, pp.7 ss.). En realidad, esta visión del Ordenamiento concursal va más allá y afirma que debe respetarse no sólo lo que se había pactado, sino también lo que las partes «habrían pactado» –*creditors' bargain*–, lo cual ya es mucho más discutible. De todos modos, la «filosofía» del Derecho concursal, en términos abstractos, no es el objeto de este trabajo, como se justifica más adelante (v. *infra*. § III).

⁷ No basta con afirmar que se busca la solución de la «crisis económica». Ese es un objetivo demasiado general, especialmente en un caso como éste, en el que todos los interesados están en constante conflicto interno. Es necesario concretar, descender al detalle.

En algunos Ordenamientos concursales de Derecho extranjero se ha optado por realizar una definición específica, detallada y jerarquizada de la finalidad del procedimiento. Ese ha sido el caso en Derecho alemán y, más recientemente, en la importante modificación acontecida en el Derecho inglés con la aprobación de la *Enterprise Act 2002*. En el extremo opuesto, otros países, como Italia, han obviado toda definición de objetivos y toda referencia a una finalidad concreta, si bien las «preferencias» subjetivas del texto legal pueden desgranarse directamente del análisis de puntos concretos del articulado. Una tercera posibilidad, a medio camino entre las dos anteriores, ha sido la escogida por el Derecho concursal español. En la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición ⁸, incluyéndose, en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso» ⁹. Es decir, se reconoce implícitamente la existencia de una finalidad, pero no se define expresamente. En este trabajo consideramos que la finalidad puede inferirse de los datos que ofrece el texto legislativo y la exposición de motivos.

En realidad, no resulta claro qué método es más correcto. Ciertamente, la definición, precisa, jerarquizada, de los complejos fines del procedimiento concursal tiene un claro efecto de incremento de la seguridad jurídica y constituye un poderoso instrumento interpretativo. Ahora bien, no deja de ser *cierto* que esta solución puede traer consigo rigideces.

A) Un primer problema podría radicar en el propio contenido de la norma que define los intereses subjetivos y públicos en que se concreta la finalidad del Derecho concursal. Ha de tratarse de un precepto de gran claridad. Una redacción ambigua o, directamente, oscura, podría volverse en contra de la propia

⁸ El silencio es una opción que puede interpretarse como un reconocimiento mudo de la complejidad de problemas abordados en el procedimiento de insolvencia o, por el contrario, como una muestra de la falta de reflexión del hacedor legal sobre el objetivo perseguido: es obvio qué se pretende y, por tanto, no hace falta señalarlo expresamente. Fuese cual fuese el motivo, es indudable que la falta de predeterminación dota de un cierto grado de flexibilidad al concurso.

⁹ Se habla de «interés del concurso» en la Exposición de Motivos (IV) y en los artículos 42, 61, 62, 165 y 215; o en plural, de «intereses del concurso» o «intereses del procedimiento» en los puntos III y VII de la Exposición de Motivos y en los artículos 43, 54, 148 o 149. Algún autor que se ha ocupado de la cuestión identifica y separa las expresiones reseñadas, por una parte, y la expresión «intereses concurrentes», por otra; estaríamos, según esta opinión, ante expresiones que encerrarían significados distintos (así, v. GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal», en *RDBB* núm. 683, 2004, pp. 1351 ss., también publicado en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, t. I, pp. 294 y sgs.). Sin embargo, no compartimos esta opinión. No encontramos en la Ley ninguna razón para entender que esas expresiones encierren conceptos distintos. Se trata, a nuestro modo de ver, de sinónimos, todos referidos al complejo –y conflictivo– fin que persigue el Derecho concursal.

finalidad del precepto, con un poder distorsionador enorme ¹⁰. En segundo lugar, la «tipificación» específica, con «nombres y apellidos», de la finalidad del concurso, puede llevar a excesos interpretativos ¹¹. Por último, este método trae consigo todos los problemas de la fijación de valores, que puede cambiar en el tiempo. Si esto ocurre, no hay adaptación interpretativa posible: es necesaria una nueva reforma legislativa ¹².

B) La alternativa (consistente en no definir la finalidad del procedimiento) priva al sistema concursal de las virtudes del otro modelo. La incertidumbre sobre quién debe ser protegido con prioridad dificulta la solución de los conflictos de intereses, tan presentes en todo concurso, a la vez que priva al juez y a las partes de un elemento interpretativo de gran valor. La pérdida de seguridad jurídica en este sector puede tener consecuencias importantes. Si el concurso aspira a ser el instrumento de solución de la crisis empresarial, los participantes en el mercado han de poder conocer bien su propia posición en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia, pues solo de ese modo pueden calcular *ex ante* los riesgos

¹⁰ Como se señalará más adelante, la reforma inglesa es un auténtico paradigma de redacción enrevesada e intrincada. Sólo el pragmatismo que preside su sistema jurídico, la atenta consideración de los casos y el alto nivel de sus jueces y, en fin, el importante esfuerzo de la doctrina han conseguido dar una explicación coherente al precepto definidor de los objetivos del procedimiento de *Administration* (al respecto, v., por todos, MOKAL, R. «*Administrative Receivership and Administration –An Analysis*», en *Current Legal Problems*, 2004, pp. 355 ss.; y ARMOUR, J./MOKAL, R., *Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002*», en *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 28 ss.).

¹¹ Un buen ejemplo es el ocurrido entre la doctrina alemana que comentaba la derogada *Konkursordnung*. Así, un autor del prestigio de Friedrich WEBER elaboró una teoría de la nulidad absoluta de las actuaciones de la administración concursal contrarias al fin tipificado del concurso, basándose, precisamente, en que la inclusión de los objetivos en un precepto concreto convertía el acto que lo contradijese en nulo por vulnerar una norma imperativa (v. WEBER, F., en JAEGER, E., *Konkursordnung Kommentar*, Berlin (WdG) 6-7.ª ed., §§ 133-134, Anm. 50.3 y §§ 207-208, Anm. 58). En realidad, el profesor de Heidelberg matizó la aplicación estricta de la nulidad, señalando que no todo acto que finalmente resultase dañino para los intereses del concurso era «contrario» al «fin» y, por tanto, nulo. El autor distinguía entre facultades de disposición (*Verfügungsbefugnis*) y obligaciones (*Pflichtbindung*), es decir, entre «poder» (*Können*) y «deber» (*Dürfen*). Aunque el administrador concursal pueda llevar a cabo un acto de disposición de manera válida, bajo determinadas circunstancias no debe si quiere actuar sin contravenir una obligación. Para el autor, en fin, aparte de las actuaciones «contrarias» a la finalidad existen otras que simplemente infringen una obligación y sus efectos no alcanzan más allá de la esfera interna del procedimiento (responsabilidad).

¹² Ésta puede ser, en realidad, una objeción más aparente que real. Es cierto que el papel del Derecho concursal dependerá mucho del sistema económico imperante. Piénsese, por ejemplo, en los vientos intervencionistas que soplaban cuando se elaboró el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, algunas de cuyas soluciones serían inaceptables para la mayoría hoy en día (sobre la racionalidad y el alcance de este texto prelegislativo, v. GONDRA, J. M., «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, Rev. Fac. Der. Univ. Compl., 1985, pp. 145 ss.). Sin embargo, no es menos cierto que, en la historia del Derecho concursal, han existido siempre una serie de constantes inmutables que, en todo momento, han formado parte de los objetivos del procedimiento concursal de la época. Paradigmáticamente, nos referimos, claro está, a los acreedores del deudor común (v. ROJO, A., «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM* núm.138, 1975, pp. 509 ss.).

de su inversión y adoptar medidas racionales al respecto. En este mismo sentido, la fijación de los beneficiados por el procedimiento tenderá a reducir la litigiosidad, algo ciertamente conveniente en un proceso de por sí largo y complejo.

C) Probablemente, no haya un método mejor que otro. La seguridad jurídica es un objetivo que debe perseguir toda legislación concursal, pero cómo lo consiga tiene menor importancia. Sería más peligrosa una definición oscura o confusa de la finalidad del concurso que la ausencia de pronunciamiento. Lo relevante es que la jerarquía de valoraciones, la «función» que debe cumplir todo concurso resulte evidente a todos los actores en el mercado, desde una perspectiva retrospectiva, y que sea clara para las partes y el entramado institucional, una vez en marcha el procedimiento. Esto puede conseguirse tanto con una definición, como a través de la enunciación de una serie de principios en la Exposición de Motivos o derivarse claramente del articulado legal ¹³.

II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL

Si el Derecho concursal es una rama del Derecho privado creada únicamente para perseguir una finalidad consistente en solucionar los conflictos de las restantes ramas jurídicas (privadas o públicas), esa finalidad debe impregnar la interpretación de sus preceptos y guiar la actividad de los órganos del procedimiento. Esto exige, como presupuesto, la determinación de la metodología interpretativa que se debe seguir en el Derecho concursal; tras lo cual resulta imprescindible delimitar con un mínimo detalle cuáles son los márgenes interpretativos y especificar cómo afecta el fin al comportamiento de la administración concursal y del juez.

2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso

El instrumento metodológico más apropiado para acercarse al estudio de esta rama jurídica es aquel que centra la mirada en los

¹³ Los factores que influyen a la hora de valorar el mejor sistema en un Ordenamiento jurídico dependerán de las fortalezas y debilidades del Ordenamiento concreto. Se trata de optimizar una ecuación que tiene como variables principales (y opuestas) el buen hacer del legislador, por un lado, y el nivel técnico de aquellos que han de aplicar el Derecho, por el otro: ante una judicatura poco preparada, mejor una buena definición; cuando los jueces tienen un buen nivel técnico y están especializados, el riesgo de que haya una excesiva rigidez y errores del legislador aconsejen, probablemente, la no tipificación del fin del concurso.

argumentos teleológicos, en las finalidades que se persiguen con el objeto analizado ¹⁴. La creación legislativa responde a un fin y, más ampliamente, este fin representa una valoración previa por parte del legislador de los intereses que pretende proteger. En la economía, los intereses se encuentran en estrecha interconexión y, por tanto, la protección de unos suele comportar la preferencia sobre otros. Al decidirse a favor de uno u otro de los intereses en conflicto, el autor de la norma está buscando la realización práctica de unos *valores*. Desentrañar estos extremos es el primer paso para el análisis de una institución. El segundo, sin embargo, debe quedar al lado de la *realidad*, esto es, de cómo se comportan en la práctica las instituciones creadas.

Todo conjunto normativo persigue una finalidad. La finalidad del Ordenamiento económico es el aumento del bienestar social a través del desarrollo de la economía. En el contexto actual, ese objetivo se realiza a través del mercado. Se crean una serie de instituciones jurídicas que facilitan las relaciones de intercambio (contratos, sociedades, etc.). Estas instituciones cumplen, en primer lugar, una *función promocional* ¹⁵: a través de una regulación adecuada, las normas persiguen el objetivo del aumento del bienestar social poniendo a disposición de los particulares los instrumentos necesarios. Pero estas instituciones, al insertarse en la realidad, adquieren una vida independiente. Su uso por los particulares en persecución de un interés propio crea conflictos que surgen, directamente, de las propias instituciones ¹⁶. Por eso, el legislador se ve obligado a prever una regulación que solucione ese choque de intereses, en función del objetivo buscado por la regulación originaria ¹⁷. Esta segunda función de las normas se ha bautizado como *fun-*

¹⁴ En la actualidad, en buena medida, los conceptos jurídicos se explican a través de la «función» que tienen. V. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 473, donde cita el concepto de negocio jurídico de FLUME como deudor de un enfoque funcional.

¹⁵ V. BOBBIO, «*Sulla funzione promozionale del Diritto*», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1313 ss. (donde establece el concepto de «ley incentivo», p. 1326), CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 83 ss.

¹⁶ El análisis de las consecuencias económicas que surgen de las instituciones privadas constituye un enfoque funcional en su más puro sentido. V. JAHR, «*Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft*», en *Schriftung des Vereins für Socialpolitik*, núm. 33, 1964, pp. 14 ss., especialmente en p. 16.

¹⁷ Aunque esto no siempre se consigue. Si, por ejemplo, para el fomento de la economía se crea un Derecho societario, la regulación de los conflictos de intereses surgidos en su seno –accionistas minoritarios contra mayoritarios– debe tener en cuenta el objetivo inicial del legislador y realizar una elección del «interesado preferido» en función del efecto que tal elección vaya a tener en la promoción de la economía. Si se actúa de manera contraria, el resultado será el desuso de la institución y el fracaso, a largo plazo, del objetivo inicial. Con esto no se quiere negar la posibilidad de atender a intereses diversos; pero esto se debe realizar fuera del conjunto normativo en concreto. No debe confundirse lo

ción reactiva ¹⁸. Es, precisamente, en esta función, donde se encuadra el Derecho concursal. Este conjunto normativo cumple básicamente la función reactiva general del sistema económico legal. Su papel es solucionar los conflictos de intereses que surgen de la patología del sistema económico.

Esta función de resolución de conflictos implica coherencia con el tipo de sistema económico que se tiene. Sin embargo, al ser el punto de encuentro de distintas disciplinas jurídicas, la coherencia no puede confundirse con rigidez. Es, precisamente, la propia consideración del Derecho concursal como «instrumento reactivo» del sistema económico de mercado lo que permite alterar el normal reparto de intereses existente en el ámbito económico. La función «reactiva» del Derecho mercantil es solucionar los conflictos creados por sus propias instituciones y lo mismo ocurre con el Derecho societario, según el ejemplo propuesto. Sin embargo, el Derecho concursal *es en sí la «reacción» del mercado. Su existencia se debe, por tanto, a la plasmación de los valores del legislador en lo concerniente a los intereses que entran en conflicto ante la patología del sistema económico.*

2.2 La relevancia interpretativa

2.2.1 LA «FUNCIÓN REACTIVA» Y SU RELEVANCIA INTERPRETATIVA

El «interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Como se ha señalado, la consecución del «interés concursal» es la finalidad de la Ley Concursal. La Ley Concursal es una normativa instrumental que cumple una función exclusivamente «reactiva». Pues bien, esta naturaleza confiere especial relevancia interpretativa a la finalidad perseguida.

Toda regulación persigue siempre un fin. Sin embargo, en algunas normas –en la mayoría– el legislador persigue objetivos de carácter «general» (*rectius*, «promocional»). Como ejemplos, la Ley de sociedades anónimas o la Ley del contrato de agencia persiguen ambas el más eficiente desarrollo de la actividad en el merca-

afirmado con un análisis exclusivamente economicista, pues éste se contentará con afirmar como única finalidad de las normas la reducción de costes y la más eficiente realización de los derechos subjetivos individuales. Aquí se defiende, simplemente, la coherencia del sistema jurídico. El legislador puede alterar los valores perseguidos por el sistema en cualquier momento.

¹⁸ Probablemente porque centra su análisis en la general teoría normativa, denominada este hecho *funzione repressiva* del Derecho CATANIA, *Argomenti*, pp. 91 ss.

do, poniendo instrumentos de actuación externa, una, y fomentando la colaboración y la distribución empresarial, la otra. En ambos casos, la finalidad es tan general que tiene una relevancia interpretativa limitada. Sin embargo, en el caso de Derechos esencialmente «reactivos», como el Derecho concursal (o el Derecho de los consumidores), la finalidad es necesariamente más concreta; la virtualidad teleológica de la normativa tiene «nombre y apellidos»: en nuestros ejemplos, la protección del consumidor o la solución de los conflictos ante la crisis empresarial. La naturaleza correctora de estas regulaciones exige la predeterminación de los intereses subjetivos que se quieren tutelar. Esto es aún más acusado en el supuesto del Derecho concursal, por dos motivos: por el carácter conflictual y por el carácter estrictamente instrumental de la normativa, ambos estrechamente ligados. La insolvencia crea un conflicto. El conflicto compele al legislador a crear una Ley que establezca los criterios para resolver el conflicto. El conflicto obliga a la Ley a concretar, pues el conflicto presupone la existencia de sujetos con intereses contrapuestos, y resolverlo implica distribuir entre ellos aquello que ambos pretenden. La solución del problema como *única* finalidad de la Ley conlleva la necesaria interpretación de cada precepto conforme a la finalidad.

2.2.2 LOS INSTRUMENTOS DE LA «FUNCIÓN REACTIVA»

La subordinación interpretativa a la función que presenta el Derecho concursal debe entenderse en un sentido sistemático. La lectura de la Ley Concursal no puede hacerse de modo aislado; es especialmente importante que la interpretación de cada precepto se conecte con otros, que, a su vez, responden a la finalidad de solucionar la crisis a través de la tutela del «interés concursal». La Ley Concursal está llena de instrumentos. Los instrumentos podrían dividirse en «instrumentos primarios» y en «objetivos intermedios».

1. Los «instrumentos primarios» serían las posibilidades de actuación en el marco del concurso. Por ejemplo, las posibilidades de continuar con la actividad empresarial (art. 44 LC), la supervisión de la actuación administrativa del deudor intervenido (art. 40.1 LC) o la realización de un expediente de regulación de empleo (art. 64 LC). En todos estos casos, los artículos que los regulan crean instrumentos para conseguir una maximización del valor de la masa activa –y, con ello, mediatamente, la mayor tutela del interés concursal-. Se continúa –en principio– con la actividad porque, de ese modo, se mantiene la empresa en sentido objetivo, que normalmen-

te valdrá más que los elementos aisladamente considerados; lo mismo ocurre con el régimen de administración del patrimonio: en la mayor parte de los casos –o así se pretende que sea– se deja en manos del deudor porque ello es más eficiente (los directivos conocen el negocio, tienen incentivos para solicitar el concurso con premura, etc.), y los administradores concursales sólo negarán autorizaciones cuando la actuación propuesta vaya en contra del «interés concursal». El mismo razonamiento es válido para el expediente de regulación de empleo, que se posibilita incluso antes de la emisión del informe si, con ello, se favorece la tutela de los intereses subjetivos incluidos en el concepto de «interés concursal».

2. Junto a los «instrumentos primarios» se crean una serie de «objetivos intermedios», que responden –normalmente– al diseño procesal de la Ley. Como ejemplos valgan la distribución en fases: en la fase común se pretende conseguir toda la información relevante relativa al concurso para que los sujetos interesados adopten una decisión racional. Es ésta una fase «de conservación». Por su propia naturaleza de fase instrumental «pre-decisoria», toda aquella actuación que pueda condicionar la decisión de las fases posteriores debe ser postergada. Pero debe serlo sólo en tanto ello no perjudique el «interés concursal». Como ejemplo valga la posibilidad de realizar el expediente de regulación de empleo en esta fase o la facultad de liquidación anticipada de elementos del activo. Con más claridad aún se aprecia esta realidad instrumental (de «objetivo intermedio», es decir objetivo subordinado a un objetivo final y superior) en el caso de la fase de convenio. El convenio no puede ser nunca un fin en sí mismo. Se llegará a un convenio en la medida que ello suponga una mayor realización del «interés concursal», o, si se prefiere, por simplificar, en tanto con el convenio se satisfaga a los acreedores en mayor medida de lo que ocurriría en caso de liquidación del activo. La Ley no permite que se imponga a los acreedores un convenio, por mucho que ello consiga la continuación de la actividad y la previsible continuidad de los puestos de trabajo ¹⁹.

2.2.3 LOS LÍMITES INTERPRETATIVOS (REMISIÓN)

En la parte final de este trabajo se ponen algunos supuestos paradigmáticos en los que una interpretación sistemático-teleológi-

¹⁹ En este punto, por ejemplo, la aproximación metodológica que proponemos justificaría una reducción teleológica de aquellos preceptos que podrían interpretarse como tendentes a la consecución de un convenio por encima de la satisfacción de los acreedores (v. *infra*. § III).

ca permite la superación de la literalidad (v. *infra*. § III). Naturalmente, la relevancia interpretativa de la función en la Ley Concursal debe siempre entenderse dentro de los límites de la normalidad en la interpretación jurídica. La naturaleza de la Ley Concursal hace que los argumentos teleológicos y sistemáticos tengan un gran peso en la interpretación de sus preceptos, pero no estamos ante un supuesto de «excepcionalidad metodológica». El «interés concursal» sólo será relevante cuando una interpretación literal y el criterio de «conexión de sentido» no ofrezcan una solución incontrovertible. Del mismo modo que el legislador define cómo han de solucionarse los conflictos creados por la insolvencia, que implica definir unos «valores», también puede –consciente o inconscientemente– separarse en un punto concreto de las líneas generales que él mismo ha definido. Frente a esos supuestos, no cabe –si se quiere alcanzar la coherencia sistemática, o, como decía Larenz, si se pretenden evitar las «contradicciones de valoración»– más que cambiar la Ley.²⁰

Un ejemplo de las posibilidades y de los límites interpretativos del «interés concursal» se encuentra en el artículo 134, sin duda uno de los más desafortunados de la Ley Concursal. En este precepto se afirma que los acreedores subordinados «*quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*». Se trata de un precepto que, si se interpreta literalmente en toda su extensión, en muchos casos (en todos los que haya una importante cantidad de créditos subordinados) imposibilitará la aprobación de un convenio, por mucho que ello hubiese sido posible y objetivamente favorable para los acreedores jerárquicamente superiores.

La comprensión de cuál es la finalidad del concurso y la naturaleza de finalidad puramente instrumental –o, si se prefiere, mediata– del convenio nos permite una interpretación de la norma lo más coherente (*rectius*, teleológico-sistemática) posible. En efecto, el artículo 134 (los acreedores subordinados cobrarán lo mismo que los ordinarios en el convenio, aunque más tarde) se contrapone con el artículo 158 (no se pagará a los subordinados hasta que no se haya pagado íntegramente a los ordinarios). En el

²⁰ En la interpretación de la legislación concursal son plenamente aplicables las reflexiones del profesor alemán: «*Al posible sentido literal y al contexto corresponde, según esto, sobre todo una función delimitadora. Dentro de los límites de este modo conseguidos, son con frecuencia posibles aún varias interpretaciones. Entonces son decisivos sobre todo los criterios teleológicos*» (v. LARENZ, K., *Metodología*, pág. 343).

primer caso, parece que los acreedores tendrán que sacrificar parte del activo para el pago de los subordinados; en el segundo, no. Una interpretación literal crearía un clarísimo –e insoslayable– efecto disuasorio sobre la aprobación de convenios concursales y contradiría la expresa preferencia legal por el convenio sobre la liquidación. La norma debe ser reducida teleológicamente. Intentemos explicar la razón que subyace a su inclusión e interpretemosla de modo acorde con el «interés del concurso», para lo cual debemos desglosar las posibles situaciones.

En este momento –y a los efectos de este debate– es suficiente con afirmar que la Ley tiene como objetivo primordial la satisfacción de los acreedores a través de un estricto orden jerárquico. Entre las distintas categorías, los últimos en cobrar deben ser los acreedores subordinados. Pero los acreedores subordinados son aún acreedores que se encuentran por encima de los acreedores residuales, los socios de la compañía. Así pues, la norma que estamos interpretando contradice la finalidad del procedimiento cuando pone en conflicto a los acreedores subordinados con los acreedores ordinarios, jerárquicamente superiores, pero no si se observa el conflicto hacia abajo: entre ellos y la sociedad concursada o sus socios. El artículo 134, que regula la extensión subjetiva del convenio, parte –como no puede ser de otro modo– de la continuación de la actividad de la concursada. Por ello, es lógico que prevea una regla del estilo. Si no lo hiciese estaría poniendo en mejor situación a los accionistas que a los acreedores subordinados: pagados los acreedores ordinarios con la quita pactada, en el momento pactado, sin una norma similar al 134 los acreedores subordinados verían su crédito extinguido y, en consecuencia, los accionistas, que seguirían con la propiedad de una compañía en funcionamiento y descargada de deudas, habrían «expropiado» los derechos subjetivos patrimoniales a unos acreedores postegradados respecto a terceros, no respecto a ellos. Como consecuencia, el 134 debe ser interpretado de modo que se asegure la coherencia interpretativa con el sistema de reparto en liquidación (at. 158 LC); es decir, que el pago de los subordinados no prejuzgue el superior derecho de los quirografarios (ni *ex ante*, en el momento de aprobar el convenio, ni *ex post*, durante o tras su ejecución), pero que les permita cobrar antes que dejar el remanente a la sociedad concursada.

El problema práctico no se plantea cuando el pago a los acreedores previsto en el convenio deba realizarse con lo obtenido por la continuación de la actividad. En este caso, los acreedores ordinarios no tendrán que asumir *ex ante* una quita mayor para satisfacer –posteriormente– a los subordinados. Transcurrido el plazo de la espera pactada, y satisfechos los créditos en la cuantía prevista, empezará el pago de los subordinados con los fondos futuros que sigan entrando por el ejercicio de la actividad empresarial. Si estos deviniesen insuficientes, el sistema de incumplimiento del convenio no afectaría a los ordinarios por mor del artículo 162 de la Ley Concursal ²¹.

²¹ El precepto señala: «Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores». Este artículo debe ser interpretado en el sentido de asegurar la finalidad pro-

Más complicado resulta interpretar el precepto cuando la satisfacción de los créditos no se supedita al buen fin de la actividad empresarial, sino que existe un plan de pagos (es decir, existe previsiblemente suficiente activo para realizar los pagos pactados o un tercero lo garantiza). En este caso, el margen de maniobra de la Ley es escaso. Ningún problema debería representar que, por ejemplo, el garante del plan de pagos limitara su garantía a la satisfacción de los ordinarios según el convenio. Aunque resulta más dudoso, entendemos que sería igualmente aceptable un plan de pagos calculado sobre la totalidad del patrimonio, que dejase el pago futuro de los acreedores subordinados a una realidad patrimonial sometida a un mayor grado de riesgo, como, por ejemplo, la continuación de la actividad empresarial (de modo que se convertiría este supuesto en el visto en el párrafo anterior) ²².

2.3 La relevancia funcional

2.3.1 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y EL COMPORTAMIENTO DE LOS «ÓRGANOS FUNCIONALES»

La consecución del «interés concursal» no sólo debe servir para guiar la interpretación de la Ley, sino que debe servir de criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso. Por órganos funcionales debe entenderse aquellos órganos a los que la Ley dota de competencias (en el sentido procesal, uno, en el sentido administrativo del término, los dos) para la plasmación en la realidad práctica de los valores que, al solucionar los conflictos, está tutelando el Derecho Concursal, y son el juez y la administración concursal. Ni el órgano judicial ni el órgano administrativo defienden otros intereses –ni en distinto orden– a aquellos que la

puesta en el texto: la salvaguarda de los pagos realizados a los acreedores ordinarios en cumplimiento del convenio.

²² Se han propuesto otras alternativas más «creativas» para soslayar los graves inconvenientes de una interpretación literal del artículo 134. Así, por ejemplo, véase el penetrante análisis del prof. Daniele VATTERMOLI («*Le soluzioni concordatarie della crisi nell'ordinamento spagnolo*», en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2007, II, pp. 26 y sgs.), donde el autor propone la utilización de las clases de acreedores en el convenio para atribuir a los acreedores subordinados las quitas y las esperas propias de la clase de ordinarios menos beneficiada.

Por último, el margen interpretativo es aún mucho menor para el supuesto de conversión de acciones. En este caso, el 134 supone una barrera infranqueable, y constituye un desincentivo para la aprobación de este tipo de acuerdos concordatarios por parte de los acreedores ordinarios. El margen se reduce a, por ejemplo, aceptar un convenio con capitalización de créditos en los que se crearan dos clases de acciones (siendo privilegiadas las propias de los ordinarios y no privilegiadas las que asuman los subordinados).

Ley incluye en el seno del «interés concursal»²³. El mandato imperativo es legal y es común a ambos. La finalidad del procedimiento concursal ha de ser el concepto que guíe las decisiones del Juez y de la Administración concursal. Desde un punto de vista interno, a la hora de adoptar una decisión, el razonamiento jurídico del Juez o del órgano de administración ha de ser el mismo: ¿la adopción y ejecución de la decisión concreta deja en mejor posición a los intereses incluidos en el «interés concursal» que si no se ejecutase? En caso afirmativo, deberá adoptarse; si la respuesta es negativa, deberá abandonarse y considerar una actuación alternativa.

Naturalmente, la defensa del «interés concursal» no puede tomarse como un valor absoluto. La finalidad del procedimiento es un criterio ante la adopción de decisiones de administración que, por su naturaleza, normalmente encierran un mínimo grado de discrecionalidad y de incertidumbre. Sin embargo, el «interés concursal» es irrelevante cuando se produce un conflicto entre los intereses incluidos en el concepto y los intereses tutelados por la legalidad en general. Esta situación se da en la mayor parte de las actuaciones judiciales; pero se da también cuando la administración concursal ocupa una posición «semi-jurisdiccional». Esto se ve con claridad en la formación de la lista de acreedores. En primer lugar, la Administración concursal debe incluir aquellos créditos que se justifiquen conforme a un criterio técnico independiente. En ningún caso su objetivo debe ser reducir en lo posible el pasivo de la concursada, ni su labor consiste en tutelar los derechos de los acreedores ya incluidos oponiéndose a los que pueden serlo (y ostentan una pretensión razonable). Tampoco, por seguir con el ejemplo, debe enfrentarse la administración concursal a la alegación de una prenda (y, por tanto, de un privilegio) por mucho que ello perjudique el derecho de los acreedores ordinarios. En otras palabras, la tutela del «interés concursal» parte de un presupuesto: los intereses que se incluyen en su seno lo son por derecho propio (en el caso de los ejemplos, esto quiere decir que la admisión de la prenda de un acreedor no sólo respeta la legalidad -concursal y general-, sino que también implica la tutela de la finalidad del concurso, pues

²³ Esto incluye a todos los miembros del órgano de administración del concurso, incluido -lógicamente- el acreedor. El Administrador concursal acreedor, desde el momento en que acepta el cargo, se quita el sombrero de acreedor y se pone el sombrero institucional de órgano que persigue, de modo técnico e independiente, el «interés del concurso». Una actuación consciente que beneficie a su derecho (o a los derechos de sus iguales) en contra del «interés del concurso» sería causa de separación y podría dar lugar a responsabilidad.

ese acreedor cuyo privilegio se reconoce forma parte inseparable del «interés concursal»). Los administradores concursales procuran el respeto estricto de la legalidad. No son implicados directos ni representan los intereses de nadie, es decir, no han de defender una posición concreta como haría un abogado, el directivo de una empresa o el acreedor que intenta conseguir una calificación que es más que discutible que merezca ²⁴.

2.3.2 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y LOS PARTICIPANTES NO FUNCIONALES

En este punto se puede trazar una raya que divide al Juez y a la Administración concursal, por un lado, y a los sujetos privados, por el otro. Los acreedores que ven su crédito reconocido pasan a integrar la masa pasiva del concurso, y su actuación concursal puede darse a través de actuaciones individuales (personándose en una Sección y aportando información, adhiriéndose a un convenio, negociando con los órganos o el deudor, etc.) o colectivas (junta de acreedores). Éstos son libres en todo momento para procurar su propio interés sin tener que velar por el de ningún otro interesado ²⁵. La participación «imperativa» en el concurso de acreedores es, en sí, una respuesta excepcional a una situación excepcional del mercado. La Ley suspende los métodos de tutela ordinaria de los créditos y los sustituye por la participación en un procedimiento en el que los acreedores tienen las posibilidades de maniobra restringidas. El «sacrificio» de los acreedores en aras de la «colectividad» termina ahí: ningún acreedor tiene deberes de comportamiento frente a ningún otro participante o frente a ningún tercero. Es más, aunque con algún titubeo (por ejemplo, al exigir la aprobación judicial del convenio aprobado en Junta), la Ley Concursal parte de que los acreedores se van a comportar procurando exclusivamente su propio beneficio personal y que la suma que arroje ese beneficio individual será elevada a la categoría de interés defendido por la Ley. Esta situación no es más que la trasposición coherente de los

²⁴ Esta es una muestra de la parte jurídico-pública que tiene la naturaleza de un órgano que se inserta en un procedimiento, que ocupa un «oficio» y que persigue un interés que, pese a ser privado, ha sido elevado legalmente a la categoría de «interés público». Al respecto, en mayor detalle, v. TIRADO, I., *Los Administradores concursales*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 67 ss.

²⁵ La actuación «egoísta» de los acreedores en búsqueda de su propia satisfacción es la única que se les puede exigir. En este punto no nos parecen correctas las consideraciones en torno a una supuesta «conciencia del estado de insolvencia» para con los demás y, menos aún, sobre la virtualidad de ésta para influir en la toma de decisiones, de H «*Rehabilitating values*», p. 777. Contra esta idea se han manifestado muchos; v., por todos, RASMUSSEN, «*Debtor's choice: a menu approach to corporate Bankruptcy*», Tex. L. Rev., núm. 71, 1992, pp. 51 ss., especialmente p. 90 ss.

principios del libre mercado en el seno del procedimiento concursal ²⁶.

Igual que ocurre con los acreedores, el deudor puede procurar exclusivamente su propio interés. Ahora bien, su situación es distinta a la situación de los acreedores en dos puntos: en primer lugar, las actuaciones del deudor en su propio y exclusivo interés no tendrán, en ocasiones, ninguna eficacia, ya que siempre que entren en colisión con los intereses de los acreedores cederán ante éstos ²⁷; en segundo lugar, la Ley Concursal limita la capacidad de acción del deudor al imponerle determinados deberes de conducta que no puede ignorar sin sanción (por ejemplo, el genérico deber de colaboración *ex art. 42 LC*).

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «INTERÉS DEL CONCURSO»

3.1 Consideraciones introductorias

Como se señaló en la introducción, la Ley concursal ha reconocido expresamente la existencia de una finalidad que debe procurarse en el procedimiento, pero sin definirla. Se señala que el concurso tiene un «interés», pero ese «interés concursal», que vincula y cuya realización práctica ha de perseguirse por el juez, no es llenado de contenido concreto. Corresponde al intérprete (y es el objetivo de este trabajo) llenar el hueco normativo. Para ello se utilizarán todos los datos jurídicamente relevantes de que dispomos. Estos datos son los siguientes: en primer lugar, los preceptos de la Ley, que constituyen la fuente principal que nos permite abstraer el complejo nudo de intereses que se jerarquizan en el seno

²⁶ El razonamiento es sencillo: el Derecho concursal es una «válvula» de salida del mercado y un instrumento para la corrección de los fallos de funcionamiento del mercado; precisamente por eso, la regulación del concurso ha de respetar, en la medida de lo posible, las normas de funcionamiento normal del mercado. Del mismo modo que cada agente en el mercado puede actuar libremente y disponer de su propio derecho como mejor le convenga, lo mismo puede y debe reflejarse en el concurso.

²⁷ El deudor, en realidad, puede procurar libremente su propio interés, pero los efectos quedarán limitados según el tipo de actuación. Si el deudor ejerce una de las facultades «concursoales» que le permite la Ley, su discrecionalidad es ilimitada: puede impugnar el inventario o la lista de acreedores, recurrir las resoluciones judiciales que no le convengan, proponer convenio, etc. Si, por el contrario, el deudor ejerce facultades que pueden tener trascendencia patrimonial, la eficacia de la actuación estará condicionada a la autorización de la administración concursal, pues, al actuar patrimonialmente, no está disponiendo de valor propio, sino del valor de terceros (los acreedores, en cuyo interés se debe administrar la masa en concurso). Es decir, al menos sobre el papel, la eficacia patrimonial de las actuaciones del deudor quedará limitada a aquellas en las que «su interés» coincida con el interés de los acreedores.

del procedimiento; en segundo lugar, la Exposición de Motivos; y, en tercer lugar, los contextos legislativo y socioeconómico, pues no puede –ni debe– olvidarse que la Ley 22/2003 regula la insolvencia de una persona que actúa en una economía de mercado.

3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los «objetivos abstractos»

La doctrina que ha analizado el Derecho concursal se ha detenido en detalle a analizar la justificación de la disciplina. Como mecanismo de mercado que es, el concurso de acreedores ha estado durante décadas bajo el atento estudio de los analistas económicos del Derecho, cuya concepción ha tenido gran influencia incluso en el ámbito legislativo²⁸. A diferencia de otras ramas del Ordenamiento, en las que el análisis doctrinal se ha centrado en el Derecho positivo, el debate entre distintas visiones del Derecho de la insolvencia ha puesto su atención en los fines, creando una suerte de «filosofía del Derecho concursal»²⁹.

El debate se originó entre la doctrina norteamericana en torno al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Los dos polos opuestos, detrás de cuyas posiciones teóricas, hay una serie de valores y creencias de tipo social, económico y político³⁰, son los seguidores del *Creditor's bargain model*³¹, por una parte, y del *Loss allocation model*³², por el otro. El primero de los modelos, basado en un aná-

²⁸ Así, por ejemplo, la reforma concursal alemana fue influida por las ideas de Thomas JACKSON, principal exponente de esta escuela en el ámbito concursal, a través de la labor prelegislativa de Manfred BALZ, alumno suyo en Harvard y divulgador de las ideas del profesor americano en Europa (v. BALZ «*Die Logik und Grenzen des Insolvenzrechts*», ZIP (1988) pp. 1438 ss. o idem, «*Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the German Insolvency Law*», *Brook. J. Int. L.*, núm. 1 (1997) pp. 168 ss.).

²⁹ Esta expresión es de Roy GOODE, que fue uno de los introductores del debate sobre la función del Derecho concursal en el Reino Unido (v. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, pp. 39 ss.).

³⁰ Un estudio sobre la relación entre ambas teorías, los valores subyacentes y sobre el alto nivel de ideologización presente en las mismas puede leerse en RÜSCH, «*Bankruptcy reorganization jurisprudence: matters of belief, faith and hope-stepping into the fourth dimension*», *Mont. L. Rev.*, núm. 55, 1994, pp. 10 ss.

³¹ Sobre esta concepción, inserta en la escuela doctrinal del análisis económico del Derecho, v., entre muchos, los clásicos de Jackson y Baird: JACKSON, T., «*Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain*», *Yale L J*, núm. 91, 1982, pp. 857 ss.; BAIRD, D., «*Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren*», *Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 815 ss.; idem, «*The Uneasy Case for Corporate Reorganization*», *J. Legal Stud.*, núm. 15, 1986, pp. 127 ss.

³² Como principales defensores de esta visión del Derecho concursal, v., también entre muchos, KOROBKIN, «*Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy*», *Colum. L. Rev.*, núm. 91, 1991, pp. 717 ss.; WARREN, E., «*Bankruptcy policy*», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 775 ss.; CARLSON, «*Bankruptcy theory and creditor's bargain*», *U. Cin. L. Rev.*, núm. 61, 1992, pp. 453 ss.; o BOWERS, «*Groping and coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and elementary economics of failure*», *Mich. L. Rev.*, núm. 88, 1990, pp. 2097 ss.

lisis microeconómico clásico, considera que la única función del Derecho concursal debe ser la representación mimética dentro del procedimiento de los acuerdos que el deudor y los acreedores alcanzaron fuera, operando en un mercado libre. Los conflictos entre el deudor y sus acreedores o entre los propios acreedores deben resolverse como se pactó fuera del procedimiento (a través, por ejemplo, del establecimiento de garantías o de subordinaciones convencionales) y, si nada se pactó –y aquí radica el punto más controvertido– el conflicto debe resolverse según se supone que las partes habrían decidido conforme a criterios de eficiencia si hubiesen previsto el problema (es lo que se denomina la «negociación hipotética»: *hypothetical bargain*). Es decir, se realiza un análisis *ex post*, conforme a criterios de eficiencia, sobre lo que las partes «habrían querido».

Frente a esta visión del Derecho concursal, la segunda de las «escuelas» de pensamiento toma como punto de partida una posición menos axiomática y, por lo general, está más alejado de los modelos puramente abstractos. Pese a partir de algunos presupuestos comunes (por ejemplo, y sobre todo, la idea de que la mejor distribución de los recursos es la que se deriva de la libre actividad de los sujetos en el mercado), esconde valores distintos, diferente finalidad y distinta perspectiva en el enfoque del problema: ante la situación de insolvencia, la mirada no se centra exclusivamente en la maximización del valor de que va a ser distribuido entre los acreedores, sino que, partiendo de la realidad del fracaso empresarial, se busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses. En la insolvencia de un empresario no sólo están implicados los acreedores, sino que existe una pluralidad de intereses afectados que no se pueden ignorar. El Derecho concursal es, por lo tanto, un procedimiento legal dirigido a distribuir los recursos insuficientes entre todos aquellos afectados por la situación. Para ello, hay que diseñar un sistema que responda de manera flexible a la crisis económica, intentando cohonestar –no ordenar jerárquicamente– los valores y los intereses de todas las partes afectadas.

Las finalidades que existen detrás de estas distintas posiciones doctrinales constituyen «objetivos abstractos». Son argumentos de «política legislativa» y sus destinatarios naturales no son los jueces, sino los legisladores³³. Son modelos teóricos que aportan interesantes instrumentos de análisis, pero no tienen ninguna

³³ Estos modelos –sobre todo el primero de ellos– realizan consideraciones normativas, que sirven para criticar una legislación concreta, y, en este contexto, resulta de gran utilidad. Puede igualmente reconocérsele una cierta eficacia interpretativa, en tanto la indeterminación de la Ley permita que consideraciones tan generales sean utilizadas para resolver un problema concreto de interpretación. Pero se trata de reflexiones realizadas con carácter abstracto y basadas en modelos económicos que no discriminan críticamente entre las distintas circunstancias de los mercados; es decir, son normalmente demasiado genéricas para basar interpretaciones de preceptos concretos. Por mucho que una solución –según Pareto o Kaldor y Hicks– sea más eficiente, el tenor literal de la Ley o la voluntad concreta del legislador son barreras insalvables aunque contradigan los postulados del modelo teórico. Su campo de acción natural está en las consideraciones *de lege ferenda*.

conexión con la Ley. En otras palabras, pueden ser entendidos como instrumentos metodológicos, pero no como finalidades concretas que permitan la interpretación de una normativa concreta. Si no fuera así, podría decirse que la finalidad concursal de todos los Derechos concursales del mundo es la misma; y, por tanto, totalmente independiente del legislador, al que se vería negado el poder de dictar leyes que regularan la insolvencia de un deudor en el mercado.

El «interés concursal» es una finalidad concreta, basada en datos normativos del Derecho español. Con independencia del juicio valorativo que merezca la Ley Concursal, es incontrovertible que ésta existe y es y debe ser aplicada en toda su extensión (es decir, según su finalidad). No es éste un trabajo dirigido al legislador, sino al intérprete legal. El método funcionalista aquí propuesto es, en buena medida, el contrario a un análisis abstracto con soluciones para todos los supuestos, en todo lugar: el funcionalismo aquí propuesto no sólo se mantiene estrictamente dentro de los límites interpretativos generales, sino que persigue, precisamente, el máximo respeto a la finalidad de la Ley; de una Ley concreta.

Ahora bien, esto no quiere decir que no existan puntos de contacto material con los modelos «abstractos» y con las aproximaciones «filosóficas». La inexistencia de una definición concreta del fin del procedimiento concursal hace que deba necesariamente partirse de un contexto jurídico y socioeconómico para delimitarlo. El Derecho concursal español se enmarca en una economía de mercado, en la que el respeto a la autonomía de la voluntad y a los pactos de las partes es un presupuesto de funcionamiento. En este punto, la coincidencia de nuestro enfoque con las propuestas de los teóricos estadounidenses es total.

3.3 La construcción del concepto

3.3.1 LA DEFINICIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONCURSO: LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

A diferencia de la Ley Concursal, la legislación de otros países de nuestro entorno jurídico-económico ha tipificado expresamente el objetivo de su sistema concursal. En el caso alemán, paradigmático por ser el primero en incluir una fijación expresa de objetivos, se ha optado por realizar una definición genérica, al principio de la Ley. Tanto el carácter general del texto como la situación sistemá-

tica del artículo en que se recoge confieren a la definición del objetivo una eficacia general, vinculante para todos órganos del concurso. Por el contrario, el Derecho inglés surgido tras la reforma de 2002 ha centrado la finalidad en la actividad del administrador concursal (el *administrator*): tras un periodo de información y análisis fáctico, el *insolvency practitioner* deberá decidir cuál es la finalidad que debe seguirse en el concurso concreto, según un catálogo legal de objetivos jerárquicamente ordenados. Toda la actuación del administrador, desde ese momento, deberá estar dirigida únicamente a conseguir el fin fijado.

En Alemania, tanto en el § 1 de la *Insolvenzordnung* como en el tan traído § 3 de la derogada Ordenanza de concursos de 1877 se determina «para qué sirve» el concurso ³⁴. La doctrina, de manera casi unánime, interpretaba e interpreta ambas declaraciones legales con una sola frase: «la finalidad del concurso es la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible» ³⁵.

En Derecho inglés no existía una definición de la finalidad del concurso hasta la importante reforma operada por la *Enterprise Act 2002* ³⁶. El *administrator* tiene que enunciar formalmente cuál es el objetivo del procedimiento, y está vinculado en su actuación por lo que establezca. Pero la *Insolvency Act* no deja libertad plena al *administrator*. En el importantísimo párrafo 3 se establece una terna de posibilidades entre las que tiene que elegir el órgano; pero esas posibilidades tampoco son libres, sino que están jerarquizadas. Así, señala el precepto:

«3(1) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones con la finalidad de: a) «rescatar» la compañía como empresa en funcionamiento; b) conseguir un resultado mejor para los

³⁴ Señalaba el § 3 de la derogada *Konkursordnung*: «[L]a masa –activa– del concurso sirve para la satisfacción de todos los acreedores personales que tengan frente al concursado un crédito de naturaleza patrimonial, anterior a la apertura del procedimiento de concurso». El § 1 de la vigente *Insolvenzordnung* señala que «[E]l procedimiento concursal sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor común a través de la liquidación y posterior reparto del patrimonio del deudor o, llegando a una solución distinta, a través de un convenio de insolvencia que incluya especialmente el mantenimiento de la empresa». En este último caso, la diversidad de soluciones resulta de la unificación de las antiguas *Konkursordnung*, *Vergleichsordnung* y *Gesamtvollstreckungsordnung* en un procedimiento unitario que, en su seno, contempla las posibles soluciones que cada uno de aquellos procedimientos preveían individual y excluyentemente. Sobre el importante § 1, v., por todos, SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart, Köln. Berlin, Kohlhammer, 2001, 2.ª ed., § 1, Anm. 1 ss.

³⁵ La frase se debe a ERNST JAEGER: «Ziel des Konkursverfahrens ist die Gleichmässige und möglichst weitgehende Befriedigung aller Konkursgläubiger». JAEGER, E., *Konkursordnung, Einleitung*, Anm. 1. En parecidos, si no iguales, términos, se pronuncia expresamente la práctica totalidad de la doctrina. V., por todos, JAUERING, O., *Zwangsvollstreckungs-*, § 38, Anm. 1, 1.

³⁶ Como ha señalado ROY GOODE, la reforma de 2002 ha «revolucionado la Legislación» en materia de reestructuración de empresas en dificultades (v. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, p. 318). La Ley ha incluido un nuevo Capítulo IV dentro de la Parte III de la *Insolvency Act 1986*.

«acreedores en general» de la compañía de lo que sería razonablemente previsible si la compañía entrase en liquidación; c) liquidar propiedad de la compañía para distribuir el resultado a uno o más acreedores privilegiados o con garantía. 3(2) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones en el interés de los «acreedores en general». 3(3) El administrador debe ejercitar sus funciones con la finalidad especificada en el subpárrafo 1(a) (rescatar compañía en funcionamiento) a no ser que piense que: a) no es razonable que pueda alcanzarse ese objetivo en la práctica; b) el resultado del subpárrafo 1 (b) conseguiría un mejor resultado para los acreedores «en general».

Pues bien, de este enmarañado precepto se entresacan las siguientes conclusiones: 1) existe un mandato general en el comportamiento del órgano, y es la máxima protección para los «acreedores en general», es decir, que el *administrator*, a la hora de decidir, debe guiarse por aquello que, en abstracto, beneficiaría a los acreedores «como si fuesen un único acreedor»; 2) el apartado 1(b) es el preferido por la Ley, y hace referencia al «saneamiento de la empresa» (*Business rescue*), que será siempre elegido por encima de todas las demás opciones; 3) la alternativa favorita siempre que no se dé el «saneamiento de la empresa», es 1 (a), esto es, el «saneamiento del empresario» (*company rescue*). Concluyendo, pues: el Derecho inglés establece una jerarquía de objetivos que debe necesariamente seguirse por el administrador, según la cual éste adoptará todas las medidas necesarias para conseguir el mayor valor por la masa, transmitiéndola como un todo sin tener en cuenta que ello supone la posterior (e inmediata liquidación y extinción de la compañía). Una vez el *administrator* ha decidido el camino a seguir y ha delimitado el objetivo, sus competencias deben ceñirse a conseguir esa finalidad, y cualquier desvío culpable derivaría en su responsabilidad personal (debe recordarse que los *insolvency practitioners* tienen el deber de suscribir un costoso seguro de responsabilidad civil).

3.3.2 PRECISIÓN PREVIA: EL «INTERÉS DEL CONCURSO» COMO CONCEPTO SUBJETIVO

3.3.2.1 *La naturaleza subjetiva del concepto*

Antes de entrar en el análisis del contenido del concepto resulta necesario hacer una precisión importante: *el «interés del concurso» engloba, exclusivamente, intereses subjetivos*. Es decir, la finalidad del procedimiento concursal consiste en tutelar la esfera jurídica de personas determinadas, no en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora.

Como se ha señalado al delimitar la eficacia interpretativa del «interés del concurso», el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos

para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, nunca un fin en sí mismos. De este modo, afirmar, por ejemplo, que la Ley patrocina preferentemente un convenio y que la continuación es preferida sobre la liquidación no deben nunca tomarse como criterios absolutos.

La utilización de los instrumentos como fines encierra, en realidad, una preferencia de política legislativa clara. Si se predetermina el convenio de continuación como un fin en sí mismo, lo que se está haciendo es poner a determinadas personas (los trabajadores por sus créditos futuros, paradigmáticamente) por encima de otras (los acreedores por créditos existentes) en el reparto de las pérdidas que siempre acarrea un concurso. La idea es clara: si se trata, primero, de continuar con la empresa aunque ello traiga consigo un pago a los acreedores menor al que recibirían de liquidarla, o si se acepta una oferta de adquisición por un precio menor al de otra oferta, porque con la primera propuesta mantiene más puestos de trabajo, en realidad se está *pagando a los trabajadores con «el dinero de los acreedores»*³⁷. La aproximación aquí defendida tiene implicaciones interpretativas directas (v. *infra*. § 3.3.5).

3.3.2.2 *El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento*

1. La subjetivización excluyente del «interés del concurso» tiene importantes consecuencias interpretativas. La «instrumentalización» de toda medida legal que no consista en la tutela directa de un interés subjetivo concreto conlleva, fundamentalmente, la flexibilidad y la subordinación del fin al medio. Salvo en aquellos supuestos en que claramente la Ley configure una actuación como «de orden público», las instituciones concursales deben interpretarse en función del interés que protegen en cada caso³⁸.

Esta regla tenía una aplicación muy restringida en el Derecho derogado. El sistema compuesto por los Códigos de comercio y las normas forenses de la Ley de enjuiciamiento de 1881 creaban procedimientos en que el legislador «apriorizaba» el instrumento váli-

³⁷ Sea esto justo o no, no es tema del presente trabajo; ahora bien, el que realice afirmaciones como las que citábamos al iniciar este inciso debe ser consciente de lo que propugna. Este enfoque puede leerse en el trabajo de GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva Ley Concursal», pp. 294 ss., sobre todo 306 ss.

³⁸ Esta afirmación no «descose» el engranaje diseñado en el procedimiento concursal. Es decir, no supone afirmar que toda previsión de la Ley es susceptible de interpretación flexible o de incumplimiento si con ello se protege mejor el interés concursal. Así, por ejemplo, las normas estrictamente procesales no pueden alterarse ni dejan espacio a discrecionalidad alguna: se cumplen o no; y deben cumplirse, pues las reglas del procedimiento son de orden público. Se trata de un criterio que sólo permite integrar las lagunas o dar sentido a las ambigüedades.

do para el fin que perseguía: en la quiebra, había, en principio, que liquidar ³⁹. El legislador (*rectius*, los legisladores) preestablecían el camino para conseguir la satisfacción de los acreedores o la tutela del mercado y la sanción al deudor; no había lugar a la interpretación. Así, por ejemplo, cualquier actuación que dificultara la finalidad liquidativa era radicalmente ineficaz ⁴⁰. La situación es bien distinta en el Derecho concursal vigente.

En efecto, como es sabido, la Ley Concursal configura un procedimiento unitario, en el que caben tanto la reestructuración de la empresa como la liquidación. El convenio y la liquidación son excluyentes: no puede liquidarse por convenio y en la liquidación conduce a irremediabilmente a la realización del activo. Pues bien, a nuestro modo de ver, se trata de dos instrumentos para la consecución del «interés concursal» que se sitúan en un igual nivel de preferencia legal ⁴¹. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley

³⁹ Como es sabido, en el derecho concursal derogado había un procedimiento esencialmente liquidativo (la quiebra) y otro tendente a la obtención de un acuerdo con los acreedores (la suspensión de pagos). Sin embargo, el procedimiento concebido para la continuidad podía acabar con la liquidación a través de un convenio liquidatorio y la quiebra prolongar la vida de la empresa con la conclusión de un convenio de continuación. Esta dualidad, sin embargo, sólo a primera vista es un impedimento para acotar la finalidad del procedimiento. A poco que se reflexione parece claro que el hecho de que en la quiebra se prevea la posibilidad de alcanzar un convenio que permita continuidad del negocio, no impide que se concebía la liquidación como una de los elementos cardinales de la finalidad del procedimiento. En primer lugar, porque de derecho –aunque no de hecho– el convenio de la quiebra era una solución subsidiaria, una suerte de «puerta trasera» del procedimiento (y ello pese a que en la práctica fuese una solución común, entre otras razones, por el miedo –injustificado, muchas veces– a percibir aún menor dividiendo que en caso de liquidación, manipulación del sistema, etc.). En segundo lugar, porque no es un fin en sí mismo, sino, simplemente, una manera más de conseguir la finalidad principal. En tercer lugar, porque su virtualidad se limita a un trámite determinado en el seno del procedimiento y, sólo en caso de que la quiebra se encuentre inmersa en él, puede ser tomado en consideración. En otras palabras, la sindicatura sólo podía llevar a cabo actos que impidiesen directa e indudablemente la liquidación en caso de encontrarse –interinamente– en vías de realizar aquello que la voluntad de las partes (deudor y acreedores en Junta) haya decidido.

La separación inicial de finalidades posibles en los procedimientos de solución de la crisis es también la solución más extendida en el Derecho comparado: a modo de ejemplo, valgan los sistemas concursales de Italia, el Reino Unido o Estados Unidos. En este punto, la reforma española de 2003 ha optado por seguir la vía alemana de la *Insolvenzordnung* de 1994, en la que se establece un procedimiento unitario con varias posibles «salidas».

⁴⁰ Estas limitaciones son propias de todo sistema concursal exclusivamente liquidativo. Así, por ejemplo, uno los asuntos que más estudio ha merecido para la doctrina italiana es la posibilidad de que el *curatore* concluya contratos de arrendamiento de duración superior a los nueve años. La mayoría opta por negar tal posibilidad por dificultar la liquidación del patrimonio del insolvente. V., entre otros, SEMIANI BIGNARDI, F., «Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare», en «*Scritti giuridici (1953-1965)*», Padova, Cedam, 1968, pp. 86 ss., esp. en p. 93; CASELLI, G., «*Organi del fallimento*», en *Scialoja-Branca, Commentario alla Legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 160; y, sobre todo, RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 35 ss., *passim*. La doctrina italiana niega también, por los mismos motivos, la facultad del órgano administrativo de otorgar derechos de opción sobre bienes de la masa: v. RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita*, p. 24.

⁴¹ V., ya antes, ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1850.

señale su predilección por la solución pactada, se trata de una declaración de intenciones que posteriormente sólo se traduce en el articulado en el aspecto temporal: la Ley crea un *iter* procedimental en el que, salvo determinadas circunstancias, se pasa de una fase común instrumental al convenio; al que, en su caso, seguirá la liquidación. Pero ahí termina la preferencia, como demuestra el hecho de que el propio deudor pueda impedir el convenio desde el principio o que los acreedores, principales protegidos por el «interés concursal», puedan rechazar el acuerdo si no beneficia a sus intereses ⁴².

2. La equiparación de instrumentos legales para la obtención del fin del concurso se traslada a las distintas fases. Las actuaciones en cada una de ellas estarán específicamente limitadas por dos finalidades: en primer lugar, por la genérica protección del «interés concursal», que constituye la razón del proceso y que delimita todo el procedimiento; en segundo lugar, por la *finalidad instrumental* de cada fase. Esta segunda limitación exige alguna precisión ulterior.

La primera y necesaria fase del concurso se denomina legalmente «fase común» (art. 21.2 LC). Se trata de una fase meramente instrumental, en la que se realizan todos los trámites procesales y se reúne toda la información para que posteriormente, en las fases decisorias, puede llegarse a la mejor solución del concurso. Es, pues, un «instrumento del instrumento» o, si se prefiere, un periodo instrumental de segundo grado. Esto tiene una considerable importancia en lo que aquí concierne y explica muchas de sus previsiones normativas: en la fase común no deben realizarse actuaciones que *prejuzguen* una solución al concurso ⁴³. Es decir, y apli-

⁴² Con claridad meridiana señalan los profesores ROJO y BELTRÁN: «[L]a Ley Concursal prevé dos únicas y alternativas soluciones al concurso de acreedores: el convenio [...] y la liquidación [...]. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores, conforme a la clasificación legal» (v. ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1849). En este mismo sentido, v. GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. IV, p. 4596.

⁴³ Un buen ejemplo de la importancia que la Ley concede a la necesidad de no abortar prematuramente una solución determinada se refleja en el tratamiento de las garantías sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Éstos no se pueden ejecutar hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso. Además, la administración concursal puede cancelar el crédito con cargo a la masa si mantener el bien en el patrimonio concursal conviene al concurso. Estas reglas, importadas de la Ordenanza alemana de 1994, expresan claramente la jerarquización de intereses de la Ley: se limitan los derechos del acreedor garantizado en beneficio de los restantes acreedores (y del deudor). Al posponer la ejecución, se favorece la continuidad pero, sobre todo, se protege el valor de la masa, al permitir que la empresa siga en funcionamiento (no puede

cado al órgano de administración, durante la fase común los administradores del concurso, en su vertiente activa, han de realizar todas las actuaciones necesarias para una mejor decisión de los interesados (acreedores y deudor); y, en la pasiva, han de abstenerse de ejecutar aquello que dificulte o impida la posterior consecución de un convenio o de la liquidación ⁴⁴. Aplicando este mismo razonamiento, en la fase de convenio los administradores realizarán las labores instrumentales legalmente encomendadas para permitir una más correcta decisión sobre las propuestas presentadas ⁴⁵, pero, además, no podrán adoptar ninguna que impida o dificulte la liquidación. La condición de última posibilidad temporal de la fase de liquidación la convierte, precisamente, en un elemento decisivo a la hora de delimitar la actuación de los órganos durante todo el proceso. En efecto, la liquidación puede que nunca acontezca, pero la sola posibilidad es suficiente para negar aquellas actuaciones que puedan impedir la ⁴⁶. Así, por ejemplo, con independencia de la fase en que se encuentre el concurso, en principio no parece que los administradores concursales puedan concluir un contrato de arrendamiento *de larga duración* si, con ello, comprometen un bien de la masa y, por tanto, dificultan la liquidación del patrimonio concursal (porque una legislación de arrendamientos proteccionista con el arrendatario impida su desahucio) ⁴⁷.

suspenderse la ejecución si el bien no está afecto a la actividad) y su posible enajenación global. A cambio, el acreedor con garantía sólo sufre una restricción temporal.

⁴⁴ Esto explicaría por qué los administradores concursales han de solicitar autorización al juez para realizar actos de disposición de la masa activa durante las fases común y de convenio.

⁴⁵ Esto no debe entenderse como una labor de «fomento del convenio». La tarea de los administradores es puramente técnica, aséptica, consistente en poner sobre la mesa todos los elementos de juicio posibles para que las partes decidan. Y si las circunstancias desaconsejan el convenio, así deberán ponerlo de manifiesto. El convenio es, insistimos, un mero instrumento.

⁴⁶ Como se aprecia, curiosamente la solución que parecía catalogarse como «último recurso» en la Exposición de Motivos acaba convirtiéndose en omnipresente por el propio diseño legal.

⁴⁷ En todo caso, salvo en supuestos muy evidentes, la limitación de las facultades de administración de los administradores concursales quedará en un ámbito interno. El órgano de administración deberá responder ante los acreedores y el deudor por la infracción de los límites instrumentales del concurso, pero no parece fácil que esta circunstancia afecte al tercero a través de la ineficacia del acto.

Y respecto de la responsabilidad, habrá de concurrir el daño y la culpa. Sólo habrá daño cuando se haya lesionado el «interés del concurso», algo que no debe confundirse con la contradicción con la finalidad de la fase concreta. Sólo habrá culpa cuando resulte evidente a un administrador concursal medio que el acto concreto contradice los objetivos de la fase concreta o dificulta la siguiente. Así, por ejemplo, difícilmente se podría condenar a los miembros del órgano que han comprometido el uso y disfrute de un bien con un tercero cuando parecía muy probable que se alcanzase un convenio de continuación con los acreedores (convenio que no tenía ese bien como elemento esencial, claro).

3.3.3 LOS ACREEDORES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL «INTERÉS CONCURSAL»

3.3.3.1. *La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica.*— En Derecho español, la finalidad esencial del concurso es la satisfacción *concurstral* de los acreedores del deudor común⁴⁸. El deudor, en virtud del principio de responsabilidad universal, ha de satisfacer las deudas contraídas con sus bienes presentes y futuros (arts. 1911 CC y 76 LC). Cuando entra en un estado de crisis económica general y no puede responder ante la pluralidad de sus acreedores se arbitra legalmente un proceso colectivo que constituye un mecanismo de reparto de pérdidas, desde la perspectiva de los titulares de créditos contra el insolvente, y un procedimiento pensado para la realización de su patrimonio, desde la posición del concursado. El concurso es, pues, un instrumento procesal diseñado para que se haga efectiva la «función de responsabilidad» del patrimonio de un deudor común (*Haftungsfunktion*), o, lo que es igual, el intento por satisfacer a los acreedores en la mayor medida posible. Es lo que se ha llamado autorizadamente la «función solutoria» del concurso de acreedores⁴⁹.

La Exposición de Motivos hace referencias expresas a la tutela de los acreedores como finalidad principal del concurso. Al analizar los cambios sistemáticos en el procedimiento, se señala que «[...] *La unidad del procedimiento [...] se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso*». Posteriormente, al exponer las líneas generales del con-

⁴⁸ V., entre otros muchos, GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal», p. 4596.

La satisfacción de los acreedores como objetivo del concurso es algo que ha ocurrido, desde los albores del Derecho concursal, en la mayoría de los Ordenamientos. V., al respecto, ROJO, «Notas para la reforma», p. 515; es más, se puede afirmar de la práctica totalidad de las legislaciones concursales de los países de nuestro entorno y era ya algo presente en los estatutos de las ciudades-estado del medioevo italiano: v. SANTARELLI, U., *Per un storia del fallimento nella Ettià Intermedia*, Padova, Cedam, 1962, pp. 3, 100 y, sobre todo, 322 ss. No se trata, sin embargo, de la única finalidad perseguida a lo largo de la historia. En ocasiones, el objetivo primordial era la salvación de la empresa y todo lo que a ella rodeaba: v. RIESENFELD, «*The evolution of modern Bankruptcy Law*», *Minn. L. Rev.*, núm. 31, 1947, pp. 401 ss.). En la teoría clásica, la liquidación de la empresa que había fracasado en el tráfico constituía algo saludable para el mercado; el procedimiento cumplía, así, una función de limpieza (*Reinigungsfunktion*). En el Derecho español vigente, sin embargo, y a falta de declaraciones expresas en tal sentido, los efectos macroeconómicos de la solución a las crisis se sitúan en segundo plano respecto de la satisfacción de los acreedores. Si se liquida, será porque convenga a unos acreedores ciertos de un deudor determinado, pero no porque con ello se depure el mercado de sujetos indeseables.

⁴⁹ V. ROJO, A., en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., Madrid (Civitas) 2006, t. II, pp. 895 ss.

venio señala que «[...] la Ley fomenta (el convenio) con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo». De estas palabras tan sólo pueden extraerse dos ideas: 1) que la finalidad más importante del concurso es satisfacer a los acreedores; 2) que no es el único objetivo (pues habla de «finalidad esencial») ⁵⁰.

3.3.3.2 LA NECESIDAD DE CONCRECIÓN: LOS CONFLICTOS ENTRE ACREEDORES (REMISIÓN)

Estas afirmaciones, no por obvias menos importantes, adolecen de insuficiente concreción para el presente análisis. Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros. Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso. El órgano de administración despliega una actividad compleja, donde la gestión de un patrimonio empresarial y la gran cantidad de intereses que confluyen sobre la situación de crisis económica exigen una mayor precisión en los fines perseguidos. Es necesario desentrañar cómo deberá interpretarse la Ley y cómo deberán actuar los administradores concursales para satisfacer a esos acreedores; y será necesario precisar cómo se satisfará a esos acreedores.

El primer punto se aborda detalladamente en los apartados siguientes. Sin embargo es necesario realizar una precisión en este lugar: a la hora de analizar la posición jurídica de los acreedores y, por tanto, a la hora de establecer cuándo una actuación va en pos de su mayor satisfacción, debe tomarse en consideración *exclusivamente* su situación *como acreedores concursales*. Los órganos del concurso sólo procuran los intereses de los *acreedores en cuanto acreedores concursales*, es decir, aquellos intereses delimitados

⁵⁰ En el Derecho derogado, la Exposición de Motivos del Código de comercio añadía una finalidad: «[...] no debe olvidarse que la legislación de concursos tiene por principal objeto impedir que los comerciantes abusen de su crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos [...] Consecuente el Proyecto con la idea de castigar el fraude donde quiera que esté [...]». Hijo de su tiempo, el Código de 1885 muestra una gran preocupación por la sanción a un sujeto considerado como ignominioso por haber causado un daño a la sociedad. Esta orientación ha desaparecido como tal, lo que se demuestra por la subjetivización de las sanciones al deudor, que sólo acontecen ante comportamientos reprobables.

por la pretensión reconocida en la concurso ⁵¹. Los intereses individuales ajenos al concurso de cada uno de los titulares de créditos insinuados son indiferentes para la concurso. Así, por ejemplo, la administración concursal no está en ningún caso obligada a entrar en relaciones con un proveedor determinado porque ello beneficie a uno de los acreedores, por mucho que éste tenga la mayoría de los votos en la junta. La posición extraconcursal de los participantes en el procedimiento es ajena al «interés concursal».

El segundo punto está resuelto categóricamente por la Ley. La satisfacción final de los acreedores a través del reparto del dividendo se hará a través de una serie de criterios legalmente establecidos y que, en el Derecho español vigente, y en contra de lo que señalaba el § 3 de la *Konkursordnung* alemana, no toman como elemento central la satisfacción proporcional o *par condicio* ⁵². La Ley concursal establece imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea *la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido*.

3.3.4 EL «INTERÉS CONCURSAL» Y EL TRATAMIENTO DE INTERESES DISTINTOS AL INTERÉS DE LOS ACREEDORES

La lectura de la Ley Concursal permite apreciar la existencia de otros sujetos protegidos y la persecución de otras finalidades ajenas a la satisfacción de personas concretas. A continuación exponemos, ordenadamente, los distintos supuestos.

3.3.4.1 *Otros intereses subjetivos protegidos*

1. No pueden dejarse completamente de lado los intereses del concursado, que es una de las partes del proceso. Como es bien sabido, el deudor común, con la apertura del procedimiento concursal no pierde la titularidad del patrimonio; se ve sometido a una prohibición de administrar y disponer y sufre una serie de efectos restrictivos en la esfera personal (deberes de colaboración, interdicciones, etc.), en beneficio del mejor desarrollo del concurso.

⁵¹ Para el Derecho italiano, expresamente, RIVOLTA, C., *L'esercizio*, pp. 123 ss.

⁵² La aplicación de la *par condicio* queda reducida a los acreedores ordinarios y al seno de cada categoría en los acreedores privilegiados y en los subordinados. Respecto del principio de proporcionalidad, v. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio*, pp. 97 ss.

Precisamente el hecho de no perder la titularidad de los bienes y derechos que forman la masa activa permite afirmar que le corresponde una legítima expectativa al remanente y, en su caso, a la continuación de la actividad empresarial una vez clausurado el procedimiento. Estos legítimos intereses, que en buena medida se articulan a través de una serie de facultades defensivas y de control en el seno del procedimiento (impugnaciones, presencia en ciertos trámites, legitimación paralela en el foro, capacidad de propuesta, etc.), deben también ser tenidos en consideración por los órganos del concurso en la medida en que forman, también, parte, del «interés concursal». Puede afirmarse, pues, que *la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común.*

2. Existe otro grupo de interesados en el resultado del procedimiento, cuyos componentes presentan un contenido heterogéneo: los acreedores concursales a título individual, es decir, no como titulares de crédito reconocido en la concurso, por ejemplo, los trabajadores y el interés que normalmente tendrán en la conservación del puesto de trabajo (arts. 100.2, 148, 149, etc.); los empresarios dependientes, o, más ampliamente, un sector de actividad estratégico (art. 100.1, segundo inciso), etc. La inclusión de estos sujetos en el «interés concursal» es también posible, pero a un nivel muy reducido, pues bien ocupan un puesto residual en la jerarquía de intereses, bien se limitan a supuestos muy concretos.

3.3.4.2 *La protección del interés público*

La Ley Concursal incluye igualmente una serie de objetivos de «orden público»: la protección del tráfico, en general, y del mercado, en particular, cuando prevé la extinción de las personas jurídicas que hayan liquidado la totalidad de sus bienes, sin haber satisfecho con ello a todos los acreedores (art. 178.3 LC)⁵³; y, sobre todo, la Ley persigue la defensa del interés público a través de la sanción de determinados comportamientos reprobables del deudor (arts. 167 ss., entre otros).

El Derecho concursal vigente ha eliminado el afán sancionador del sistema derogado, subordinándolo al interés de los acreedores y de los restantes interesados. Así, ya no impide el convenio cuando

⁵³ La finalidad es evitar que continúen en el tráfico, como si de un fantasma se tratase, aquellas personas jurídicas vacías de patrimonio que sólo pueden causar perjuicios al tráfico. Detrás de esta previsión legal quizás se encuentre, también, un cierto interés legislativo por completar la tarea de «purificación» del mercado.

el deudor persona física haya observado un comportamiento merecedor de reproche, como hacía anteriormente el Código de comercio para los supuestos de quiebra fraudulenta. Aquella regulación proscribía taxativamente el acuerdo en estos supuestos, aunque éste hubiese sido muy favorable para los acreedores⁵⁴. Pero quizás donde mejor se aprecie la voluntad de «sacrificio» del «interés público abstracto» (la sanción de posibles comportamientos reprobables y, por tanto, la protección del mercado) a favor del «interés público concreto» que representa el «interés concursal» se aprecie en el artículo 163.1-1.º de la Ley Concursal. En el mismo se establece que la pieza de calificación sólo se abrirá cuando el procedimiento concluya con la liquidación o con un convenio con quitas superiores a 1/3 o con esperas mayores de 3 años. Es decir, si un deudor ha causado un daño «pequeño» a sus acreedores, el Ordenamiento jurídico «mira hacia otro lado» y no abre la pieza destinada a depurar responsabilidades⁵⁵. Se trata de una norma destinada a adelantar el momento en que se abre el concurso y, con ello, conseguir una mayor satisfacción de los acreedores.

3.3.5 LA REALIZACIÓN DEL «INTERÉS CONCURSAL»: LA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS INTERESES INCLUIDOS EN EL CONCEPTO

Se hace necesario establecer los criterios que deberán seguir los órganos del concurso para solucionar los *conflictos de intereses* que surjan entre los distintos sujetos implicados en la insolvencia.

3.3.5.1 *La administración de la masa, el riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados*

1. Desde la perspectiva de la actividad de administración de los administradores concursales, la tutela del «interés del concurso» (objetivo final) se debe hacer a través de una serie de actuaciones relacionadas con la masa activa (objetivos intermedios), cuyo cumplimiento desembocará en la finalidad definitiva del proceso.

A) Sin duda, un primer «objetivo intermedio» que han de perseguir los administradores del concurso, que constituye un *prius* respecto de los siguientes, consiste la *maximización de la masa activa*. El órgano tiene el deber de ejercitar sus competencias de

⁵⁴ Esta regla de la quiebra no debe confundirse con las prohibiciones legales a presentar convenio anticipado del concurso actual (art. 105 LC). Es cierto que no todo deudor puede acceder al trámite, pero no lo es menos que se trata, en buena medida, de un beneficio procesal, pues nada le impide repetir la propuesta en un convenio ordinario.

⁵⁵ Naturalmente, estas afirmaciones son sólo válidas para las actuaciones antijurídicas del ámbito civil. Las eventuales responsabilidades penales o tributarias son exigibles con total independencia del resultado final del concurso de acreedores.

administración del patrimonio de manera que se obtenga *el máximo valor de la masa activa concursal* ⁵⁶. Esta conclusión se deduce de declaraciones dispersas en varios preceptos de la Ley Concursal: artículo 35.1, 43.1, 44.3, 61.2, 68-70, 71, etc. LC ⁵⁷. En todos ellos se establecen deberes de diligencia en la actuación de los administradores, se les conceden instrumentos para engrosar la masa y se les dan instrucciones para la obtención del mayor rendimiento al patrimonio. El órgano debe, pues, llevar a cabo una administración que procure no sólo la conservación estricta del patrimonio, en el sentido de mantenimiento del valor de los elementos que lo integran, sino también la maximización del valor de la masa a través de aquellas actuaciones que puedan incrementar su rendimiento económico.

B) Un segundo «objetivo intermedio», que coadyuva a dar sentido al anterior, y que normalmente surge sólo en la última fase del concurso, consistiría en la *búsqueda de la mejor liquidación posible del activo previamente maximizado*.

Salvo, claro está, que se haya concluido un convenio de continuación. Pero la ejecución del convenio es algo ajeno a la administración concursal, que cesa en el mismo momento de la eficacia del acuerdo (art. 133.2, inciso segundo LC). Desde que se aprueba el convenio hasta la fecha de la sentencia que lo aprueba los administradores concursales no tienen que llevar a cabo actuaciones previstas en el convenio, sino que siguen bajo el mismo mandato imperativo que antes de la aprobación. El contenido de lo acordado es ajeno para ellos. Aunque se prevea que una comisión que supervise el cumplimiento de lo pactado y ésta se integre por los mismos sujetos que oponían la administración concursal, no se tratará ya del mismo órgano.

En realidad, una vez en fase de convenio, y hasta que éste se aprueba (o si no llega a aprobarse), la finalidad intermedia de los órganos del concurso es la enunciada en el apartado anterior (la maximización de la masa activa). Una vez aprobado el convenio, el único órgano que tiene una labor de tutela del «interés del concurso» es el juez, y ésta se encuentra muy limitada: se articula exclusivamente a través de las causas de oposición (y, además, sólo entra en juego en caso de que alguien impugne el acuerdo). Esto se expli-

⁵⁶ En este primer punto coinciden todas las teorías explicativas de los procedimientos concursales. Es, por ejemplo, el objetivo declarado del modelo de *creditors' bargain*: la maximización del *common pool* (v., por todos, JACKSON, T., *The logic*, pp. 10 ss.) y uno de los fundamentales para las posiciones críticas con este tipo de análisis (v. WARREN, E., «*Bankruptcy policymaking in an imperfect world*», Mich. L. Rev., núm. 92, 1993, pp. 336 ss., especialmente 344 ss.).

⁵⁷ Igual que ocurría en el sistema derogado. El artículo 1073 del Código de 1829 atribuía a los administradores concursales la administración de todos los bienes y pertenencias de la concurso a uso de buen comerciante, la recaudación y cobranza de los créditos de la masa, el pago de gastos necesarios para su conservación y beneficio, la defensa de todos los derechos de la concurso, etc.; pero no era éste el único precepto: artículos 1014, 1017, 1218 LEC 1881, etc.)

ca por la propia naturaleza del concurso de acreedores. Los acreedores son los principales destinatarios de la tutela del proceso y, en caso de convenio aprobado, ellos han decidido libremente cómo debe tutelarse su interés. Es, por tanto, lógico, que los órganos del procedimiento no puedan sustituir su voluntad (más allá de situaciones patológicas: arts. 128 y 131 LC).

También en este punto existe apoyo normativo expreso. La Ley asigna a los administradores concursales el deber de elaborar un plan de liquidación que contemple, a ser posible, la enajenación unitaria de los establecimientos y de las unidades productivas y, por ende, consecución de un mayor valor. Junto a la previsión del plan, se determinan una serie de normas legales supletorias (art. 149) en que se detallan las formas de realización que –previsiblemente– permitirán la obtención de un mayor precio por la masa ⁵⁸. Basta una lectura rápida de estos preceptos para darse cuenta de que con las previsiones la Ley predetermina los modos de liquidación que considera van a conseguir un mejor resultado. Las transmisiones agregadas de bienes y derechos como objeto o las subastas como método no son un fin en sí mismo, de modo que, tras ciertos trámites de control, la administración concursal puede recurrir a otros métodos de enajenación si ello permite obtener una mejor y más eficiente liquidación ⁵⁹.

2. Pues bien, en la realización de los «objetivos intermedios» descrita en el apartado anterior, los órganos del concurso han de actuar como un técnico que adopta decisiones técnicas sin trascendencia subjetiva. Las diferencias jerárquicas entre distintos grupos de interesados *no debe trascender a la actividad del órgano de administración del concurso (ni, a fortiori, en las decisiones del*

⁵⁸ Aunque con contenidos adaptados a su tiempo, algo similar ocurría en el Derecho derogado, sistema liquidativo *ab origine*. Así, por ejemplo, y entre otros, el artículo 1084 del Código de Sainz de Andino señalaba que los «síndicos, atendida la naturaleza de los bienes y consultando la mayor ventaja posible a los intereses de la concurso propondrán la realización de la venta en los tiempos oportunos». Sin embargo, ya entonces la consecución del segundo objetivo intermedio tenía un rango de «principio» concursal superior al conjunto de normas individuales que reglamentan la liquidación de los bienes. Quizás en el momento en que se promulga el Código aquellas fuesen la plasmación práctica de «la mejor liquidación posible» y, por tanto, la detallista regulación era una forma de tutelar su realización práctica. Sin embargo, ya en los últimas décadas de vigencia del sistema, en la mayoría de las ocasiones la liquidación del patrimonio concursal ofrecía mayores réditos a través de la búsqueda de ventas «agregadas», bien de la totalidad de la empresa «en funcionamiento», bien de ramas de actividad definidas. Las consecuencias de una actuación inadecuada de la sindicatura en este sentido, obviando mejores opciones para la masa, por ejemplo, la enajenación en bloque de un establecimiento mercantil, o de una rama de actividad, con la consiguiente pérdida para la masa (lucro cesante), podía haber tenido consecuencias de orden interno, fundamentalmente consistentes en la exigencia de responsabilidades (en algún caso puede esconder la voluntad de los administradores concursales de eliminar a un competidor del tráfico).

⁵⁹ Esto no sólo se ve en la fase de liquidación, sino en todo caso en la realización de los bienes y derechos afectos por una garantía (art. 155.4 LC).

juex sobre aquéllas). La separación entre la mayor satisfacción de los acreedores y el provecho exclusivo de algunos se da sólo en la fase de reparto del dividendo, pero *en ningún caso debe ser tomada en cuenta por la administración concursal en el ejercicio activo de su función*. Es decir, sea cual sea el sistema final de reparto, el «interés concursal», al menos en lo que concierne a su virtualidad como mandato imperativo para los administradores concursales, se concreta en la búsqueda de *la mayor satisfacción de los acreedores como unidad, sin distinciones* (como si «sólo hubiera un acreedor»).

En su comportamiento anterior al reparto, la administración concursal, aunque sea consciente de la existencia de preferencias entre acreedores, no puede en ningún momento actuar como si ello tuviese relevancia. Así, por ejemplo, el hecho de que los créditos de los trabajadores tengan un privilegio o que deba pagarse a los acreedores de la masa en prededucción no quiere decir que la administración concursal, en el desarrollo de la administración, deba tener presentes los intereses de estos en mayor medida.

3. Al establecerse un criterio escalonado de reparto, en el que unos cobrarán con anterioridad a otros, la posibilidad de que se dé un *conflicto de intereses* entre los distintos grupos de acreedores es alta ⁶⁰. En la gran mayoría de los supuestos no habrá suficiente patrimonio para satisfacer íntegramente a todos los acreedores. Por ello, aquellos acreedores que se encuentren entre los primeros en la escala de pago (los acreedores de la masa) o en la recepción del dividendo (los acreedores privilegiados, por ejemplo) tendrán mayor interés en una administración especialmente conservadora. Por el contrario, los titulares de créditos situados en la más bajo del «escalafón» preferirán la adopción de políticas administrativas arriesgadas que aumenten su expectativa de cobrar algo. En el primer caso, los acreedores no tienen nada que ganar y, en el segundo, nada que perder. Este conflicto se da a todos los niveles, y a medida que la masa activa sea más pequeña en relación con la pasiva, se dará entre acreedores con la pretensión a mayor nivel en la escala de cobro.

Los posibles conflictos señalados pueden encuadrarse en dos grupos: en primer lugar, el que acontece entre acreedores concursales (simplificando, privilegiados contra ordinarios); en segundo, el que surja entre éstos últimos y los acreedores de la

⁶⁰ En realidad, el conflicto se da entre los distintos grupos de interesados, no sólo entre acreedores (acreedores ordinarios frente a los subordinados; éstos frente a accionistas, etc.). Nos centramos en el conflicto entre los dos grupos de acreedores que se encuentran en una posición más elevada a título ejemplificativo y porque se trata del conflicto que tiene más posibilidades de producirse en la práctica (*id quod plerumque accidit*).

masa. En el primer supuesto, la aplicación de la regla antes enunciada lleva a la conclusión de que la administración concursal, a la hora de decidir si lleva o no a cabo determinada actuación, *deberá valorar el riesgo como si todos los acreedores fuesen a beneficiarse o a ser perjudicados por igual*. Habrá, pues, de aplicar un nivel de riesgo acorde con la situación, pero sin reducir ni aumentar el nivel medio exigible a los gestores concursales por el hecho de beneficiar a uno o a otra clase de acreedores. El segundo supuesto, a nuestro modo de ver, debe recibir idéntico resultado aunque no pueden ignorarse sus especialidades. Se da cuando el concurso tiene un patrimonio tan –relativamente– escaso que el *conflicto se plantea entre los acreedores concursales en mejor posición y los acreedores de la masa*. Puede argumentarse que una mayor protección de estos sujetos, o, traducido al supuesto en estudio, un especial cuidado a la hora de actuar por la administración concursal, asumiendo un nivel de riesgo menor que el normalmente exigido, acabará redundando en un beneficio para los acreedores concursales porque los sujetos del tráfico estarán dispuestos a contratar con el gestor de un deudor concursado en mejores condiciones (puesto que, se afirma, la onerosidad de las condiciones del negocio jurídico va en función del riesgo) ⁶¹. El argumento, de escaso peso, no parece suficiente para modificar el estándar de comportamiento de los administradores concursales ⁶². Cuando un sujeto contrata con la administración concursal sabe, porque ésta ha actuado *en su condición de órgano*, que la contraparte en el negocio jurídico está en situación de insolvencia. Si ello no le parece suficiente siempre puede exigir un derecho de garantía (algo que la administración concursal, con la concurrente anuencia –en su caso– del juez, estaría en perfectas condiciones de pactar si con ello se beneficia al «interés del concurso»). Y es que, en fin, el sujeto que se relaciona con la masa no tiene ningún motivo para esperar un comportamiento distinto al que podría esperar de cualquier otro sujeto en el tráfico: puede exigir que la contrapar-

⁶¹ La razón última que subyace a esto es la propia esencia de las deudas de la masa. Éstas se cobran en pre-deducción porque se incurre en ellas precisamente en beneficio, siquiera mediato, de los acreedores concursales: v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza-Bolonia, *Studia Albortiana*, 1986, pp. 51 ss., *passim*. El razonamiento es sencillo: si el riesgo se dejara recaer sobre los acreedores de la masa, nadie querría contratar con la administración concursal y, a la larga, saldrían perdiendo los acreedores del deudor concursado.

⁶² De hecho, uno de los temas «clásicos» en la responsabilidad de los administradores versa sobre el posible deber de resarcimiento del órgano ante los acreedores de la masa por el impago de sus créditos (v., en detalle, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, pp. 716 ss.). Es decir, en el fondo, la solución a este problema depende de la solución que se dé a la forma de actuar de los administradores y al nivel de riesgo que han de asumir.

te no asuma riesgos que excedan el normal desarrollo de su actividad, nivel de riesgo que ha podido calcular él mismo con anterioridad ⁶³. Aceptar otra solución abocaría a la administración concursal a observar necesariamente un comportamiento excesivamente conservador, limitando artificialmente sus posibilidades de actuación y podría acabar por producir un perjuicio extraordinario a los acreedores concursales.

4. Los administradores han de observar un administración «conservativa» del patrimonio concursal, acomodando su actividad a unos niveles de riesgo reducidos. Los administradores concursales son un órgano «transitorio», como tantos otros órganos de administración que se hacen cargo de masas patrimoniales de destino. Esa transitoriedad y, sobre todo, ese destino, hacen que su actividad de administración patrimonial esté *predeterminada*. No es lo mismo la administración de una masa patrimonial *in bonis* que la administración de un patrimonio insolvente ⁶⁴. En el caso de concurso, el órgano de administración administra un patrimonio empresarial en funcionamiento, con todas las especialidades que ello conlleva, y, además, se trata de la administración de un patrimonio destinado, en una momentánea situación de «congelación» (hasta que se decida su destino: convenio o liquidación), lo que, también, trae sus consecuencias. La administración concursal debe partir del riesgo propio de las circunstancias, es decir, de la situa-

⁶³ El problema se identifica con los «costes de agencia» generados por lo que la ciencia jurídico económica –originariamente, al hilo del análisis de los seguros– ha denominado «riesgo moral» (o, de manera más imprecisa, «azar moral», *moral hazard*; al respecto, v. el origen del análisis en Ross, «*The economic theory of agency: the principal's problem*», en *Am. Ec. Rev.*, núm. 63, 1973, pp. 134 ss.; en la literatura española, v., por todos, ARRUNADA, B., *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 141 y GARRIDO, J. M., *Garantías*, pp. 37 ss.). Se trata de un comportamiento «estratégico» del deudor en un negocio jurídico: éste, tras haber obtenido crédito en determinadas condiciones, con base en las cuales se ha determinado el nivel de riesgo y, consecuentemente, los tipos de interés de la operación, decide variar su comportamiento realizando actividades que incorporan un nivel de riesgo mucho mayor. Sin duda una de las maneras de reducir este «riesgo moral» pasaría por reconocer la existencia, para la administración concursal, de una obligación de actuar de manera especialmente conservadora. Pero, ciertamente, se trata de una posibilidad innecesaria y perniciosa. Los acreedores de la masa están suficientemente protegidos por el sistema de prededucción, las posibilidades de «autodefensa» que estaban en su mano a la hora de contratar con la administración concursal y, en fin, con el desarrollo de un nivel de riesgo normal por parte del órgano concursal.

⁶⁴ En un supuesto normal del primer tipo, los administradores llevarán a cabo su actividad con una perspectiva temporal indefinida y persiguiendo el fin asignado según las características de la masa que administran. Cuando este supuesto consiste en una actividad empresarial, se actúa con ánimo de lucro, normalmente con una perspectiva temporal indefinida, y se administran los factores de producción de acuerdo con las reglas del mercado. Esto implica tanto la realización de inversiones (aunque sean de mantenimiento) como el funcionamiento continuado para, así, captar activos que, en caso de paralización, se perderían. Por el contrario, por poner otros ejemplos de administraciones transitorias, el tutor del incapaz o el ejecutor testamentario llevarán a cabo una labor de administración estrictamente conservativa: administrarán para mantener el valor del patrimonio en tanto se recobra la capacidad o se distribuye la herencia.

ción concursal, en sentido amplio, y del tipo de concurso, más en concreto ⁶⁵.

La conservación de un patrimonio empresarial no es igual que la conservación de un conjunto inconexo de bienes. La «conservación» de una masa patrimonial siempre implica la conservación del «valor». Como muy bien entiende la Ley, la primera medida para mantener el «valor» de una empresa es, salvo en casos excepcionales, mantenerla en funcionamiento. El funcionamiento de una empresa implica una gestión ordinaria, es decir, el mantenimiento de la misma actividad que se iba desarrollando. Pero, además de los ámbitos directamente «heredados», en la actividad empresarial surgen siempre «oportunidades de negocio». La valoración de una empresa, aunque tenga una duración limitada, se basa, fundamentalmente, en las perspectivas de futuros rendimientos, y esto no puede obviarse.

Esto se comprende mejor adoptando la perspectiva de los acreedores, que es, a fin de cuentas, la que aquí interesa. Cuando los acreedores concedieron crédito al deudor solvente, previsiblemente, lo hicieron adoptando una decisión racional. Los acreedores asumieron un riesgo que, en principio, ninguno debería obligar a alterar. Piénsese, por ejemplo, en el caso que se pretende como «paradigmático» de concurso: el de una sociedad que tiene dificultades pero que puede sanar. En esos casos, la alteración del nivel de riesgo en la gestión patrimonial es una alteración de las condiciones inicialmente pactadas y, por tanto, ha de justificarse (*moral hazard*). En realidad ese «riesgo moral» se da para algunos acreedores y no para otros. Los acreedores que tengan una mejor posición de cobro (un privilegio, por ejemplo) esperan una actuación estrictamente conservadora, mientras que los restantes preferirían una actividad con un elevado nivel de riesgo. Ambas situaciones se radicalizan cuando mejor sea su situación, en el primer caso, o más postergada, en el segundo. *La solución no está con unos ni con otros*. Los mejor situados no pueden solicitar una actividad especialmente conservadora porque ya tienen su propia garantía. Los ordinarios no pueden esperar un alto riesgo, pero sí tienen derecho a que no se les modifique enteramente la situación objetiva sobre la que adoptaron la decisión de conceder crédito. Los acreedores ordinarios concedieron crédito a «una empresa», y, por tanto, pueden esperar legítimamente que el deudor siga desplegando, al menos mínimamente, la misma actividad que desarrollaba, pues el riesgo que asumió el prestamista se basaba en expectativas que se correspondían con un comportamiento esperado.

Como se ha señalado, los administradores han de intentar *maximizar* el valor del patrimonio concursal, para lo cual cuentan con posibilidades restringidas (dificultades en el acceso al crédito, situación informativa confusa, posible sector con problemas, etc.).

⁶⁵ Así, en caso de concursado no empresario, el riesgo *debe ser algo inferior* al del no empresario *in bonis*; cuando hay una empresa en marcha, el riesgo debe ser inferior al del no empresario solvente, pero superior al que podría asumir un concurso no profesional o empresarial.

Ante esta situación, la labor de maximización debe hacerse con un nivel de riesgo bajo, pero, a nuestro modo de ver, *baja tasa de riesgo no significa tasa nula*. Si se impide todo riesgo, es decir, si los administradores no pueden realizar nada que no sea la mera y automática suplantación de un bien por otro del mismo valor, o por otro que permita mantener el valor de uno de los bienes ⁶⁶, estamos *disminuyendo el valor de la empresa, justo lo contrario que queríamos hacer*. A nuestro modo de ver, los administradores concursales no solo pueden comprar un inmueble que, con altas cotas de probabilidad, se va a revalorizar brevemente, o participar en una oportunidad de mercado de bajo riesgo, sino que *deben hacerlo* (de lo contrario incumplirían el deber de administración diligente de la masa). En muchas ocasiones, la pérdida de una oportunidad de negocio hace inviable el futuro de una empresa (por ejemplo, si se pierde una oportunidad especial de renovación de bienes de equipo, con la consecuencia de la obsolescencia de la empresa). En esos casos, la inactividad de los administradores dificultará en gran medida el convenio o, sobre todo, la liquidación por ramas de actividad. No haber querido invertir supone lo contrario de conservar. Dónde está la tasa de riesgo es algo que no puede determinarse con exactitud. *El concursado debe mantenerse en inversiones que tengan una tasa de riesgo baja, aunque el rendimiento esperado también lo sea*. Aun a riesgo de simplificar excesivamente, valdría decir que, al adoptar decisiones de inversión, los administradores han de optar por invertir en proyectos que tengan una probabilidad alta, aunque la ganancia esperada sea menor.

Esta interpretación se sustenta, en fin, en la propia literalidad de la Ley Concursal. El artículo 43 establece que, «[...] en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación *del modo más conveniente para los intereses del concurso*». Si la Ley persiguiese una estricta conservación, no se entienda la segunda parte de la frase. El precepto no se contenta con señalar que «se atenderá a su conservación»; al hacer referencia al «modo más conveniente para los intereses del concurso» se está dejando abierta la posibilidad de realizar aquello que, dentro del contexto propio de la insolvencia, convenga al concurso. Por esta puerta «entran» las posibilidades de inversión. De lo contrario ambos términos del precepto pueden ser contradictorios: puede que se dé una situación en la que «conservar», en sentido estricto, no sea «lo más conveniente» para el concurso. La conservación es el punto de partida; la conveniencia, la finalidad especial que permite salirse del «corsé» inicial de la actividad.

5. Con las reflexiones de los números anteriores de este apartado tenemos las claves para resolver los conflictos de intereses que se produzcan entre acreedores, cuando el riesgo en la toma de decisiones (en este caso de la administración concursal y, a través

⁶⁶ Contra, sin embargo, MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 43», en Rojo-Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, (Civitas) Madrid, 2004, t. I, p. 891.

de la preceptiva autorización, del juez) no venga referido directamente a la administración de la masa activa. En estos casos, tomando como presupuesto las perspectivas favorables de la operación escogida y la existencia de un nivel de riesgo bajo, la decisión ha de adoptarse «como si sólo hubiera un acreedor», con criterios estrictamente técnicos de maximización patrimonial ⁶⁷. Un ejemplo resultará ilustrativo.

La sociedad A, dedicada a la fabricación de colchones, se encuentra en concurso de acreedores. Para simplificar el ejemplo asumimos que sólo hay dos tipos de acreedores: los acreedores con privilegio general, a los que se debe un total de 120.000 euros; y los acreedores ordinarios, cuyos créditos suman más de 300.000 euros. Para reducir aún más las variables suponemos que hay un solo administrador concursal (Ticio) y que el procedimiento se encuentra en fase de liquidación ⁶⁸. A Ticio se le han acercado dos compañías interesadas en la posible adquisición de la empresa insolvente. Las ofertas tienen las características siguientes:

* Operación 1: realizada por «X,S.A.», un importante distribuidor de muebles que considera la posibilidad de producir su propio material; se ofrece la entrega en efectivo de 100.000 euros; el oferente es un empresario de gran solvencia y conocida seriedad y, por tanto, la operación no tiene incertidumbre, aunque parta ello debe realizarse con presteza.

* Operación 2: realizada por «Y, S.A.», un competidor agresivo que quiere aprovechar las sinergias de ambas producciones; Ticio calcula que podría llegar a conseguir hasta 180.000 euros de este oferente; la volatilidad del mercado en el momento de la posible operación y otra serie de circunstancias hacen que la operación no sea segura.

Aunque llevará unas cuantas semanas, pues «Y, S.A.» necesita hacer sus comprobaciones, Ticio calcula que hay un 65% de probabilidades de éxito en la negociación en la operación 1 (y, por tanto, de un 35% de fracaso). Ahora bien, si fracasa esta operación, es

⁶⁷ Como ya se señaló, la reforma de la legislación concursal británica impulsada por la *Enterprise Act 2002* establece el *insolvency practitioner* a cargo del procedimiento de *administration* ha de tomar las decisiones «*in the interest of the creditors as a whole*». Esta expresión, que quiere decir que ha de decidirse «como si sólo hubiera un acreedor», supuso un cambio muy importante respecto al Derecho anterior, en el que el administrador era normalmente nombrado por un banco (el titular de una garantía general sobre el patrimonio *-floating charge-*) y sólo tenía deberes fiduciarios hacia el mismo. Antes de la reforma, pues, ante un conflicto entre el acreedor con garantía general y los demás acreedores, la decisión debía considerar únicamente el interés de aquél. La nueva normativa ha alterado esta situación —estos deberes de conducta de los órganos concursales— y se interpreta en el mismo sentido que el propuesto en el texto (al respecto, v. las consideraciones y ejemplos de ARMOUR, J./MOKAL, R., «*Reforming the governance of corporate control*», pp. 28 ss.).

⁶⁸ En esencia, el ejemplo sería igualmente válido para el supuesto de que el procedimiento se encontrase en la fase común o en la fase de convenio.

casi seguro que «X, S.A.» retirará su oferta, ya que ésta se produce ante la acumulación de un importante remanente de caja que, transcurrido el tiempo, se destinaría a otros usos. Si fracasan ambas operaciones, Ticio calcula que podría liquidar los bienes y derechos de la compañía por un máximo de 40.000 euros. ¿Qué debe hacer Ticio (y el Juez, ante la solicitud de autorización de aquél)? Analicemos los valores esperados de la operación, desde una perspectiva objetiva, primero, y desde una subjetiva (según los acreedores por clases), después. Para ello se deberán multiplicar las probabilidades de acaecimiento del suceso por el valor esperado del mismo.

* Desde una *perspectiva objetiva*, el valor esperado de la operación 2, teniendo en cuenta los réditos esperados y la incertidumbre, es el siguiente: [la probabilidad de que se cierre la operación 2 por el rendimiento esperado de la operación, más la probabilidad de que no ocurra multiplicada por el rendimiento esperado del fracaso en la operación] $0,65 \times 180.000 + 0,35 \times 40.000 = 131.000$ euros. Sin embargo, el valor de la operación 1, que no tiene incertidumbre, es de 100.000. Según esta perspectiva, pues, la administración concursal debería intentar cerrar la operación 2, aunque ello le supusiese arriesgar la pérdida de la opción 1 y tener que ir a una liquidación activo por activo y perder gran parte del valor de la masa, pues, analizado con una perspectiva técnica objetiva, una operación tiene un rendimiento esperado de 131.000 euros y otra sólo de 100.000.

* Si esta operación se analiza desde la *perspectiva subjetiva*, la cosa cambia. Bastará con estudiar la situación en que se encuentran los acreedores privilegiados ante la alternativa planteada. Para éstos, la operación 1 supone el pago seguro de 100.000 euros ⁶⁹. La operación 2, por el contrario, podría suponer la satisfacción completa de sus créditos, aunque con incertidumbre. Así, aplicando el método probabilístico anterior, los acreedores privilegiados tendrían, en la operación 2, el siguiente retorno esperado: $0,65 \times 120.000$ (pues es todo lo que se les debe) $+ 0,35 \times 40.000 = 92.000$ euros. En otras palabras, con la opción 1, los acreedores privilegiados tienen más posibilidades de satisfacer sus créditos en mayor medida que con la opción 2 (100.000 euros frente a 92.000 euros).

Pues bien, a nuestro modo de ver, la solución está en adoptar aquella decisión que maximice el valor de la masa, con independencia de los intereses subjetivos implicados. Ante el caso propuesto, la administración del concurso debería seguir las negociaciones para cerrar la segunda operación ⁷⁰.

⁶⁹ Pues, es evidente que a los acreedores ordinarios les conviene la operación 2, la que tiene riesgo, pues con la operación 1 el dinero obtenido con la transmisión de los activos iría íntegramente a parar a manos de los acreedores privilegiados.

⁷⁰ Naturalmente, en la realidad práctica es difícil que se puedan calcular las probabilidades con tanta precisión, tanto por falta de datos como por falta de tiempo para analizar la

3.3.5.2 *Los criterios para la solución de los conflictos: distinción preliminar*

Hay que diferenciar entre dos tipos de conflictos: los conflictos intersubjetivos (conflictos entre acreedores, entre acreedores y deudor, entre éstos y terceros) y los conflictos entre los interesados y el «interés público» (acreedores, deudor o terceros frente a la protección del mercado o la sanción de comportamientos reprobables). Los primeros se solucionan aplicando una suerte de sencilla estructura piramidal, según la cual las distintas clases o grupos de interesados se ordenan jerárquicamente de modo estricto, de forma que todo conflicto concreto debe solventarse siempre en beneficio de aquel grupo que se encuentra en el estrato superior. Los segundos se solucionan siempre a favor del «interés público».

En este punto último punto se da una paradoja. El interés privado de los sujetos incluidos en el «interés concursal» se eleva a la categoría de «interés público» por el legislador. Esto se aprecia —como se ha ya señalado— en una cierta subordinación de la protección pública en sentido estricto (potestad sancionatoria del Estado, protección del mercado) ante los intereses de los privados afectados por la insolvencia del deudor en el tráfico (por ejemplo, no abriendo la sección de calificación en caso de convenio poco gravoso). Pero esta «renuncia» es parcial. El Estado no renuncia a su potestad sancionadora, por ejemplo. En aquellos casos en que establece una sanción pueden surgir conflictos con los acreedores. Cuando así sea, el conflicto se resolverá en detrimento de los particulares debido a la expresa tipificación de la sanción. El «interés del concurso» es un instrumento interpretativo, y, por tanto, su eficacia queda circunscrita a las reglas generales de interpretación. Cuando existe un precepto y la literalidad del mismo no admite más que una interpretación, ésta no puede ser ignorada, por mucho que ello perjudique a los acreedores.

En realidad, los conflictos entre el «interés público» en sentido estricto y el de los sujetos incluidos en el «interés concursal» son excepcionales y, por tanto, no se altera en gran medida la relevancia práctica de la conceptualización del «interés del concurso».

3.3.5.3 *La «jerarquía piramidal» para solucionar conflictos intersubjetivos*

1. En primer lugar, en la cúspide, se sitúan *los acreedores «concursoales» del deudor, en su condición de tales* (acreedores de

disyuntiva. Por eso, en la mayor parte de los casos, los órganos del concurso optarán por la primera opción, que asegura un retorno aceptable para los acreedores de las escalas superiores.

la masa, acreedores concursales). Los administradores del concurso, a través de la maximización del valor de la masa activa y, en su caso, de la mejor liquidación posible, tienen como objetivo principal la satisfacción, en tanto como sea posible, de los intereses de los acreedores, cuya magnitud y posición jurídico-concursal se cuantifica en el reconocimiento y calificación realizadas en el concurso. La medida en que cada uno de los créditos es receptor del «dividendo» obtenido es algo predeterminado por la normativa y, por supuesto, la administración concursal debe respetar el sistema de reparto, no alterándolo —es decir, sin «preferir» a unos acreedores sobre otros—.

2. En segundo lugar se sitúa el otro participante en el procedimiento, el *deudor común*. Sus intereses deben ser tomados en consideración y, en buena medida, la satisfacción de los mismos está «alineada» con la satisfacción de los acreedores «en cuanto tales»: al satisfacer el crédito se reduce, en igual proporción, la deuda. Incluso la expectativa de continuidad del deudor se sitúa en términos pacíficos con la satisfacción del nivel anterior, pues si la empresa sigue viva es porque se han satisfecho los créditos o se ha llegado a un convenio en tal sentido (y parece lícito presumir que los acreedores no han concluido un convenio que les perjudique). Fuera de estos supuestos de interés paralelo, cualquier conflicto de interés «concursal» entre los acreedores y el deudor debe resolverse en beneficio de aquellos ⁷¹. Sin embargo, si no existe un verdadero conflicto, la administración concursal tiene la obligación de tomar en consideración al deudor. *El órgano concursal ha de abstenerse de realizar todo aquello que, sin beneficiar a los acreedores, perjudique al concursado.*

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: los administradores concursales se encuentran ante la disyuntiva de llevar o no a cabo una actuación que permitiría la rápida satisfacción de los acreedores pero, a su vez, impediría la supervivencia de la empresa, pudiendo retrasar este acto un tiempo sin causar daño a los acreedores. En este caso, según el enfoque aquí defendido, la administración concursal debería optar por esperar. Pero ello siempre y cuando, efectivamente, no hubiese duda razonable de la inexistencia de perjuicio para los acreedores, lo que debería naturalmente tomar en consideración los intereses del tiempo transcurrido entre que efectivamente se realiza la actuación y el momento en que

⁷¹ Pero, conviene recordarlo una vez más, el interés del deudor queda subordinado al de los acreedores en *cuanto acreedores concursales*. Así, por ejemplo, si conviene a la masa activa la continuación temporal de la empresa, el interés del deudor en que se reduzca su pasivo sería superior al interés de los acreedores, aunque sea de todos ellos, en que se detenga la actividad por ser aquellos competidores del concursado.

pudo inicialmente hacerse: es decir, para entender que no hay perjuicio hay que tomar en consideración el valor del factor tiempo, lo que se debería hacer conforme a criterios objetivos de mercado (tipos de interés; no la valoración subjetiva de unos acreedores a los que puede convenir la celeridad por motivos extraconcursoales, que no pueden ser considerados). En la práctica esto se podrá resolver así en no muchas ocasiones, puesto que la supremacía de los intereses de los acreedores obliga al órgano a actuar en favor de la masa pasiva si existe duda razonable sobre el acaecimiento de un posible perjuicio (*more likely than not*), algo que, en el ámbito de la economía, suele ser habitual (las decisiones en el mercado, por el número de imponderables, casi siempre implican un grado de riesgo) ⁷².

Y, como otra cara de la moneda, no podrá negarse a colaborar en una actuación que, sin ofrecer riesgo alguno para la masa, con venga al deudor (por supuesto estará también obligado si esa actuación beneficia inequívocamente a los acreedores, pero ello no porque deba tal conducta al deudor, sino a aquéllos) ⁷³.

Piénsese, por ejemplo, la propuesta de realización de un aumento de capital ordinario, con nuevas aportaciones de fondos. En este caso, sólo puede producirse un beneficio para la masa y, en consecuencia, los órganos del concurso no podrían oponerse a promover la asignación de fondos para la convocatoria, celebración y ejecu-

⁷² El conflicto existente entre los acreedores y el deudor no tiene la misma naturaleza que el conflicto entre acreedores. La compañía (*rectius*, sus socios) han asumido el riesgo de pérdida de la inversión frente a los acreedores; esto, que no se da necesariamente entre los propios acreedores, es justo lo contrario que ocurre entre los acreedores y la sociedad: aquellos en ningún caso pueden aceptar que la incertidumbre de una operación se cargue sobre sus espaldas en -posible- beneficio de ésta. El «criterio objetivo» defendido para solucionar los conflictos entre acreedores no opera en el conflicto entre éstos y la compañía.

⁷³ Esto encuentra correspondencia con el hecho de que el desapoderamiento del concursado no va más allá de lo estrictamente necesario para facilitar la satisfacción de los acreedores. El deudor o, más concretamente, los gestores del mismo (normalmente el órgano de administración de la sociedad concursada), si continúan activamente al frente de la empresa, desarrollarán sus funciones con igual finalidad que antes: defender los intereses del empresario. La única diferencia radica en el hecho de que, por la situación de insolvencia y el desapoderamiento, ya no podrán procurar la realización del objeto social sino que el objetivo que persiguen se ve imperativamente modificado. Desde la apertura del concurso y la determinación de la suspensión, su actividad se centrará en mejorar la posición del deudor en el seno del procedimiento y, en su caso, en intentar la supervivencia. Para ello podrán plantear todas las medidas que estimen necesarias, pero, en cuanto ello afecte en alguna medida a la masa activa -y, por tanto, a la pasiva-, la virtualidad de las facultades termina precisamente ahí, en la mera capacidad de propuesta. Incluso aunque sea muy improbable el acaecimiento sobrevenido de un daño para los acreedores, la valoración del riesgo corresponde exclusivamente a la administración concursal. Si se equivoca, en su caso, se le podrán exigir responsabilidades (art. 36 LC). Pero en tanto la actitud propuesta sea indudablemente favorable no sólo para el concursado proponente, sino también para los acreedores concursales, el administrador concursal no podrá negarse a llevar a cabo aquello que sea necesario para la realización del acto.

ción del acuerdo ⁷⁴. La coincidencia de intereses entre el deudor y los acreedores puede darse de manera frecuente en el ámbito de la administración de la masa ⁷⁵.

3. Por último, el tercer grupo de interesados que forman parte del «fin concursal» ocupa una posición postergada. La toma en consideración de las «pretensiones» de estos sujetos, con independencia del juicio que ello merezca, o no aparece en la Ley Concursal, o lo hace sólo en determinados casos muy concretos, ante actuaciones determinadas ⁷⁶.

3.1 Mención especial merece la situación de los trabajadores, en cuanto partes de una relación laboral (no como acreedores o, si se prefiere, como acreedores futuros). Es indudable que la Ley persigue la minimización en las pérdidas de puestos de trabajo, en la medida de lo posible. Esto se ve con claridad al fomentar -repetidamente- la continuidad de la empresa (en el convenio) o las enajenaciones en bloque (en el seno del convenio o de la liquidación). Ahora bien, se trata de soluciones que pueden adoptarse *en tanto beneficien paralelamente a los acreedores*, es decir, en tanto la continuación de la actividad (y, por ende, de los puestos laborales) permita un mayor retorno para los acreedores. Las enajenaciones en bloque o los convenios de continuidad se fomentan legalmente *porque suponen un alineamiento de los intereses de los acreedores (al mayor dividendo) con los intereses del deudor (a que se continúe su empresa) y con los de los trabajadores (a mantener su trabajo)*. Una interpretación distinta supondría, en realidad, una alteración del régimen de reparto del concurso, pues se estaría subsidiando al deudor y a los trabajadores por sus créditos futuros.

⁷⁴ Sobre el aumento de capital y su indubitada conveniencia, v. WEBER, F., en Jaeger, E., *Konkursordnung*, § 207, Anm. 31 c). En mayor extensión, v. TIRADO, I., «*Síndicos y Administradores*», pp. 523 ss.

⁷⁵ Los conflictos pueden producirse en línea descendiente. Así, puede contraponerse el interés de la concursada con el interés de terceros (o con el interés general). Normalmente, en estos casos el interés de esos terceros no sólo se contrapondrá a la deudora, sino también a sus acreedores, cuyos intereses estarán pues, alineados. Piénsese en el caso siguiente: una proveedora de servicios (colocación de sillas para eventos) de una concursada con relevancia social (un club de fútbol, por ejemplo), con un crédito insinuado en el pasivo, ofrece la condonación del crédito insinuado a cambio de que la compañía insolvente le conceda un derecho de tanteo durante unos meses para la prestación del servicio. En este caso, la administración concursal no podría negarse a autorizar el acuerdo. El beneficio para la concursada y de los demás acreedores es evidente (la cancelación de un crédito), mientras que el perjuicio es inexistente (la oferente deberá igualar la mejor oferta recibida por el club si quiere ejecutar el contrato). En este caso, el órgano del concurso no podría alegar, por ejemplo, la defensa de la competencia en el mercado para justificar una negativa (por mucho que ello fuese supuestamente en interés público).

⁷⁶ Esto es así porque la normativa concursal, al menos en parte, parece identificar los «fines públicos» que subyacen a la creación legislativa del proceso concursal con los privados de las partes afectadas.

Precisamente por ello es necesario hacer una interpretación sistemática del artículo 149 de la Ley Concursal. En efecto, al establecer las reglas supletorias de la liquidación, la Ley señala que «[E]n caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra [...] siendo consideradas con carácter preferente *las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores*» (la cursiva es mía). El tenor literal es algo ambiguo. Ciertamente, una lectura rápida podría inducir a entender que el juez debe preferir el comprador que ofrezca 1 millón de euros y el mantenimiento de 100 puestos de trabajo al que oferte 2 millones y la continuidad de 70 trabajadores. Esta interpretación sería un tanto sorprendente, por cuanto alteraría todo el régimen legal de preferencias. Ciertamente se trataría de una previsión legal de alcance muy reducido, pues sólo sería aplicable *para el caso de que no se hubiese aprobado un convenio o un plan de liquidación*. Pero, no por ello, deja de ser necesario despejar esta posibilidad. A nuestro modo de ver, debe realizarse una interpretación sistemática con el resto de la Ley ⁷⁷. No hay ningún motivo para entender que el legislador haya querido alterar un criterio tan claro e importante, en este supuesto residual. Además, la dicción legal permite entender que todos los intereses previstos en el texto (continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores) se sitúan en mismo plano. Se trataría, pues, de una mera enunciación de los intereses que deben tomarse en consideración. Así, ante dos propuestas con igual (o muy similar) satisfacción de los acreedores, deberá preferirse la que mantenga el mayor número de puestos de trabajo.

3.2 La propia esencia de la crisis empresarial y la importancia de los perjuicios que puede ocasionar han llevado al legislador a incluir un supuesto concreto, residual, en el que se puede intuir la defensa de intereses de terceros (*stakeholders*), ajenos a los del deudor y sus acreedores: negocios dependientes, tejido económico cercano geográficamente, etc. ⁷⁸ La Ley Concursal permite, *excep-*

⁷⁷ Contra, sin embargo, la autorizada opinión de BELTRÁN-MERCADER, «Reglas legales supletorias (art. 149)» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 2387.

⁷⁸ En el Derecho italiano, la *Legge fallimentare*, al menos según la interpretación que al artículo 90 ha dado buena parte de la doctrina (v., por todos, RIVOLTA, *L'esercizio*, pp. 143 ss.), prevé expresamente la toma en consideración de intereses ajenos a los acreedores concursales en lo que respecta al momento inicial de continuación de la actividad empresarial por parte del *fallito*. También aquí se sigue una jerarquización de intereses, de manera tal que sólo se podrá continuar el ejercicio de la actividad en beneficio de intereses ajenos cuando con ello no se dañe los de los acreedores.

Es llamativo que parte de la doctrina antigua (en realidad prácticamente contemporánea al sistema español derogado) señalase la necesidad de tener en cuenta, además de los intereses de los acreedores, los del deudor y los de las empresas dependientes: v. en Francia, RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruselas, 1851, p. 251, BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, París, 1866, 4 ed., t. I, pp. 333 ss. o LYON CAEN-RENAULT-AMIAUD, *Traité de Droit comercial*, París, 1934, 5 ed., t. VII, p. 624 ; en Italia,

cionalmente, la superación de los límites al contenido esencial del convenio en caso de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía» (art. 100.1 inciso segundo). La autorización a superar los límites legales de la quita y de la espera exige un informe justificativo de la «Administración económica competente». Estamos ante un supuesto de contenido del convenio, en que quien decide es el juez, y lo hace tras la intervención de los organismos públicos que rigen el mercado. Se trata de un supuesto que no afecta a la actuación de la administración concursal. Ésta, en ningún momento deberá llevar a cabo una actuación concreta en la que los intereses del deudor o del sector económico concreto en que éste opera deban ser preferidos sobre los de los acreedores. Es, además, un caso excepcional, que no puede extenderse a otros supuestos y, sobre todo, que no puede incorporarse al concepto del «interés concursal» como concepto jurídico complejo que sirve para concretar la finalidad de las instituciones legales.

Además, que se permita sobrepasar los límites del convenio no quiere decir, necesariamente, que se subordinen unos intereses sobre otros. Sólo implica la supresión de prohibiciones de contenido. Esta circunstancia únicamente implicaría una preferencia del deudor o del sector económico en que opera por encima de los acreedores si se aceptasen planes de continuación que supusiesen un pago a los acreedores de menos dividendo del que habrían obtenido en la liquidación. Y, además, no debe olvidarse que lo que se levantan son las restricciones al *contenido*, no a las mayorías de aprobación, con lo que una cantidad mayoritaria del pasivo habrá dado su consentimiento.

3.3.5.4 *El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público*

El conflicto entre el «interés público» general y el «interés público» particular (el representado por las partes implicadas directamente en el concurso) se produce en dos manifestaciones legales concretas: en la regulación sobre la clausura del concurso y en la sección de calificación.

1. La Ley concursal contempla la inevitable extinción de la sociedad una vez que se ha liquidado íntegramente el activo (art. 178.3 LC). Se pretende evitar la supervivencia de una compañía sin

respecto del *Codice*, destacan las opiniones de BONELLI, *Del fallimento*, t. II, p. 174, MOSSA, «*La costanza del rapporto di lavoro nel fallimento dell'imprenditore*», Riv. Dir. comm., núm. 2, 1941, p. 430, CALAMANDREI, *Del fallimento*, Torino, UTET, 1883, t. II, p. 5 o NAVARRINI, *Trattato*, 2 ed., t. I, p. 209.

patrimonio –pero con deudas– que sólo podría suponer una distorsión del mercado. La cancelación registral se producirá automáticamente una vez comunicada la resolución de conclusión del procedimiento concursal. No existe excepción posible. El interés del mercado se superpone al interés que, en su caso, pudieran tener los accionistas a la pervivencia de la sociedad ⁷⁹.

2. Mucho mayor interés tiene el supuesto de la calificación concursal. Puede llegar a darse un conflicto entre la función sancionatoria de la Ley Concursal y el interés de los acreedores (y, obviamente, del deudor implicado). En este punto, como se ha señalado más arriba, la Ley Concursal ha dado un firme paso adelante respecto de legislaciones anteriores, limitando los efectos represivos del concurso de acreedores al supuesto de comportamiento antijurídico del deudor (o de sus administradores). La sanción como finalidad del concurso se encuentra «debilitada» y subordinada a los intereses de los acreedores (que -de nuevo– no a los intereses del deudor, irrelevantes en este punto). Esta subordinación se produce con carácter general en el diseño legislativo y ello nos permite un cierto margen interpretativo de los preceptos sancionadores. En los supuestos marginales en que se dé un conflicto entre la sanción y la mayor satisfacción de los créditos concursales -y la norma dé lugar a la interpretación– debe primar ésta última. Ahora bien, como se ha señalado, este margen interpretativo no puede servir para derogar un precepto cuya literalidad no admite alternativa. Es decir, si bien puede afirmarse que, valorando la Ley con carácter general, el legislador ha querido primar el interés de los acreedores, también debe aceptarse que no ha renunciado a la defensa genérica de lo que considera «interés público» (no subjetivo). Como modo de ejemplo, valga la suspensión de la condena a la inhabilitación para ejercer el comercio y administrar patrimonios si, con ello, se consigue cumplir en mayor medida el convenio concursal: es posible su suspensión, pero no su inaplicación.

La importante Sentencia de 11 de abril de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid (caso «Ediciones del Prado») constituye un ejemplo de aplicación jerárquica de los fines del concurso y ofrece una oportunidad inmejorable para analizar los límites interpretativos del concepto de «interés del concurso» ⁸⁰.

⁷⁹ En este caso, el conflicto es mínimo. En la práctica difícilmente los accionistas tendrán interés en mantener viva una sociedad que sólo tiene deudas.

⁸⁰ La Sentencia entera puede leerse en el *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pp. 381 ss., donde se encuentra reseñada y comentada por la profesora GUILARTE, C. (pp.386 ss.).

En el supuesto resuelto por la Sentencia se abrió la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio que superaba los límites establecidos por el artículo 163 de la Ley Concursal. El convenio preveía la continuación de la actividad empresarial y su cumplimiento se hacía depender del buen éxito de la misma. Al parecer, era indiscutido que la compañía tenía un fondo de comercio esencialmente subjetivo: el negocio dependía básicamente de la gestión del consejero delegado, persona de gran experiencia y reputación en el sector, sin cuya participación la continuación de la empresa corría serio peligro. La Sentencia calificó el concurso de culpable y resolvió que el consejero delegado era una de las personas afectadas por la calificación; sin embargo, en la misma se suspendió la aplicación de la inhabilitación a éste último alegando el superior interés de los acreedores al cumplimiento del convenio, sobreponiendo, con ello, el interés de los acreedores al interés público de sancionar conductas antijurídicas. Así, señala la Sentencia:

« (...) El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la sentencia de calificación contendrá entre otros la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Se configura así la inhabilitación como un efecto ineludible de la calificación, cualquiera que sea la causa que haya motivado la apertura de la sección, convenio o liquidación, existan o no otros efectos predicables de la sentencia, si bien la Ley no precisa el modo en que debe hacerse efectiva dicha inhabilitación.

Este automatismo en la aplicación de la inhabilitación puede producir algunos efectos perniciosos y contradictorios con la propia finalidad del concurso. (...) [c]uando se aprueba un convenio no se conoce el resultado de la calificación, en muchos casos la aprobación del convenio se basa en la confianza que genera el administrador de la sociedad que aparece como eslabón esencial de la cadena que permite el cumplimiento (...) Como se ha visto el automatismo con el que se contempla la inhabilitación puede plantear en los casos de convenio más perjuicios que beneficios. Por un lado la inhabilitación se erige así en un elemento desincentivador del convenio. En efecto, si en el caso de convenio gravoso, se aplica siempre la sanción de inhabilitación, al administrador de la concursada le es indiferente proponer o no un convenio pues sabe que será inhabilitado en todo caso. (...).

El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación se impondrá atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Si la finalidad del concurso es el pago de los acreedores y la Ley prima el convenio como la solución preferida del concurso, resulta que la ejecución en todo caso de la sanción de inhabilitación puede ser más perjudicial que su no ejecución, frustrando así la finalidad de la norma. No debe olvidarse que la

calificación del concurso no es el objeto primordial del procedimiento concursal, pues este puede existir y desenvolverse sin necesidad de aquella, pudiendo aplicarse la sanción que proceda en un ámbito extraconcursal. El que el legislador haya optado por realizar esa labor depurativa y represora en el seno del procedimiento concursal no debe erigirse en baluarte inexpugnable que impida el cumplimiento de la finalidad primaria del concurso, por lo que una interpretación teleológica que permita conciliar ambos objetivos debe ser posible.

Como puede apreciarse, la Sentencia identifica el conflicto entre las distintas finalidades legales y realiza una jerarquización estricta. Para el Juez, la sanción (finalidad jurídica tutelada de modo subsidiario) se contrapone a la aprobación de un convenio (objetivo intermedio) y, en última instancia, a la satisfacción de los acreedores en el modo en que ellos han decidido (finalidad legal principal). Ante semejante conflicto, deben primar aquellas finalidades que ocupan un escalón superior en la jerarquía valorativa de la Ley Concursal.

Estamos ante una resolución sin duda valiente, que se apoya en la finalidad (es decir, aunque no lo mencione, en el «interés concursal») para interpretar *–rectius*, para inaplicar– la Ley Concursal; pero sólo se apoya, no fundamenta la resolución simplemente en la finalidad. Y en esto tiene razón. El resultado conseguido por la resolución no podría haberse conseguido utilizando simplemente la jerarquía entre intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal. Desde el punto de vista interpretativo quizás habría sido ir demasiado lejos ⁸¹. A nuestro modo de ver, los argumentos teleológicos esgrimidos podrían valer para justificar la suspensión de la inhabilitación, pero no para excluirla definitivamente en caso de cumplimiento íntegro del convenio ⁸². En este punto, la interpretación funcional no puede ignorar el sentido literal de una norma que no contempla ninguna exención sancionatoria: declarada la calificación, el juez podrá graduar temporalmente la pena, pero no excluirla. La protección del interés concursal puede servir para armonizar los dos objetivos legales (la mayor protección de los acreedores y la represión de comportamientos antijurídicos) jerarquizándolos, pero no para ignorando uno de los dos ⁸³.

⁸¹ Sin embargo, algunos comentaristas de la Ley parecen situarse en posiciones coincidentes con esta resolución. Al respecto, v., por todos, VELASCO SAMPEDRO, «Comentario a la Disposición Final Segunda», en GUILARTE/SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid (Lex Nova) 2004, t. IV, p. 3654.

⁸² Coincidimos, en este punto, con GUILARTE, C., «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», pp. 393-394.

⁸³ Es cierto que la Sentencia incluye una posible respuesta a esta objeción, al señalar que «(.) [T]ampoco el retraso del efectivo cumplimiento de la inhabilitación permite supe-

Por ello, para alcanzar el resultado perseguido, la Sentencia importa conceptos jurídico-penales y razona del siguiente modo:

«(...) No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita (...) Las sanciones que tienden a castigar la infracción de las normas protectoras de intereses generales impuestas por un organismo público, que incluiría penas y sanciones administrativas, engloban un Derecho sancionador público (...) Es lo que se ha venido a denominar sistema sancionador parapenal, que tiene su mayor ámbito de actuación en el derecho sancionador económico o de empresa, pero en el que se abre paso con fuerza un nuevo modelo de sanción que privilegia de manera incontestable los requisitos de efectividad y que prefiere la elasticidad de la sanción ante situaciones en continua transformación.

Si, como hemos visto, estamos ante una sanción, respecto de la que el legislador no precisa el modo en que debe hacerse efectiva, nos encontramos ante una laguna que deberá colmarse con los principios y normas del sistema que le es más propio que es el sistema punitivo (...). Es por ello que debe traerse a colación el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, prevista en los artículos 80 y siguientes del Código Penal (...) Podría darse la paradoja de que seguido un proceso penal por insolvencia punible contra la persona afectada por la calificación se le impusiera una pena de inhabilitación que al fin quedará remitida por mor de la suspensión de la ejecución, en tanto que la impuesta por la sentencia de calificación se ejecutara. En cambio, la aplicación de la suspensión de la ejecución de la sanción a este ámbito impediría ese pernicioso y contradictorio efecto. Debe admitirse, por tanto, la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción de inhabilitación impuesta por la sentencia de calificación si bien sometida a determinados requisitos y condiciones ⁸⁴.

rar este efecto, pues en ocasiones el cumplimiento del convenio comporta un sacrificio personal que difícilmente estará dispuesto a asumir, si sabe que al fin será inhabilitado y no podrá continuar con su actividad empresarial. Por otro puede impedir en muchos casos que el convenio aprobado llegue a cumplirse». Es decir, se estaría argumentando que, con la mera suspensión, no se estaría consiguiendo la tutela de un interés jerárquicamente superior (los acreedores). Coincidimos con este razonamiento; sin embargo, lo cierto es que la eficacia interpretativa de la finalidad no puede sobrepasar la literalidad de la Ley, cuando ésta es inequívoca (v. LARENZ, K., *Metodología*, p. ---). Nos encontramos ante una situación en la que tan sólo pueden hacerse valoraciones *de lege ferenda*.

⁸⁴ Sigue señalando la Sentencia: «(...) que el afectado no haya sido inhabilitado anteriormente, pues constituiría una reincidencia que convierte en inefectiva la medida de suspensión pues el perjuicio sería mayor que el beneficio perseguido; la sección de calificación solo puede haberse formado como consecuencia de la aprobación de un convenio gravoso, nunca de la liquidación, pues en ese caso no concurre el fin de cumplimiento del convenio que justifica la suspensión. Es preciso, además, que conste que la persona inhabilitada es fundamental para el efectivo cumplimiento del convenio. Por último, el periodo de inhabilitación solicitado por el Ministerio Fiscal y la administración concursal no debe superar el plazo máximo de cinco años que la Ley fija para el cumplimiento del convenio, lo que se corresponde con una sanción leve, que se enmarca en el primer tercio del periodo total de la sanción que llega hasta los quince años. La suspensión de la ejecución se condicionaría así al efectivo cumplimiento del convenio aprobado y acreditado este se produciría la remisión de la sanción. En caso contrario debería cumplirse íntegramente».

Esta solución se acomoda a la previsión legal, pues no impide ni la calificación del concurso como culpable en los casos en que proceda, ni la imposición de la sanción prevista, si bien acomoda su efectivo cumplimiento al cumplimiento de la finalidad primordial del concurso: el pago a los acreedores por medio del convenio aprobado. Además incentiva la proposición y cumplimiento de los convenios en el ámbito del concurso, que de otro modo se ven desmotivados.»

A este razonamiento podría quizás oponerse la propia *ratio* de la norma sancionadora. La inhabilitación prevista en la sección de calificación concursal no se prevé para proteger a los acreedores concursales sino al mercado (se protege *ex ante* a través del elemento disuasorio de la pena; y se tutela *ex post* a los participantes frente a una persona que ha actuado de forma reprochable). En todo caso, se trata, sin duda, de una resolución en la que los intereses subjetivos involucrados en el concurso se ven favorecidos, y, a fin de cuentas, de eso se trata –o debería tratarse– en el Derecho concursal.

La Sentencia parece considerar el convenio como un fin en sí mismo. Como ha sido desarrollado con cierto detalle en páginas precedentes, tanto el convenio como la liquidación son sólo instrumentos para la mayor satisfacción de los acreedores.

La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo? *

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil (UNED)

RESUMEN

La regulación de la revocación de las donaciones modales contenida en el CC es manifiestamente insuficiente, lo que genera no sólo numerosos interrogantes sobre la materia, sino también que exista un elevado grado de litigiosidad ante los tribunales. En este trabajo se aborda la cuestión de si en nuestro Derecho el modo impuesto en una donación puede tener carácter perpetuo o si necesariamente debe tener carácter temporal (esto es, si transcurrido determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, debe entenderse que éste se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no podrá ejercitar la acción de revocación de la donación del artículo 647 CC, aunque el donatario quebrante el modo). Para obtener una respuesta y determinar, en su caso, cuál es el plazo de tiempo que tiene que transcurrir para poder considerar que el modo se ha cumplido, se examina no sólo la normativa civil referente a la donación modal y la prohibición de vínculos perpetuos, sino también las normas sobre la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas (supuesto análogo a la donación modal). Asimismo, se realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de la jurisdicción civil y de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia, con la finalidad de extraer principios que ayuden a encontrar una respuesta al interrogante planteado.

PALABRAS CLAVE

Donación modal, revocación, vínculos perpetuos.

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación «La modernización del Derecho contractual» (SEJ 2005-06506), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación), que se ejecuta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y cuyo investigador principal es el profesor Dr. Antonio Manuel Morales Moreno.

El autor de este trabajo es miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial», inscrito en el Registro de Grupos de Investigación reconocidos de la Universidad Autónoma de Madrid, que está dirigido por el profesor Dr. Antonio Manuel Morales Moreno (Catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid).

ABSTRACT

The regulation on the revocation of donations with charge set out in the Civil Code is clearly insufficient, which generates not only many questions on the subject, but also a high degree of disputes before the Courts. This paper tackles the issue of whether, in our legislation, the charge imposed on a donation can be of a perpetual nature or whether it must necessarily be of a temporary nature (i.e., whether after the lapse of a certain period of time complying with the charge, it should be understood that such charge has been fulfilled and completed and, consequently the transferor will not be able to exercise the revocation of the donation set out in article 647 CC, irrespective of the non performance of the charge by the recipient). In order to obtain an answer and to determine, if appropriate, which is the period of time that has to lapse to be able to consider that the charge has been fulfilled, it is necessary to examine not only the civil regulations on donations with charge and the prohibition of perpetual links, but also the regulations on the free assignment of goods within the scope of Public Administrations (a case similar to a donation with charge). Similarly, an exhaustive analysis of the case law of the civil jurisdiction and the contentious-administrative jurisdiction on the subject is carried out in order to draw principles that help to find an answer to such question.

KEYWORDS

Donation with charge, revocation, perpetual links.

SUMARIO: I. *Planteamiento y objeto de estudio.* II. *La regulación de la donación modal en el CC y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* III. *La prohibición de vínculos perpetuos: un principio general en nuestro Derecho:* 1. *Las fundaciones: un instrumento para vincular bienes de forma permanente a una concreta finalidad.* IV. *La cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas: un supuesto análogo a la donación modal del artículo 647 del CC:* 1. *La normativa reguladora de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas.* 2. *La interpretación jurisprudencial de la normativa reguladora de la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas:* 2.1 *Tesis jurisprudencial favorable al carácter perpetuo de las cargas modales impuestas en la cesión gratuita de bienes.* 2.2 *Tesis jurisprudencial contraria al carácter perpetuo de las cargas modales impuestas en la cesión gratuita de bienes.* V. *Conclusiones.* VI. *Anexo legislativo.* VII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ESTUDIO

En nuestro Ordenamiento jurídico, ¿pueden existir modos perpetuos impuestos por un donante? Encontrar una respuesta a dicho interrogante no es tarea fácil. En primer lugar, porque en nuestro Derecho no existe una norma que, de forma directa y expresa, aborde la cuestión y nos ofrezca una respuesta. Y, en segundo lugar, porque se trata de una cuestión que, a mi juicio, no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina, aunque sí por parte de nuestros tribunales, no sólo del orden jurisdiccional civil, sino también del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

Como es sabido el artículo 647 del CC reconoce el derecho que tiene el donante de revocar la donación cuando el donatario incumple el modo, limitándose a señalar que en dicho supuesto «los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria». Ahora bien, el CC, en materia de revocación de las donaciones modales por incumplimiento de las cargas, guarda silencio sobre cuestiones tan relevantes como el plazo de ejercicio de la acción, el carácter transmisible o no de la acción de revocación a los herederos del donante o si transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (esto es, la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado. Todo lo anterior permite afirmar que la regulación de la revocación de las donaciones modales en el CC es manifiestamente insuficiente, lo que genera numerosos interrogantes y que exista sobre la materia un elevado grado de litigiosidad ante los tribunales¹.

La sentencia del Tribunal Supremo² (Sala 1.^a) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, es un buen exponente de la problemática que existe en nuestro Derecho en relación con la revocación de las donaciones por incumplimiento del modo. Si bien es cierto que en los Fundamentos de Derecho de la citada sentencia, la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal aborda cuestiones de indudable interés (la competencia de la jurisdicción civil para conocer este tipo de

¹ En términos similares se pronuncia FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1799.

² En adelante, STS.

casos en los que el donatario es una Administración Pública, la transmisibilidad o no de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo o la determinación del plazo de ejercicio de ejercicio de la acción de revocación), no es menos cierto que en el trasfondo de este tipo de casos, subyace el importante tema del carácter temporal o perpetuo del modo impuesto por el donante. Veamos, a continuación, los hechos más relevantes del caso resuelto por la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal en la mencionada sentencia, así como la doctrina que puede extraerse de la misma:

Mediante escritura pública de 11 de febrero de 1937, ratificada por otra de 5 de marzo del mismo año, don Manuel (causante de los demandantes en este litigio) dona al Estado español dos fincas segregadas de otra mayor, sin incluir una charca o estanque construido dentro de una de ellas, ubicadas en la isla de Tenerife. En la escritura pública se consigna expresamente que la donación se realiza para que esos terrenos se destinen por el donatario «a los fines o servicios del Estado que mejor estime» y que se limita a esos dos trozos de terreno segregados, con todo lo construido dentro de los mismos y con los derechos y servidumbres a su favor existentes, libre de cargas y gravámenes, «por ser los únicos estimados como necesarios para el campamento y campo de instrucción y de tiro a que han sido destinados».

El General don Cristóbal, Comandante Militar de Canarias, en representación del Jefe del Estado, acepta la donación, con la finalidad de destinar los terrenos «al Ramo de Guerra y al objeto indicado», reconociendo a favor del resto de la finca deslinada las servidumbres de paso y acueducto existentes en ese momento.

La donación de los citados terrenos a favor del Estado se inscribe en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) el 6 de agosto de 1971, constando expresamente en la inscripción registral que la donación se realizó con la finalidad de destinar los terrenos donados y cuanto en ellos se encuentre comprendido, excepto la charca o estanque, «al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlos para campamento y campo de instrucción y de tiro».

El *Ministerio de Defensa* (antiguo Ramo de Guerra del Estado) vende, a través de la subasta celebrada el 8 de mayo de 1997, los citados terrenos a la *Cooperativa de viviendas Hespérides*.

En el mismo año 1997, los causahabientes del donante, tras dos sucesivas transmisiones hereditarias, ante el incumplimiento del modo de la donación, interponen dos demandas contra el *Ministerio de Defensa* y la *Cooperativa de viviendas Hespérides*.

La codemandada *Cooperativa de viviendas Hespérides* solicita la acumulación de los autos y el Juzgado de Primera Instancia resuelve favorablemente su petición.

Los miembros de la comunidad de herederos del donante solicitan en sus demandas que se dicte sentencia por la que: *a)* se declare revocada, rescindida o resuelta, como corresponda, y en todo caso se deje sin efecto alguno, la donación realizada por don Manuel en favor Estado español, mediante las escrituras públicas de 11 de febrero y 5 de marzo de 1937, desde la fecha en que las fincas donadas mediante las citadas escrituras públicas dejaron de estar destinadas al servicio del Ramo de Guerra como campamento o base militar por causa de incumplimiento de las condiciones establecidas en la donación por el donante y que fueron aceptadas por el Estado donatario; *b)* se declare, en consecuencia, que las fincas donadas deben volver al patrimonio de la comunidad de herederos del donante; *c)* se declare también la rescisión o resolución, como corresponda, y en todo caso se deje sin efecto alguno, la subasta de las mencionadas fincas, así como la compraventa de las mismas que, a consecuencia de la subasta, hayan celebrado entre sí los demandados; *d)* se decrete la reversión de la finca donada a la comunidad de herederos del donante, en pleno dominio y sin más carga ni gravamen que los que tenía cuando fue donada al Estado demandado; *e)* se ordenen las rectificaciones que procedan en las inscripciones registrales practicadas sobre la referida finca en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) y se practique la inscripción del derecho de propiedad de dicha finca en favor de los herederos del donante; *f)* subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible la reversión del pleno dominio de la finca entera, se condene al Estado demandado a abonar a la comunidad de herederos el valor de lo que no pueda revertir y, al menos, el precio obtenido en la subasta por la finca subastada y los intereses legales de la suma correspondiente, desde la interposición de la demanda; y *g)* alternativamente, para el caso de que no fuera estimado ninguno de los pedimentos anteriores, se condene a los demandados a cumplir la condición, modo o carga impuesta en la escritura de donación, consistente en mantener las fincas donadas destinadas al servicio del Estado y del Ramo de Guerra, como campamento o base militar.

La codemandada *Cooperativa de viviendas Hespérides* contesta a la demanda, alegando la excepción de exceso de ejercicio de jurisdicción por entender que se trata de una cuestión sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, la excepción de falta de legitimación activa por tratarse de una acción personalísima y la excepción de extemporaneidad en el ejercicio de la acción de revocación por haber transcurrido el plazo de caducidad que se fija en un año, así como los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda.

El Abogado del Estado en representación del *Ministerio de Defensa* (codemandado) contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes, solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda.

El 24 de noviembre de 1999, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dicta sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dicta sentencia el 11 de noviembre de 2000 (AC. 2001/979)³, desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida.

La comunidad de herederos del donante (parte demandante) interpone un recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: *a)* infracción del artículo 647 del CC, en relación con el párrafo primero del artículo 3 del CC; y *b)* infracción de los artículos 1091, 1255, 1256, 1258, 1262 y 1124 del CC.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁴, al resolver el recurso de casación, a diferencia de las sentencias de primera instancia y de la Audiencia Provincial que desestiman la demanda, pues consideran que la donación realizada en 1937 por don Manuel a favor del Estado español es una donación pura y simple, sin modo o carga alguna, afirma que se trata de una donación modal y que la enajenación de las fincas en 1997 a la *Cooperativa de viviendas Hespérides* comporta el incumplimiento del modo. Considera el Tribunal Supremo que en el presente caso la donación tiene un modo, establecido por el donante y aceptado por el donatario: el destino de las fincas a uso militar por parte del Ministerio de Defensa (en concreto «al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlas para campamento y campo de instrucción y de tiro»)⁵.

La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que al pasar las fincas a ser objeto de tráfico jurídico, con ánimo de lucro (enajenación de los terrenos en 1997 a la *Cooperativa de viviendas Hespérides*) se ha incumplido el modo por el donatario. Por otra parte, niega que pueda entenderse (como alega la parte demandada) que el modo no se ha incumplido porque el «beneficio económico vaya a ser destinado a intereses del Ministerio de Defensa, porque el modo nunca se pensó para ese destino, sino para el uso militar y si este uso resultó ser temporal (guerra civil y medio siglo más⁶),

³ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio González González.

⁴ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

En el presente caso, la principal cuestión jurídica a dilucidar es si la donación de las fincas que se realizó en 1937 a favor del Estado es una donación pura y simple (en cuyo caso el Ministerio de Defensa sí estaría legitimado para enajenar las fincas a un tercero) o si, por el contrario, se trata de una donación modal (en cuyo caso puede afirmarse que si el Ministerio de Defensa enajena las fincas a un tercero, estaría incumpliendo el modo y, por tanto, procedería la revocación de la donación conforme a lo dispuesto en el art. 647 CC).

Véase el comentario realizado a esta sentencia por IMAZ ZUBIAUR, Leire, «Comentario de la STS de 20 de julio de 2007» *CCJC*, núm. 76, enero-abril de 2008, pp. 343 a 358.

⁵ Por esta razón el Tribunal Supremo afirma en el Fundamento de Derecho tercero que no es admisible «en ningún caso la transmisión con ánimo de lucro de dichas tierras a una entidad para que construya [viviendas], con ánimo de lucro».

⁶ En realidad desde la donación hasta que se enajenan las fincas a la *Cooperativa de viviendas Hespérides* han trascurrido 60 años.

temporal debe ser considerada la donación», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 647 del CC. Por todo ello, el Tribunal Supremo declara la revocación de la donación realizada por don Manuel en 1937.

La Sala Primera del Tribunal Supremo también aborda en el presente caso otras cuestiones colaterales que han sido planteadas por los codemandados en su contestación a la demanda: *a)* la incompetencia de la jurisdicción civil para resolver el pleito; *b)* la falta de legitimación activa de los demandantes; y *c)* la caducidad de la acción ejercitada.

En lo concerniente a la cuestión de la incompetencia de la jurisdicción civil para resolver el pleito, el Tribunal Supremo rechaza dicha pretensión y afirma que «[p]or más que una de las partes demandadas haya sido la Administración y haya comparecido en su defensa el Abogado del Estado, el objeto del proceso es una clara acción civil, la de revocación de una donación modal, contrato civil. Que el donatario sea el Estado, ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, sólo ha precisado la reclamación previa en vía administrativa, pero no determina la jurisdicción contencioso-administrativa»⁷.

En lo referente a la supuesta falta de legitimación activa de los demandantes por el carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo y su intransmisibilidad a los herederos del donante, nuestro Alto Tribunal considera que la citada acción es transmisible *mortis causa*, pues «ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos».

Por último, respecto de la cuestión de la caducidad de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, la Sala Primera del Tribunal Supremo señala que «el plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el CC». Ahora bien, considera con apoyo en las SSTs (Sala 1.ª) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)⁸ y de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386)⁹

⁷ Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTs) (Sala 1.ª) de 12 de noviembre de 1990 (RJ. 1990/8698; ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz), 16 de diciembre de 1992 (RJ. 1992/10499; ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros), 5 de junio de 2002 (RJ. 2002/5891; ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros), así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2004 (JUR. 2005/94375; ponente Ilmo. Sr. don Gervasio Martín Martín), en casos muy similares mantienen la misma tesis.

Sin embargo, existen diversas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declaran, en supuestos muy similares al aquí expuesto, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de este tipo de casos [en este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs (Sala 3.ª) de 3 de marzo de 1989 (id. CENDOJ 28079130011989100555; ponente Excmo. Sr. don Ángel Rodríguez García), 12 de marzo de 1991 (id. CENDOJ 28079130011991100558; ponente Excmo. Sr. don Julián García Estarús), 28 de septiembre de 1992 (RJ. 1992/7025; ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez) y 14 de diciembre de 1994 (id. CENDOJ 28079130011994102361; ponente Excmo. Sr. don Antonio Martí García), así como la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de noviembre de 2004 (JUR 2005/57379; ponente Ilmo. Sr. don Miguel Ángel García Alonso)].

⁸ Ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

⁹ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

que «[e]n todo caso, es un plazo de caducidad», pero no entra a determinar si se trata de un plazo de un año o de cuatro años, pues la venta de las fincas al tercero (acto que implica el incumplimiento del modo de la donación) y el ejercicio de la acción de revocación de la donación «se han producido, ambos, en 1997, y, por tanto, el plazo de caducidad, tanto si se entiende que es de un año como si de cuatro, no ha transcurrido».

En virtud de todo lo anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y estima la demanda, conteniendo el Fallo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo los siguientes pronunciamientos:

1. La revocación de la donación de 5 de marzo de 1937.
2. La resolución de la transmisión de parte de finca objeto de la donación a favor de la Cooperativa de viviendas codemandada.
3. La restitución de la finca a la comunidad hereditaria demandante.
4. Que se practiquen las rectificaciones que procedan en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) en relación con la finca objeto del litigio.
5. Como subsidiario de lo anterior, si no es posible jurídicamente la restitución material de la finca, que se entregue a los demandantes el valor económico de la misma al tiempo en que se haga efectivo el pago.

La incertidumbre que existe sobre la materia, como queda acreditado con la lectura de la sentencia citada, es lo que justifica que me centre en la búsqueda de una respuesta al interrogante planteado al inicio de este trabajo; esto es, si en nuestro Derecho puede defenderse que el modo impuesto por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo, como parecen afirmar la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales del orden jurisdiccional civil¹⁰, o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, debe entenderse que éste se ha cumplido y consumado. Las diferentes consecuencias que en la práctica se derivan de la adopción de una u otra tesis son muy importantes:

- Si se considera que en nuestro Derecho el modo puede tener carácter perpetuo, en el caso de que el donatario deje de cumplir el modo en cualquier momento, con independencia del tiempo transcurrido desde que se realizó la donación, el donante podría ejercitar

¹⁰ Si bien es cierto que las resoluciones judiciales no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión, el análisis de los Fundamentos de Derecho de cada una de ellas permite llegar a dicha conclusión. En este sentido pueden citarse, entre otras, las SSTs (Sala I.ª) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), así como la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317; ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada).

la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 647 del CC, durante un plazo de tiempo que tanto la doctrina como la jurisprudencia, ante la ausencia de regulación legal expresa, discuten si es de 1 o 4 años desde que se ha incumplido el modo¹¹.

– Por el contrario, si se defiende que en nuestro Ordenamiento jurídico el modo no puede tener carácter perpetuo, entonces una vez que ha transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, el donante no podría ejercitar la acción de revocación de la donación del artículo 647 del CC, aunque posteriormente el donatario «incumpla» la carga impuesta en virtud del modo [por ejemplo, como sucede en la mencionada STS (Sala 1.ª) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)]¹², el donatario, transcurridos 60 años desde la perfección de la donación, enajena la finca donada a un tercero para que construya viviendas y en la escritura pública de donación se estableció expresamente que la finca se donaba para que se destinase a campamento y a campo de instrucción y de tiro militar], pues se considera que aquél ya se ha cumplido y consumado y, por tanto, no procede la revocación de la donación.

La cuestión problemática en esta tesis es determinar, ante el silencio del CC, cuál es el plazo de tiempo que tiene que transcurrir para entender que el modo se ha cumplido y consumado y que, por tanto, no procede la reversión de los bienes donados al donante, aunque el donatario deje de cumplir posteriormente la carga que implica el modo (por ejemplo, que los bienes donados, por voluntad del donatario, dejen de estar afectos al destino que se estableció en el momento de perfeccionarse la donación).

Para encontrar una respuesta al interrogante planteado hay que analizar no sólo la jurisprudencia civil que existe sobre la materia, sino que también se debe prestar especial atención a las resoluciones judiciales que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han dictado para resolver los litigios relativos a las solicitudes de reversión de bienes cedidos gratuitamente a una Administración Pública, como consecuencia del incumplimiento, por parte del cesionario, de los fines o del destino que motivó la cesión gratuita del bien. Asimismo, es preciso estudiar distintas instituciones o figuras jurídicas, con la finalidad de extraer de su normativa reguladora principios que nos ayuden a encontrar una respuesta adecuada a la problemática expuesta anteriormente y que constituye el objeto de estudio de este trabajo.

¹¹ En relación con la cuestión del plazo de caducidad de la acción de revocación por incumplimiento del modo, véanse las notas núms. 36, 37 y 38 de este trabajo.

¹² Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

II. LA REGULACIÓN DE LA DONACIÓN MODAL EN EL CC Y SU INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El artículo 619 del CC define la donación modal como «aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado»¹³. Este tipo de donaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 622 del CC, se rige por la normativa de la donaciones en la parte que exceda del valor de gravamen impuesto, aunque como señala la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo [entre otras, SSTS (Sala 1.ª) de 27 de julio de 1994 (RJ. 1994/6929)¹⁴ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)¹⁵], el citado precepto utiliza una terminología imprecisa al referirse a las donaciones remuneratorias¹⁶.

¹³ ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 245, niega que el artículo 619 del CC contenga una definición de donación modal. A juicio de la citada autora «resulta más adecuado entender que este precepto únicamente tiene por objeto fijar dentro de qué límites puede seguir considerándose que un determinado negocio jurídico pertenece a la categoría de la donación, previamente descrita en el artículo 618».

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967, pp. 251, 254 y 255, define la donación modal «como aquella en que el donante, guiado por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece en favor del donatario al que impone una carga o la obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto, sin que en ningún caso estos gravámenes, de valor inferior al del objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes». Asimismo afirma que para que se pueda hablar de donación modal «es necesario que el donatario quede obligado, esto es, que las cargas no afecten directamente a la cosa donada y sólo indirectamente a su titular; sino que impliquen una obligación para el donatario mismo».

Por su parte, JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, p. 195, afirma que «la donación modal sigue siendo donación (art. 619 CC) y -como tal- negocio gratuito, porque el *animus donandi* es lo que mueve al [donante] a hacerla. Sólo como algo accidental y accesorio al negocio gratuito, se impone la obligación modal al beneficiario del mismo. El modo no es más que un límite a la liberalidad o un gravamen que pesa sobre ésta».

La STS (Sala 1.ª) de 6 de abril de 1999 (RJ. 1999/2656; ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete) mantiene que «la verdadera y propia donación modal es aquella [...] en la que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante. Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral sinalagmático y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación, en que consiste el gravamen, es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario». En términos similares se pronuncia la STS (Sala 1.ª) de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

En relación con el concepto de donación, véase VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Donación, condición y conversión jurídica material», *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 323 a 349.

¹⁴ Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁵ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

¹⁶ En términos similares se pronuncia FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric, «Comentario de la STS de 27 de julio de 1994» *CCJC*, núm. 37, enero-marzo de 1995, pp. 169 a 186.

Por su parte, DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, p. 298, señala que «se ha discutido si las donaciones modales pertenecen a la categoría de las onerosas previstas en el artículo 622 [...] del CC».

La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que «el modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente¹⁷ [...] o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación¹⁸ [...] o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante¹⁹ [...]. Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso [en el] que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada»²⁰.

En lo referente a la revocación de la donación por incumplimiento del modo²¹, el artículo 647 del CC dispone que «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso» y que «[e]n este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre

¹⁷ En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.ª) de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

¹⁸ Véase en este mismo sentido la STS (Sala 1.ª) de 27 de diciembre de 1994 (RJ. 1994/9780; ponente Excmo. Sr. don José Luis Albácar López).

¹⁹ La STS (Sala 1.ª) de 6 de abril de 1999 (RJ. 1999/2656; ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete) se pronuncia en idéntico sentido.

²⁰ DURÁN RIVACOBA, Ramón, «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, p. 297, define el modo «como carga, obligación, fin o gravamen que se impone por el causante de un acto de liberalidad al destinatario de los bienes, como función parcial o límite de las atribuciones realizadas».

Por su parte, ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 233, afirma que de la regulación del CC resulta que «el modo supone la imposición de una conducta al beneficiario de una atribución gratuita, cuya falta de realización, valorada por el disponente (siquiera con intervención judicial), puede dar lugar a la ineficacia del negocio por revocación, siendo esta posibilidad el reflejo del tipo de vinculación que el modo conlleva».

A este respecto, LAMARCA MARQUÈS, Albert, *El modo sucesorio*, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 67, afirma que el «modo consistirá en una prestación de dar, hacer, o no hacer, que deberá ser posible y lícita, de acuerdo con el modelo genérico del art. 1088 CC para las obligaciones» y que «esta prestación implica un vínculo jurídico u obligación coercible para la persona gravada con su cumplimiento».

En relación con el origen histórico, la función y el concepto de la figura del modo, pueden consultarse los trabajos de CASTÁN TOBEÑAS, José, «El “modo” en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil», *RDP*, 1918, núm. 54, pp. 91 a 101; «El “modo” en los actos jurídicos. Formación del modo en la historia del Derecho civil», *RDP*, 1919, núm. 67, pp. 102 a 109; y «El “modo” en los actos jurídicos. Concepto de modo», *RDP*, 1921, núms. 94 y 95, pp. 211 a 218; así como la monografía de TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.

²¹ En relación con el origen histórico de la revocación de la donaciones por incumplimiento de cargas, véase: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 716 y 717.

Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante. A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen I, Almería, 2000, p. 480, señala que «en nuestro Código hay que afirmar que la donación, si bien es irrevocable en general, como todos los contratos, puede configurarse voluntariamente como revocable, la autonomía de la voluntad no queda limitada por una exigencia inderogable, sino que el donante puede imponer al donar las reservas o condiciones que estime convenientes, incluso las que le permiten recuperar la casa; sólo en este sentido nos parece aceptable interpretar el principio de irrevocabilidad en nuestro Derecho».

ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria»²². Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo [entre otras, SSTs (Sala 1.^a) de 16 de mayo de 1957 (RJ. 1957/1971)²³, 30 de diciembre de 1961 (RJ. 1962/263)²⁴, 12 de noviembre de 1990 (RJ. 1990/8698)²⁵ y 28 de julio de 1997 (RJ. 1997/5809)^{26/27} recuerda que no procede la revocación de la donación modal cuando no puede imputarse a los donatarios el incumplimiento de las cargas o condiciones impuestas por el donante²⁸.

²² SIRVENT GARCÍA, Jorge, *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000, pp. 113 a 115, señala las diferencias existentes entre la donación modal (art. 647 CC) y la donación con cláusula de reversión (art. 641 CC) remitiéndose a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho de las SSTs (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) y 13 de julio 1989 (RJ. 1989/5607; ponente Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo). Afirma la primera de las sentencias citadas que «las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancia), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas, pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no sólo para sí ocurre un cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiesen muerto de sus herederos, habrá de corresponder a éstos, si vivieren al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma. La donación con carga modal del artículo 647 del CC, supone en cambio una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efectos después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo 1124 del CC, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente».

En relación con la denominada donación con cláusula de reversión, regulada en el artículo 641 del CC, puede consultarse: ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 265 a 303.

²³ Ponente Excmo. Sr. don Celestino Valledor.

²⁴ Ponente Excmo. Sr. don Joaquín Domínguez Molina.

²⁵ Ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

Véanse los comentarios a esta sentencia de ARRIBAS QUEVEDO, Henar, «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, pp. 183 a 188; y AMAT LLARI, Eulalia, «Comentario de la STS de 12 de noviembre de 1990», *CCJC*, núm. 25, enero-marzo de 1991, pp. 71 a 78.

²⁶ Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

²⁷ En idéntico sentido se pronuncia la SAP de Ávila de 23 de febrero de 1998 (AC. 1998/3834; ponente Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa del Caso Jiménez), la SAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2001 (AC. 2001/482; ponente Ilma. Sra. Dña. Ángela Domínguez-Viguera Fernández) y la SAP de Murcia de 11 de marzo de 2005 (JUR. 2005/100546; ponente Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez).

²⁸ En la doctrina mantienen la misma tesis, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, p. 411, al afirmar que «la revocación no procede si el incumplimiento no es culpable»; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 98 y 99; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 187; y ZURILLA CARIÑANA, M.^a Ángeles, «Comentario del artículo 647 CC»,

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 647 del CC utiliza la expresión *condiciones* se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso²⁹ y que aunque el CC afirma que el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, se trata «más bien [de] una resolución³⁰,

Comentarios al CC (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

Por el contrario, DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.ª, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, p. 105, considera que el artículo 647 CC «exige para el ejercicio de la revocación el incumplimiento de modo, pero no necesariamente un incumplimiento imputable al donatario».

²⁹ En este mismo sentido, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1638 y 1639; ARRIBAS QUEVEDO, Henar, «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, p. 187; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 306, 330 y 331; FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1810 y 1811; MARÍN CASTÁN, Francisco, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, pp. 195 y 196; NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, p. 62; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 175 y 176.

GRAMUNT FOMBENA, M.ª Dolores, «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, p. 2213, afirma en relación con esta cuestión que «no puede olvidarse el hecho de que la sanción prevista para el caso de incumplimiento no es la ineficacia automática de la donación sino la posibilidad de revocarla, lo cual no hace sino corroborar la afirmación de que estamos en presencia de un modo y no de una condición».

En términos similares se pronuncian las SSTs (Sala 1.ª) de 3 de noviembre de 1931 (Col. Leg. núm. 4; ponente Excmo. Sr. don Miguel García), 19 de octubre de 1973 (RJ. 1973/3800; ponente Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo), 25 de junio de 1990 (RJ. 1990/4893; ponente Excmo. Sr. don Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa), 28 de julio de 1997 (RJ. 1997/5809; ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), 2 de noviembre de 1999 (RJ. 1999/7999; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz) y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), así como la SAP de Ávila de 23 de febrero de 1998 (AC. 1998/3834; ponente Ilma. Sra. Dña. M.ª Teresa del Caso Jiménez), la SAP de Pontevedra de 5 de junio de 2003 (AC. 2003/928; ponente Ilmo. Sr. don Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes) y la SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006/153729; ponente Ilma. Sra. Dña. María Concepción Marco Cacho).

³⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 1639, afirma que la revocación que prevé el artículo 647 del CC «es un caso de *resolución* análogo al del artículo 1124» del CC. [En idéntico sentido se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1818; DE LOS MOZOS, José Luis, «Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», *RCDI*, 1999, núm. 651, pp. 591 y 592; NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 153 a 158; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 192.]

En términos similares se pronuncian las SSTs (Sala 1.ª) de 26 de mayo de 1988 (RJ. 1988/4340; ponente Excmo. Sr. don Ramón López Vilas), 31 enero de 1995 (RJ. 1995/390;

como se desprende del segundo párrafo del artículo [647 del CC], que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»³¹.

En lo concerniente a la cuestión del supuesto carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo y su intransmisibilidad a los herederos del donante, la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal considera que la citada acción es transmisible *mortis causa*, pues «ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos»³².

En relación con el plazo de ejercicio de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, hay que recordar que nuestro CC guarda silencio sobre dicha cuestión. La Sala Primera del Tribunal Supremo, a pesar de la ausencia de regulación legal sobre la materia, mantiene, de forma prácticamente

ponente Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres) y 28 de julio de 1997 (R.J. 1997/5809; ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), así como la SAP de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317; ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada) y la SAP de Burgos de 17 de mayo de 1999 (AC. 1999/5308; ponente Ilma. Sra. Dña. María Esther Villamar San Salvador).

³¹ En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.ª) de 20 de julio de 2007 (R.J. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

³² En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.ª) de 20 de julio de 2007 (R.J. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

Asimismo se pronuncian en idéntico sentido, entre otras, las SSTS (Sala 1.ª) de 3 de diciembre de 1928 (Col. Leg. núm. 83; ponente Excmo. Sr. don Luis Iburgüen), 11 de diciembre de 1975 (R.J. 1975/4364; ponente Excmo. Sr. don Julio Calvillo Martínez) y 11 de diciembre de 1987 (R.J. 1987/9422; ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz), así como la STSJ de Aragón de 9 de noviembre de 1991 (R.J. 1992/7074; ponente Ilmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno) y la SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR. 2007/139397; ponente Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino).

En relación con la cuestión de si la acción de revocación de la donación modal del artículo 647 CC es o no transmisible a los herederos del donante, véase el exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial que realiza ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 379 a 402.

Por su parte, FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1821, considera que la acción de revocación de la donación modal no tiene carácter personalísimo y, por tanto, es transmisible a los herederos del donante. En parecidos términos se pronuncian ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 391; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 345, al afirmar que la acción de revocación del artículo 647 CC «es, por lo general, *transmisible a los herederos*, y que sólo no debe prosperar en el caso en que se pruebe que el donante pudo y no quiso ejercitarla, no presumiéndose nunca esta falta de voluntad»; y también SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 203 a 207.

Por último, NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 125 y 126, afirma que prefiere un criterio ecléctico, «ni acudir rígidamente a la defensa de la transmisibilidad, ni a la de la intransmisibilidad de la acción o, si se prefiere, defender la primacía de la voluntad y de las actuaciones del donante, para, a continuación, sostener una u otra postura».