

Introducción General a la asignatura de Derecho de Empresas II. Derecho Administrativo, Derecho Penal y otras materias relacionadas con Derecho Cambiario y con Derecho Concursal.

En los días que seguirán, se abordarán las nociones imprescindibles de Teoría General del Derecho, fundamentalmente, el pago o cumplimiento de obligaciones nacidas de contrato, y consecuencias jurídicas o sanciones por impago o incumplimiento de lo convenido. ESCOEX no es una Facultad de Derecho, ni pretende serlo, pero sus alumnos deben adquirir y mantener una formación integral que les permita en su futuro profesional saber y poder distinguir qué es un vale, un cheque de viaje, un cheque, un cheque cruzado, diferenciando por ejemplo, un simple bono guagua, un vale de comidas, una letra aceptada en blanco, una tarjeta bancaria de crédito, una papeleta de empeño, e incluso una obligación al portador con garantía hipotecaria, y entender cuáles de ellos serán transmisibles, cuáles los representativos de obligaciones exigibles o vencidas, y en qué forma concreta podrán ser exigidas o reclamadas. Estas nociones han de ser trasladadas a la aplicación práctica, por medio de debates en los que los propios alumnos deberán participar activamente a lo largo de las clases, y con ello, desde el primer momento, distinguir las características concretas de cada uno de los documentos más dispares.

Cuando se habla de Derecho (con mayúscula), se alude sólo y simplemente al conjunto de reglas de mínimos, llamadas normas jurídicas, auto impuestas por una sociedad o comunidad organizada para asegurar la pacífica convivencia entre sus integrantes. Diariamente todo individuo pervive entre normas de convivencia, reglas de protocolo, obligaciones voluntariamente asumidas por razones de amistad, los reglamentos de la comunidad de vecinos en la que habitamos, e incluso pautas de conducta marcadas por el clan familiar; la actitud individual frente a tales reglas, puede ser de sumisión o acatamiento y obediencia, o también de incumplimiento, quebrantamiento o desobediencia. De entre todas esas reglas, las normas jurídicas en sentido estricto, es decir, las que conforman el Derecho (nuevamente con mayúscula), tienen por distintivo propio, el que ante su incumplimiento, la comunidad reacciona, para, a través de sus aparatos coercitivos, sujetar al infractor al cumplimiento y ejecución forzosa, o incluso imponer sanciones por la violación de tales pautas, desde una multa, hasta la privación de un derecho tan fundamental como la libertad personal del infractor.

Una importante parte del Derecho, rama o disciplina del mismo, llamada Derecho Privado, se nutre de las normas contenidas en dos cuerpos legales dirigidos a regular las relaciones personales, es decir, de los individuos entre sí: un Código Civil, establece derechos y obligaciones correspondientes al ámbito de la familia y el matrimonio y en las relaciones entre padres e hijos, a la contratación diaria que realizamos al hacer a un amigo un regalo en su cumpleaños, al derecho que poseemos sobre un ciclomotor o el reloj que llevamos en la muñeca, y en que medida podemos antes de morir, desheredar a un hijo por considerarlo indigno de sucedernos y crear una Fundación; un Código de Comercio y el resto de las leyes mercantiles que integran el Derecho Mercantil, se nutren o alimentan de las normas básicas que regulan otros actos más humildes pero diarios como comprar pan, tabaco o un café, o las a tener en cuenta al comprar nuestra vivienda, solicitar un crédito, formalizar la matrícula escolar, contratar un viaje de vacaciones o qué hacer para poder salvar una empresa en crisis. En la contratación regulada en ambos casos, y al tratarse de Derecho Privado, las normas establecidas son renunciabiles, de manera que no excluyen la posibilidad de que los propios contratantes regulen y sujeten sus relaciones al modo diferente en que tengan más conveniente, con sujeción a ciertos principios básicos (por ejemplo, la prohibición de la esclavitud)

Otra parte importante del Derecho, llamada Derecho Público, por el contrario regula relaciones entre particulares entre sí, o entre particulares y entidades públicas (Órganos de la comunidad creados por ésta), pero en las que necesariamente interviene una entidad pública: a ésta rama pertenece el Derecho

Administrativo y las leyes que lo componen para imponer el debido cumplimiento de normas que establecen desde los requisitos sanitarios mínimos del más humilde juguete de bazar, hasta las garantías que ha de prestar una empresa encargada de la construcción de una Autovía con fondos públicos; pertenece igualmente y en una importante parte, a la parcela de Derecho Público, la normativa laboral que llamamos comúnmente Derecho Social, Derecho del Trabajo o Derecho Laboral en el que las entidades públicas intervienen directa o indirectamente para asegurar las condiciones mínimas de una adecuada protección a valores superiores como el objetivo de pleno empleo, la higiene y seguridad laboral o prestaciones por desempleo, jubilación o invalidez; también dentro de la parcela de Derecho Público, quedan encuadradas las normas que integran el Derecho Penal, o lo que es lo mismo, los mandatos prohibitivos que para caso de su incumplimiento, anudan, además del deber de resarcir el daño causado, un castigo personal.

También resultará imprescindible aportar algunas nociones estrictamente procesales sobre el juicio ejecutivo cambiario, sobre el expediente de suspensión de pagos, y sobre el procedimiento a seguir en las quiebras, y en todas las clases impartidas se incluirán además explicaciones verbales tendentes a diferenciar los distintos procedimientos en cada uno de los Órdenes de la Jurisdicción; así-, serán tratados brevemente, además de los ya mencionados, el procedimiento penal por delitos (referencias a la falsedad de un título, la sustracción mediante hurto o robo, el cohecho, y el juicio por Jurado) el procedimiento administrativo, el procedimiento civil ordinario, el procedimiento contencioso-administrativo, y hasta breves reseñas acerca de la institución del Habeas Corpus, del sistema continental de Derecho Administrativo contrapuesto al anglosajón rules of law, y el acto administrativo y el contrato administrativo. La riqueza de un tratamiento conjunto de materias pretenderá plasmarse en un trabajo individual y en un examen final, y ninguno de los dos, deberá provocar el menor miedo. En todo caso, para el examen final, probablemente, se permitirá hacer uso de apuntes, textos legales, documentación complementaria o incluso de una biblioteca entera; así lo hicieron los alumnos del curso pasado, y a algunos no les dio el resultado apetecido, porque si bien no se mencionaron sino unos pocos artículos, el programa de la asignatura trata de buscar en los alumnos el correcto aprendizaje de conceptos con la suficiente agilidad mental, pero nunca un ejercicio memorístico acerca del artículo 24 del Código de Comercio.

ESCOEX

Derecho de Empresas II (Derecho Cambiario).

AMBITO NORMATIVO: La Ley Cambiaria y de Cheque (19/1985 de 16 de julio) regula la creación y circulación y consecuencias o efectos de tres documentos distintos, que tienen en común ser todos ellos títulos valores, representativos de un derecho creado para exigir el cumplimiento de obligaciones asumidas a la sombra del principio de autonomía de la voluntad. Su entrada en vigor coincidió con el ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas, suprimiendo las formalidades requeridas hasta entonces para los títulos valores, y adaptando su normativa a los Convenios de Ginebra de 1930 y 1932 (llamados legislación uniforme o Ley de Ginebra). Históricamente documentadas, y a título de curiosidad, las letras de cambio nacieron en el s. XII –con motivo de las operaciones financieras exigidas para sostener las Cruzadas dirigidas a la reconquista de los Sagrados Lugares– como sustitutivos de la moneda para facilitar la realización de operaciones mercantiles, fundamentalmente el contrato de cambio entre banqueros, sin necesidad de movilizar metálico de una plaza a otra, convirtiéndose pronto, ya en el s. XVI en verdaderos instrumentos para pago, equiparando su función a la propia del cheque, careciendo el cheque sin embargo de la función de instrumento de crédito privativa de la letra.

También llamada cambial, la letra de cambio es ante todo, un mandato de pago: mediante ella, una persona llamada LIBRADOR, ordena a otra llamada LIBRADO que realice a la fecha establecida como

vencimiento, el pago de una suma dineraria a favor de quien, a este tiempo, resulte poseedor, es decir, TENEDOR de la misma. Entre el momento de la creación, emisión o libramiento de la letra de cambio y su vencimiento, otras personas podrán añadir nuevas declaraciones cambiarias, vinculándose solidariamente con los anteriores firmantes. El timbrado del documento o soporte es exigencia fiscal cuyo incumplimiento le hará perder su eficacia ejecutiva –Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados– según la escala de su base imponible o suma nominal, y con timbre del doble de esta última suma para vencimientos superiores a seis meses, y autoliquidación añadida en los treinta días siguientes al libramiento para importes superiores al límite de timbre máximo, teniendo en cuenta las peculiaridades forales y catalana. Para dotar al documento de todos los efectos que virtualmente, la ley atribuye a la letra de cambio, son requisitos imprescindibles los siguientes: denominación de letra de cambio (inserción en el idioma empleado para su redacción, que puede ser cualquiera); determinación de la suma a pagar (en moneda cualquiera, prevalece la letra en caso de diferencia con el número, y si una y otro son varios, la cantidad menor); identificación del librado y domicilio de este (puede ser el propio librador), identificación del tenedor (no existe letra al portador); fecha y lugar de emisión (creación o libramiento, para determinar el vencimiento y computar el plazo de su presentación al pago en letras giradas a la vista); y, finalmente, firma autógrafa del librador y también su domicilio; si no consta fecha de vencimiento, se considerará pagadera a la vista, y si no consta lugar de pago, se entenderá serlo el domicilio del librado. Como cláusulas añadidas, son posibles las siguientes: no a la orden prohíbe su endoso; sin mi garantía o sin mi responsabilidad, exoneración al endosante; sin gastos o sin protesto, dispensa al tenedor, poseedor o tomador, de levantar protesto para poder reclamar en vía de regreso; prohibición de presentar la letra a aceptación en un plazo determinado, demora su aceptación; finalmente, la cláusula de domiciliación, implica su pago precisamente a través de cuenta domiciliada en entidad de crédito (caja o banco); en cualquier caso, las cláusulas limitativas o dispensadoras de responsabilidad, por limitadores de la posibilidad de negociación y ulterior cobro, han de ser firmadas y sólo tendrán efectos respecto de obligados posteriores, pero no respecto de los anteriores (por ejemplo, si pese a la dispensa de protesto, este se realiza, los gastos serán del tomador, portador o poseedor, y no podrán reclamarse del librador si este fue quien inserta la cláusula); por otro lado, para agregar declaraciones añadidas que, materialmente no quepan en el documento original, suele emplearse un documento llamado suplemento adherido para el que es imprescindible la identificación de la letra original. Es posible la existencia de una letra en blanco, y será tal la que contenga al menos la firma de un obligado cambiario, pero sólo adquirirá validez si se cumplimentan posteriormente todas las menciones imprescindibles.

Por la declaración cambiaria que constituye la aceptación, inserta en la propia letra, su firmante (librado) asume el mandato de pago incondicional a su vencimiento frente a los demás intervinientes. Se trata de un acto potestativo del librado, y para ello, la letra ha de ser presentada a su aceptación en cualquier momento antes del vencimiento, salvo que el librador haya dispuesto otra fecha o plazo para ello, y si la letra fue girada a un plazo desde la vista, deberá hacerse en plazo del año siguiente a su libramiento, aunque este plazo podrá ser acortado o alargado por el librador, y acortado por los endosantes posteriores. En todo caso, la aceptación o aceptación, es incondicional (puede empero aceptarse por cantidad inferior a la girada y entonces nacerá acción de regreso por la diferencia no aceptada), e irrevocable, y requiere la firma autógrafa del librado (esta misma, se presume aceptación) pero no se requiere su fecha (salvo letras pagaderas a un plazo desde la vista o cuando el librador hubiese establecido plazo para tal aceptación) aunque puede protestarse por falta de fecha para conservar la acción de regreso.

Por la declaración cambiaria que constituye el endoso, el acreedor cambiario cedente o endosante, transmite el derecho incorporado a la letra a otra persona, cesionario o endosatario, que se convertirá en nuevo acreedor como tenedor legítimo de la letra. Sin embargo, el endoso realizado con posterioridad al protesto, al impago declarado o al vencimiento sólo producirá los efectos de una cesión ordinaria del crédito, por lo que, en caso de que no conste la fecha del endoso, se presumirá, salvo prueba en contrario, efectuado antes del plazo fijado para levantar el protesto. De cualquier modo, el endoso ha de ser incondicional, puro y simple (el endoso será válido pero toda condición limitativa se tendrá por no puesta), y total (el endoso parcial es nulo). Puede realizarse en la propia letra o en su suplemento, bajo la cláusula de páguese a... o

similar, y debe incorporar la firma del endosante y la identificación del endosatario, aunque es posible el endoso en blanco (es decir, al portador, pero no en el suplemento), mas entonces se rompe la cadena de tenedores obligados en vista de regreso, siendo preciso en todo caso la identificación del último tenedor como portador legítimo. Si el endoso se realiza contra cláusula de no a la orden o no endosable limitará sus efectos a una cesión ordinaria del crédito, es decir, desprovista de los privilegios de la Ley Cambiaria. Efectuado el endoso, se transmite al nuevo tenedor, la posición de acreedor cambiario y todos los derechos de la letra para exigir el crédito frente a todos los obligados anteriores, especialmente frente al endosante, garante de la aceptación y pago de la letra salvo cláusula en contrario; por excepción, el librador podrá exonerarse de la garantía de aceptación, pero toda cláusula de exoneración de garantía de pago, se tendrá por no puesta.

Es posible efectuar un endoso limitado, transmitiendo el ejercicio de derechos pero no la titularidad de éstos, empleando fórmulas como para cobranza, en gestión de cobro, por poder o valor al cobro en cuyo caso, tal endosatario o cesionario, no será sino un simple apoderado (mandato representativo o representación mercantil) del acreedor cambiario, y carecerá de la plena disponibilidad del título por lo que, por una parte, no será posible que el cesionario pueda endosar válidamente la letra, y por otra, que el obligado al pago sólo podrá oponer excepciones relativas al endosante. Un segundo endoso limitado es el endoso en garantía, y puede efectuarse bajo la fórmula valor en garantía o valor en prenda, e implica igualmente la transmisión del ejercicio de derechos, pero no éstos por lo que el cesionario pignoraticio no podrá tampoco endosar la letra, aunque el obligado al pago, no podrá oponer frente al tenedor prendario excepciones derivadas de relaciones personales entre obligado y endosante (salvo que se pruebe la mala fe del endosatario). Finalmente, el endoso es llamado de retorno si se realiza en favor de cualesquiera de los ya obligados al pago, deteniendo el crédito cambiario, de forma que, si la letra retorna a manos del aceptante, quedan liberados de responsabilidad los restantes obligados cambiarios; si a favor del librador, todos los endosantes posteriores a éste; y si a favor de un endosante intermedio, quedarán liberados los endosantes posteriores, y conservará acción únicamente contra aceptante, librador, y endosantes anteriores.

Otra declaración cambiaria es el aval cambiario, por el que un firmante de la letra o incluso un tercero garantiza el buen fin del título en forma autónoma (la ley establece la independencia y autonomía de las obligaciones del avalista, desvinculándola de las relaciones entre éste y el avalado), incluso después del vencimiento e impago –salvo que el avalado haya sido liberado– pero exige que bajo la fórmula por aval o similar, tal declaración se inserte en la propia letra o su suplemento firmada por el avalista (no es válido en documento separado), bien en el lugar del reverso destinado a tal fin, o en cualquier otro (cualquier firma obrante en el anverso no correspondiente ni a librador ni librado se considerará aval), indicando a quién se avala (si nada se dice, se entenderá avalado el aceptante, y si éste no existe, el librador), respondiendo igual que el avalado salvo en supuestos de aval parcial), no siendo oponible frente a la garantía, el beneficio de excusión propio de la fianza, y todo ello, sin necesidad de cumplir las formalidades exigidas para la conservación de la acción cambiaria, aunque en todo caso, el avalista podrá oponer frente al tenedor, excepciones basadas en sus propias relaciones personales con éste último y todas las derivadas de vicios o defectos formales (mala fe del adquirente o tenedor incluida) y relativas a extinción del crédito. Una vez satisfecha la garantía, si el avalado fue el aceptante, el avalista podrá dirigirse contra éste, pero sin acciones de regreso; si avaló al librador, tendrá acción de regreso contra éste, y directa contra el aceptante y el avalista de éste (si existe); si avaló a un endosante, regreso contra los endosantes anteriores al avalado, contra avalistas de éstos, contra el librado, y contra el aceptante y el avalista de éste.

El vencimiento implica la llegada de la fecha estipulada para la realización de la obligación de pago dinerario que la letra de cambio documenta. La ley exige necesariamente una de las cuatro clases de vencimiento que establece, a saber: fecha fija, a un plazo contado desde la fecha fija, a la vista, y a un plazo contado desde la vista; las letras con otro tipo de vencimiento o con vencimientos sucesivos, se considerarán nulas (para el cómputo meses a partir de la vista, de fecha a fecha y si en el mes de vencimiento no existe día equivalente, el último día del mes; del cómputo se excluye el día de partida, se incluyen días inhábiles y festivos intermedios, pero si el día de vencimiento fuere inhábil, se entenderá el

vencimiento en el primer día-a hábil a continuación; en letras giradas a la vista, el plazo máximo para su presentación a pago es de un año salvo otra indicación del librador en el propio título, pudiendo también los endosantes acortar este plazo; pero puesto que la letra puede perjudicarse y perder su fuerza ejecutiva por timbre insuficiente con el paso de seis meses tras su emisión o libramiento, las letras giradas a la vista, deberán presentarse al cobro cuanto antes). El vencimiento de letra girada a un plazo desde la vista, se determinará por la fecha de su aceptación, o en su defecto por la del protesto o declaración equivalente (un año). Es precisamente el mismo día-a de vencimiento cuando el tenedor de la letra deberá de presentarla a su pago al deudor, pues la ley indica que el tenedor no está obligado a aceptar un pago anticipado, y si así se hace, lo será por cuenta y riesgo del librado; por el contrario, existen supuestos de aplazamiento, permitiendo el pago en uno –vencimiento en día-a inhábil, y pago el siguiente hábil–, dos, o treinta días –caso de fuerza mayor–, debiendo hacerlo, si se trata de letras no domiciliadas en el lugar de pago específicamente expresado, y en su defecto, en el domicilio del deudor, y si se trata de letras domiciliadas bancariamente, por cualquiera de los medios del banco domiciliatario, que a estos efectos, se sirve de la Cámara de Compensación, y habitualmente expide recibo identificativo de la letra inmovilizada con pleno valor liberatorio, pudiendo el pagador, exigir entrega del original y recibo del tenedor. La no presentación a pago, priva al tenedor de la letra de las acciones de regreso, pudiendo el librado consignar el pago ante fedatario o entidad crediticia, con efectos liberatorios. Si la letra se hubiese girado contra dos o más librados, la negativa de cualquiera de ellos bastará para poder formular reclamación judicial, pero si son varios los aceptantes, la letra deberá ser presentada al pago a todos ellos y hasta que todos nieguen el pago, no cabrá reclamación judicial. El pago para poseer eficacia liberatoria, deberá de ser íntegro, pero el tenedor no podrá rechazar un pago parcial y estará obligado a dar recibo del mismo. Pagando el aceptante, todas las obligaciones cambiarias quedan extinguidas; si paga el librador, liberará a los endosantes, y podrá reclamar del aceptante; el pago de un endosante libera a los endosantes posteriores a él, conservando acción contra aceptante, librador, y endosantes anteriores.

Si de cualquier modo, la letra de cambio no es aceptada, o una vez aceptada, no es pagada, la ley exige acreditarlo mediante levantamiento de protesto, que deberá de efectuarse en uno de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento de la letra aunque serán válidos los protestos realizados en días inhábiles. Siempre y cuando el librador no haya exigido protesto notarial ni la letra haya sido girada con la cláusula sin gastos, la acreditación de la no aceptación o del impago podrá sustituirse por una declaración equivalente al dorso del documento fechada y firmada y realizada únicamente, o por el propio librado, o por la cámara de compensación, o por el banco domiciliatario, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento, y si no se hiciera ni protesto ni declaración sustitutoria, el banco pierde su derecho a devolver la letra mediante adeudo al librador o endosante. Las letras con cláusula sin gastos, se devolverán al cedente sin más, no siendo preciso protesto ni declaración equivalente, pues si la cláusula fue estampada por el librador, la dispensa de protesto, libera del mismo a todos los firmantes; si la dispensa de protesto o declaración de impago hubiere sido puesta por un endosante o avalista, solo surtirán efectos respecto del que la hubiere puesto, y en este caso, es imprescindible protesto o declaración equivalente para reclamar frente al librador o endosantes anteriores o posteriores. Para asegurar las debidas notificaciones y comunicaciones de impago o no aceptación, la ley impone a las entidades domiciliatarias, la remisión y envío al librado aceptante, de la cédula de notificación emitida por el Notario autorizante del protesto dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de dicha cédula; a su vez, el tenedor deberá comunicar la falta de pago o aceptación a su endosante y al librador, y el endosante deberá de hacer lo propio con su propio endosante, y así hasta culminar el regreso, y siempre y en todo caso al avalista; el plazo de la comunicación que deberá hacer el tenedor es de ocho días hábiles siguientes a la fecha de protesto o declaración de impago, o a contar desde la fecha de presentación de la letra si ésta era sin gastos, y los endosantes deben hacer lo propio dentro de los dos días hábiles siguientes a haber recibido la comunicación correspondiente, dirigiéndolas a los domicilios expresados en la letra, aunque la falta de comunicaciones solo tendrá por efecto, abrir una posible responsabilidad extracambiaria por los daños y perjuicios ocasionados por dicha omisión, si bien dicha indemnización no podrá exceder del importe nominal de la letra de cambio.

Para hacer efectiva la promesa de pago que la letra implica, el tenedor de la misma, posee diversas acciones, todas dirigidas a exigir la responsabilidad solidaria de los firmantes del documento. Las dos primeras y particulares son acciones cambiarias, de tipo solidario e inmediatamente ejecutivo, directa contra el aceptante y su avalista o avalistas, y de regreso contra los restantes firmantes (librador, endosante, y avalistas de ambos), ambas compatibles entre sí, tendentes a reclamar en uno y otro caso, el importe de la letra, los intereses pactados si la letra es a la vista o a un plazo desde la vista, el interés legal incrementado en dos puntos más a partir del vencimiento, y los demás gastos entre los que se incluyen los derivados de protesto y comunicaciones, mientras que cualquier otro obligado que hubiere pagado la letra, podrá exigir el importe

Integro del pago realizado, el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha en que pagó, y el resarcimiento de todo gasto. La acción directa contra aceptante y avalista nace del impago de la letra a cargo del obligado principal que debió satisfacer su importe antes de su vencimiento sin necesidad de protesto o declaración sustitutoria, pues la acción no decae ni la letra se perjudica si se presenta la letra al cobro en momento posterior a su vencimiento, debiendo dirigir dicha acción en plazo de tres años a partir del vencimiento, después del cual, la acción prescribe. La acción de regreso, requiriendo también como presupuesto previo, el impago de la letra, precisa por el contrario, de protesto o declaración equivalente salvo que por cláusula sin gastos o sin protesto estuvieren dispensados, aunque existe la posibilidad de ejercitar la acción de regreso anticipadamente si se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación (en este caso, el tenedor deberá comunicar la falta de aceptación o pago a su propio endosante y al librador en el plazo de ocho días hábiles siguientes, y de no hacerlo así, conservar su acción, pero responder de los perjuicios causados con su omisión por negligencia), cuando el librado (haya aceptado o no) se encuentre incurso en suspensión de pagos, quiebra o concurso o resultare infructuoso el embargo de sus bienes, o cuando el librador de una letra cuya aceptación haya sido prohibida, incurra en quiebra, suspensión o concurso. La acción de regreso decae definitivamente por falta de presentación dentro de un plazo de una letra girada a la vista o a un plazo desde la vista, por falta de presentación a pago en el plazo pactado, por falta de presentación de la letra a la aceptación si ésta fuere necesaria u obligatoria, o cuando no se hubiere levantado protesto o declaración equivalente en los casos requeridos (falta de aceptación o pago de letra no girada con cláusula de dispensa). Frente a las acciones cambiarias, sólo serán oponibles tres excepciones: invalidez de la declaración cambiaria, falta de legitimación en el tenedor o defectos del título, y extinción del crédito o pago. Cuatro más son las acciones extracambiarias que asisten al tenedor, a saber: acción causal derivada del negocio origen del crédito y cuya prescripción regula el Código Civil (entre uno y treinta años, y por vía de ejemplo seis meses o un año para alimentos, entre uno y cinco para acciones personales, quince para obligaciones personales, y treinta para acciones reales); la acción para resarcimiento de daños y perjuicios; la acción de enriquecimiento injusto; finalmente, la acción por extravío, sustracción o destrucción de la letra de cambio, reclamando del Juzgado correspondiente la titularidad de la letra objeto de desposesión.

El pagaré, constituye una promesa incondicional de pago de una suma concreta en una fecha determinada o determinable, que asume el firmante del mismo frente a otro, denominado tomador, quedando el primero directa y personalmente obligado a ello. La Ley Cambiaria y del Cheque, establece para el pagaré el mismo régimen legal que la letra de cambio en cuanto a endoso, vencimiento, pago, acciones por impago, prescripción, extravío, sustracción o destrucción, mas para ello, exige una serie de requisitos imprescindibles y cuya falta, priva al documento de la especial protección otorgada por la propia ley.

Por este PAGARE, me comprometo a pagar el 1 de octubre de 2002, a Vivero Tropical sociedad limitada la cantidad de Mil Euros (1000) contra mi cuenta corriente 0049 2821 24 777777770 en la oficina de Banco del Comercio, calle Triana 12 de Las Palmas de Gran Canaria.

Las Palmas de Gran Canaria, el 6 de enero de 2002.

Firmado: UNIVERSAL AIR. P:P, Angel Lamo Cruz

En todo caso se requiere la denominación, precisamente de pagaré inserta en el texto del título y en el

mismo idioma empleado para su redacción, la promesa de pago de suma determinada en moneda corriente (convertible o admitida a cotización oficial), identificación de la persona a la que pagar (un pagaré al portador es una simple promesa de pago desprovista de la protección de la Ley Cambiaria y de cheque), la fecha de libramiento, y la firma autógrafa del emisor o firmante, o antefirma de apoderado con la expresión por poder tratándose de personas jurídicas. Si el vencimiento no aparece indicado, se considerará pagadero a la vista, y si el pagaré debe hacerse efectivo a cierto plazo desde la vista, no siendo posible la aceptación, deberá presentarse al firmante para que estampe en el título la expresión Visto u otra equivalente, y cuya fecha será computada a los efectos de plazo de vencimiento, teniendo en cuenta que si emisor del pagaré se negara a firmar, el protesto surtirá iguales efectos, por lo que es habitual la emisión de pagarés a plazo determinado a contar desde su emisión o con un vencimiento a fecha fija; si no constase lugar de pago, se entenderá serlo el lugar de emisión, y si éste tampoco consta, se considerará firmado en el lugar que figure junto al nombre del firmante o emisor.

Por ser un título a la orden nato, el pagaré es transmisible por endoso, salvo cláusula en contrario (no a la orden u otra equivalente, en cuyo caso, será transmisible mediante cesión ordinaria. Para reclamar el crédito que el título documenta, son aplicables todas las disposiciones relativas a la letra de cambio referentes a su impago, por lo que, tratándose de pagarés no endosados, el firmante queda obligado de igual forma que el aceptante de una letra de cambio, y por tanto, no será preciso el protesto para ejercitar la acción directa contra el mismo, tanto en vía ejecutiva como declarativa u ordinaria; en cambio, tratándose de pagarés endosados, y siempre que el título no contenga una dispensa por cláusula sin gastos, sin protesto u otra equivalente, será preceptivo acreditar la falta de pago para que el tenedor pueda ejercitar la vía de regreso contra endosantes o restantes obligados, con los mismos requisitos que para el protesto en la letra de cambio o su declaración equivalente. A semejanza de la letra de cambio, tributarán por concepto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y mediante timbre correspondiente al importe nominal (sea cual fuere el plazo que mediere entre emisión y vencimiento) pagarés a la orden, y nominativos aunque no se endosen, y no tributarán los nominativos con cláusula no a la orden o equivalente aunque se negocien así como los llamados pagarés al portador.

El cheque, tercera y última de las figuras contempladas en la Ley especial, representa la orden incondicional impartida por un sujeto, librador o emisor, dirigida a un banco o entidad de crédito (que asume la posición de librado) para pagar a su vista, es decir a su presentación, una cantidad de dinero determinada a su poseedor, tenedor o portador, sirviendo así de medio de pago al suplir la circulación de dinero físico en importes determinados, lo que explica precisamente su rápida sustitución mediante procedimientos de pago electrónico. Son requisitos imprescindibles del cheque, su propia denominación como tal inserta en el título y expresada en el idioma empleado para su redacción, el mandato de pago puro que incorpora no susceptible de limitación alguna, con expresión de la suma en letra y número, y en caso de discordancia entre ambos conceptos, con los mismos criterios que para la letra de cambio, la identificación de librado (necesariamente entidad de crédito), la fecha de emisión o libramiento a efectos del cómputo de plazo para presentación al pago, siendo indiferente que se exprese en letra o número, y finalmente, la firma autógrafa del librador o emisor, antefirma y expresión por poder en caso de representantes de persona jurídica. Si no se indica lugar de pago, se considerará tal el designado junto al nombre del banco librado, y si fueren varios, el primero de ellos, y a falta de los anteriores, el lugar de emisión, y si en éste lugar no tiene el banco librado ningún establecimiento, aquí el donde radique su establecimiento principal. Si no se indica el lugar de emisión, se considerará el cheque emitido en el lugar que aparezca junto al nombre del librador. Finalmente se presupone que el librador poseerá en el banco librado, fondos suficientes a disposición del primero para atender el pago del título, y que además, existe acuerdo entre ambos para disponer de fondos mediante la emisión de cheques, aunque así se presume por la simple entrega del cuaderno o talonario.

Así- configurado, el mandato de pago incorporado al título, no puede revocarse hasta después del plazo legal de presentación, salvo orden de impago en supuestos de pérdida, robo o cualquier otro tipo de privación ilegal o sustracción, casos éstos en que la responsabilidad de cualquier daño resultante de la realización de cheques falsos o manipulados, incumbe al Banco librado salvo que pruebe que el librador actuó negligentemente, y teniendo en cuenta que la muerte o incapacidad sobrevenida del librador, en nada afecta al cheque. La no existencia de provisión de fondos suficientes para atender al pago del cheque a su presentación, conlleva para el banco librador la exigencia de facilitar al tenedor del cheque la suma o saldo en cuenta existente, documentándose el pago parcial al dorso del título, y tomando el banco, recibo del perceptor. Ya que en el cheque no cabe fórmula alguna de aceptación añadida, de existir ésta, se tendrá por no puesta, pero sin embargo es posible incorporar certificación o fórmula equivalente escrita en el título y firmada por el librado afirmando la existencia de fondos suficientes para impedir la retirada anticipada de los mismos antes del vencimiento del término de presentación. Puede igualmente el tenedor del cheque, solicitar del banco librado que preste su conformidad al cheque.

Especial clase de entre todas las posibles, es el cheque conformado. Fórmulas o menciones como certificación, visado, conforme u otras equivalentes, implican la acreditación y conformidad prestada por el banco librado con la autenticidad del soporte documental y la existencia de fondos suficientes en poder del librador, asumiendo desde entonces la condición de obligado al pago en forma irrevocable a partir de la fecha de la misma, debiendo retener los fondos correspondientes hasta transcurrir el plazo de su presentación, por tiempo de entre quince y sesenta días naturales dependiendo de su lugar de emisión, a partir de la expresión de conformidad.

El cheque cruzado, conlleva, inserto por el librador o tenedor una limitación al pagador, bajo la forma de dos barras transversales paralelas sobre el anverso del título sin necesidad de ninguna otra mención. Es cheque cruzado general si entre las barras no se contiene designación alguna o si la mención solamente es Banco, Compañía o término equivalente, y entonces el librado no podrá pagar el cheque con cruzado general

sino a un banco o a un cliente propio del librado. Es cheque cruzado especial si entre las barras se contiene la designación de un banco determinado, y entonces el cheque sólo podrá ser pagado a éste, aunque si el banco designado es el propio banco librado, podrá pagarlo a un cliente propio. Finalmente, con similitudes a los anteriores (las barras) el cheque para abonar en cuenta, implica la prohibición de ser pagado en efectivo y en este caso el banco librado, necesariamente habrá de abonar su importe en cuenta, si así figura en la indicación puesta en la mención transversal del anverso (entre barras como los cheques cruzados).

Para el libramiento o emisión del cheque, la propia Ley especial establece tres modos o fórmulas de giro, siendo la primera a la orden o a favor del propio librado que asume simultáneamente la posición de tenedor, tomador, poseedor o portador para conservarlo en su poder y cobrarlo a su vencimiento, utilizándolo como medio de disposición de fondos ordinario, o asegurarse de que en caso de extravío o sustracción no será cobrado por un tercero de forma fraudulenta, pudiendo, no obstante ello, ser objeto de endoso a favor de un tercero. Otra forma de giro, mencionada por la Ley es por cuenta de tercero, cuando el librador gira en nombre propio quedando directamente vinculado por la garantía de pago dispensada por la ley y sin perjuicio de las relaciones extracambiarías respecto del tercero por cuya cuenta gira el título, confirmando la existencia de un pacto entre el librador, el tercero y el tomador o beneficiario del cheque; en este caso, el librador hará constar en el documento que el mandato se hace para pagar al tomador por cuenta de un tercero. La tercera fórmula de giro mencionada por la Ley es contra el propio librador, que asume la doble condición de librador y librado cuando el cheque es girado de un establecimiento a otro diferente pero dentro del mismo Banco que pasa de ser librado a ser simultáneamente librador. Por las mismas razones mencionadas, el cheque, aunque se libre a favor de persona determinada, podrá endosarse siempre que no contenga cláusula en contrario (o no a la orden); se consideran cheque al portador, tanto el emitido bajo esta fórmula literal, como el carente de indicación de tenedor, o el nominativo al que se le añade la mención o al portador, y si son varios los tomadores designados, todos ellos deberán concurrir a la presentación al cobro a no ser que se contenga cláusula alternativa (indistintamente o equivalente).

La transmisión del cheque, normalmente se efectuará por simple entrega material del título en los cheques al portador, pero si el título fue emitido a favor de persona determinada, con o sin cláusulas a la orden, puede y debe realizarse mediante endoso, y con las mismas características que la letra de cambio, siempre que el pago no esté condicionado; ahora bien, el endoso a favor del librado equivale a recibí-, pues la firma del portador o titular del cheque sobre su dorso implica su realización, y si se realiza en la oficina pagadora del banco librado, con ello termina la vida del título, pero si se presenta en otra sucursal del banco librado, puede cumplir indistintamente funciones de recibí- o de endoso; fuera de este último supuesto, el endoso habrá de figurar escrito en el cheque con designación de endosatario y firma del endosante, y es posible un endoso en blanco si no existe mención de endosatario aunque para considerarlo así-, es preciso que la firma del endosante figure en el dorso o reverso del cheque. En cualquier forma, es también posible y como en la letra de cambio que el endosante pueda prohibir posteriores endosos incluyendo la cláusula sin mi responsabilidad, sin nuevo endoso, sin posterior endoso u otra equivalente, exonerándose con ello de la garantía de pago frente a tenedores posteriores. Es importante recalcar que la ley admite el endoso del cheque al portador, pero en este caso, incumbe al endosante igual responsabilidad que la que le corresponderá si el cheque se hubiese emitido a la orden, de forma que en el supuesto de que el tenedor de un cheque al portador no obtuviese finalmente su pago, podrá dirigirse en vía de regreso no solo frente al librador, sino contra quien le endosó el título pese a ser simple portador del mismo. Por otro lado, sólo será válido como endoso cambiario el que se realice antes del protesto o declaración equivalente o antes de expirar el plazo de presentación; y el banco que paga un cheque, tan sólo viene obligado a comprobar la regularidad de la cadena de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes. Para terminar con los modos de transmisión, los cheques que contengan cláusulas no a la orden o no endosables, los que hayan sido protestados o declarados impagados, y aquellos otros cuyo plazo de presentación ha expirado, solamente podrán transmitirse por cesión ordinaria, y en este caso, el cedente responderá tan solo de la legitimidad del crédito y de la personalidad con la que hizo la cesión, pero no implicará garantizar la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario.

Al igual que la letra de cambio, también un cheque puede garantizarse con aval de un tercero, en todo o en parte de su importe nominal, y cabe poner e insertar el aval, con iguales fórmulas que en la letra de cambio, en el mismo título o en su suplemento con firma del avalista e indicando a quién se avala, porque si no se designa, se entenderá avalado el librador; puede entenderse como aval una simple firma, inserta en el anverso del cheque, distinta por supuesto a la del librador.

Constituye particularidad privativa y característica del cheque, su condición de pagadero a la vista (véase que a diferencia de la letra de cambio que naturalmente poseerá dos fechas distintas, emisión y vencimiento, el cheque requiere tan sólo una, y para ser satisfecho precisamente entonces y dentro de un breve plazo) porque cualquier cláusula o mención contraria se tendrá por no puesta, incluso tratándose de cheques postdatados (si el cheque es presentado a cobro en el banco librado antes de la fecha indicada como de emisión, el cheque deberá ser pagado). El pago del cheque, implica su presentación al cobro en el plazo marcado por la propia ley, y a todos los efectos, la presentación del título a cámara o sistema de compensación equivale a la presentación a cobro ante el banco librado (presuponiendo ser pagadero en España, quince días naturales para cheque emitido en España, cinco días para el emitido en Europa, y sesenta si fue emitido fuera de Europa, y si el último día es inhábil, se entenderá que el plazo vence al siguiente hábil); aun cuando el cheque fuere presentado fuera de los plazos marcados, deberá ser pagado siempre que no haya prescrito la acción cambiaria (seis meses tras la expiración del plazo de presentación), que existan fondos, y que el librador no haya revocado la orden de pago. Por el pago, quedan extinguidas las relaciones nacidas con el libramiento o emisión del cheque, y éste queda en poder del banco pagador que además puede exigir recibo del portador (es necesario recordar que en el supuesto de provisión parcial, el banco librado no puede exigir la entrega del título pero sí el recibo del portador correspondiente al pago parcial). Para el supuesto de impago (total o parcial), la ley establece una penalización automática e inmediata a cargo del librador y a favor del tenedor o portador consistente en el diez por ciento de la cuantía impagada, a reclamar exclusivamente ante el librador, judicial o extrajudicialmente, y a cuya sanción, pueden acumularse además intereses legales incrementados en dos puntos por demora sobre el importe nominal del cheque, así como todos los demás gastos que se acrediten como derivados del impago.

Al igual que sucede en la letra de cambio, el cheque puede contener una dispensa de protesto o declaración de impago si contiene la cláusula sin gastos u otra equivalente, escrita en el título y suscrita con firma o antifirma de aquél que la inserte (tenedor o endosatario) y surtir efectos frente a endosantes o avalistas si los hubiere; si hubiere sido puesta por el emisor o librador, éste garantiza el pago incondicional, y en éste caso, el tenedor, podrá actuar contra el librador judicialmente en vía ejecutiva sin la constatación correspondiente. Fuera de éstas excepciones, será necesario el protesto del cheque, antes de la expiración de su plazo de presentación, pero cuando dicha presentación se realice el último día, la ley permite que el protesto pueda ser levantado o formalizado en los dos días hábiles siguientes, pudiendo prorrogar éstos plazos en supuesto de fuerza mayor, siendo aplicables al cheque, las normas relativas al protesto de la letra de cambio en cuanto fueren compatibles. Equivalente al protesto, en cuanto plazo, forma y características, resulta ser la declaración de impago sustitutoria equivalente que pueden realizar en el título, tanto el banco librado como la cámara de compensación donde el documento fue presentado, siempre que se indique la fecha de presentación.

Para el supuesto de extravío, destrucción del cheque o cualquier tipo de privación ilegal, el tenedor desposeído podrá reivindicar la titularidad del documento ante el Juzgado correspondiente, solicitando, el reconocimiento de su titularidad, o que no se pague a otro, o que se amortice. La tributación del cheque mediante el timbre correspondiente con arreglo a la misma escala fiscal que la letra de cambio, sólo es obligatoria cuando el cheque realice función de giro o aplazamiento con endoso efectivo o supla a la letra de cambio, y de ésta forma, el tributo sujeta a todos los cheques emitidos a la orden y también a los nominativos desde que sean endosados; por tanto no se exige tributación o timbre en los cheques al portador, ni en los nominativos mientras no se endosen y en los nominativos no endosables (es decir, que contengan además una cláusula como no a la orden u otra equivalente).

Para hacer efectiva la orden de pago característica del cheque, corresponden al tenedor varias acciones de diferentes tipos y clases, pero todas ellas tienen un plazo de prescripción de seis meses, contados, desde la expiración del plazo de presentación, o desde la fecha de reembolso del cheque por un obligado al pago o desde que se ejercitó acción contra el mismo. Existen acciones cambiarias de regreso contra el librador sin necesidad de protesto de declaración de impago, y sólo se pierden tales acciones si transcurrido el plazo de presentación, llega a faltar provisión de fondos en poder del librado. Existen las mismas acciones cambiarias de regreso contra los demás obligados distintos al librador, es decir, endosantes y avalistas, pero será necesario el protesto (a menos que figure cláusula en contrario debidamente firmada). Existen igualmente acciones extracambiarias como la causal, la de enriquecimiento injusto, y la de resarcimiento de daños y perjuicios si se hubieren omitido las comunicaciones de impago. Pueden existir igualmente, y como en cualquier caso referido a títulos formales, acciones penales por privación ilegal (robo, hurto, apropiación) o manipulaciones ilícitas (defraudaciones y falsedades), que conllevan inherentemente, responsabilidades civiles derivadas, bajo forma de indemnización al perjudicado en cada caso y por todos los conceptos. En particular, corresponden al tenedor las reclamaciones sobre, el importe impagado –total o parcial– del cheque, la sanción o penalización inmediata por libramiento irregular tan sólo reclamable frente al librador en un diez por ciento sobre la misma cantidad impagada, el interés legal incrementado en dos puntos más devengado desde el día de presentación del cheque impagado, y todos los gastos derivados como el protesto o las comunicaciones. El obligado al pago, una vez satisfecho el tenedor, podrá reclamar la cantidad íntegra satisfecha, el interés legal incrementado en dos puntos más sobre la suma anteriormente mencionada y todos los gastos legítimamente ocasionados.

ESCOEX

Derecho de Empresas II (Derecho Concursal).

AMBITO NORMATIVO: El Código de Comercio de 1829 (30 de mayo) estableció una regulación de las quiebras de contenido mixto (sustantivo y adjetivo) con intervención de Tribunales de Comercio, Intendentes y Jueces Comisarios. El procedimiento establecido se mantuvo vigente durante largo tiempo con dos únicas variaciones trascendentes: de una parte el Decreto de 1868 sobre Unificación de Fueros (6 de diciembre) sustituyó los órganos desaparecidos; de igual forma, la Ley de 1869 (12 de diciembre) y otras posteriores, vinieron a establecer normas particulares sobre suspensiones de pagos y quiebras afectantes a compañías de ferrocarriles, y empresas concesionarias de servicios públicos. Por eso, al promulgarse la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (3 de febrero), al tratar de concursos y quiebras, la nueva ley debía necesariamente referirse al Código de 1829, de forma que las normas de éste último continuaron vigentes, y cuando cuatro años más tarde, apareció el nuevo Código de Comercio de 1885, se consideró conveniente dejar subsistentes algunas de las antiguas normas. Ninguna de las leyes entonces vigentes contemplaban la posibilidad de que un comerciante pudiese instar suspensión de pagos propiamente dicha sino, a lo más, y siempre que presentase un balance positivo –activo superior al pasivo–, un procedimiento conducente a celebrar con los acreedores un convenio de espera pero sin quita o rebaja alguna del importe de sus créditos. No existía pues, posibilidad alguna de que la aprobación de un convenio, tuviese por efecto una quita, pero tampoco, la posibilidad de instar una simple espera, porque la ley especial que habría de regular éste último procedimiento, nunca se promulgó hasta que las implicaciones evidenciadas por el estallido del caso Barcelona Traction, obligaron al gobierno a dictar apresuradamente una nueva norma, y así nació la Ley de 1922 (26 de julio) que pese a establecerse con un plazo provisional, continua hoy y juntamente con las anteriores, conservando su vigencia, dado que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (7 de enero) así lo estableció expresamente a la espera de la próxima promulgación de la Ley Concursal. Es importante recalcar que la Ley especial de 1922 abrió por primera vez la posibilidad de que el deudor comerciante pudiese convenir quita y espera indistintamente, así como

solicitar este específico procedimiento incluso en el caso de un balance deficitario o negativo –activo inferior al pasivo–. Por otro lado, el nuevo Código Penal o Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, ha suprimido los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, que ahora quedan englobados como tipos de insolvencia punible, como una modalidad más de defraudación patrimonial. Consecuencia de todo lo anterior es que, a fecha de hoy, y para tratar insolvencias empresariales, coexisten, o subsisten simultáneamente, normas sustantivas y procesales del Código de Comercio de 1829, normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, normas sustantivas del Código de Comercio de 1885, normas sustantivas y procesales de la Ley de suspensión de pagos de 1922, normas sustantivas del Código Penal según el texto refundido de 1973 derogado, y normas sustantivas del Código Penal de 1995 hoy vigente.

Cinco advertencias previas, y todas referidas al sistema actual vigente a día de hoy: una primera es que, aunque en su estricto sentido, se denomina concurso de acreedores al juicio universal abierto por la insolvencia de una persona física no comerciante, el vocablo **concurso**, en sentido amplio, designa genéricamente una situación de insolvencia, que lleva a un juicio universal, y este vocablo, a su vez, sirve para distinguir los dos tipos de litigios judiciales dedicados a dirimir la adjudicación o destino de una universalidad de bienes frente a una universalidad de personas, característica de los procedimientos sucesorios o hereditarios, y de los concursales en sentido genérico. Cuatro son los tipos de concurso, también llamado juicio concursal o procedimiento concursal: el concurso de acreedores; el procedimiento preventivo de este primero, llamado quita y/o espera; el equivalente de este último, aplicado tanto a personas físicas comerciantes como a personas jurídicas, llamado suspensión de pagos; y en cuarto y último lugar, la quiebra, que como el inmediato anterior, presupone, la condición de persona física o jurídica con la imprescindible cualidad de comerciante. Objetivo de cada uno de los cuatro procedimientos concursales, será, pues, organizar la comunidad de personas, que hayan de soportar los múltiples acreedores, que ostentan derechos de crédito frente a un deudor común a todos ellos, y cuyo patrimonio ha llegado a resultar insuficiente para cumplir con todas las obligaciones que contrajo. Todos ellos, nacieron históricamente como un excepcional beneficio dispensado al insolvente, y a petición de este, quebrando dos máximos principios generales establecidos por el Código Civil para las obligaciones (artículos 1091, 1101, 1278 y otros, pacta sunt servanda, y 1911 sobre responsabilidad del deudor con cargo a bienes futuros), por lo que en realidad, ha sido objeto y vehículo de frecuentes abusos y fraudes.

Rescapitulando brevemente el principio común a toda insolvencia: la ley impone que toda persona física o jurídica, cuya situación económica le impida cumplir en tiempo y/o forma, con las obligaciones contraídas frente a sus acreedores, deba solicitar ser constituida en situación de concurso, con llamamiento a todos sus acreedores, (universalidad o masa de acreedores o pasivo del concurso), para organizar el destino de sus bienes y derechos (universalidad de bienes, masa patrimonial, activo del concurso, o masa activa), con arreglo a una comunidad de personas, establecida por acuerdo mayoritario y sancionada por el Juez, extinguiendo las obligaciones anteriores. Por excepción, los propios acreedores pueden en determinadas ocasiones, solicitar la declaración de insolvencia, pero, y aquí – está; la segunda advertencia: no existe caso alguno en que un Juez pueda, por iniciativa propia, de oficio, y sin petición de parte legítima (interesada), declarar una situación de insolvencia o concurso.

La tercera advertencia: si bien la propia ley define conceptos y efectos en cada caso, el uso o la práctica que de ella se ha hecho, confunde términos como insolvencia provisional, insolvencia definitiva, insolvencia absoluta, quiebra necesaria y quiebra voluntaria, y es conveniente acudir a licencias lingüísticas o terminológicas, porque lo que verdaderamente importa, son las ideas básicas. La cuarta advertencia: en las líneas que siguen, definitivas por una parte de la suspensión de pagos, y de la quiebra por otra, se pretende no incurrir en repeticiones innecesarias, por lo que no presuponen ningún orden sistemático, y han de ser tratadas por este orden o el inverso, pero en todo caso conjuntamente. Finalmente, la quinta y última advertencia: en situaciones de suspensión de pagos y quiebra, se alude frecuentemente al concepto Balance, pero debiendo ser entendido este, como un informe unitario, compuesto por un lado de, relación de bienes integrantes del activo a precio real, actualizado o de mercado (no son aplicables en su totalidad los criterios contables generalmente aceptados, salvo, por ejemplo el de prudencia contable, ya que la valoración de los

bienes integrantes del activo, precisa ser de realización o liquidación actualizada), y por otro, lista de acreedores e importe nominal del crédito de cada uno de ellos, con expresión de si debe considerarse privilegiado o común. Nada más.

EJEMPLO FICTICIO DE BALANCE ABREVIADO (en quiebras y suspensiones):

-

ACTIVO (en euros): 77.000

Nave Industrial: 65.000

Existencias: 10.000

Efectos pendiente de cobro: 2.000 (incluye crédito nominativo hallado en caja, pendiente de cobro por 1.000, y pagaré de Universal Air por otros 1.000).

PASIVO (en euros): 41.500.

Fondo de Garantía Salarial: 6.000 (anticipo de indemnizaciones laborales)

Reclamaciones laborales: 3.500 (resto de indemnizaciones por Sentencia)

Hipoteca: 25.000 (en favor de BANESTO sobre nave industrial)

Otros: 5.000 (póliza de préstamo personal a favor de BANESTO)

Otros: 2.000 (contrato privado de préstamo, adeudado a Flora Rojo Márquez)

Mediante el **procedimiento, proceso o expediente de suspensión de pagos** que la ley especial del mismo nombre regula, el comerciante (persona física o jurídica) puede solicitar del Juez (Juzgado de primera Instancia, correspondiente al domicilio del solicitante o peticionario, según un turno especial reparto establecido entre los diversos Juzgados competentes para ello), los trámites necesarios para ser declarado insolvente con llamamiento a todos sus acreedores, presentando junto con la solicitud, los documentos en que funde su petición (básicamente memoria expresiva de su estado y condición, y los documentos contables acreditativos de su historial comercial, así como relación de sus acreedores con expresión del domicilio de cada uno de ellos, origen de cada crédito y fecha de su respectivo vencimiento, y finalmente propuesta de convenio). Admitido a trámite el procedimiento, se decretará la intervención de todas las operaciones, conferida a favor de tres interventores (dos auditores titulados, y uno de los acreedores incluidos en el primer tercio de la lista según su importancia cuantitativa), pudiendo en caso excepcional, designar uno sólo; también se decretará la acumulación de procedimientos seguidos o a seguir contra el mismo deudor –en esto consiste el llamamiento a todos los acreedores de la clase que fueren, característica del juicio universal, porque a partir de este momento, todas las deudas se reputan vencidas, suspendiéndose el devengo de intereses salvo para acreedores privilegiados, y quedando vetada la posibilidad de instar quiebra–. Establecido

entonces o después el balance o situación económica que con carácter definitivo haya de presentar el solicitante, el órgano denominado Intervención Judicial (compuesto por los tres interventores judicialmente designados, actuantes mancomunadamente dos cualesquiera de ellos, y que, por tanto, adoptarán acuerdos por mayoría) dictaminará sobre su exactitud (cuantitativa y cualitativamente, numérica y personalmente, con expresión de acreedores privilegiados con derecho de abstención), y a su vista, el Juez, ratificará la declaración de insolvencia y convocará a los acreedores incluidos en la lista definitiva para la celebración de una Junta en la que debatir la proposición de convenio, pudiendo ser modificada ésta. A la junta deberán concurrir al menos, un número suficiente de acreedores representativo de las tres quintas partes del pasivo sin incluir acreedores que usen de su derecho de abstención –quorum sin el cual, el expediente será sobreseído en el acto– siendo obligatoria la asistencia de los interventores, y sobre todo, del suspenso o persona especialmente apoderada por éste –en otro caso, el expediente será sobreseído en el acto–. Como ocurre con el quorum requerido para la válida constitución de la junta, la ley exige para la aprobación de un convenio vinculante a todos (salvo claro está, acreedores con derecho de abstención que ejerciten el mismo) un sistema de mayoría doblemente computada –personas, e importe de su crédito en relación al pasivo total, o mayoría de personas y mayoría de créditos–; si el convenio propuesto se limita a establecer una espera trienal o inferior, se entenderá aprobado con el voto favorable de la mitad más uno de los acreedores asistentes y siempre que representen tres quintas partes del pasivo, pero si el convenio establece espera superior a tres años o cualquier clase de remisión, perdón, condonación, rebaja o quita, deberá aprobarse por igual mayoría de mitad más uno de acreedores asistentes pero en éste caso, representativos de tres cuartas partes del pasivo total, y si en una primera convocatoria no se logran las mayorías descritas, será convocado nuevo acto en el que bastará el voto favorable de las dos terceras partes del importe total de los créditos o pasivo. Por excepción, si los acreedores pasan de doscientos bastará reunir una de las dos mayorías de créditos, aunque no se reúna la de personas, y en éste supuesto (más de doscientos acreedores), la Junta podrá ser sustituida por un trámite de adhesiones siempre que se presten autenticadas por fedatario. De no reunirse antes o después la mayoría suficiente para entender aprobado el convenio propuesto, éste se entenderá rechazado o desechado, y el expediente será sobreseído, quedando sin efecto alguno, pudiendo desde luego y en cualquier momento, y aunque la ley no lo mencione expresamente, desistir el suspenso. Si el convenio fuere aprobado, los acreedores disidentes vinculados por el mismo, podrán impugnarlo (vicios, errores, o fraudes para la constitución o cómputo de mayorías), y si no fuere impugnado en el plazo de ocho días, el Juez ratificará ésta aprobación decretando la cesación de los efectos del expediente. Si el deudor no cumpliera el convenio, cualquier acreedor podrá instar su rescisión o revocación y su declaración de quiebra.

La quiebra, tanto presupone un status especial como el procedimiento por el que éste estado es judicialmente declarado, pero con independencia de su definición legal, en el terreno de la realidad práctica, ni presupone una insolvencia definitiva o irreversible, ni la liquidación del patrimonio del quebrado; por el contrario, presenta varias afinidades para con el expediente de suspensión de pagos, y fundamentalmente, ser institución aplicable tan solo a empresarios y comerciantes, para supuestos de insolvencia en sentido amplio, y dirigida igualmente a organizar una comunidad de pérdidas entre acreedores de un deudor común a todos ellos, materializada en un convenio, que de la misma forma es susceptible de quebrar el sistema general de responsabilidad por obligaciones contraídas, enmascarando un auténtico fraude, bajo un pretexto que ha adquirido carta de naturaleza propia: el principio de conservación de empresa. De cualquier forma, es preciso advertir que en el sistema legal español, quiebra el empresario, pero no la empresa ni el establecimiento mercantil, y que, aparte de imprescindible condición de comerciante del quebrado, la ley exige que haya sobreseído pagos (término impreciso pero equivalente a cesación de los pagos corrientes, o suspensión de pagos en sentido amplio, es decir, impago generalizado de obligaciones corrientes). Por excepción al sistema concursal, el Código de Comercio permite que en caso de fuga de empresario o cierre de dependencias, el Juez pueda adoptar una serie de medidas tendentes a la conservación de su patrimonio, pero nada más, pues la declaración de quiebra ha de serle solicitada, bien por el propio empresario o por cualquiera de los legítimos acreedores de éste, y en ambos casos, la ley configura tal petición como un derecho, pero no una obligación: un acto potestativo pero irrenunciable.

La competencia del Juzgado correspondiente, sigue las mismas reglas del expediente de suspensión de pagos, es decir, el del domicilio del quebrado (las quiebras tienen establecido otro turno de reparto independiente). Para solicitar y obtener la declaración de quiebra, será preciso acreditar un sobreseimiento generalizado de pagos; si el solicitante es el propio empresario, bastará con pedirlo así, y su solicitud equivaldrá automáticamente a una confesión de su situación de insolvencia; si es otro el que la insta, será necesario en cambio, probar cumplidamente, por un lado su condición de acreedor legítimo (a cualquier título, ordinario o ejecutivo, pero siempre procedente de obligaciones mercantiles), y por otro, y alternativamente, que el empresario o deudor ha cesado pagos de forma generalizada, o se ha fugado, o no se le hallaron bienes suficientes para responder de un embargo, no ha presentado oportunamente convenio en suspensión de pagos, o que tras la aprobación de un convenio de suspensión de pagos no ha sido cumplido, y si cualquiera de tales extremos queda estimado como probado, el Juez declarará el estado de quiebra con nombramiento de Comisario (delegado auxiliar del Juez) y Depositario (administrador de los bienes a ocupar hasta tanto sea sustituido por los Síndicos, representantes de los acreedores de la masa y nombrados por éstos en Junta de acreedores), decretando la inhabilitación del quebrado, la ocupación de bienes, la intervención de correspondencia, la acumulación de procedimientos y reclamaciones –salvo ejecuciones privilegiadas–, y el llamamiento a los acreedores para constituirse en masa –de ella quedan excluidos los acreedores privilegiados con ejecuciones iniciadas como antes se dijo–, pues todos los créditos se consideran vencidos, y a partir de entonces, sometidos a la ley del dividendo o igualdad de trato (par conditio creditorum). Existen excepciones particulares a este principio, que en cualquier caso quedarán sometidas a las especiales disposiciones que el Juez de la quiebra podrá adoptar.

Declarada la quiebra, dan inicio las operaciones de la misma, y para ello, la ley exige la inmediata y simultánea formación de cinco piezas separadas y distintas, comenzando precisamente, por la propia declaración de quiebra, que si lo fue a instancias de acreedor o acreedores, podrá ser impugnada por el declarado quebrado, rebatiendo por cualesquiera medios de prueba, los fundamentos de dicha declaración; en la primera pieza se contendrá además lo relativo al nombramiento de Síndicos, y en su caso, el convenio para pago de deudas de la quiebra. Otra pieza distinta es la dedicada a ocupación de bienes, que llevarán a cabo el Comisario y Depositario judicialmente nombrados, a la mayor brevedad, formando inventario: ocupados los bienes, tendrá lugar la delimitación de la masa, mediante operaciones de reintegración y/u operaciones de reducción; las primeras tratarán de devolver al patrimonio del quebrado todos los actos declarados nulos, ineficaces o fraudulentos, bien por efecto de la declaración de quiebra, por su retroacción o por disposición normativa o judicial específica; las segundas, tratarán de separar del patrimonio del quebrado, aquellos bienes que o bien, le son ajenos (incluido el derecho de los mal llamados acreedores de dominio), o aquellos otros que se hallan afectados por una ejecución singular (separación absoluta de la masa), o un derecho de cobro preferente (separación relativa, pues la preferencia lo es dentro de la masa); finalmente la pieza segunda contendrá lo referente a administración de la masa hasta la liquidación total de la misma y rendición de cuentas por los Síndicos, de forma que una vez delimitados los bienes, incluido su avalúo, justiprecio o tasación, serán objeto de liquidación, propuesta por los Síndicos y autorizada por el Comisario, bien mediante venta intervenida por fedatario, o mediante subasta pública. En otra pieza separada, ahora la tercera, quedarán integrados todos los actos de administración y mantenimiento o conservación relativos los bienes de la masa afectados por la retroacción de la quiebra. La cuarta de las piezas separadas integrará la liquidación del pasivo, conducente a determinar el examen y reconocimiento de créditos, la graduación de los mismos, y el pago a los acreedores con los bienes de la masa o el producto de su liquidación. Finalmente en la quinta y última pieza, se contendrá lo relativo a la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado, teniendo en cuenta que el que fuere declarado quebrado fraudulento, nunca podrá ser rehabilitado, y que fuera de este caso, la rehabilitación, deja sin efecto la inhabilitación absoluta que conlleva la declaración de quiebra. Aunque la ley prevé su lugar en la primera pieza, es habitual que se forme la denominada –aunque la ley no la menciona– pieza sexta dedicada al convenio al que pueden llegar acreedores y quebrado (no podrán convenir sin embargo, los quebrados declarados fraudulentos, por lo que tampoco es posible llegar a convenio antes de que la quiebra haya sido calificada), siempre que el acuerdo sea adoptado por Junta de acreedores y votado favorablemente por la mitad más uno de los asistentes que representen al menos tres quintas partes del pasivo sin incluir en

el cómputo la parte correspondiente a acreedores privilegiados que usen de su derecho de abstención, y como ocurre en el expediente de suspensión de pagos, el acuerdo puede ser impugnado, y aun después de aprobado, rescindido, cesando todos sus efectos.

A diferencia de la figura del Comisario, el depositario desempeña su cargo con carácter temporal, pues su función principal es la de conservar y administrar la masa hasta ser sustituido por los síndicos, administradores definitivos representantes de los acreedores; la ley exige que sean precisamente tres, y serán elegidos en Junta, los dos primeros por mayoría numérica de los votos de todos los asistentes, y el tercero, elegido por simple mayoría de los votos de aquellos acreedores asistentes que no hubieren conseguido ser representados por los dos primeros síndicos. Aceptando su cargo, los síndicos nombrados quedarán obligados, entre otros actos relativos a la administración de la quiebra, a ejercitar las acciones de reintegro, siempre previa autorización del Comisario, a examinar las pretensiones de los acreedores y formular la correspondiente propuesta a la Junta de acreedores que debatirán y acordarán lo procedente en cuanto a reconocimiento o exclusión, y graduación de créditos, decidiéndose por mayoría de mitad más uno de asistentes y siempre que representen tres quintas partes del pasivo total (sin incluir acreedores privilegiados que usen de su derecho de abstención), con vistas a formar un orden de prelación o preferencia, que empezará, una vez satisfechos los derechos de dominio, por los acreedores privilegiados (hipotecarios, prendarios, escriturarios y cambiarios, a los que se asimilan los que lo fueren por cualquier otro título ejecutivo, como una Sentencia o providencia de apremio administrativo con derecho a ejecución separada o singular, salvo en cuanto tuviere la condición de singularmente privilegiado como por ejemplo, la masa salarial), y a continuación, el resto de los demás acreedores, llamados comunes u ordinarios que carecerán de preferencia alguna y serán satisfechos a prorrata del caudal sobrante, conservando acción por el importe no satisfecho contra bienes futuros del quebrado, salvo si existiere convenio de quita o rebaja, para cuya garantía, la ley exige que de convenirse, se haga precisamente en Junta con el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes y siempre que representen las tres quintas partes del pasivo (sin acreedores privilegiados usando de derecho de abstención).

La nueva figura, es el llamado concurso. Como es fácil de comprender, con el paso del tiempo, la quiebra y la suspensión de pagos se convirtieron en un sistema extremadamente farragoso y nada útil: a partir del año 1973 y durante los siguientes, la crisis de grandes empresas como SOFICO, reveló que el sistema estaba anticuado y era necesario reformarlo; GALERIAS PRECIADOS y SINTEL fueron quizás las últimas importantes crisis resueltas con una legislación propia del siglo XIX. El 9 de julio de 2003, tuvo lugar la promulgación de la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio) que se había prometido ininterrumpidamente desde el Anteproyecto de 1981; se pretende que entre en vigor justamente el día 1 de septiembre de 2004. A grandes rasgos, la nueva Ley y otra Ley Orgánica de acompañamiento –reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial– crean los Juzgados de la Mercantil, especializados en materia concursal y otras como patentes y marcas, con jurisdicción exclusiva y excluyente, y reduce todos los tipos de insolvencia judicial a una sola llamada genéricamente concurso, en cuyo procedimiento, se opta por el principio de conservación de empresa, tendente al logro de un convenio que evite la liquidación del patrimonio del concursado, prohibiendo expresamente convenios consistentes en adjudicación de bienes; desde la declaración del concurso, voluntaria o necesaria, la masa del concursado queda sometida a la administración judicial que reunirá a un letrado, a un auditor y a un acreedor, salvo para supuestos de poca importancia; se pretende que un estudio de viabilidad y un plan de pagos, ampare el logro de un convenio, y para ello, suspende el derecho de ejecución separada de los acreedores privilegiados (incluidos los antes llamados de dominio) durante el plazo de un año; reduce la intervención del Fiscal en el expediente a la llamada sección Sexta o de calificación del concurso, que solamente existirá en el caso de que por no existir convenio, haya de llegarse a la liquidación, o cuando aún existiendo convenio éste contemple quitas superiores a un tercio de las cuantías debidas y/o prevea esperas superiores a tres años. Al Magistrado o Juez de lo Mercantil, que además puede decretar previa audiencia del Fiscal,

limitaciones a la libertad del concursado y al secreto de sus comunicaciones, corresponde disolver y liquidar en su caso la sociedad de gananciales del concursado, revocar las condiciones pactadas con el personal de alta dirección, extinguir contratos de trabajo en masa, dirimir conflictos administrativos, ejecutar todo tipo de pretensiones patrimoniales contra la masa del concurso, y calificar éste, pudiendo imponer para el quebrado que fuese declarado culpable, una inhabilitación absoluta por tiempo de entre quince y veinte años y su sumisión a un curador. A partir de entonces, quedaría derogado el llamado delito de quiebra fraudulenta (habría que esperar a ver qué pasa), y la insolvencia o concurso en sí misma, dejaría de ser delito, para convertirse en una infracción híbrida civil-penal, o con simple sanción civil. Con ello, el nuevo sistema mantiene el esquema básico del tipo común de las insolvencias de Derecho Comparado: atribución de la competencia a un Juzgado especializado que de ella conocerá a petición, bien por parte del deudor, siempre que acompañe la documentación precisa, o a solicitud de acreedor y en este caso, una vez practicadas las diligencias suplementarias que confirmen la situación de insolvencia; nombramiento del órgano administrador para establecer la verdadera situación patrimonial del concursado y dictaminar sobre la viabilidad del convenio y sobre la continuidad de su empresa; el llamamiento a todos los acreedores para dictaminar sobre su inclusión o exclusión y graduación concreta, y la importante Junta de Acreedores que debatirá y decidirá sobre el convenio o la liquidación; finalmente, el proyecto contempla la despenalización del supuesto de quiebra fraudulenta como tal, para reducirla a la figura de un simple ilícito civil, con intervención del Fiscal, sancionado con inhabilitación temporal con nombramiento de un curador.

Más detalladamente, la nueva ley configura la declaración judicial del estado de insolvencia siempre a petición de parte y como en el anterior sistema (voluntaria por parte del mismo deudor o necesaria a instancias de cualquier acreedor), siguiendo el esquema de una *crisis confesada o confirmada*; para el primer supuesto, exige que la petición del deudor demandante, acompañe toda la documentación aneja (contabilidad y memoria); para el segundo supuesto, es decir, en el trámite de admisión de la solicitud a instancias de acreedor, se contempla la posibilidad de decretar medidas cautelares siempre que sean afianzadas, y la posibilidad de oposición del demandado, siendo el Auto declaratorio impugnabile aunque inmediatamente ejecutivo, decretando las acumulaciones correspondientes, incluidas las salariales, incluyendo las reclamaciones de acreedores que lo sean por leasing, con suspensión de ejecuciones incluso garantizadas realmente (acreedores hipotecarios, salvo las importantes excepciones relativas a las subastas ya publicitadas) y paralización del devengo de intereses, y la anotación de los efectos del concurso en el Registro Civil o en el Registro Mercantil, y de las trabas decretadas en el Registro de la Propiedad, formando con todo ello la Sección primera.

En el ámbito del sistema de administración del patrimonio del concursado o masa activa, que forma la Sección segunda, se contempla como régimen normal, en el caso de concurso voluntario el de intervención, y en el de concurso necesario el de administración completa, pudiendo bajo circunstancias especiales, invertir la regla. El órgano administrador que el Juez de lo Mercantil habrá de nombrar estará compuesto de un letrado, un auditor y un acreedor, sujetos a incompatibilidades y recusaciones, como cargos retribuidos y responsables que deberán aceptar el cargo propuesto, siendo también separables, con la posibilidad de nombrar auxiliares delegados, y con un sistema de adopción de acuerdos por mayoría. Se regulan cuidadosamente las facultades patrimoniales que corresponderán al deudor desposeído (capacidad para testar y derecho de alimentos), así como la posible extensión de las medidas cautelares reales a otros patrimonios ajenos al concursado pero vinculados al mismo. Y es preciso recalcar que la declaración de concurso de un casado bajo régimen de gananciales, supone por ministerio de la ley, la disolución de dicho régimen. Con tales bases, dan inicio las que la legislación anterior llamaba acciones de reintegración por un lado, y formación u organización de la masa pasiva por otro, equivalente a lo que la legislación anterior llamaba indistintamente, masa de acreedores o pasivo; además de la liquidación del régimen de gananciales y la suspensión anual de las garantías reales (salvo subastas ya publicitadas), la ley prevé la suspensión de la efectividad de los laudos arbitrales y de la ejecutividad o eficacia de fallos judiciales que podrán interferir en el convenio o la liquidación, y veta expresamente el que opere el

mecanismo de compensación de deudas, interrumpiendo además del devengo de intereses, el cómputo de prescripción de acciones, permitiendo suspensiones o extinciones contractuales (tanto las propiamente salariales como las afectantes al personal de alta dirección); posibilita además la rehabilitación de contratos vencidos (especialmente por incumplimiento en los casos de préstamos y desahucios) y el ejercicio de acciones de rescisión –equivalente a las acciones de retroacción de la quiebra civil–.

Dentro de las funciones del órgano administrador del concurso, la nueva ley destaca el trabajo relativo a la formación de la Memoria, que incluirá el balance (activo/pasivo) y el dictamen acerca de la propuesta o propuestas de convenio; dentro del balance, deberá especificarse la graduación de todos los créditos incluidos en la lista de acreedores, con indicación de si deben ser considerados privilegiados especiales (los singularmente privilegiados del sistema anterior), los privilegiados generales (acreedores privilegiados del sistema anterior), los ordinarios (llamados créditos comunes o detentados por acreedores comunes en el sistema anterior) y finalmente los llamados créditos subordinados (pago subordinado a la satisfacción completa de los anteriores). El proyecto se ocupa de definir detalladamente cada una de las cuatro clases de créditos: así, dentro de los privilegiados especiales llama a los garantizados con forma real (hipoteca o prenda, o refaccionarios) y en la modalidad de leasing –la novedad del proyecto consiste precisamente en tratar estos acreedores, que en el sistema anterior eran considerados, unas veces de dominio, otras, singularmente privilegiados–; dentro de los privilegiados, se integrará la masa salarial y los créditos tributarios o a favor de la Seguridad Social; los acreedores ordinarios serán los mismos que en el sistema anterior; como novedad el proyecto clasifica como créditos subordinados los que el sistema anterior llamaba morosos (en otras palabras, los incorporados a la lista de acreedores a última hora tras resolver impugnaciones extemporáneas), los derivados del devengo de intereses o por concepto de sanciones, y finalmente los vinculados (en cuanto a la persona, o al concepto, incluyendo como tales los adquiridos en los dos últimos años al concurso). La verdadera importancia de la clasificación de créditos, pivota como en el sistema anterior, sobre la posibilidad, por una parte de obtener la satisfacción total del crédito, y por otra de computar el voto favorable a la aprobación del convenio final.

En cualquier caso, y aún cuando el nuevo sistema reserva en primer lugar al propio concursado la facultad de optar entre una propuesta de convenio o de liquidación, establece importantes limitaciones a la propuesta; en primer lugar prohíbe expresamente la propuesta de convenios de dación en pago o dación para pago, los equivalentes a una quita superior al 50% de los créditos, o los equivalentes a una espera superior a cinco años; en segundo lugar, requiere para la propuesta sea admitida a trámite que venga inicial o posteriormente avalada por acreedores que representen al menos 1/5 del pasivo total, y también acompañe un plan de viabilidad informado por el órgano administrador. Con tales requisitos se abrirá la pieza o Sección quinta, convocando Junta de Acreedores para debatir el convenio propuesto, pudiéndose proponer nuevo convenio siempre antes de los cuarenta días anteriores a la celebración de la primera Junta, pero también la nueva propuesta deberá ser igualmente avalada por igual cantidad de adhesiones y debidamente informada con un plan de viabilidad. La junta quedará válidamente constituida si concurren a ella acreedores que representen más de la mitad del pasivo ordinario, y será esta misma mayoría mínima la que deba votar a favor del convenio propuesto para ser aprobado; excepcionalmente y para cuando el convenio propuesto contemple una quita inferior al 20% del importe de los créditos, o una espera inferior al plazo de tres años, bastará con el voto favorable de la mayoría simple del pasivo ordinario –una expresión oscura: la mayoría simple puede entenderse como la mitad más uno del pasivo ordinario total, o de la mitad más uno de los acreedores comunes que asistan a la Junta, o caso que ni el número de abstenciones por un lado o de votos contrarios por otro o ambos juntos, superen el número de votos favorables emitidos por los presentes–. Y si la admisión a trámite de una propuesta de convenio requiera al menos una adhesión anticipada de acreedores que representasen 1/5 del pasivo, igual mayoría es la requerida para impugnar el convenio logrado, pudiendo impugnarse por disidentes, ausentes o por el propio concursado; si la impugnación prosperase, deberá convocarse nueva Junta, pudiendo también el Juzgado y por iniciativa propia, aprobar o rechazar el convenio votado favorablemente. De producirse antes o después, la aprobación judicial, dota de eficacia y ejecutividad inmediata a los acuerdos del convenio, pero el proyecto establece que el órgano administrador deba informar cada seis meses acerca de su

cumplimiento, y de ello, podrá deducirse o una Sentencia que declare la conclusión del convenio al entenderlo cumplido, o su revocación al entenderlo incumplido. No existiendo convenio, ya porque el concursado hubiere propuesto anticipadamente la liquidación, o porque ninguno de los propuestos hubiere conseguido las mayorías requeridas, el proyecto establece la apertura de la fase de liquidación como alternativa al convenio, pero exige como el informe de viabilidad del convenio, un plan de realización de la liquidación, que deberá estar concluida en el plazo de un año, debiendo en este periodo, ser satisfechos todos los créditos.

Finalmente, la nueva legislación reserva una última pieza: la Sección sexta o de calificación del concurso, que se abrirá tan sólo cuando el convenio logrado sea de los que el sistema anterior llamaba depredatorio, es decir, incluyendo quitas superiores al 20% del importe de los créditos o esperas superiores a tres años, o cuando se hubiere propuesto anticipadamente liquidación, o cuando proceda liquidación porque ninguna de las propuestas de convenio llegase a reunir las mayorías requeridas para su aprobación. En el juicio de calificación, previa demanda del Fiscal y con posibilidad de que intervengan todos los acreedores interesados, se examinará la conducta del concursado para poder calificarla como culpable (prueba de inexactitud contable, incumplimiento de convenio o cualesquiera formas de ocultación de bienes o fraude, o presunciones por retraso o incumplimiento). La Sentencia que ponga fin a la pieza sexta podrá ser condenatoria o de declaración de culpabilidad (incluyendo posibles cómplices) e imponiendo la sanción de inhabilitación del concursado por espacio de entre 5 y 20 años con nombramiento de curador.

Las especialidades concretas del proyecto se reducen a los casos en que el concursado sea entidad dedicada a especiales sectores (si es dedicada al mercado de valores, la administración recaerá en el designado por la Comisión Nacional o CNMV, y de otro modo en entidades aseguradoras), o si se trata de un sujeto no comerciante cuyo balance abreviado contemple un pasivo inferior a 300.000 € (caso en el que el administrador será una sola persona y los plazos de su tramitación se reducirán a la mitad).

ESCOEX

Derecho de Empresas II. Derecho Administrativo.

Administración a secas, Administración Pública, o si se prefiere Poder estatal o Poder público, ha existido siempre. A excepción de comunidades indígenas o más o menos utópicas, la constante histórica de todo grupo humano organizado, fue precisamente la sumisión o acatamiento a un poder directivo. El grado de civilización y humanismo de cada grupo concreto determinará en cambio en qué medida, la actuación de la Administración, y de sus instituciones y órganos se someterá a unas reglas preestablecidas, y a través de dos sistemas conocidamente posibles: el *rule of law*, es decir, la sumisión a un derecho común (common law, como equivalente a Derecho Privado) en pie de igualdad para con los restantes individuos de cada comunidad, o la sumisión a un Derecho Administrativo propio con entidad y autonomía dentro de la parcela llamada de Derecho público. En ambas vertientes, el escrupuloso sometimiento del Poder a la Ley, nace como una necesidad histórica, una vez que, establecida la separación absoluta de poderes, surge el Estado de Derecho, que de liberal o abstencionista (*laissez faire*) pasa a ser social e intervencionista con ocasión de las revoluciones política y tecnológica –en Francia, la Revolución de 1789 que derroca el Estado absoluto; en Inglaterra, un siglo antes, con motivo de la llamada tercera revolución de 1688 o incluso con el otorgamiento de la *Carta Magna* que supuso la abolición de poderes absolutos. En un país, nacerá el régimen administrativo, y en el otro el *rule of law*–.

Históricamente, Rule of law, propio del Derecho anglosajón, significa cabalmente, igualdad ante una ley común para todos, Administración incluida, y sujeta al ejercicio de los Tribunales ordinarios como consecuencia del Estado descentralizado propio del *self-government*. Régimen administrativo o sistema de Derecho Administrativo, propio del sistema continental, por el contrario, la constatación de que cuando los distintos órganos a través de los cuales actúa la Administración, fuertemente centralizada, se relacionan entre sí o con los sujetos administrados o particulares, debe ostentar imperativamente unas prerrogativas o privilegios (fundamentalmente el principio de autotutela) predefinidos por una Ley especial, cuyos litigios con el Derecho Privado, serán arbitrados por Tribunales especiales. Las diferencias, entre uno y otro sistema, persisten aunque actualmente difuminadas, y ello ha sido causa de tachar al sistema inglés, de derecho administrativo inmaduro.

Con estas bases el Derecho Administrativo puede definirse como conjunto de normas de Derecho público interno que regula la organización y actividad de las Administraciones públicas. A su vez, un acto administrativo, es un acto jurídico realizado por la Administración y sujeto a Derecho Administrativo: hecho humano voluntariamente consciente y exteriorizado, siempre procedente de un sujeto u órgano perteneciente a la Administración pública e integrado en ésta, cuya mera realización, produce directamente determinados efectos regulados por el Derecho Administrativo. Partiendo de la base fundamental en Teoría General del Derecho, de que una importante mayoría de actos jurídicos, está constituido por las declaraciones de voluntad, se llegará al concepto de contrato administrativo, que tiene por signo distintivo, el que al menos uno de los sujetos intervinientes, es la Administración pública y que los efectos de dicho contrato, derivan singularmente del Derecho Administrativo que los regula.

ESCOEX

Derecho de Empresas II. Derecho Penal.

Las normas jurídicas o pautas generales de conducta cuya obligatoria observancia ha establecido el Derecho con eficacia coactiva, tienen de carácterístico, establecer un mandato y seguidamente, anudar para su eventual incumplimiento un efecto exigible. Al igual que el Derecho Privado regula relaciones entre particulares (el civil propiamente dicho relaciones entre particulares no comerciantes, el mercantil, relaciones entre particulares y comerciantes o entre comerciantes entre sí), el Derecho Público regula relaciones entre Administración o Administraciones entre sí, y éstas para con los particulares, y una importantísima parte de éste Derecho Público se ocupa de reprimir las conductas humanas extremadamente odiosas, merecedoras de un reproche añadido al concepto de ejecución forzosa o indemnización.

Las normas de Derecho Penal, actúan como cualesquiera otras, estableciendo determinadas consecuencias para su incumplimiento, sólo que imponiendo al infractor una sanción extremadamente gravosa, susceptible incluso de privarle de derechos fundamentales (desaparecidos castigos corporales, penas infamantes y la capital, hoy constituyen el núcleo sancionador las penas pecuniarias –multas– y la privación de libertad). Otra característica esencial al Derecho capaz de imponer penas es que por virtud del principio universal de legalidad, propio del Derecho Penal contemporáneo, que tiene por única fuente la Ley escrita, desechando costumbre y principios generales, el ámbito normativo del Derecho Penal español, se contiene en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre o Código Penal vigente, que vino a derogar el anterior y multitud de leyes penales especiales, penitenciarias, administrativas sancionadoras y de peligrosidad.

Dentro del Código Penal, revisten especial interés (tanto estadístico, como criminológico) las infracciones comúnmente denominadas como fraudes. El concepto histórico de fraude, como equivalente a cualquier tipo de engaño, fue empleado para designar toda modalidad de daño ocasionado por un quebrantamiento del principio de lealtad, y por su, en ocasiones, innegable trascendencia económica, ocupa especialmente la parcela dedicada a defraudaciones patrimoniales. Figuran como fraudes en general,

matrimonios ilegales, suposición de parto y alteración de estados (contra las relaciones familiares), sustracciones, usurpación, estafas, apropiación y otras defraudaciones, insolvencias punibles, alteración de precios, daños, defraudaciones a las propiedades intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios y de receptación (contra el patrimonio), fraude fiscal (contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social), y figuras propias contra los derechos de los trabajadores, falsedades, prevaricación, infidelidad documental, cohecho, tráfico de influencias, malversación, exacciones ilegales, y abuso de funciones.

ESCOEX

Derecho de Empresas II. Derecho Administrativo y otras materias relacionadas con Derecho Cambiario y con Derecho Concursal.

RECAPITULACIÓN: Antes de seguir, y por indicaciones de los alumnos del curso pasado, parece conveniente, insertar un pequeño diccionario de los términos usados más frecuentemente. En las definiciones que siguen se han evitado en lo posible conceptos jurídicos, por lo que no coinciden al pie de la letra con su estricto significado en Tribunales de Justicia, pero sirven para ANDAR POR CASA.

Acción, en su noción más rudimentaria y común, es la posibilidad de reclamar ante la Administración o los Tribunales, el cumplimiento de las previsiones legales (la víctima de un robo, puede accionar penalmente: es decir, exigir el castigo del posible culpable de un hecho que la ley califica como delito, anudando a éste, un castigo o pena –prisión o multa–, y también accionar civilmente para solicitar o pretender la restitución o reposición de lo sustraído –la devolución de lo robado o una indemnización equivalente)

Acción Cambiaria, sinónimo de acción ejecutiva cambiaria, equivale a la posibilidad de, ante el incumplimiento de una obligación exigida por acuerdo y ratificada por la Ley Cambiaria y de Cheque, exigir su cumplimiento forzoso (ejecutivo), mediante un procedimiento breve o sumario, sin necesidad ni posibilidad de desplegar todos los medios de prueba, defensa u oposición que normalmente son exigidos o permitidos en otros procesos. Se contrapone a la **Acción Ordinaria, o declarativa ordinaria.**

Acción Ordinaria, o declarativa ordinaria equivale a la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de una obligación que ha sido incumplida, pero no mediante el breve, conciso, escueto, rápido y concentrado procedimiento o proceso ejecutivo, sino mediante otro distinto sujeto a las reglas ordinarias de libertad de medios de defensa, oposición y contradicción.

Acción Ordinaria, o declarativa, o declarativa ordinaria, y aplicada a los títulos cambiarios, sinónimo de acción extracambiaria, equivale a la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de una obligación que ha sido incumplida, pero no mediante el procedimiento proceso ejecutivo, sino mediante otro distinto sujeto a las reglas ordinarias de libertad de medios de defensa, oposición y contradicción.

Acto: hecho humano, voluntario con trascendencia o consecuencia regulada por la ley (El SÍ- pronunciado ante una autoridad competente para sancionar un consentimiento matrimonial; la firma de una letra de cambio como avalista; el consentimiento prestado en un contrato verbal de arrendamiento o alquiler de vivienda; la aceptación solemne de una herencia; el reconocimiento de una deuda frente al esposo prestada ante un Notario y reflejada documentalmente en la oportuna escritura pública; en ocasiones, es sinónimo de

declaración, o declaración de voluntad). Una de sus especiales formas, es el **acto administrativo**.

Acto administrativo. Hecho humano realizado por una voluntad consciente y exteriorizada procedente de la Administración a través de cualesquiera órganos o sujetos integrados en ella, y por tanto, sujeto al conjunto de reglas y normas que componen el Derecho Administrativo, y que produce efectos y consecuencias reguladas por éste (es un acto administrativo la resolución de un expediente, la emisión de un certificado, la firma de un dictamen consultivo, la orden de parada dada por un agente de la Guardia Civil de Tráfico).

Aval: forma de garantía de tipo personal. Su autor, llamado avalista, asume frente a un acreedor, la responsabilidad del cumplimiento de una obligación que pesa sobre el obligado principal o deudor o persona a la que se avala, llamado, avalado.

Caducidad: Similar a la prescripción, es junto con ella el otro Instituto (conjunto de normas, preceptos, mandatos o pautas) que regula el paso del tiempo que afecta a una situación que de hecho, pasa a convertirse de derecho, pero a diferencia de la prescripción, la caducidad no extingue derechos, sino acciones: es decir, el derecho se mantiene intacto mientras no prescriba, pero la acción para exigir el cumplimiento forzoso de ese derecho sí - caduca, porque la ley exige en determinados casos que quien posea o tenga un derecho frente a otro, lo ejercite en determinado plazo (prescriben sanciones y penas, obligaciones y correlativamente, los derechos derivados de éstas, mientras que en cambio caducan las acciones o posibilidades para exigir ante los Tribunales el cumplimiento forzoso de tales obligaciones). Así - se explica que si el tenedor legítimo de un título pretende hacer valer su derecho (solicitar de los Tribunales el cumplimiento del crédito que el título incorpora, demandando para ello al obligado cambiario), podrá escoger para ello, o bien la acción ejecutiva cambiaria, o bien cualesquiera de las extracambiarías: si se decide por la primera, deberá hacerlo dentro de un plazo breve para evitar que dicha acción caduque, pero aún cuando la acción ejecutiva cambiaria caduque, el derecho o crédito que el título incorpora, subsiste, y podrá ser reclamado mediante el ejercicio de las acciones extracambiarías.

Concurso, en sentido amplio, equivale a cualquier situación de insolvencia o iliquidez que determina el llamamiento o concurrencia de todos los acreedores de un mismo deudor, para ser pagados con cargo a los bienes existentes, con arreglo a los privilegios de cada crédito, o en otro caso, a prorrata (ley del dividendo); bajo tal denominador, existen los procedimientos -también llamados expedientes o procesos- de concurso de acreedores en sentido estricto, quita y espera, suspensión de pagos, y quiebra. En sentido estricto, significaba concurso de acreedores, un procedimiento de insolvencia equivalente a la quiebra, pero afectante a la insolvencia de un deudor no comerciante.

Contrato, sinónimo de común trato, acuerdo, pacto o convenio. Su núcleo principal está constituido por una o más declaraciones de voluntad (hecho humano voluntario consistente en una manifestación exteriorizada -verbal o escrita-, y a las que el Derecho atribuye consecuencias inmediatas) de las que nacen derechos y/u obligaciones para las partes intervinientes.

Contrato administrativo, sinónimo de común trato, acuerdo, pacto o convenio, y cuyas dos especialidades radican, por una parte, en que al menos una de sus partes intervinientes, es órgano o sujeto de la Administración Pública, y por el otro, que tanto sus presupuestos (requisitos) como sus efectos (consecuencias), se hallan sujetos al Derecho Administrativo .

Crédito o derecho de crédito es el concepto opuesto (voz activa o antónimo) a obligación o deuda. Su titular posee el derecho subjetivo a exigir de otro, el cumplimiento voluntario o forzoso de una obligación determinada, de forma que si ésta no es satisfecha, cumplida o pagada en sus estrictos términos, el deudor u obligado queda sujeto a una restitución o reintegro. Un acreedor, lo es por tener o poseer un crédito, es decir, el derecho a exigir frente a otro (el deudor u obligado), el cumplimiento de una obligación o la satisfacción o pago, de una deuda.

Declaración: hecho humano y voluntario, es decir, acto, cuya especialidad consiste en que toma la forma de manifestación exteriorizada, verbal o escrita, con trascendencia o consecuencia regulada por la ley (El SÃ- pronunciado ante una autoridad competente para sancionar un consentimiento matrimonial; la firma de una letra de cambio como avalista; el consentimiento prestado en un contrato verbal de arrendamiento o alquiler de vivienda; el testimonio prestado ante la PolicÃ-a o un Juzgado o Tribunal por el testigo o la vÃ-ctima de un posible delito de soborno; la explicaciÃ³n dada por el acusado ante un Tribunal o Juzgado; la aceptaciÃ³n solemne de una herencia; el reconocimiento de una deuda frente al esposo prestada ante un Notario y reflejada documentalmente en la oportuna escritura pÃºblica).

Declaración Cambiaria: manifestación escrita con trascendencia o consecuencia regulada por la Ley Cambiaria y de Cheque, para lo que Ã©sta exige siempre que conste puesta con firma del declarante en el correspondiente tÃ-tulo (letra o documento incorporado a Ã©sta, cheque o pagarÃ©), aparejando para su autor, o bien un derecho –serÃ; acreedor cambiario–, o bien una obligaciÃ³n –serÃ; obligado cambiario–, o bien, ambas cosas (serÃ; al mismo tiempo, acreedor cambiario frente a un obligado cambiario, y obligado cambiario frente a otro acreedor cambiario, como por ejemplo, un endosante).

Deuda, sinÃ³nimo de Obligación, es el concepto opuesto (voz pasiva o antÃ³nimo) a crÃ©dito, derecho, o derecho de crÃ©dito. Un acreedor, lo es por tener o poseer un crÃ©dito, es decir, el derecho a exigir frente a otro (el deudor u obligado), el cumplimiento de una obligación o la satisfacciÃ³n o pago, de una deuda. Correlativamente, un deudor lo es por estar obligado frente a un acreedor.

GarantÃ-a, es toda forma mediante la que, una obligación accesoria, asegura una obligación principal y el efectivo cumplimiento de Ã©sta: es garantÃ-a de tipo personal el aval; son garantÃ-as de tipo real (*res, rei*: cosa material), la prenda y la hipoteca, porque las cosas dadas en prenda o sobre las que se constituye la hipoteca, quedan especialmente afectadas al cumplimiento de la obligación principal. Dado que las garantÃ-as tienden a asegurar el cumplimiento de una obligación principal, el garante –otorgante de la garantÃ-a, en sus formas concretas de avalista, fiador, obligado hipotecario, obligado prendario o pignoraticio– puede ser tanto el deudor u obligado por la obligación principal, como un tercero.

Endoso: Estrictamente aplicado a los tÃ-tulos valores regulados por la Ley Cambiaria y de Cheque, y en su estricto significado, es una declaración formal cuya consecuencia inmediata, es la transmisiÃ³n de la titularidad legÃ-tima del derecho de crÃ©dito que el tÃ-tulo incorpora.

Hipoteca: Forma de garantÃ-a de tipo real. Mediante ella, una cosa inmueble es especialmente afectada al cumplimiento de una obligación principal, como por ejemplo un contrato principal de prÃ©stamo, con la garantÃ-a o aseguramiento de un contrato accesorio de hipoteca sobre inmueble. Por excepciÃ³n, la ley permite constituÃ-r hipoteca sobre bienes muebles como un buque.

Obligación, sinÃ³nimo de Deuda es el concepto opuesto (voz pasiva o antÃ³nimo) a crÃ©dito, derecho, o derecho de crÃ©dito. Un acreedor, lo es por tener o poseer un crÃ©dito, es decir, el derecho a exigir frente a otro (el deudor u obligado), el cumplimiento de una obligación o la satisfacciÃ³n o pago, de una deuda.

Prenda: Forma de garantÃ-a de tipo real. Mediante ella, una cosa mueble, cuya posesiÃ³n es transmitida al acreedor asegurado, es especialmente afectada al cumplimiento de una obligación principal, como por ejemplo un contrato principal de prÃ©stamo, con la garantÃ-a o aseguramiento de un contrato accesorio de prenda sobre un bien mueble, como una joya –figura del empeÃ±o en las llamadas cajas de piedad. Por excepciÃ³n, la ley permite constituÃ-r prenda sobre bienes inmuebles como un establecimiento mercantil, y en Ã©ste caso, la posesiÃ³n material de dicho establecimiento no es materialmente transmitida.

Prescripción: Instituto (conjunto de normas, preceptos, mandatos o pautas) que regula el paso del tiempo que afecta a una situaciÃ³n que de hecho, pasa a convertirse de derecho y con ello, extingue definitivamente el derecho que antes existÃ-a (prescriben sanciones y penas, obligaciones y correlativamente, los derechos

para exigir el cumplimiento de éstas). Por excepción, ni prescribe el derecho ni caduca la acción que una persona mantiene durante toda su vida para reclamar ante los Tribunales que se declare forzosamente la paternidad respecto del reclamante (es decir, el supuesto hijo contra el supuesto padre).

Título Valor, sinónimo de Título de Crédito, es todo documento que incorpora una obligación o promesa unilateral de realizar determinada prestación a favor de otro; ese otro, queda precisamente identificado por la legítima tenencia o posesión del documento en cuestión. En tal concepto, la titularidad entendida como legítima tenencia, exhibición y posesión material del título, será necesaria para ejercitar el derecho incorporado al documento, al menos, en los al portador (ejemplos como un bono múltiple o billete simple GLOBAL), distintos a los nominativos (como un billete de avión SPANAIR) o a los títulos impropios (una tarjeta de crédito AMEX Blue, título impropio porque el derecho que incorpora no está literalmente reflejado en la tarjeta), y de los que deben distinguirse las contraseñas de legitimación (resguardos de guardarropa). De entre todos los posibles, la Ley Cambiaria y de Cheque, contempla tan sólo tres figuras (cheque, letra y pagaré), y lo hace para otorgarles en determinadas condiciones el carácter de títulos ejecutivos, o lo que es lo mismo, documentos con fuerza ejecutiva o virtualidad o potencialidad para formular acción ejecutiva y, de tal forma, promover juicio ejecutivo.

Vencimiento: La llegada del plazo o momento o término final o tiempo a cuya fecha quedaba supeditado el cumplimiento de una obligación; a partir de entonces, la obligación podrá ser exigida (las obligaciones de pago de cuota mensual relativas a un préstamo con garantía hipotecaria, vencerán normalmente por meses, pero si una o determinadas cuotas no son pagadas a su debido tiempo, el banco acreedor podrá declarar unilateralmente, que la obligación ha sido incumplida y por tanto ha vencido, y será exigible por su totalidad; por mandato legal, vencerán todas las deudas que el comerciante tenga al tiempo de declararse la admisión a trámite de su solicitud de suspensión de pagos o declararse su quiebra).