

LEY APLICABLE Y EFECTOS DE LA QUIEBRA EN EL MERCADO COMUN (PROYECTO DE CONVENIO CEE) Y EN DERECHO ESPAÑOL

por José Luis Iglesias Buigues (*)

I. 1. Introducción.—2. Unidad y universalidad de la quiebra.—II. LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE.—1. Condiciones de apertura.—2. Procedimientos y efectos de la quiebra.—III. EFECTOS GENERALES DE LA QUIEBRA.—1. Efectos de la quiebra con independencia de cualquier publicidad.—2. Publicidad de la quiebra.—3. Atribuciones de los órganos de la quiebra.—4. Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor.—5. Efectos sobre los actos jurídicos y los contratos en curso. a) Período sospechoso, acción pauliana y compensación; b) contratos en curso.—6. Privilegios y garantías: a) Privilegios generales; b) Principios de distribución del producto de la liquidación del activo; c) Créditos fiscales, de seguridad social y créditos distintos de los civiles o mercantiles; d) Garantías y privilegios especiales; derecho de retención; e) Orden entre los privilegios generales y las garantías y privilegios especiales; f) Disposiciones aplicables a todos los privilegios y garantías.—7. Efectos de la quiebra sobre la persona del deudor.—8. Disposiciones particulares a ciertos procedimientos distintos a la quiebra.—DERECHO ESPAÑOL DE QUIEBRAS.—I. 1. Ambito del Convenio y Derecho español.—II. 1. Efectos generales de la quiebra. 2. Organos de la quiebra y atribuciones de los mismos.—3. Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor.—4. Efectos sobre los actos jurídicos y los contratos en curso.—5. Privilegios y garantías.

I. 1. INTRODUCCION

El problema de la quiebra en Derecho Internacional Privado es, seguramente, uno de los más complejos, a la par de centro en donde gravitan las divergencias y las oposiciones no sólo de conjuntos de sistemas jurídicos, afines entre ellos por sus principios de base, sino entre los propios sistemas de estos conjuntos. La razón de estas disparidades obedece a la naturaleza ambivalente de la institución: de carácter generalmente de orden público, supone un procedimiento judicial de liquidación colectiva de bienes de acuerdo con una determinada ley. Surge así un número considerable de cuestiones de compleja solución, relativas, por un lado, a todo lo que conlleva el tratamiento de los aspectos procesales de una institución y, por otro, lo que afecta a la determinación de un derecho aplicable. En cierta manera, tenemos reunida en la regu-

(*) Profesor Adjunto de la Universidad Complutense de Madrid.

ABREVIATURAS

Cahiers D. E.	Cahiers de Droit Européen.
Recueil des cours. A. D. I. ...	Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye.
Rev. D. M.	Revista de Derecho Mercantil.
Rev. Tr. D. E.	Revue Trimestrielle de Droit Européen.
Riv. D. I. Pr. e Proc.	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale.

lación de la quiebra con elementos extranjeros lo que constituye la esencia misma del Derecho Internacional Privado: un tribunal competente y una ley aplicable.

Las dificultades aumentan y con ellas la precariedad de las soluciones, por la disparidad antes apuntada con que se contempla la quiebra en los diferentes sistemas jurídicos (1). De sobra son conocidos los dos principios enfrentados que dominan la institución y a los que se acogen indistintamente unos y otros países: la **universalidad y la unidad** de la quiebra, que parte de la idea de su extraterritorialidad y que, en consecuencia, estima que la quiebra declarada por un tribunal competente conforme a una ley (la del foro si prevalece la naturaleza procesal, una extranjera si pendemos por su carácter material) (2) debe ser aplicada en todos los países en donde el quebrado posea bienes, y el de la **territorialidad y pluralidad**, por el que serán necesarios varios procedimientos de quiebra, tantos como países en donde se solicite, puesto que la decisión que la constituye no vale más que en el ámbito nacional del juez que la dictó. Si es cierto que el primer principio es más acorde con las exigencias del tráfico jurídico externo, también es cierto que las dificultades que encuentra son a menudo insalvables, en la mayoría de los países, y aún en aquellos que aceptan su juego, normalmente se incluyen también aspectos del principio territorialista (3). Así, la unidad y universalidad de la quiebra no parece que pueda funcionar más que por vía convencional, y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el ámbito de la CEE.

Como los demás convenios o proyectos de convenio comunitarios, el relativo a la quiebra tiene como base el artículo 220 del Tratado CEE (párrafo 4). El proyecto fue elaborado por un Comité de expertos presidido por el jurista francés Jean Noël, que finalizó su trabajo, y lo presentó al examen de los Estados, con vistas a su firma, en 1971. Como ha ocurrido con otros proyectos, el presente aguarda la decisión de los nuevos miembros de las Comunidades.

En cuanto al **ámbito de aplicación** del Convenio, se delimita de tres formas: territorial, temporal y material. Al margen de los dos primeros (arts. 74 y 70, respectivamente), que ahora no interesan, el alcance material queda delimitado en su artículo 1, en cuya virtud:

«El presente Convenio se aplica, cualquiera que sea la nacionalidad de las personas interesadas, a los procedimientos enumerados en el artículo 1, letra a), del Protocolo anejo, a continuación designados con el término "quiebra", así como a los convenios de acreedores («"concordats"») y a los otros procedimientos enumerados en el artículo 1, letra b), de dicho Protocolo.

2. Las disposiciones relativas a la quiebra se aplican por analogía, en la medida

(1) Vid. José A. PASTOR RIDRUEJO: *La faillite en Droit International Privé*. Recueil des cours. A.D.I. La Haye. 1971-III (T. 133), págs. 144 y ss. L. F. GANSHOF: *L'élaboration d'un droit européen de la faillite*. Cahiers D.E., 1971, págs. 147 y ss.

(2) H. ROLIN: *Des conflits de lois en matière de faillite*. Recueil des cours A.D.I. La Haye, 1926-IV (T. 14), pág. 69-70.

(3) LOUSSOUARN et BREDIN: *Droit du commerce international*. Paris, 1969, pág. 752; A. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado* (T. II), Madrid, 1977, págs. 377 y ss; José A. PASTOR RIDRUEJO: *Op. cit.*, pág. 156 y ss.; M. TROCHU: *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, págs. 11 y ss.

en que no se disponga otra cosa, a los convenios de acreedores y a los otros procedimientos contemplados en el artículo 1, letra b), del Protocolo.» (4)

Tenemos, pues, que el Convenio resulta aplicable, en primer lugar, a los procedimientos que en materia de quiebra se originen en el territorio de cualquiera de los Estados contratantes, al margen de la nacionalidad de los interesados. Por «quiebra» entiende el Convenio todos los procedimientos judiciales y colectivos de liquidación y distribución, que conciernan a comerciantes o no comerciantes, a las personas físicas o a las jurídicas. Pero junto a esta consideración amplia existen ciertos procedimientos, igualmente colectivos, que sobre una base similar, es decir, en general, el sobreesimiento o el cese de los pagos adeudados, conllevan la intervención judicial y desembocan en el establecimiento de una fiscalización del deudor, con medidas, en su caso, de protección de la empresa, o incluso, cuando no queda otra solución, a la liquidación del activo. Tales procedimientos son muy variados, según los países, por lo que los redactores del Convenio han preferido, en lugar de definirlos, dar una lista enumerativa, que es la contenida en el artículo 1, b), del Protocolo. La enumeración incluye todo procedimiento que, conocido en uno y otro de los Estados contratantes, parte del estado de cesación de pagos, la insolvencia o la desaparición del crédito del deudor, implica la intervención judicial y conduce, ya a la paralización de las acciones individuales, ya a una liquidación forzosa y colectiva de los bienes, ya a un simple control de la actividad del deudor. A ellos se les aplicará, salvo indicación en contrario, las reglas sobre la quiebra. Ahora bien, la existencia de las condiciones necesarias para que pueda procederse a la aplicación analógica ordenada por el Convenio, tendrán que ser apreciadas por el juez, lo que puede llevar a resultados dispares, cuando no contradictorios, entre las decisiones dictadas por las jurisdicciones de los países contratantes (5).

Todos estos procedimientos son, desde luego, y como se desprende del artículo 1, b), del Protocolo, judiciales. Ello nos lleva al perfil definitivo del ámbito material del Convenio, a lo que deberá añadirse lo que de él queda expresamente excluido por virtud del párrafo 3 de este artículo 1. En efecto, por un lado, todos aquellos procedimientos no contemplados quedan excluidos y podrán ser cubiertos por el Convenio general sobre competencia y ejecución (6). Por otro lado, los procedimientos de liquidación colectiva que se confíen, aunque sea en parte, a la competencia de autoridades administrativas, como ocurre en Italia («liquidazione coatta amministrativa»), quedarán fuera del Convenio, en todo o en la parte afectada. Así, en definitiva, el párrafo 3 del artículo 1 concluye que el Convenio no se aplica a ninguno de los casos de sus dos anteriores párrafos, cuando sean abiertos con relación a:

«— Empresas de seguros de cualquier naturaleza, cualquiera que sea la forma, con excepción de aquellas que sólo practican el reaseguro.

(4) Vid. el Protocolo, en la sección «Documentación» de esta *Revista*.

(5) RIVOLTA: *Réflexions critiques sur la convention*, en «Les problèmes Internationaux de la faillite et le Marché Commun». Publicación de la Riv. D. I. Pr. e Proc., núm. 8, Padova, 1971, págs. 197 y ss. Los litigios a que dé lugar el convenio amistoso o extrajudicial que reviste un carácter puramente contractual, caen en el ámbito del Convenio general de Bruselas de 1968, según aclara el Rapport, elaborado sobre el Convenio, por J. NOEL y J. LEMONTEY. Doc. de la Commission (de las C. E.), núm. 16.775/XIV/70-F, pág. 24.

(6) Convenio de Bruselas de 27-9-1968. Vid. mi estudio: *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en la CCE y en Derecho español*. Madrid, 1977 (Instituto de Estudios Administrativos).

— Las empresas designadas por cada Estado contratante y enumeradas en el artículo II del Protocolo, en la medida determinada por ese artículo.»

De esta manera, tanto en lo que concierne a los procedimientos similares a la quiebra, incluidos en el Convenio, como las exclusiones que se pronuncian en este párrafo 3, no constituyen un **número clausus**; la disposición permite a los Estados el actualizar el Protocolo con la inserción de todos aquellos procedimientos que, en el futuro, puedan arbitrarse y que, según su naturaleza, deban figurar en la lista de los cubiertos, o no, por el Convenio.

2. Unidad y universalidad de la quiebra

En virtud del artículo 2:

«Los procedimientos contemplados en el presente Convenio, cuando han sido abiertos en uno de los Estados contratantes, producen de pleno derecho sus efectos en el territorio de los otros Estados contratantes e impiden en ellos la apertura de cualquier otro de estos procedimientos.»

Este es, sin duda, el principio fundamental del Convenio: la quiebra única, declarada en un Estado, va a producir efectos en todos los restantes Estados contratantes. Su aspecto universalista volverá a consagrarse, como veremos, en otras disposiciones posteriores. Sin embargo, debe desde este momento adelantarse que el principio sufre importantes derogaciones, impuestas por la disparidad de los ordenamientos de los Estados contratantes, hasta el extremo de proclamarse el principio contrario, la territorialidad, para ciertos aspectos, sobre todo en materia de privilegios especiales y generales (7), lo que le ha valido al Convenio graves y en cierto modo fundadas objeciones.

En cualquier caso, el artículo 2 es la disposición sobre la que gravita toda la economía convencional. Su importancia se encierra en el significado de su contenido: por un lado, eficacia **ipso facto** extranacional del procedimiento abierto en un país; por otro, imposibilidad de la apertura de cualquier otro de los contemplados, en cualquier Estado contratante. Las disposiciones restantes no tienen más virtualidad que delimitar el principio por el juego de su reafirmación en aspectos concretos o de su limitación o atenuación en otros. La unidad y universalidad de la quiebra, abierta de acuerdo con la **lex fori**, nos presenta un proceso judicial que, si bien es nacional en cuanto se inicia, se regula y desarrolla por los jueces de un país determinado, adquiere una proyección extranacional en cuanto procedimiento mismo. Como hace observar el «Rapport» al efecto, un procedimiento que, por la normativa que lo rige y que forma su estructura, debe considerarse como «nacional», es, sin embargo, «comunitario» por sus efectos (8). En definitiva, emprendido en un Estado contratante, sus efectos hacen que se considere como iniciado igualmente en cualquier otro Estado. Se ha derribado así el obstáculo siempre infranqueable que se cierne en toda declaración de quiebra, en la que se implican elementos extranjeros, derivado de su aspecto procesal, para darle, en el marco del Convenio, una auténtica dimensión comunitaria (9).

(7) José A. PASTOR RIDRUEJO: **Op. cit.**, pág. 182.

(8) Rapport, *cit.*, pág. 11.

(9) COLESANTI: **Unité et universalité de la faillite**, en «Les problèmes internationaux de la faillite...», *cit.* página 16.

Naturalmente, si el principio fuera sólo enunciado, sin alcanzar una vía de realización concreta, de poco serviría en la práctica. Para llevarlo a su desarrollo, el Convenio va a ocuparse de los dos problemas fundamentales que plantea una declaración de quiebra que se pretende única y universal: la competencia judicial y la ley que resulta aplicable. Veremos por ahora esta última cuestión, junto a los efectos de la quiebra.

II. LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE

En lo que concierne a la ley aplicable, el Convenio dedica al tema su Capítulo III, que sólo cuenta con dos artículos, el 18 y 19.

El Convenio no establece, desde luego, una ley común sobre la apertura y los efectos de la quiebra. Tal como han dicho y dejado constancia sus redactores, la tarea hubiera sido desmesurada (10), así que el principio de base que se sienta es el de la aplicación de la *lex fori*, incluido su propio sistema de Derecho Internacional Privado (11), sin perjuicio del establecimiento de soluciones directas, materiales, para determinados casos concretos.

El principio se aplica a las condiciones de apertura de la quiebra, a su procedimiento y a sus efectos.

1. Condiciones de apertura

La ley de la quiebra es la *lex fori concursus*. En efecto, en virtud del artículo 18:

«Las condiciones de apertura de la quiebra se determinarán por la ley del Estado contratante en cuyo territorio se encuentra la jurisdicción competente según el presente Convenio.»

Principio, pues, de la atracción de la ley aplicable por el tribunal competente. Una vez localizado éste, el Tribunal aplicará su sistema jurídico interno. Ya veremos, sin embargo, que el principio sufrirá algunas excepciones justificadas por la protección debida a determinadas personas. La ley de la quiebra, determinada por el Convenio, nos dirá las condiciones de apertura de la misma; así, saber si el deudor es o no comerciante, o pequeño empresario o si la naturaleza de la deuda exigida por los acreedores es de las que pueden llevar a la declaración de quiebra, etc., son otras tantas condiciones cuya apreciación corresponde al tribunal competente por aplicación de su propia ley.

2. Procedimiento y efectos de la quiebra

El Convenio no decreta, desde luego, un procedimiento uniforme para la quiebra,

(10) E. NOEL: *Art. cit.*, in *Rev. Tr. D. E.*, 1975, pág. 165.

(11) Sin embargo, en la mayoría de los casos, en razón del objetivo perseguido por la institución y su carácter de orden público, la *lex concursus* será normalmente la ley material del foro. Así, por ejemplo, no sólo en materia de apertura de la quiebra o de la posibilidad de declararla sobre un no comerciante, sino también sobre quién puede provocarla o si es posible declararla de oficio, en qué formas deberá dictarse la decisión y cuáles son las vías de recurso contra ésta, así como cuál será la medida a adoptar de entre las que prevé el Convenio. Igualmente puede decirse de numerosos aspectos del procedimiento, etc. *Rapport, cit.*, páginas 63-64.

sino que se remite al derecho nacional de los Estados contratantes. En efecto, según el artículo 19:

- «1. La Ley del Estado de apertura de la quiebra determina el desarrollo del procedimiento a seguir.
2. A reserva de las disposiciones contrarias del Título IV, la ley del Estado de apertura de la quiebra rige los efectos de ésta, así como las condiciones de su oponibilidad a terceros.»

Pocas palabras son suficientes para comentar el contenido de la disposición. Acompañada de la anterior, declara el Convenio la unidad de aplicación de la *lex fori concursus* para regular los principales momentos de la quiebra: las condiciones para su apertura, el procedimiento, y su desarrollo, que debe seguirse, los efectos que produce y los requisitos con los que resultará oponible a terceros. Lo que escapa a su alcance se halla prevenido en el Título IV, que es el que ahora nos interesa.

III. EFECTOS GENERALES DE LA QUIEBRA

El Título IV es el más amplio del Convenio, y se extiende, a lo largo de ocho secciones, desde el artículo 20 al 48.

1. Efectos de la quiebra con independencia de cualquier publicidad

La sección I, dedicada a este punto, comienza por proclamar el principio de la desafección del activo del deudor en el territorio comunitario, como efecto general de la quiebra. Así, dispone el artículo 20:

«La quiebra produce sus efectos con relación al deudor, particularmente en lo que concierne a su desapoderamiento en los diferentes Estados contratantes, independientemente de las medidas de publicidad previstas en el artículo 25.»

Dos problemas podrían plantearse en el desapoderamiento del deudor. Por un lado, tradicionalmente se ha cuestionado el momento y la formalidad que cabría aplicar a la desafección de los bienes en países distintos al de declaración de quiebra. En este punto, los derechos de los seis Estados contratantes coinciden en considerar al desapoderamiento como un efecto de la decisión de quiebra, automático y al margen de cualquier publicidad. De ahí la solución del artículo 20, que descarta (luego lo confirmará el Convenio) la exigencia del *exequatur*. Por otro, el hecho de que el desapoderamiento del deudor se haya estimado en algunos países como una incapacidad sometida a la ley que le resulta aplicable. La cuestión se responde en el propio artículo 20, puesto que su silencio al respecto significa la atribución de competencia a la *lex concursus*, de acuerdo con el artículo 19, párrafo 2. De esta forma, al igual que se aplica al llamado período sospechoso, regirá también el desapoderamiento del deudor (12).

Establecido el principio, pasa el Convenio a la regulación de una de las primeras cuestiones necesarias para la salvaguardia de la coherencia del sistema; la prohibición y suspensión de acciones judiciales individuales del acreedor. El sistema de regulación empleado utiliza, como ahora veremos, las reglas materiales junto con las de conflicto.

(12) Rapport, cit., págs. 65-66.

En virtud del artículo 21:

- «1. La decisión que declara la quiebra impide, en los Estados contratantes diferentes al de apertura de la misma, e independientemente de las medidas de publicidad previstas en el artículo 25, cualquier acción individual por parte de los acreedores cuyos créditos, nacidos antes de la declaración de quiebra, no se hallan afianzados por una garantía real mobiliaria o inmobiliaria. La decisión no impide el ejercicio de las acciones reivindicatorias.
2. Suspende igualmente el ejercicio de las acciones para el cobro de sumas de dinero ya iniciadas en el momento de la declaración de quiebra; en este caso, el acreedor debe exhibir su título en la quiebra. Si el crédito es impugnado, la jurisdicción que entiende de la acción en demanda de pago decide, sin embargo, de la impugnación si ha intervenido ya una decisión contenciosa que ha fallado sobre cuestión distinta de la de competencia.
3. Suspende igualmente las acciones reivindicatorias mobiliarias ya iniciadas en el momento del pronunciamiento de la quiebra, a menos que la jurisdicción que conoce haya ya fallado por decisión contenciosa sobre cuestión distinta a la de competencia.»

Hasta aquí las disposiciones sobre la imposibilidad y suspensión de las acciones individuales en persecución del deudor. La declaración de quiebra dictada por el tribunal competente produce en todos los demás Estados contratantes, al margen de las medidas de publicidad, la imposibilidad de interponer cualquier acción individual por todo acreedor cuyo título, originado lógicamente antes de la declaración de la quiebra, no cuenta con garantía real mobiliaria o inmobiliaria; impide igualmente la acción para el cobro de sumas de dinero, aunque ya se hallen iniciadas, y la reivindicatoria sobre bienes muebles, también aunque ya se halle interpuesta, a menos que sobre ella haya recaído sentencia resolutoria de cualquier extremo que no sea el de su propia competencia. Obsérvese que la redacción del artículo conduce a pensar que la normativa se dirige a los Estados diferentes del de la apertura de la quiebra, es decir, que los acreedores de tales países son los destinatarios de las reglas antes indicadas, mientras que los del Estado en donde se pronunció podrán utilizar las medidas que les permita la ley nacional en orden a la interposición de acciones individuales contra el deudor; con ello, sin duda, puede originarse una diferencia en la protección de unos y otros. Por otro lado, la interpretación del concepto «decisión contenciosa» puede tener alcance diferente según los Estados; puede ocurrir, pues, que una decisión dictada sobre una materia sea contenciosa mientras que la pronunciada sobre el mismo caso en otro país no reúna esa naturaleza, con lo que se incide de nuevo en una desigual protección de los acreedores (13).

(13) RICCI: *Poursuites individuelles dans la faillite*, in «Les problèmes internationaux de la faillite...», cit., páginas 149-150. Sin embargo, sobre estos dos puntos, aclara uno de los ponentes que, por un lado, en efecto, la redacción del art. 21 puede ser defectuosa, puesto que lo que en realidad querían decir es que la suspensión de las acciones individuales rige para todo Estado, incluido el de apertura de la quiebra, habida cuenta de que el principio se conoce en las legislaciones de todos los Estados contratantes; por otro, el término decisión se halla definido en el art. 49 del Convenio en un sentido de gran amplitud, por lo que no debe originar problema alguno de importancia. LEMONTEY: *Art. cit.*, in «Les problèmes internationaux de la faillite...», cit., págs. 220-221.

Dos excepciones generales se contienen en los dos párrafos restantes del artículo 21, a favor del fisco y a favor de la ley interna. Así:

«4. Las disposiciones de los párrafos precedentes son sin perjuicio del eventual derecho de acción de las administraciones y organismos encargados de recaudar los créditos fiscales y los que deben satisfacerse como materia de impuestos.

5. Los demás procedimientos podrán ser reanudados contra el síndico según las formas previstas por la ley que rige el procedimiento.»

La disposición del párrafo 4 se entiende y justifica por sí sola; en la siguiente se vuelve a la ley nacional, que recobra su competencia para que se dirijan contra el síndico las demás acciones en las formas por ella permitidas.

Pero la quiebra produce también otras incidencias en este contexto, particularmente en lo que se refiere a las vías de ejecución individuales ya iniciadas y a la prescripción.

En cuanto a las primeras, el artículo 22 dispone que

«La quiebra suspende en los diferentes Estados contratantes, independientemente de las medidas de publicidad previstas en el artículo 25, el ejercicio de las vías de ejecución ya iniciadas contra el deudor, según las disposiciones de la ley del Estado contratante en donde esas vías se han iniciado, como si la quiebra hubiera sido declarada en el territorio de estos Estados.»

El alcance de la disposición parece que debe ser interpretada en el sentido de operar más que nada un reenvío a las leyes nacionales de los Estados en los que los procedimientos se hallan en curso, con lo que la suspensión ordenada podrá verse vaciada de contenido ante las posibles previsiones en contrario de los derechos internos; no está, sin embargo, claro el punto de saber si la ley del Estado en donde se han iniciado las vías de ejecución rige también las modalidades relativas a estos procedimientos, o si la reserva en favor de las distintas leyes nacionales se dirige a hacerlas evolucionar en un espacio más amplio, esto es, igualmente en lo que concierne a las excepciones que pudieran hallarse previstas, por ejemplo, en cuanto a determinados créditos. Teniendo en cuenta que el principio de base en estos temas de procedimiento es el del predominio de la *lex fori*, parece que deba propugnarse una interpretación amplia, lo que debe llevar a la resolución de los problemas específicos que se planteen, o al más general de la noción de «vías de ejecución iniciadas», por aplicación de las disposiciones de los diferentes sistemas jurídicos nacionales (14). Esta interpretación se ve apoyada por el hecho de que el contenido del artículo 22 se debe a la imposibilidad, declarada por los redactores, de llegar a una solución uniforme, dadas las discrepancias a este respecto en los derechos internos (15).

En cuanto a las prescripciones, el artículo 23 establece que

«Por derogación de las disposiciones de los artículos 20 a 22, los actos realizados por terceros después de que la quiebra haya sido declarada, y antes de que ésta les sea oponible de acuerdo con el artículo 26, interrumpen la prescripción con relación a la masa y prohíben a ésta el prevalerse de la caducidad

(14) COLESANTI: Art. cit., pág. 35. Ver, sin embargo, las matizaciones de Lemontey en la misma publicación, págs. 85-86.

(15) Rapport, cit., pág. 68.

(«déchéance») resultante de la no ejecución de ciertos actos a realizar en los plazos de rigor.»

De esta forma, cuando, por ejemplo, un tercero actúe contra el deudor después de la apertura de la quiebra, pero antes de su publicidad, el acto tendrá como efecto el de suspender la prescripción que se halle en curso, de la misma manera que si el tercero, en el intermedio indicado y en el plazo que se haya previsto, ejecuta, por ejemplo, la opción de venta que se le había concedido, no se le podrá oponer que tal actitud es inválida por motivo de que tendría que haber advertido al síndico y no al deudor desposeído (16).

Por último, para el ejercicio de ciertas vías de recurso, el artículo 24 dispone que

- «1. Si la oposición, o la oposición de terceros, contra una decisión declarativa de la quiebra se halla prevista por la ley del Estado de apertura de la misma, esta vía de recurso podrá ejercerse hasta el trigésimo primer día siguiente al que se fije por esta ley, cuando el autor de la oposición no tiene ni su centro de negocios, ni su domicilio o su residencia en el territorio del Estado en donde se ha declarado la quiebra pero éstos, o uno de ellos, se encuentran en el territorio de otro Estado contratante.
2. La ley del Estado de apertura de la quiebra determina las condiciones de la ampliación del plazo cuando éste expira un sábado, un domingo o un día festivo según esta ley.»

Tenemos, pues, que, por un lado, se permite la vía de oposición a la quiebra por las partes en ella, o por un tercero interesado, si la *lex concursus* lo permite, y, por otro, se fija un plazo uniforme para su ejercicio, que arranca en el día que se señale por esta misma ley. La fórmula obedece al hecho de que, generalmente, el día que sirve de punto de partida en el plazo no se cuenta, mientras que la redacción empleada suprime la cuestión de saber si el día de la expiración (*dies ad quem*) debe incluirse o no en un plazo de 30 días (17). Este se concede a la persona que no tiene vinculación alguna (ni domicilio, ni centro de negocios, ni residencia) con el Estado de apertura de la quiebra, pero que, al menos, tiene su residencia en la Comunidad. Por último, el apartado 2 confiere a esta ley la competencia para decidir las condiciones por las que el plazo pueda ser eventualmente prorrogado cuando el día de su expiración coincide con sábado, domingo o cuando resulta festivo para este Estado.

2. Publicidad de la quiebra

La quiebra, en los países contratantes, produce inmediatamente efectos frente a todos desde el momento de su declaración, pues en el interior de un Estado se supone a los distintos interesados enterados del procedimiento en curso. Ahora bien, cuando se trata de una declaración de quiebra que debe surtir efectos en otros países, es lógico que el conocimiento por las personas interesadas sea más difícil o se enfrente a determinadas dificultades. De ahí que el Convenio arbitre unas medidas de publicidad que, si por lo general son facultativas, parecen ampliamente suficientes para la protección

(16) *Ibid.*, pág. 68.

(17) *Rapport*, cit., pág. 69.

debida a todo interesado, acreedores y terceros, sin que, en algunas ocasiones, las previsiones adoptadas dejen de poder suscitar algunos problemas. El medio más idóneo para un general conocimiento de la declaración de quiebra es, sin duda, su publicación unitaria para todo el territorio comunitario. Este es, precisamente, el principio adoptado por las disposiciones convencionales, que, por otro lado, requieren escaso comentario.

El principio sobre las medidas de publicidad se acoge en el artículo 25, primera parte, de su párrafo 1:

«La publicidad de la quiebra, confiada a la diligencia del síndico, se operará por inserción en el "Journal Officiel" de las Comunidades Europeas de un extracto de la decisión que la declara» (18).

Establecida la modalidad, se determina en el resto del párrafo la condición por la que el síndico deberá promover a tal inserción: cuando en el territorio de un Estado contratante distinto a aquel en donde se ha dictado la declaración de quiebra se encuentre un establecimiento del quebrado o, si se trata de socios ilimitadamente responsables, de dirigentes de sociedades y personas jurídicas o de personas responsables de su gestión (es decir, las contempladas en los artículos 10, 11 y 12), su centro de negocios. La misma obligación le incumbe en todos los casos en los que así lo haya decidido el juez que pronunció la quiebra. Al margen de que la publicación deba efectuarse en los casos indicados, el síndico puede proceder a ella por su cuenta siempre que lo considere de utilidad.

En aras de una mejor información y, en consecuencia, protección de los interesados, en los Estados contratantes distintos al de la apertura de la quiebra, el síndico debe, por un lado, garantizar la inscripción de la decisión sobre la misma en los registros mercantiles en los que se halle inscrito el quebrado (párrafo 2) y, por otro, puede hacer publicar esa decisión en los «Boletines Oficiales» (designados en el artículo VI del Protocolo anexo al Convenio) y proceder eventualmente a cualquier otra publicación que le parezca de utilidad (párrafo 3). Cabe observar que en ambas disposiciones, cuando el síndico deba inscribir o cuando se halla facultado para hacerlo, los órganos del Estado encargado de la publicación no podrán denegarla, si se cumplen las formas prescritas en su ley, pues la regla convencional tiene, en este sentido, un carácter material.

Todas las medidas de publicidad indicadas precedentemente resultan aplicables, cuando sea necesario, a las decisiones, actas o anuncios que se enumeran en el artículo IV del Protocolo anexo. Las menciones sujetas a publicación para cada categoría de decisión se hallan indicadas en los artículos III y V de este mismo Protocolo, especificándose que toda esta publicidad se confía a la diligencia del síndico (párrafo 4), quien, sin embargo, no es el único que puede proceder a ellas, pues, en virtud del párrafo 5 de este artículo, cualquier persona u organismo competente para ello, en virtud de la ley del Estado de apertura de la quiebra, puede igualmente operar todas las medidas de publicidad previstas en los párrafos anteriores. En este Estado, los efectos de la quiebra comenzarán en el momento dispuesto por su ley; ahora bien, en todos los demás Estados contratantes, los efectos frente a terceros comenzarán a producirse

(18) El extracto debe contener las menciones enumeradas en el art. III del Protocolo. Vid. la sección «Documentación» de esta Revista.

a partir del octavo día de la publicación en el «Journal Officiel» de las Comunidades, así que todos los actos realizados después de transcurrido dicho plazo resultan inoponibles a la masa (art. 26, párr. 1). Los que se hayan efectuado antes de la publicación, o en los siete días siguientes, pueden ser igualmente inoponibles a la masa, pero para ello deberá probarse que el tercero tenía conocimiento de la quiebra, o debería haber tenido razonablemente conocimiento de ella, en el momento de la realización del acto (párrafo 2). Por lo demás, las reglas relativas al periodo sospechoso resultan aplicables a los actos realizados después de la declaración de quiebra y antes de que ésta sea oponible a terceros de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo (párrafo 3).

En cuanto a los efectos de la quiebra frente a los bienes sujetos a inscripción en un registro público, es lógicamente explicable que el Convenio remita a la ley del Estado de tales registros en todo lo relativo a las inscripciones que se requieren y a las consecuencias jurídicas que de ello se desprendan (art. 19).

3. Atribuciones de los órganos de la quiebra

La **forma** de designación de los órganos de la quiebra, sean éstos el síndico, juez-comisario, comité o asamblea de acreedores, según los distintos países, se determina por la ley del Estado de apertura de la quiebra, pues nada dice el Convenio al respecto. Este se ocupa más bien de los poderes que deben atribuirse a tales órganos, para lo cual se vuelve a remitir a las legislaciones nacionales. En efecto, en virtud del artículo 28 del Convenio:

«1. El síndico ejerce en el territorio de los Estados contratantes los poderes que le concede la ley del Estado de apertura de la quiebra o que le han sido conferidos por las autoridades competentes de este Estado.»

La disposición parece desde luego indiscutible, tanto en lo que concierne a la atribución de poderes, sobre todo si se piensa la regulación del procedimiento por la **lex fori**, que establece el Convenio, como en lo relativo a su ejercicio en todo el ámbito comunitario, impuesto por necesidad de la coherencia y la lógica del sistema convencional. Ahora bien, teniendo en cuenta la diversidad de posibilidades divergentes en las legislaciones de los distintos Estados contratantes, sobre todo en materia de administración y liquidación del activo, pueden presentarse perturbaciones de distinto grado en tanto en cuanto no se halle armonizado por una medida comunitaria el régimen interno de los Estados (19).

La calidad de síndico, por otra parte, deberá establecerse a través de un documento a cumplimentar de acuerdo con el modelo que se inserta junto al Protocolo anexo al Convenio (párrafo 2) (20), solución coherente con el sistema de extensión de poderes a toda la Comunidad que arbitra la disposición anterior.

Pero la ley de la quiebra puede conocer o permitir la actuación de una pluralidad de síndicos o la delegación de algunos de sus poderes a otras personas. En estos casos,

(19) Así, por ejemplo, por aplicación del art. 28, el «Konkursverwalter» alemán podrá, en ciertos casos, decidir con toda autonomía la continuación temporal de la empresa que el deudor posee en Italia, medida ésta que no permite el propio derecho italiano, el cual, prohibiéndolo al juez delegado, la confía directamente al Tribunal, rodeándola además de numerosas precauciones. RIVOLTA: **Art. cit.**, pág. 205.

(20) Ver anexo citado. Sección «Documentación» de esta **Revista**.

las posibilidades de la ley deben ser reconocidas, pero con las soluciones acogidas en el párrafo 3 de este artículo 28:

«Cuando la legislación del Estado de apertura de la quiebra permite la pluralidad de síndicos podrán ser elegidos uno o varios de ellos entre las personas que puedan ejercer las funciones de síndico en el territorio de los demás Estados contratantes. Cuando la legislación del Estado de apertura de la quiebra permite la delegación de ciertos poderes del síndico a otras personas, éstas podrán ser elegidas de entre aquellas que pueden ejercer las funciones de síndico en el territorio de los demás Estados contratantes.»

De esta forma se establece una suerte de coordinación entre las leyes de los distintos Estados; la de referencia será siempre la de la apertura de la quiebra, que debe permitir la pluralidad de síndicos o la delegación de ciertos de sus poderes, pero el nombramiento de uno o varios de ellos deberá recaer en la persona o personas que, de acuerdo con la ley del país en el que deban actuar, posean las condiciones requeridas para ejercer tales funciones, de la misma forma que la delegación de poderes tendrá que hacerse a favor de personas que reúnan las mismas características. Aunque la disposición es clara y útil, no cabe duda de que pueden presentarse numerosas dificultades cuando concurra la circunstancia no prevista en el Convenio, esto es, que el Estado de apertura de la quiebra no conozca la pluralidad de síndicos; en este caso, una sola persona se verá compelida a actuar en toda la Comunidad y proceder a la administración y liquidación de unos bienes que pueden encontrarse en diferentes países, en detrimento de la eficacia de su misión. Más completa hubiera sido, pues, la regla, de haber previsto, o impuesto, por una solución material, el nombramiento de un segundo síndico dependiente del primero o auxiliar suyo en cada uno de los países en donde se hubieren encontrado bienes del deudor o algún o algunos de sus establecimientos.

El Convenio arbitra otras medidas siempre en la línea de procurar un mejor, menos complicado y más efectivo procedimiento, a la par que una mayor protección de los acreedores y terceros. Así, en una materia que parecería superflua, pero que en la práctica puede tener importantes consecuencias, la de la correspondencia postal del quebrado, el Convenio ordena su bloqueo y la recepción de todo envío por el síndico. En efecto, en virtud del artículo 29, cuando el quebrado posea domicilio, residencia, establecimiento o incluso una dirección postal en cualquier Estado contratante distinto al de declaración de quiebra, el juez-comisario, o, en defecto de éste, la jurisdicción que la haya declarado, puede decidir que los envíos postales destinados al quebrado y dirigidos a los lugares mencionados, sean remitidos por la administración postal del Estado en cuestión, al síndico. Para alcanzar este objetivo, el artículo VII del Protocolo anexo concreta las condiciones en las que deberán ser informadas las administraciones de Correos de la quiebra y del tiempo durante el que deben cumplimentar la obligación que les incumbe en razón de la decisión anteriormente citada. Por último, los envíos postales que deban remitirse al quebrado tendrán que llevar necesariamente la mención del nombre y de la calidad de síndico, seguidos de la firma de éste.

Por otro lado, la presentación de los títulos de los acreedores que residan en Estado contratante distinto al de apertura de la quiebra, puede hacerse simplemente por carta dirigida a los organismos de este último Estado y que se hallan indicados en el artícu-

lo IX del Protocolo anexo. Estos títulos, cuya traducción a la lengua correspondiente habrá sido asegurada por los citados organismos, deben contener toda una serie de indicaciones tendentes a procurar la información pertinente más completa: el montante del crédito, su carácter o no privilegiado y copia de las piezas justificativas cuando existan. Por su parte, los organismos referidos pueden, si desean una mayor información y seguridad, requerir la comunicación del título o de una copia autenticada del original (art. 30, párr. 1). Justificados los créditos, su impugnación se desarrolla de la misma forma: los acreedores residentes en Estados distintos del de la apertura de la quiebra pueden impugnar los créditos en las mismas condiciones anteriores. Ahora bien, cuando la ley del Estado de la quiebra prevea que las impugnaciones deben declararse en Junta de acreedores o comunicarse a ésta, tendrá que hacerse así por medio de la lectura de las cartas de impugnación (art. 30, párr. 2).

Todas estas disposiciones, combinación de soluciones de conflicto y materiales, constituyen un conjunto mínimo pero suficiente de las medidas encaminadas a simplificar y acelerar el procedimiento. En consecuencia, debe pensarse que los acreedores pueden utilizar otros medios, si los estiman más convenientes para sus intereses, siempre que procuren la información exigida, pero que no están obligados a ello aunque la ley de su Estado o el de apertura de la quiebra lo exija. Esta, sin embargo, regulará, como es de rigor, todos los matices procesales no expresamente resueltos por el Convenio.

Los dos últimos artículos de esta sección se ocupan de sendas materias de importancia: la posibilidad de continuación del funcionamiento de la empresa y la liquidación del activo. Sobre el primer punto, el artículo 31 dispone que

«La autoridad competente según la ley del Estado en donde se ha declarado la quiebra es la única con calidad suficiente para autorizar la explotación de la empresa en el territorio de los demás Estados contratantes.»

No cabe duda de que esta regla sobre la administración del activo del quebrado es sumamente audaz, y, por eso mismo, si bien atractiva, posible fuente de dificultades. En efecto, declarar que la jurisdicción que ha pronunciado la quiebra es la única que puede decidir sobre el cierre o continuación de una empresa situada en otro país significa, desde luego, una limitación importante del orden público del Estado en cuestión. Una decisión de tal naturaleza es muy posible que incida de manera importante en sectores muy particulares del Estado, afectados por la propia decisión, como, por ejemplo, la declaración de huelga o la ocupación de la empresa por sus trabajadores, etc. Con el Convenio por delante, el juez italiano, por ejemplo, no podrá autorizar el mantenimiento de la explotación de la empresa situada en su país ni aun por razón de interés público, mientras que esa misma continuación puede ser ordenada por el juez alemán, país en donde se ha declarado la quiebra; si el centro de negocios de tal empresa se encuentra fuera de la Comunidad, los jueces de ambos países poseen una competencia de igual rango o nivel, por lo que todavía resulta más extraña y audaz la solución adoptada. La mejor vía para paliar estas dificultades es la ya normal en la Comunidad, a saber, la armonización o coordinación de los derechos internos a través de directivas del Consejo, pero, aun así, el tema presenta aspectos de difícil solución (21).

(21) RIVOLTA: Art. cit., págs. 206-207.

Algo muy similar podría decirse con relación a la liquidación del activo, contemplada en el artículo 32. Como es sabido, el problema capital en la liquidación del activo de una quiebra, en Derecho Internacional Privado, es la tensión que se establece entre el alcance de, la *lex concursus* y la *lex rei sitae*, cuando una y otra son diferentes. El Convenio debía abordar el problema y decidirse por una solución. La adoptada ha sido el predominio de la primera sobre la segunda ley; de ahí la solución audaz, pero también de ahí la fuente de futuros problemas. Los dos primeros párrafos del artículo 32 dicen así:

- «1. El síndico procede, sin más formalidades, a las medidas conservatorias y a las enajenaciones a las que está autorizado a recurrir, bien por la ley del Estado de apertura de la quiebra, ya como consecuencia de una autorización dada por los órganos competentes de la misma.
2. Cuando la ley del Estado de apertura de la quiebra, o la jurisdicción que la ha declarado, impone una forma particular de liquidación, tal como la venta pública, la ley de situación de los bienes determina las modalidades de la liquidación.»

El primer párrafo consagra el predominio de la ley de la quiebra, lo que, a primera vista, es perfectamente coherente con las demás disposiciones del Convenio y con el principio de unidad y universalidad. Sin embargo, debe considerarse, por un lado, que la liquidación del activo tiene importantes repercusiones en todos los lugares en donde se hallen los bienes, por ejemplo, la empresa, porque la *lex concursus* va a trascender las fronteras para decidir sobre ciertos bienes aún en contra de eventuales disposiciones de la *lex rei sitae*, que podría contener soluciones diferentes. Por otro, y en consecuencia, el síndico, debidamente autorizado por la ley de la quiebra, va a proceder directamente a actos de conservación (por ejemplo, el precintado de ciertos bienes o locales) o de disposición (por ejemplo, la venta de inmuebles en pública subasta o de cualquier otra forma), todo ello al margen, y podría ser que en contra de las competencias eventualmente establecidas por la ley local. Cuando los derechos internos son tan divergentes en estos puntos como los de los países contratantes, hace falta una respetable dosis de buena voluntad y entendimiento para que el esquema ideado pueda funcionar correctamente, el cual se vería desde luego más arropado por una medida comunitaria de coordinación y armonización de los derechos en la materia.

El segundo párrafo continúa en la línea del primero. Se declara en él una neta diferenciación entre la **forma de liquidación**, regida por la ley de la quiebra, y las **modalidades de su realización**, sujetas a la ley de situación de los bienes. Ello lleva a interrogarse sobre la diferencia que puede existir y, sobre todo, si se puede disociar fácilmente las formas de liquidación de las formas de procedimiento para llevarla a efecto, es decir, y en definitiva, de las concretas modalidades por las que se realiza la liquidación, lo que a su vez conduce al planteamiento de numerosos problemas mientras los derechos internos continúen en su estado actual, el primero de todos, que no pueda realizarse la enajenación prevista por la ley de la quiebra porque la concreta modalidad ordenada por ésta no existe en la ley de situación del bien en cuestión (por ejemplo, la venta sin subasta del derecho italiano) (22).

(22) TARZIA: *La liquidation de l'actif de la faillite*, in «Les problèmes internationaux de la faillite», cit., página 116; COLESANTI: *Art. cit.*, pág. 38.

En virtud del párrafo 3 de este artículo 32, si se planteara una impugnación por el deudor, por un acreedor o por un tercero, cada uno de ellos puede dirigirse a la jurisdicción local competente según el procedimiento previsto en caso de urgencia; esta jurisdicción puede ordenar que se continúe sin más el procedimiento de liquidación o que se suspenda su ejecución, pero en este caso tendrá que impartir un plazo al actor para que se dirija al tribunal que resulte competente en cuanto al fondo, en virtud de la ley del Estado de apertura de la quiebra.

En definitiva, cabe preguntarse si no habría un cúmulo de razones prácticas que aconsejaran el reconocer la competencia de la *lex rei sitae* en lo relativo al procedimiento de realización de los bienes del quebrado en caso de oposición del deudor o de terceros, así como la competencia de la autoridad local para la adopción de medidas de coerción, a requerimiento del síndico, pero no decididas directamente por éste (23).

4. Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor

Hemos visto que, en principio, los efectos de la quiebra quedan sujetos a la ley del país de apertura de la misma. Sin embargo, veremos más adelante que, en ciertos campos, el simple reenvío a esta ley no podía mantenerse por la disparidad de soluciones de los distintos Estados contratantes, lo que hacía preciso una suerte de armonización de todos ellos, solución ésta por lo demás coherente con el principio proclamado de la universalidad de aquélla. Por el momento, esta universalidad queda de nuevo formalmente acogida en el artículo 33, que, junto al 34, componen la sección IV de este Título.

En virtud del párrafo 1 del artículo 33:

«A reserva de las disposiciones del artículo 9, párrafo 2, y del artículo 60, la quiebra declarada de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, produce sus efectos con relación a todos los bienes del quebrado situados en el territorio de los Estados contratantes.»

Consagrados así los efectos universales de la declaración de quiebra, el problema principal que se plantea es el de conocer cuáles son los bienes que deberán incluirse en el activo del quebrado, o, lo que es lo mismo, la determinación de la ley aplicable al desapoderamiento del deudor, puesto que ésta podría ser diferente según el país de que se trate. Al decir que los efectos se extienden a todos los bienes sitos en el territorio de los Estados contratantes, el artículo 33 no resuelve claramente el problema, pues el artículo 1, párrafo 2, aunque afirma, como regla general, la competencia de la ley del Estado de apertura de la quiebra, añade que ello es «a reserva de las disposiciones contrarias del Título IV», y no parece que este artículo 33, 1, sea una de esas disposiciones. Pero precisamente con relación al desapoderamiento de los bienes del quebrado, el artículo 33 previene dos situaciones particulares, reflejadas en sus dos párrafos restantes. Así:

«2. No obstante, la quiebra no produce efectos con relación a los bienes que reciba el deudor posteriormente a la declaración de quiebra («a l'égard des biens

(23) A. HIRSCH: *Vers l'universalité de la faillite au sein du Marché Commun?* Cahiers D. E., 1970, páginas 53-54.

échus au débiteur postérieurement au prononcé de la faillite...») cuando la ley del Estado de apertura de la misma los excluya (24).

3. Las disposiciones del párrafo primero no se aplican con relación a los bienes que, en virtud de la ley de los Estados contratantes en cuyo territorio se hallan situados, se excluyen del activo de la quiebra.»

Tenemos, pues, que en el párrafo 2 se confirma la aplicación de la *lex concursus* a los bienes allí considerados y que, en consecuencia, es esta ley la que rige, en este aspecto, como ya venía rigiendo en otros, la desposesión de los bienes del deudor (25). Habrá así que referirse en todo caso a esta ley para delimitar perfectamente el activo a administrar y liquidar.

Pero en el tercer párrafo la tensión entre la *lex concursus* y la *lex rei sitae* se resuelve a favor de esta última, es decir, que los bienes que en principio se hallarían incluidos en el activo por virtud de la ley de la quiebra, deberán excluirse cuando así lo disponga la ley de su situación; en este caso, obviamente, se da competencia a la *lex rei sitae* por excepción de la normalmente aplicable, la ley de la quiebra. Sin embargo, cabría preguntarse por la solución del caso contrario, esto es, cuando ciertos bienes son excluidos del activo en virtud de la *lex concursus*, pero incluidos por la ley de su situación. El Convenio no da respuesta a este punto, por lo que debe entenderse que el caso quedará inserto en la declaración de aplicabilidad general de la ley de la quiebra. En línea de consecuencias, se descarta la ley de situación en un momento en que ésta es más favorable a los acreedores, puesto que incluye en el activo unos determinados bienes, siendo así que, por el contrario, se le ha tomado en consideración en el caso anterior para excluir esos mismos bienes. La proporción no parece del todo coherente y perjudica, desde luego, a los acreedores (26).

(24) El verbo francés «échoir» tiene el significado ordinario de tocar o corresponder en suerte algo a alguien; en la disposición traducida expresa la idea de una recepción de bienes por el deudor por una razón cualquiera (por ejemplo, procedentes de una herencia).

(25) Con relación al derecho de los Estados contratantes, la disposición significa que los bienes considerados entrarán siempre en la quiebra, salvo cuando se pronuncie en Alemania, que es el único país en donde tales bienes no forman parte del activo. POCAR: *Universalité de la faillite et compétence de la lex rei sitae en matière de desaissements du failli*, in «Les problèmes internationaux de la faillite...», cit., pág. 122. Observa el autor que el término «No obstante» con que comienza el párrafo 2, parece presentar esa disposición como una excepción a lo dispuesto en el primer párrafo, siendo así que, si éste se interpreta correctamente, el segundo párrafo constituye una consecuencia lógica y natural del principio declarado en el primero. No debe, pues, darse la idea de una excepción, sino la de una especificación de la aplicabilidad de la ley de la quiebra, por lo que el término indicado debería desaparecer. Lo acertado de la observación de este autor ha sido reconocido por los propios redactores, que se han declarado dispuestos a suprimir el término. Vid. LEMONTEY, en la misma publicación, pág. 217.

(26) Para algún autor, la indicada diferencia de regulación es más racional y más jurídica, puesto que la aplicación en ambos casos de la ley de situación podría provocar una mayor incautación de bienes en los países distintos al de la apertura de la quiebra que en éste mismo. Por otro lado, se afirma que la ley de la quiebra es la única que tiene como misión el defender los intereses de la masa. TROCHU: *Op. cit.*, página 226-227. De ser cierta la afirmación, la *lex rei sitae* no debería regir en momento alguno, si se quiere ser coherente; por otra parte, decir que la ley de la quiebra es la única que defiende los intereses de la masa es una afirmación que debería ser probada, sobre todo cuando se le contempla desde el prisma de la unidad de la quiebra con efectos en países distintos al de su declaración. Vid. POCAR: *Art. cit.*, páginas 124-125.

El artículo 34 del Convenio contiene una disposición particular sobre la llamada **presunción muciana**. En virtud de dicho artículo:

- «1. Cuando la ley presume, en caso de quiebra, que los bienes del cónyuge han sido adquiridos con los caudales del quebrado, la prueba en contrario se presentará según la modalidad definida por el artículo 3 del Anexo I.
2. La ley del Estado de apertura de la quiebra determinará en qué medida son oponibles a la masa las ventajas matrimoniales y las liberalidades entre esposos.»

Como se sabe, la presunción muciana entiende, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge del quebrado, lo han sido con el dinero de este último, por lo que deben contabilizarse en el activo (27). En previsión de disparidades graves entre los derechos de los Estados contratantes en cuanto a las modalidades de aportación de prueba en contrario de la presunción, los redactores han incluido el punto en la Ley Uniforme que acompaña al Convenio, en cuya virtud, la prueba puede suministrarse «por cualquier medio» (art. 3 de la Ley Uniforme).

Por otro lado, la ley de la quiebra vuelve a extender su ámbito al declararse aplicable, según el párrafo 2 del artículo 34, a la determinación del alcance de la oponibilidad a la masa de las ventajas matrimoniales o de las liberalidades que puedan concederse los esposos; obsérvese la calificación amplia que emplea la disposición, con el fin de evitar todo problema en este punto.

5. Efectos de la quiebra sobre los actos jurídicos y los contratos en curso

La sección V recoge aquellos casos en los que, como ya hemos dicho, la aplicación de la **lex concursus** no resultaba idónea o posible, dada la disparidad de reglamentación por parte de los diversos Estados contratantes. Son los artículos 35 a 39 los que se ocupan de estos supuestos.

a) Período sospechoso, acción pauliana y compensación

En los derechos de los Estados contratantes, el llamado «período sospechoso» (**periode suspecte**) es aquel comprendido entre el momento en que se presume que el deudor se encuentra en las condiciones que han justificado su situación de quiebra y en el que ésta se declara efectivamente (28). Es obvio que en tal período el deudor puede haber realizado toda una serie de actos tendentes a ocultar o disimular la mayor parte de su activo en detrimento de los acreedores. La sanción que corresponde a estas actitudes del deudor no parece que pueda arbitrarse satisfactoriamente por medio de la acción pauliana, sobre todo cuando la prueba de la complicidad del tercero sea difícil o compleja. Así que los redactores han tenido que recurrir a la declaración de inoponibilidad a la masa de ciertos tipos de actos realizados durante el indicado período. Para ello, se han servido de la Ley Uniforme, pues en este punto las disparidades de los

(27) Rapport cit., pág. 84. La presunción muciana no es conocida por el derecho francés y alemán. La presunción es una regla propia del derecho de quiebras y no del derecho de los regímenes matrimoniales. Se le considera normalmente como de orden público por lo que se aplica cualquiera que sea el régimen matrimonial y la ley que lo rija.

(28) L. F. GANSHOF: Art. cit., pág. 169.

derechos internos no eran tan acusadas como para que no pudiera acogerse la mejor solución que es siempre la uniformidad de unas reglas válidas para distintos Estados. Así, el artículo 35 dispone que

- «1. La inoponibilidad a la masa de los actos realizados por el deudor antes de la apertura de la quiebra y a la admisión de la compensación en caso de quiebra, son regidas por las disposiciones de los artículos 4 y 5 del Anexo I.
2. La ley aplicable a las acciones contempladas en el artículo 4, letra F, del Anexo I es la del Estado de apertura de la quiebra.»

Así, pues, los temas indicados quedan regulados de una manera uniforme (29). En líneas generales, el marco normativo uniforme es el siguiente: la Ley establece una distinción en la inoponibilidad a la masa: una, de derecho, declarada por el juez de la quiebra sobre ciertos actos particularmente dañosos para los acreedores, que se especifican en los apartados A y B del artículo 4 de la Ley, y otra, que podría calificarse de facultativa, que comprende todos los demás actos recogidos en el mencionado artículo 4, cuando el síndico, que es el único calificado para actuar, aporte la prueba de determinadas condiciones, a saber que el acto se realizó durante el período sospechoso fijado por el tribunal y menos de un año antes de la declaración de quiebra, que el tercero tuvo conocimiento de la cesación de pagos por el deudor en el momento de realización del acto, y, por último, que este acto haya causado perjuicio a la masa.

En lo que concierne a la compensación de deudas, problema que se plantea en Derecho Internacional Privado de manera particularmente compleja, pues supone al menos dos deudas en principio regidas por dos leyes distintas, la Ley Uniforme establece una regulación resultado de un compromiso entre los Derechos alemán, neerlandés e italiano, de suerte que estimándose que la extinción de las deudas por compensación no podía ser regulada por la ley de la quiebra, se adopta como solución uniforme la de la validez de esta fórmula de extinción cuando las condiciones de exigibilidad o de liquidación de los créditos a compensar, o de uno de ellos, se cumplen con posterioridad a la apertura de la quiebra (30).

b) Contratos en curso

Se recogen bajo este epígrafe el contrato de trabajo, el de arrendamiento de inmuebles, el de venta y el de este último con reserva de propiedad.

El **contrato de trabajo** se contempla en el artículo 36, por el cual:

- «1. Los efectos de la quiebra sobre el contrato de trabajo se rigen por la ley aplicable a éste cuando se trate de la ley de un Estado contratante.
2. En los demás casos, se aplicará la ley del Estado de apertura de la quiebra.»

Como puede verse, la regulación de los efectos de la quiebra sobre el contrato de trabajo se configura con dos reglas: una, general, que concede competencia a la ley que resulta aplicable a ese mismo contrato, si esta ley es la de uno de los países contratantes; en caso contrario, y ésta sería la regla subsidiaria, la **lex concursus** recobra su imperio. Así, lo primero que se aprecia, por lo evidente, es la distinción que

(29) Vid. la Ley Uniforme en la sección «Documentación» de esta Revista.

(30) L. F. GANSHOF: *Art. cit.*, págs. 172-173. Vid. *Art. 5* de la Ley Uniforme.

se hace con los países terceros, cuya ley, si fuera la aplicable al contrato, sería descartada en favor de la ley del Estado de la quiebra. Esta especie de desconfianza hacia los países extracomunitarios le ha valido al Convenio las críticas más acerbas (31). La explicación que se ha dado por uno de los ponentes es la siguiente: la idea perseguida era la de mantener, si no mejorar, la situación de los asalariados, cosa que no sería muy factible con la aplicación de la ley de la quiebra; evidentemente, la ley más idónea para preservar a los trabajadores de los efectos de la quiebra sobre su contrato de trabajo es la propia ley que rige al contrato, pues así no hay ni sorpresas ni innovaciones: esta ley nos dirá qué efectos va a producir la quiebra sobre tales contratos. Pero ello sólo es posible cuando todo se halla sometido a las leyes de los países contratantes. Los redactores han partido de una cierta concepción del orden público aplicable a estas situaciones sociales; la Comunidad es un mismo y solo territorio a estos efectos, así que lo que resulta de orden público en una de sus partes en materia de asalariados, lo es en toda ella; si una ley de un Estado tercero tuviera que ser aplicada como ley del contrato, quedaría rota esta característica; por ello, para estos supuestos, se pensó volver a la unidad de la quiebra y su consecuencias, la aplicación de la **lex concursus** (32).

Traduciendo las soluciones que, desde un punto de vista general, se dan en los distintos países contratantes, el artículo 37 organiza la aplicación de diferentes leyes, en materia de **contratos de arrendamiento**, según la naturaleza de los bienes. Así, en el párrafo 1 se reconoce la lógica competencia de la **lex rei sitae** al disponer que

«Los efectos de la quiebra sobre los arrendamientos de inmuebles se rigen por la ley de la situación de estos inmuebles.»

A continuación distingue este artículo entre aquellos bienes inmuebles que por sus especiales características se hallan sometidos a matriculación, inscripción o registro y todos los demás. Para los contratos de arrendamiento de los primeros, los efectos de la quiebra, de acuerdo con el párrafo 2, se sujetan a «la ley del Estado contratante en donde esos bienes se hallan matriculados, inscritos o registrados». Recoge igualmente este párrafo los contratos de concesiones o de licencias relativos a los derechos de propiedad industrial, que quedan sometidos, en cuanto a los efectos de la quiebra sobre ellos, a la misma ley que en el caso anterior. Para los contratos de arrendamiento sobre todos los demás bienes no contemplados en los dos párrafos precedentes (esto es, en definitiva y fundamentalmente, para todos los demás bienes muebles), la ley del Estado de la quiebra recobra su competencia (párrafo 3). Por último, con objeto de evitar el problema calificativo y el planteamiento de una eventual cuestión preliminar, el párrafo 4 decide que la determinación de la naturaleza de los bienes, es decir, saber si se trata de muebles o inmuebles, corresponde a la ley de situación. En conclusión, las soluciones adoptadas son coherentes y, en principio, no suscitan problema práctico de importancia: la ley de la quiebra se extiende, como es de rigor, dada la concepción del Convenio, a los efectos de ésta, sobre los contratos de alquiler de aquellos bienes cuya naturaleza les permite escapar al tradicional imperio de la **lex rei sitae**; para los relativos a bienes muebles sujetos a matrícula, inscripción o registro, concesio-

(31) RICCI: Art. cit., págs. 166-167.

(32) LEMONTEY: Art. cit. in «Les problemes internationaux...», págs. 222-223.

nes y licencias sobre propiedad industrial, aunque la solución adoptada sea doctrinalmente más discutible, la ley local no puede ser descartada sin más, pues representa una de las conexiones más fuertes en la materia.

En lo que respecta a los **contratos de venta**, el Convenio dedica una disposición específica a los que contienen cláusula de reserva de propiedad.

En primer lugar, se contempla los efectos de la quiebra del vendedor o del comprador sobre el contrato de venta adoptándose una solución sin duda original: el artículo 38 distingue entre la venta celebrada con el **centro de negocios** o con un **establecimiento**; en el primer supuesto, se declara aplicable la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el centro de los negocios del quebrado; en el segundo, la lógica conduce a regular los efectos por la ley del Estado en donde se sitúa el establecimiento, cualquiera que sea el país en donde se abra la quiebra. En todos los demás casos que puedan presentarse, es decir, cuando el centro de los negocios o el establecimiento se encuentre **fuera de la Comunidad**, la ley de la quiebra vuelve de nuevo a aplicarse. El sistema es, desde luego, coherente con la idea y línea de base que preside el Convenio: imperio de la **lex concursus** en todo lo posible y debida ponderación de la misma a través de las excepciones inevitables. En materia de contrato de venta, los efectos de la quiebra sobre el vendedor o el comprador se arbitran de forma que se garantice la seguridad de las transacciones, pues, con la distinción apuntada, los contratantes pueden prever las consecuencias de una posible quiebra. De ahí que, en definitiva, se haya acogido la ley del Estado de su apertura, prácticamente para el supuesto de contrato celebrado con el centro de los negocios y en todos los casos en los que éste, o el establecimiento, se hallan fuera de la Comunidad, y la ley del Estado contratante en donde se encuentra el establecimiento, cuando con él se ha contratado, al margen de la ley que se aplique a la quiebra.

Pero el contrato de venta puede contener una **cláusula de reserva de propiedad**, uso que parece generalizarse en el comercio internacional. En este supuesto, el problema se complica extraordinariamente en lo que respecta al efecto que tales cláusulas van a tener en caso de quiebra de una u otra de las partes, sobre todo por la acentuada divergencia en el tratamiento dado por los distintos Estados (33). Ante esta situación, los redactores del Convenio han utilizado una regla de conflicto, pero completándola con una solución uniforme para el caso de quiebra del comprador, y de una total regla uniforme si se trata del vendedor, tal como se desprende del artículo 39, que dice así:

- «1. Los efectos de las cláusulas de reserva de propiedad referentes a los contratos previstos en el artículo 38, se rigen, en caso de quiebra del comprador, por la ley del Estado de apertura de la misma. Esta ley debe admitir la oponibilidad a los acreedores del comprador de las cláusulas de reserva de propiedad de la cosa vendida y que garantizan el pago del precio, con tal de que tales cláusulas se contengan en un simple escrito realizado antes de la entrega (de la cosa).

(33) En Francia, Bélgica y Luxemburgo, las cláusulas de reserva de propiedad no son oponibles a los acreedores del comprador en caso de quiebra por razón del principio de la solvencia aparente. En Alemania y los Países Bajos, la reserva de propiedad es oponible, pero siempre que sea por escrito y con fecha cierta. Vid. DI MARCO: *Quelques observations sur la portée des normes relatives aux clauses de réserve de propriété prévues dans le projet de convention CEE en matière de faillite, concordats et procédures analogues*, en «Les problèmes internationaux...», cit., pág. 244.

Este escrito no se halla sometido a ninguna condición de forma. La misma ley debe permitir al síndico el proporcionar la prueba del carácter fraudulento o inexacto del escrito o de su fecha, por cualquier medio.

2. Los efectos de las cláusulas de reserva de propiedad de la cosa vendida y que garantizan el pago del precio, se rigen, en caso de quiebra del vendedor, por el artículo 6 del Anexo I.»

Tenemos, pues, en primer lugar, la regla de conflicto que da competencia, en esta materia y en caso de quiebra del **comprador**, a la **lex concursus**. Inmediatamente, aparece la disposición material uniforme por la que se impone el principio de la oponibilidad de la cláusula de reserva a los acreedores del comprador, cualquiera que sea el lugar de la quiebra y el tenor de la ley que la rige, siempre que se trate de una cláusula de las llamadas «simples», es decir, la referente a la cosa vendida y que garantiza el pago del precio (34); la cláusula no requiere, para probarse, más que un simple escrito, sin que se exija forma especial alguna, estipulado antes de la entrega de la cosa. Ahora bien, con vistas a detener las tentaciones que podría originar la facilidad e informalidad del escrito y de su prueba, la regla uniforme concluye equilibrando la relación por medio de la facultad concedida al síndico de utilizar, a su vez, cualquier medio de prueba que demuestre la inexactitud o el carácter fraudulento del contenido del escrito o de su fecha. Por supuesto que el escrito no necesariamente deberá ser el mismo contrato, sino que podrá servir cualquier documento que contenga el deseo de las partes de estipular la cláusula de reserva (por ejemplo, la carta confirmatoria de la aceptación de la cosa y sus condiciones, la factura proforma, el texto en este sentido de un telegrama, etc.).

En caso de quiebra del **vendedor**, el Convenio remite a la solución de la Ley Uniforme, en cuya virtud, si la quiebra ha sobrevenido después de la entrega de la cosa, el comprador puede continuar efectuando los pagos, pues aquélla no es causa de resolución del contrato y, en consecuencia, no impide la adquisición de la cosa vendida en los términos y plazos estipulados.

Como última observación, cabe decir que el sistema descrito no afecta para nada a la competencia del derecho interno, incluido sus reglas de conflicto, para determinar la **validez de las cláusulas de reserva**, puesto que el Convenio y la Ley Uniforme únicamente se refieren al derecho de la quiebra (35).

[34] Como observa DI MARCO, la regla de conflicto tiene como efecto el hacer perfectamente aplicable la ley del país en cuestión cuando sus soluciones son más favorables que las acogidas en la regla convencional; ésta sólo fija un mínimo que debe ser respetado en todo caso por la ley aplicable a los efectos de la cláusula. Así, cuando resulte aplicable el derecho alemán, los acreedores extranjeros que hayan estipulado las diferentes posibilidades que ofrece este derecho, podrán hacer valer su oponibilidad a la masa. Si, por el contrario, la quiebra se declara en Francia o en Italia, las cláusulas «simples», de entre todas las que válidamente hubieran podido estipularse, serán las únicas reconocidas. **Art. cit.**, págs. 245-246.

[35] LEMONTEY: **Art. cit.** in Rev. Tr. D. E., 1975, pág. 179; DI MARCO: **Art. cit.**, pág. 247. El hecho de que esta sección recoja únicamente una serie concreta de contratos, ha hecho pensar a algunos autores que todos los demás celebrados por el deudor —que pueden ser numerosos— escapan de la ley de la quiebra para quedar regulados por la **lex fori** en cuanto a los efectos de la misma. El argumento se centra en la interpretación del Art. 19, párr. 2, una de las claves del Convenio, que hace la declaración de la general aplicación de la **lex concursus** a los efectos de la quiebra y a las condiciones de su oponibilidad a terceros, salvo disposiciones contrarias del Título IV. Interpretada como una regla cerrada, la disposición no permitiría la aplicación analógica a todos los contratos de la regulación arbitrada para los expresamente enu-

6. Privilegios y garantías

La sección VI del Convenio se extiende a lo largo de siete amplios artículos agrupados en cuatro subsecciones, que intentan aportar solución a los problemas planteados por la regulación de los privilegios y garantías de los acreedores del quebrado.

Esta es la parte que mayores dificultades ha originado a los redactores del Convenio y, desde luego, su lado más ingrato, pues, como veremos, rompe con el principio que ha querido ser la base de la regulación convencional, la unidad y universalidad de la quiebra. Tanto es así, que diferentes autores han planteado la interrogante de si no sería mejor reconsiderar las soluciones aportadas para volver al principio contrario, el de la territorialidad y pluralidad de la quiebra, matizándola y ponderándola con las reglas necesarias para hacer sus inconvenientes más llevaderos, o al menos esperar si se quiere mantener a toda costa la unidad y universalidad de la quiebra, a que las concepciones políticas, económicas y sociales de los países miembros del Mercado Común permitan una armonización del derecho de las garantías y un entendimiento sobre los privilegios en materia de quiebra (36).

La solución acogida en estos temas es, por propia confesión de sus redactores, discutible, aunque la creen la menos imperfecta e inequitativa de todas las que podían extraerse del estado actual de los derechos de los Estados contratantes. En efecto, siendo la quiebra un procedimiento de liquidación colectiva de bienes, que tiende a satisfacer a los acreedores según el rango de sus créditos, y, habiéndose acogido como principio de base el de su unidad y universalidad, la determinación de la ley aplicable a las garantías y privilegios presenta una especial dificultad cuando se debe organizar la producción de unos efectos más allá de las fronteras de un Estado, sobre todo cuando sus legislaciones se basan en principios distintos y aun opuestos en tales puntos. Por otro lado, existen acreedores con privilegios especiales en relación con otros que sólo son generales, y la ley que podría ser idónea para los primeros —la *lex rei sitae*— resulta de aplicación muy discutida para los segundos. Ante la enorme variedad de soluciones posibles y la complejidad de la materia, los redactores solicitaron de un especialista, el profesor de la Universidad de Utrecht, Sauveplane, la confección de un estudio que, una vez analizados los derechos de los Estados miembros de la CEE, concluía, por un lado, en la distinción entre privilegios especiales y genera-

merados. Vid. FRANCESCHELLI: *Art. cit.*, pág. 41; RIVOLTA: *Art. cit.*, pág. 208. Sin embargo, no es ésta una postura correcta ante el Art. 19 en opinión de uno de los ponentes del Convenio. En efecto, para LEMONTEY, la citada disposición tiene como virtud, interpretada correctamente, el declarar la competencia de la ley de la quiebra, incluido su sistema de Derecho Internacional Privado, para decidir los efectos de la misma, excepto en lo expresamente excluido, y, en consecuencia, resultará aplicable a todos los contratos, salvo a aquellos que se enumeran expresamente y para los cuales se ha previsto un tratamiento particular, por reserva especialmente concretada en el propio Art. 19. *Art. cit.*, in «Les problemes Internationaux...», cit., página 87.

(36) A. HIRSCH: *Art. cit.*, págs. 55-56; GANSHOF: *Art. cit.*, pág. 185. Sin embargo, el Profesor PASTOR RIDRUEJO, aun reconociendo que la distribución del producto obtenido por la liquidación de los privilegios según la ley de situación de los bienes origina la constitución de tantos activos y pasivos como países haya de situación de aquéllos, con lo que se limita considerablemente el alcance del principio de unidad y universalidad, puesto que en la mayoría de quiebras los únicos que suelen cobrar son los acreedores especiales y casi nunca los quirografarios, entiende que la postura de los anteriores autores no toma en cuenta debidamente todos los inconvenientes de la territorialidad, y por ello, de las ventajas del sistema contrario, la universalidad, que nunca deben descartarse. *Op. cit.*, págs. 184 y 186.

les, y por otro, en la necesidad de regular los primeros, salvo algunas excepciones, por la ley de situación de los bienes en ellos considerados, o por la ley del crédito si se tratase de bienes incorporales, y los segundos, incluidos los privilegios fiscales y los de los asalariados, por la ley del Estado de apertura de la quiebra. Las mismas leyes deberían regir, respectivamente, la distribución de la parte correspondiente del activo según el carácter de su privilegio; por último, el orden entre privilegios especiales y generales sobre un bien en concreto, debería regularse por la ley de situación de este bien, y si se tratara de cosa incorporal, por la ley aplicable al crédito. Ante la oposición de los Estados a parte de las soluciones adoptadas en el citado estudio, los redactores continuaron examinando las posibles vías de entendimiento, llegando a la conclusión de que cualquier medida que se adoptara por el camino del conflicto de leyes no sería plenamente satisfactoria y que, por consiguiente, lo ideal sería el establecimiento de reglas uniformes en la materia; sin embargo, ante una tarea que estimaron salía de la competencia que se les había conferido y que exigiría plazos totalmente inaceptables, optaron por recurrir a las soluciones que les parecían las menos imperfectas, decidiéndose por el sistema que quedó plasmado en los artículos 40 a 46 (37) y que es el siguiente:

a) Privilegios generales

En materia civil y mercantil, los privilegios generales previstos en la ley de cada uno de los Estados contratantes de situación de los bienes podrán ser invocados por los acreedores en favor de los créditos de los que sean titulares (art. 40). Remisión, pues, a estos efectos, a la ley interna de los Estados contratantes (38).

b) Principios de distribución del producto de la liquidación del activo

El primero de ellos es la aplicación de la ley del Estado contratante en donde se hallaban los bienes en la fecha de apertura de la quiebra, en todo lo relativo a la determinación del carácter mueble e inmueble, de la extensión y del orden de los privilegios generales. Los bienes, que, situados en el territorio de un Estado no contratante, o el producto de su liquidación, se hubieran conseguido cobrar por el síndico, se añadirán al activo que se encuentre en el Estado de apertura de la quiebra (art. 41, párr. 1). De nuevo se declara aquí la aplicación de la *ley rei sitae* para la ordenación de los privilegios generales. El segundo principio consiste en el reparto proporcional en ciertos créditos, en función de las sumas disponibles; así, cuando un mismo crédito se halle garantizado en el territorio de varios Estados contratantes, incluso con un rango diferente, por un privilegio general, sus efectos se producen sobre los bienes situados en cada uno de estos Estados, proporcionalmente al monto de las sumas disponibles para la satisfacción del crédito en cada uno de dichos Estados (art. 41, párr. 2). Si el crédito estuviera garantizado con cantidades diferentes, el privilegio general producirá sus efectos sobre los bienes sitos en cada uno de los Estados en la misma proporción

(37) NOEL y LEMONTEY: Art. cit., in Rev. Tr. D. E., 1968, págs. 712-713.

(38) Lo que deba entenderse por materias «civiles y mercantiles» no ha sido resuelto por el Convenio, pero por la vía de los Arts. 40 y 42, puede concluirse que para llegar a una determinación de la materia, no debe tomarse la calidad de acreedor, sino el carácter del crédito invocado. Rapport cit., pág. 117.

indicada, pero dentro de los límites de las sumas en ellos garantizadas. Si el crédito no fuera totalmente satisfecho tras esta operación y si quedara un excedente disponible en uno o varios Estados de las sumas que en ellos se garantizaron, el resto no pagado se repartirá proporcionalmente entre los indicados excedentes. En definitiva, mientras el crédito privilegiado no se satisfaga y subsistan excedentes disponibles para garantizarlo, tendrá que procederse a nuevos repartos a través de las reglas indicadas (art. 41, párrafo 3). Pudiera ocurrir, por último, que los créditos estuvieran garantizados por privilegios generales de rango respectivamente diferente en cada Estado contratante; en tal caso, tendrían que satisfacerse en el orden previsto en cada uno de los Estados (artículo 41, párr. 4).

c) Créditos fiscales, de seguridad social y créditos distintos de los civiles o mercantiles

Particularmente en materia fiscal, aunque también en todas aquellas distintas de las civiles y mercantiles, las colectividades públicas, las administraciones y otros organismos públicos de un Estado contratante se consideran, en cualquier otro Estado contratante, como acreedores quirografarios, pero en la medida en que no hayan visto satisfecho sus créditos en el Estado al que pertenecen. La misma regla se aplica en materia de seguridad social para las instituciones de cualquier Estado contratante, aunque sin perjuicio y a reserva de los actos que se adopten por las Comunidades Europeas en este sector (art. 42).

d) Garantías y privilegios especiales; derecho de retención

En estas cuestiones, la aplicación de la ley local es de rigor. En efecto, en primer lugar, para el reparto del producto de la liquidación del activo, el carácter mueble e inmueble, la extensión y la clasificación u orden de las garantías y privilegios especiales, se determina por la ley del Estado contratante en cuyo territorio se hallaba el bien gravado en la fecha de la declaración de quiebra. Si se tratara de hipotecas, prendas o fianzas, privilegios especiales o, de forma general, cualquier otra garantía establecida sobre buques, aeronaves o vehículos terrestres a motor, su regulación quedaría sometida a la ley del pabellón o del Estado de matrícula, inscripción o registro (39). La ley de la situación del bien de que se trate se aplica igualmente a la regulación del derecho de retención (art. 43) que es la solución generalmente aceptada en doctrina (40).

e) Orden entre los privilegios generales y las garantías y privilegios especiales

También en estos puntos la *lex rei sitae* ejerce su imperio, como lógica consecuencia del criterio territorial de los artículos 41 y 43. Así, el orden, por una parte, entre los privilegios generales y, por otra, entre las garantías y privilegios especiales queda determinado por la ley del Estado contratante en cuyo territorio se sitúan los bienes (art. 44).

f) Los artículos 45 y 46 contienen las disposiciones aplicables a **todos los privilegios y garantías**. El primero de ellos localiza ciertos bienes, y así, cuando deba apli-

(39) CARBONE: *Loi du pavillon et patrimoine du failli*, in «Les problèmes internationaux...», cit., páginas 239 y ss.

(40) Rapport cit., pág. 126.

carse cualquiera de los artículos 41 a 44, los bienes que se contemplan en el artículo 37, relativo al contrato de arrendamiento, se entienden situados en el territorio del Estado de su matrícula, inscripción o registro. El segundo determina la fecha en la que debe concretarse la situación de los bienes en caso de quiebra consecutiva a otro procedimiento, y por ello dispone que cuando aquélla o uno de éstos (es decir, los procedimientos contemplados en el artículo I, letra b, del Protocolo anexo al Convenio) se haya declarado como continuación de uno de los demás procedimientos previstos en la disposición del Protocolo indicada, la fecha de la situación de los bienes que se mencionan en los artículos 41 y 43 es la de la apertura del procedimiento intervenido en último lugar.

7. Efectos de la quiebra sobre la persona del deudor

Como es sabido, una declaración de quiebra origina inmediatamente un conjunto de efectos «personales» en el quebrado, que, en unos países más que en otros, le incapacitan para una serie de actos de diversa índole, desde aquellos de naturaleza política (pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo, por ejemplo) hasta las propiamente mercantiles (como las prohibiciones para volver a ejercer el comercio en ciertos plazos, o al acceso a ciertas profesiones, sobre todo relacionadas con la Bolsa, etc.), pasando por las civiles (como la prohibición para ejercer la tutela, por ejemplo). Estas incapacidades, interdicciones e inhabilitaciones, que existen en todos los países, se aplican al quebrado y surten efecto en el Estado en donde se pronunció la quiebra. La cuestión es la de saber si puede darse a estas «sanciones» un efecto extraterritorial. El Convenio resuelve la cuestión de la forma siguiente en su artículo 47:

«La ley de cada Estado contratante determina si, y en qué medida, las decisiones de apertura de la quiebra dictadas en los demás Estados contratantes originan las incapacidades, inhabilitaciones e interdicciones que resultan de las quiebras declaradas en el territorio de este Estado.»

Dicho de otra forma, la disposición significa que se confía a la ley de los diversos Estados contratantes la facultad de decidir el efecto extraterritorial de todo aquel conjunto de prohibiciones e incapacidades que surgen por razón de la quiebra declarada en otro Estado contratante. Se confirma así la regla tradicional, muy apreciada en Derecho francés, según la cual cada Estado es quien debe determinar la eficacia que se concederá a las medidas extranjerías relativas a la condición personal del quebrado (41).

8. Disposiciones particulares a ciertos procedimientos distintos a la quiebra

En virtud del artículo 48:

«Los plazos o remisiones de deudas concedidas al deudor en el caso de uno de los procedimientos enumerados en el artículo I, letra b), del Protocolo anexo al presente Convenio, no son oponibles, en los Estados contratantes distintos

(41) BALLARINO: *Questions d'interprétation de l'Art. 47*, in «Les problèmes internationaux...», cit., pág. 153. El autor pone en guardia, y esto es cierto, de las posibles tensiones que puede acarrear el Art. 47 en relación con el Art. 2, que, como sabemos, dispone la generalidad de los efectos de la quiebra declarada en un país, en todos los demás Estados contratantes.

al de apertura del procedimiento, a los acreedores cuyo crédito se halla garantizado por un privilegio o una garantía real.»

El artículo 1, b), del Protocolo contempla el convenio de acreedores y otros procedimientos análogos imperantes en los distintos países miembros. Generalmente, el convenio de acreedores con el quebrado consiste en la concesión por los primeros de una reducción de sus deudas, es decir, de su pasivo, y unos ciertos plazos para que satisfaga el resto; a cambio, el deudor puede ser repuesto en la gestión de sus negocios. El problema que se presenta en la quiebra con proyección extranacional es precisamente el de los efectos de tales concesiones a los acreedores que no las aceptaron o que no suscribieron el convenio, que pueden ser de país distinto al de apertura del procedimiento.

El artículo 48 resuelve el problema para ciertos acreedores cuando declara la facultad de todos aquellos que gocen de una garantía real o de un privilegio en un Estado contratante, de oponerse a lo acordado en el convenio celebrado en el país de apertura del procedimiento.

DERECHO ESPAÑOL DE QUIEBRAS

I. 1. Ambito del Convenio y Derecho español

En nuestro país, toda persona que haya contraído deudas puede verse constreñido, por su(s) acreedor(es), a observar una determinada conducta de dar, hacer o no hacer, tal como manifiesta el artículo 1.088 del Código Civil. Tal conducta puede ser requerida por los acreedores por vía judicial, es decir, imponerle el cumplimiento forzoso de sus obligaciones en la especie pactada o, en su defecto, en la forma pecuniaria. Cuando el Código Civil declara en su artículo 1.911 que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, sujeta el patrimonio de éste como garantía de los créditos que ha conseguido; así que los titulares de estos últimos podrán satisfacerse, previa intervención judicial, invadiendo aquel patrimonio, bien de forma individual, bien de forma conjunta o colectiva, general o concursal. Esta última, que es la que nos interesa, se producirá cuando el patrimonio del deudor no sea suficiente para cubrir las deudas contraídas, es decir, cuando se encuentra en situación de insolvencia, única forma de garantizar la **par conditio creditorum**. De ello se desprende que la ejecución colectiva o concursal se asienta en tres principios capitales: recae sobre la universalidad del patrimonio del deudor; hay una actuación colectiva de los acreedores; se da una comunidad de pérdidas (42).

Así, cuando existe un deudor en estado de insolvencia frente a una pluralidad de acreedores, la situación creada debe resolverse de algún modo. Cuatro son los que se acogen en nuestro Derecho: la **quiebra**, el **concurso de acreedores**, la **suspensión de pagos** y el **convenio de acreedores**.

La **quiebra** es el estado de hecho y de derecho, material y legal, de un comerciante

(42) M. BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 1974 (segunda edición), pág. 617. J. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, T. II. Madrid, 1969, pág. 375.

individual o colectivo, que sobresee o cesa, de forma general, al pago corriente de sus obligaciones (art. 874 C. de Comercio y sentencia del T.S. de 3 de junio de 1954). El **concurso** es la situación del deudor decretada por tribunal competente cuando su pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes (artículo 1.913 Código Civil). La **suspensión de pagos** es la situación del deudor decretada por el juez, cuando su pasivo es también superior al activo patrimonial, pero no se halla en estado de insolvencia, sino de iliquidez; así, que en realidad no se perseguirá con este procedimiento la ejecución del patrimonio del deudor, sino la concesión de una moratoria o aplazamiento en el pago de las deudas (arts. 870 a 873 del C. de Comercio). Sin embargo, la ley actualmente vigente de 26 de julio de 1922 permite la declaración de suspensión de pagos tanto en aquella situación de iliquidez como cuando se da una auténtica insolvencia definitiva, si ésta es consentida por los acreedores, con lo que se ha venido a complicar sobremanera el ya de por sí arcaico y complejo sistema concursal español.

Puede fácilmente colegirse de lo anteriormente indicado que, por un lado, los tres primeros procedimientos tienen en común la protección de los acreedores y la solución de sus créditos por los bienes del deudor, a través de la intervención judicial; se diferencian, por el contrario, en que si la quiebra y la suspensión sólo caben para la persona comerciante (arts. 874 y 870 del C. de Comercio y art. 1 de la ley de suspensión de pagos de 1922), el concurso de acreedores es el único pertinente en el caso de deudores civiles insolventes. A su vez, entre quiebra y concurso, aunque se dé en ambos procedimientos los tres principios aludidos de ejecución universal del patrimonio del deudor, acción colectiva de acreedores y comunidad de pérdidas entre ellos, se diferencian, además, en el trato reservado a uno y otro deudor, mucho más duro y severo en la primera, hasta el punto de que, junto a la retroacción patrimonial, el quebrado (artículo 878 C. de Comercio) puede quedar sujeto a sanciones penales (art. 895 C. de Comercio). El convenio de acreedores, por último, es, como se sabe, un negocio jurídico que resuelve la quiebra por acuerdo entre el quebrado y los acreedores, con unas garantías y a través de un procedimiento establecidas y regulado en la ley. Garrigues lo define como un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial, que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra (43). De esta definición y de las disposiciones legales quedan claras sus tres notas particularizadoras: es un *concierto mayoritario* (art. 901 C. de Comercio), tiene naturaleza judicial (art. 904) y pone fin a la quiebra (art. 1.313 L.E.C.). La iniciativa del convenio corresponde a cualquiera de sus partes, acreedores o quebrado, y su momento oportuno se sitúa una vez concluido el reconocimiento de los créditos y la calificación de la quiebra. No puede celebrarse por quebrados fraudulentos ni por aquellos que se fugaren durante el proceso de la quiebra (art. 898 C. de Comercio). Su adopción se acuerda por mayoría simple de los acreedores, siempre que cubran un interés de las tres quintas partes del total pasivo, reunidos en Junta (art. 901). Aprobado por el juez, el convenio es obligatorio para quebrado y acreedores, concurrentes o concursales, inscritos o no en la masa, con excepción de los singularmente privilegiados, de los privilegiados y de los hipotecarios; si éstos prefiriesen tener voz y voto

(43) J. GARRIGUES: *Op. cit.*, pág. 458.

en la Junta, serán comprendidos en las esperas o quitas que se acuerden, sin perjuicio del lugar y grado que corresponda al título de su crédito (arts. 900 y 904).

Sentadas estas premisas, no existe en nuestro Derecho disposición alguna que resulte aplicable a la regulación de estas instituciones en el ámbito del conflicto de leyes. La jurisprudencia, por su parte, al margen de las pocas ocasiones que ha tenido para pronunciarse sobre el particular, es vetusta y, en algún momento, contradictoria. En materia de competencia judicial, se ha ensanchado la de nuestros tribunales en la sentencia de 17 de enero de 1912, que, entre otros criterios, acoge el del centro de las operaciones mercantiles, situado en España, de una sociedad minera belga, para confirmar la quiebra por ella solicitada y que había sido declarada por el Juzgado de Soria. Por otro lado, los efectos en nuestro país de las decisiones judiciales extranjeras, recaídas en estos procedimientos concursales, no parece que puedan ser reconocidos más que a través de la vía de los artículos 951 y siguientes de la L.E.C., esto es, la ejecución de sentencias foráneas. Así, las sentencias del T.S. de 15 de diciembre de 1871, 12 de mayo de 1886, 29 de mayo de 1894 y 15 de noviembre de 1898 exigen la concesión del **exequatur** para que pueda surtir efecto en España la quiebra declarada en el extranjero. Algún paliativo puede atisbarse a este rigor en la sentencia de 12 de mayo de 1885, que reconoce la personalidad jurídica de los síndicos de una quiebra extranjera para actuar en España, de donde podría colegirse, como hace Barcia Trelles, que las medidas conservatorias de los derechos de los acreedores no requerirán ineludiblemente la vía del **exequatur** para sus efectos en España (44).

Poco puede hacerse, pues, con estos antecedentes, en lo que respecta a la comparación de nuestro sistema concursal «conflictual», que en realidad no existe, y el establecido por el Convenio. Sólo cabe, ante el reciente anuncio de total replanteamiento del Derecho español de quiebras, desear que el legislador acierte a poner en pie un conjunto de normas, sustantivas y conflictuales, que nos acerquen a los derechos más modernos y, sobre todo, y teniendo en cuenta el sentir tantas veces expresado de una incorporación a Europa, al imperante en la Comunidad.

De lo hasta ahora apuntado, parece claro que no debería existir problema de importancia alguno para la incorporación de los procedimientos concursales del Derecho español en el marco materialmente delimitado por el Convenio. Y ello porque, sobre todo, los que éste acoge no son más que los designados por los Estados contratantes que conservan un fondo común en sus caracteres de base, cualquiera que sea las divergencias de tratamiento que entre ellos existen, divergencias que precisamente el Convenio tiene como misión hacer desaparecer, al menos en una buena medida. Así, dado que en los procedimientos existentes en Derecho español, con las peculiaridades propias de cada uno de ellos, existe una misma visión de objetivos y características, y dado que las normas convencionales a este respecto son de gran amplitud, no parece que haya problema alguno, tanto para que puedan ser admitidos en los Estados contratantes como para que en España se reconozca los de estos países y que han sido incluidos en el Convenio. Sin embargo, sobre este punto sería necesario hacer algunas matizaciones en el momento de enjuiciar la competencia judicial, que arbitra el Convenio, en su comparación con la de los tribunales españoles en el plano internacional, que, por el momento, no podemos desarrollar aquí.

(44) Vid. A. MIAJA DE LA MUELA: **Derecho Internacional Privado**, T. II., Madrid, 1974, págs. 380-381.

II. 1. Efectos generales de la quiebra

Nuestro ordenamiento sobre la quiebra es, como se sabe, de gran rigor para la persona del fallido. Así, según el artículo 878 del C. de Comercio, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, declarándose la nulidad de todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra (45). La declaración de ésta y el nombramiento inmediato de Comisario, produce el desapoderamiento de los bienes y papeles de la quiebra (documentos, libros contables, etc.), tal como previene el artículo 1.334 de la L.E.C. El juez de la quiebra librará mandamiento al Registro mercantil del domicilio del quebrado para la inscripción del auto declarativo de la misma (art. 83 Reglamento Registro Mercantil), si bien, cualquiera de estos actos es sin efecto sobre la misma quiebra, es decir, que su inscripción o no en el Registro nada añade ni nada cambia en la situación del quebrado o en la de los acreedores, pues su único objetivo es el de dar a conocer la quiebra del comerciante o empresario. Igualmente quedan paralizadas las acciones individuales contra el patrimonio del deudor y suspendidas las ya iniciadas, confiándose a los síndicos la representación de la masa de los acreedores para el ejercicio de las acciones judiciales, tal como disponen los artículos 1.218 y 1.366 de la L.E.C., y acumulándose, por mandamiento del mismo auto que declare la quiebra, las ejecuciones que haya pendientes contra el quebrado, así como las demandas ordinarias, con excepción de los bienes hipotecados del artículo 166 de la L.E.C. (arts. 1.173 y 1.186 de la L.E.C.). Así, pues, la paralización o suspensión de todas estas acciones se dirige a los acreedores ordinarios o quirografarios, a los que poseen derecho de retención e incluso a los privilegiados, fuera de los casos de prenda o hipoteca, y aun en éstos, al decir de la doctrina, a los que no hubieran iniciado el ejercicio de su acción antes de la declaración de quiebra (46).

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el 10 de su Reglamento prevén la inscripción del auto de declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad. Ello debe significar la nulidad de los actos de disposición que el quebrado pudiera realizar con terceros; sin embargo, no inscrita la quiebra, parece que también serán nulos los actos estipulados con terceros sobre bienes inscritos, a pesar de que el favor registral debería jugar en beneficio de los terceros, y lo mismo ha declarado la jurisprudencia con relación a los actos de dominio anteriores a la declaración de quiebra (47).

La declaración de quiebra puede ser impugnada por el procedimiento de los artículos 1.028 del C. de Comercio (de 1829) y 1.326 de la L.E.C., pudiendo entonces el deudor, si se admitiera la impugnación, ejercitar contra los acreedores que la solicitaron, si procedieron con malicia, falsedad o injusticia manifiesta, la reparación de daños y perjuicios (art. 885 del C. de Comercio).

(45) Es necesario que el juez determine el momento preciso en que el comerciante sobreseyó el pago corriente de sus obligaciones, puesto que en él arrancará el tiempo para la retracción. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1833 y 24 de abril de 1959. La incapacidad del quebrado que señala el artículo produce la nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos de aquella naturaleza que realice. Sentencia de 29 de octubre de 1962. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la incapacitación no alcanza a la administración de los bienes inembargables (Art. 1.449, L. E. C.) ni impide continuar dirigiendo la empresa, si los acreedores lo permiten, ni celebrar convenio con éstos (Arts. 13.2 y 898, del C. de Comercio).

(46) J. GARRIGUES: *Op. cit.*, págs. 405.

(47) M. BROSETA: *Op. cit.*, págs. 643-644.

Con relación al Convenio, las disposiciones españolas contempladas son perfectamente compatibles, naturalmente al margen de las reglas materiales que aquél impone y los plazos distintos que establece. Sólo cabe detectar una disparidad de tratamiento con relación a los actos realizados por los terceros tras la declaración de quiebra y antes de que ésta les sea oponible por su publicidad en la vía prevenida en el artículo 26 del Convenio, puesto que tales actos interrumpen la prescripción con relación a la masa y le impiden el prevalerse de la caducidad que resulta de la inexecución de ciertos actos que deben cumplimentarse en los plazos de rigor (art. 23 del Convenio). En lo demás, como queda dicho, no parece que las reglas convencionales impongan el sacrificio de las españolas. Advuértase además, que, en relación con los bienes sujetos a inscripción y las consecuencias jurídicas que de ello puedan desprenderse, el artículo 27 del Convenio reenvía a la *lex fori* del Estado del lugar del registro, con lo que tampoco aquí se plantearía problema alguno.

Con las salvedades indicadas, lo mismo puede decirse en lo relativo a las medidas de publicidad y a los efectos de la quiebra con relación a terceros. Teniendo en cuenta las que el Convenio impone en su artículo 25, adicionalmente tendrán cabida también las dispuestas por el artículo 1.337 de la L.E.C., además de las ya indicadas en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, así como la que debe practicarse en el Civil, al margen de la declaración de nacimiento de las personas físicas, por imperativo del artículo 8 de la Ley del Registro Civil. En cuanto a los efectos frente a terceros, el artículo 26 del Convenio establece materialmente el órgano en donde debe publicarse y los plazos a considerar con vistas a la producción de los diferentes efectos, incluyéndose lo prevenido para el período sospechoso, esto es, la declaración de retroacción de la quiebra, que resultarán aplicables a los actos realizados desde la declaración de quiebra hasta que ésta resulte oponible a los terceros por la vía del primer párrafo del citado artículo 26.

2. Organos de la quiebra y atribuciones de los mismos

En nuestro Derecho, son órganos de la quiebra, en primer lugar y ante todo, el juez que la declara, que dirige, preside y vigila todas las operaciones más importantes. Este nombra al segundo, el Comisario, cuya función es la de vigilar o inspeccionar, e impulsar, al tercero de los órganos, los síndicos, sirviendo de enlace entre éstos y aquél; ejerce igualmente las funciones delegadas que el juez le confíe. El nombramiento de Comisario recaerá en un comerciante matriculado, y si no lo hubiera en el lugar del juicio, sus funciones serán ejercidas por el juez de primera instancia, a excepción de aquéllas que corresponden a los síndicos o al depositario (art. 1.333 de la L.E.C.). Los síndicos, en número de tres, se nombran, de entre los acreedores del quebrado, en la primera Junta general de acreedores (art. 1.346 d la L.E.C.) y ejercen atribuciones de administración y representación de los bienes del deudor en provecho de todos los acreedores, ostentando, además, la representación judicial y extrajudicial de la quiebra (arts. 1.181, 1.016, 1.218, 1.229 y 1.322 de la L.E.C.). Un último órgano es la Junta de acreedores, que, compuesta por todos ellos y convocada y presidida por el juez o por el Comisario, adopta por mayoría los acuerdos más importantes, como, por ejemplo, la aprobación del convenio con el quebrado o el examen, reconocimiento y gradación de los créditos respectivos.

Todas estas reglas generales, y las complementarias que las matizan y desarrollan, serán de aplicación de cara al Convenio, por la remisión que su artículo 28 hace a la ley de los Estados contratantes, en el marco del mismo.

La retención de la correspondencia del quebrado se ordena por oficio dirigido al Administrador de Correos, previniéndole que la ponga a disposición del Juzgado (artículo 1.338 de la L.E.C.), así que, previsto el supuesto, no parece que deba aquí surgir problema alguno en cuanto que la disposición convencional organiza, lógicamente, el mismo principio a nivel de declaración de quiebra con efectos extranacionales; de ahí que haya arbitrado en su artículo 29 del Convenio y VIII del Protocolo anexo un sistema material y uniforme para los Estados contratantes.

Tampoco debe significar un obstáculo la declaración de los créditos y sus posibles impugnaciones, puesto que el Convenio, en su artículo 30, se ocupa en regular cuestiones menores con objeto de facilitar al máximo el conocimiento del pasivo. En su marco, el examen, reconocimiento, naturaleza y otros puntos conducentes a determinarlo quedan sujetos a la **lex concursus**, ya que el Convenio no ha arbitrado reglas particulares sobre estos aspectos; así que serían de aplicación, llegado el caso, nuestras disposiciones en la materia, desde la petición de inclusión en la masa de los distintos acreedores, justificada con la presentación de los documentos pertinentes, hasta la convocatoria de la Junta de acreedores para decidir sobre estos extremos, incluido el recurso al juez a que tienen derecho aquellos cuya calidad no se ha reconocido por la Junta (arts. 1.260 y siguientes de la L.E.C.).

Dejando a un lado la importante obligación y la profunda incidencia que en nuestro Derecho, como en el de los Estados contratantes, supondría la disposición del artículo 31 del Convenio, por la que la autoridad competente del Estado de la quiebra es la única que puede autorizar la permanencia en la explotación de la empresa sita en otro Estado, las demás medidas provisionales o de conservación, una vez ocupados los bienes del quebrado, serían, en el caso de quiebra declarada en nuestro país, y por la remisión del artículo 32 del Convenio, la que corresponde tomar al depositario hasta el momento en que se nombre a los síndicos (arts. 1.179 y ss. de la L.E.C.) y a éstos hasta la enajenación de los bienes ocupados (art. 1.185 de la L.E.C.); con relación a esta última, una vez firme el auto declarativo de quiebra (salvo en el caso de cosas o bienes que no puedan conservarse (art. 1.181, 3, de la L.E.C.), podrán venderse los bienes, a propuesta de los síndicos y con autorización del juez comisario, en el momento que se crea más oportuno para los intereses de la quiebra, fijándose el precio mínimo por el juez en atención a ciertos criterios de justicia determinados en el C. de Comercio (de 1829, artículos 1.086 y 1.087) y rodeándose de ciertas garantías, como la intervención de corredor de comercio o la venta en subasta pública. Ahora bien, en el supuesto de que el fallido tuviera bienes en otro país contratante, sería la ley de tal país la que determinaría las modalidades de la liquidación, si es que aquella y ésta pueden disociarse fácilmente, pues, como ya hemos señalado al enjuiciar esta disposición convencional, los problemas a plantear serían abundantes.

3. Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor

El procedimiento de quiebra se dirige a satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos de los acreedores, a través de la liquidación de los bienes del deudor. De ahí

que lo primero que deba conocerse es la cantidad y valor de tales bienes y que, para establecerlo, se haya de acudir a complejas operaciones de reintegración de unos y retracción de otros, hasta la completa configuración del patrimonio a ejecutar. De esta forma, dice el C. de Comercio de 1829, deberán ocuparse todas las pertenencias del deudor (art. 1.044, 3) y de ellas se excluirán todas las ajenas (art. 908 C. de Comercio). Es decir, que además de excluirse los derechos y bienes inembargables, los personales o personalísimos, así como aquellos con garantía real que deban ejecutarse fuera de la quiebra, y otros que enumera el artículo 909 del C. de Comercio, y de incluirse en la masa los que adquiriera durante el procedimiento, lo verdaderamente importante son las operaciones de reintegración de los bienes comprendidos en los efectos de la retrocción que se dicte por el juez (período sospechoso), así como las relativas a la reducción o detracción de la misma, que generalmente serán los señalados en el ya citado artículo 909 del C. de Comercio; con todo ello tendremos la **masa de derecho**, que es sobre la que debe recaer la ejecución de la quiebra. El Convenio remite a la **lex concursus** o a la **lex rei sitae** en los casos que ya conocemos del artículo 33, por lo que la configuración definitiva de la masa de bienes a ejecutar deberá tener presente, por un lado, los situados en otro país y que deban ser excluidos de acuerdo con su ley.

En lo que respecta a la presunción muciana, la institución, vigente en el Derecho foral catalán, no existe en nuestro Derecho común, ni en el civil ni en el mercantil, y particularmente en el Derecho de quiebras, tal como se ha demostrado en un penetrante estudio del profesor Broseta (48). Si la muciana es una presunción cuyo principal efecto es el de considerar que los bienes del cónyuge del quebrado, especialmente los de la mujer, adquiridos durante el matrimonio, lo han sido con dinero del marido, el quebrado, salvo prueba en contrario, los artículos 908 y 909 del C. de Comercio contemplan precisamente el caso opuesto. En efecto, en el primero se dispone la exclusión de la masa de la quiebra de aquellos bienes cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por título legal e irrevocable de dominio, así que todos aquellos que pertenezcan a terceros tendrán que detraerse de la masa activa, una vez comprobada su titularidad. Y resulta que, cuando se trate de la mujer, la prueba de esa titularidad, en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 909, vendrá proporcionada por la inscripción registral de las escrituras dotales y de todos cuantos títulos acrediten a los parafernales, precisamente para evitar la confusión de bienes dentro del matrimonio. Si esto es así, ¿puede concluirse que todos los demás bienes no inscritos serán de la propiedad del marido y por tanto incluidos en el activo? Si la conclusión fuera afirmativa, la finalidad de las disposiciones citadas sería similar a los objetivos de la presunción muciana. Sin embargo, no parece que tal postura pueda mantenerse, tanto porque la presunción es lo suficientemente grave para que se admita en ausencia de un texto legal expreso, como porque el artículo 27 del C. de Comercio dice claramente que los bienes dotales y parafernales no inscritos en el Registro mercantil no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos, de lo que es lícito inferir que no todos los bienes de la mujer que se incluyan en la masa activa es porque se consideran de la propiedad del marido ni adquiridos con sus propios medios (49). La inscripción registral es, sin duda, un medio de prueba en beneficio de terceros, por lo que su protección queda garantizada por una vía dis-

(48) M. BROSETA: **La presunción murciana y el Derecho de Quiebras**. Rev. D. M., 1960, págs. 330 y ss.

(49) *Ibid.*, pág. 344.

tinta, y aun opuesta, al que se provee con la presunción muciana. Los bienes no inscritos no podrán ser detraídos de la masa activa, pero ello no equivale a presumirlos adquiridos con el dinero del marido, puesto que la finalidad de la inscripción no es otra que la de proteger a los terceros de las manipulaciones que pudieran realizarse por los cónyuges al objeto de hacer aparecer que ciertos bienes son de la mujer cuando en realidad pertenecen al marido. Así, los bienes dotales y parafernales se ejecutarán en garantía de los acreedores cuando se haya dejado de observar la exigencia del artículo 21, número 9, del C. de Comercio en cuanto a su inscripción en el Registro mercantil, porque la detracción del activo que permite el artículo 909, números 1 y 2, no puede funcionar por falta de presupuesto. Otro tipo de bienes, adquiridos por el cónyuge del quebrado a título oneroso durante el matrimonio, no podrán reputarse sin más como sujetos a garantizar los derechos de los acreedores —lo que sería el supuesto de la presunción muciana—, sino que habrá que acudir, en ausencia de regla expresa en el C. de Comercio, a las disposiciones del Código Civil en materia de régimen económico del matrimonio. Al afirmar su artículo 1.407 que se consideran gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y el 1.408 que los gananciales responden de las deudas del cónyuge quebrado, parece evidente que si se aplican al pago de las deudas, es precisamente porque se reputan gananciales y no porque se presuman propiedad del quebrado o adquiridos con su dinero, que es lo que se pretende con la presunción muciana.

En relación con la disposición del Convenio (art. 34) que contempla la institución, cabe decir que como éste condiciona su funcionamiento al hecho de que exista tal presunción en la ley del país considerado, su juego no sería posible en España, si bien los resultados prácticos podrían llegar a ser los mismos: todos los bienes del matrimonio quedarían sujetos a la formación del activo, con exclusión de aquellos privativos del cónyuge del quebrado, que sólo serían los inscritos con tal naturaleza en el Registro mercantil.

4. Efectos sobre los actos jurídicos y los contratos en curso

En nuestro Derecho, el llamado «período sospechoso» es aquel lapso de tiempo, variable según los casos, inmediatamente anterior a la cesación de pagos, con la cual debe coincidir la fecha de la retroacción judicial. Esta fecha es la que se tomará de referencia, hacia atrás, para contar los plazos, distintos según la naturaleza de los bienes, que señalan los artículos 879 y siguientes del C. de Comercio y que dan lugar a la anulación de determinados actos, y, hacia adelante, para considerar inválidos todos los actos patrimoniales del deudor (50). Con ello se previenen las deficiencias de la acción pauliana en materia de quiebra, que exige, como sabemos, la prueba del **animus fraudandi** en el deudor y el **consilium fraudis** de las personas que con él contratan, y que se recoge en los artículos 1.111 y 1.291 del C. Civil (51). En cuanto a la compensación, esto es, la posibilidad de que se extinga la deuda del fallido con relación al acreedor que era a la vez deudor del primero, no parece que sea admisible en nuestro Derecho,

(50) J. GARRIGUES: *Op. cit.*, pág. 425.

(51) La buena o mala fe de los terceros que fueron parte de los actos no afecta para nada en cuanto a la posible declaración de nulidad, tal como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1960 y 27 de febrero de 1965.

por considerarse que ella excluiría de la masa una deuda por un medio extraconcursal, en detrimento de los demás acreedores, aunque también se aprecie el reverso de la cuestión, pues negarla significa que el quebrado podrá exigir de su deudor el pago íntegro de la deuda, mientras que éste, al mismo tiempo acreedor, sólo recibirá, muy probablemente, una parte de su crédito (52). Nuestro Derecho nada dispone sobre el particular, a no ser la leve indicación del artículo 1.196, 5, del C. Civil, que sólo la admite, entre otros requisitos, cuando sobre ninguna de ambas deudas haya retención o contienda promovida por terceras personas y sea notificada oportunamente al deudor, con lo que se reforzaría su rechazo en materia de quiebra (53). En estos puntos, la divergencia de consideración con el Convenio se aprecia de la simple lectura de éste. Recuérdese que los redactores arbitraron, precisamente debido a las diferencias de tratamiento en los Estados contratantes, una Ley Uniforme en la que se regulan (arts. 4 y 5) estos temas de forma minuciosa y bastante alejada de la escasa y ambigua de nuestro Derecho.

El mismo calificativo de incompleto, fragmentario y poco previsor, cabe aplicar a nuestro sistema en materia de efectos de la quiebra sobre los contratos pendientes de ejecución, puesto que únicamente contiene una regla específica para los contratos de compraventa (art. 909, núms. 8 y 9 del C. de Comercio). La doctrina distingue, con acertado criterio, los efectos en caso de contrato de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, para decidirse por la solución general de conceder a quien contrató con el quebrado, el derecho de reclamar la restitución de las cosas o la situación que tenía antes de la celebración del contrato, afirmando que la quiebra de una parte faculta a la otra para pedir la resolución del mismo, e incluso que la quiebra es una de sus causas de extinción (54). Con relación al Convenio, esta solución sería aplicable para todos los contratos no expresamente mencionados en él, y para los allí enumerados habría que estar a la designación de nuestro Derecho según las distintas reglas de conflicto de los artículos 36 a 39, con lo que tendrían que admitirse soluciones distintas según la ley del país que resultara aplicable, pero todo en el marco de las disposiciones materiales que complementan el sistema, en especial el supuesto de contrato de compraventa con cláusula de reserva de propiedad (55).

5. Privilegios y garantías

Declarada la quiebra, y siendo su objetivo el satisfacer las deudas del quebrado poniendo a disposición de sus acreedores la universalidad de su patrimonio, como hemos ido viendo, lo lógico es que se constituya el conjunto de personas con título para reclamar la satisfacción de sus créditos. Este conjunto, la masa pasiva, formada por acreedores concursales —los anteriores a la quiebra— y concurrentes —los que teniendo derecho a integrarse, así lo solicitan durante el examen y reconocimiento de los créditos— se halla dotado de la capacidad necesaria para actuar en la esfera patrimonial por medio de sus representantes legales; y así puede contraer deudas y adquirir cré-

(52) M. BROSETA: *Op. cit.*, págs. 649-650; J. GARRIGUES: *Op. cit.*, págs. 411-412.

(53) *Ibid.*, págs. 650-651 y 413, respectivamente.

(54) *Ibid.*, págs. 650-651 y 413, respectivamente.

(55) Vid. sobre el particular, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO: *La cláusula de reserva de dominio*. Madrid, 1971.

ditos. Estas deudas de la masa, que no del quebrado, tendrán que ser satisfechas íntegra y preferentemente a las demás. Gozan, pues, de un privilegio, de la misma forma que ciertos acreedores, que exigieron para sus créditos una garantía real, verán esa garantía respetada. Los demás acreedores ordinarios o quirografarios, con simple derecho al dividendo, esto es, sin privilegio ni garantía, no pueden aspirar más que a que se cumpla con exactitud la **par conditio creditorum**.

El principal problema que se plantea en la formación de la masa pasiva es el de saber si los acreedores con garantía real, hipotecarios y pignoratícios deben o no integrarse en ella. Sin que nuestra legislación lo resuelva, entiende la doctrina más autorizada, aunque no falten autores de renombre que sustentan la postura contraria, que los acreedores pignoratícios son los únicos excluidos de la masa, pues los bienes gravados con esta garantía no se integran en el patrimonio a ejecutar (art. 918 del C. de Comercio), ni tampoco se recoge a sus titulares en los artículos 913 y 914 que establecen la prelación en el pago (56).

Así, pues, determinado el patrimonio del deudor, convertido en dinero todo aquello que sea posible y examinados y reconocidos los créditos, ya por la Junta de acreedores, ya por la decisión judicial cuando proceda, quedará fijada tanto la prelación de acreedores como la proporción que a cada uno corresponde, atendiendo a los criterios de los artículos 912 y siguientes del C. de Comercio, que respetan la naturaleza, la garantía o el privilegio de ciertos acreedores, llegándose así, definitivamente, a la gradación de los créditos.

Estas reglas y la gradación que imperativamente establecen las disposiciones del C. de Comercio indicadas, resultarán aplicables, en relación con el Convenio, cuando fueren designadas por las normas de conflicto de su sección VI en los diferentes supuestos que allí se contemplan. Recuérdese que en este sentido la **lex rei sitae** es la que predomina, por lo que nuestras disposiciones serían las aplicables en tanto fuera España el lugar de situación de los bienes gravados o el de matrícula, inscripción o registro en los que deban pasar por tales formalidades, procediéndose siempre, como es lógico, en el marco definido por las disposiciones convencionales.

Igualmente será de aplicación nuestra ley cuando, en relación con una quiebra declarada en uno de los Estados contratantes, tuvieron que determinarse sus efectos en España en lo relativo a las incapacidades e interdicciones que hubieren recaído en la persona del quebrado. Como nuestro sistema es harto severo, como se ha dicho, no creemos que llegaran a plantearse tensiones por este lado. Así, junto a la posibilidad de arresto del fallido como medida cautelar, que previene el artículo 1.335 de la L.E.C., quedará éste imposibilitado para el ejercicio del comercio (art. 13, párr. 2, del C. de Comercio) o para acceder a la Bolsa (art. 15 del Reglamento de la Bolsa de Madrid), así como para la disposición y administración de sus bienes, que es el efecto principal de la quiebra, tal como se establece textualmente en el artículo 878 del C. de Comercio, además de la retención de la correspondencia, que ya hemos visto; en el orden civil, ni podrá administrar bienes ajenos ni aceptar ni repudiar herencias (art. 992 del Código Civil), ni solicitar su partición, amén del impedimento para ser tutor o protutor (artículos 1.052 y 237, núm. 6, del mismo Cuerpo legal, respectivamente).

(56) Vid. M. BROSETA: *Op. cit.*, pág. 647; J. GARRIGUES: *Op. cit.*, pág. 405.

