

INSOLVENCIA DE EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL Y DEL TERCER SECTOR: SOLUCIONES EXTRAORDINARIAS DE CONVENIO CONCURSAL

Socialización Constitucional del Derecho Concursal*

Juan Ignacio Font Galán

Luis M^a Miranda Serrano

Javier Pagador López

Pedro José Vela Torres

Profesores de Derecho Mercantil

Universidad de Córdoba

“Ningún texto y ninguna investigación, por muy objetivos que pretendan ser y por mucho que se presenten como tales, dejan de estar condicionados por un horizonte de interés. Conocer es siempre interpretar. La estructura hermenéutica de todo saber y de toda ciencia es tal que el sujeto entra siempre, con sus modelos, paradigmas y categorías, en la composición de la experiencia del objeto, mediatizada por un lenguaje. El sujeto no es una razón pura; está insertado en la historia, en un contexto sociopolítico, y se mueve por intereses personales y colectivos. Por eso no existe saber libre de ideología y puramente desinteresado”.

Leonardo BOFF

SUMARIO

1.- Propósito y planteamiento. 2.- La política legislativa de soluciones concursales de quita y espera: entre la necesidad (de uso), la desconfianza (por abuso) y la indulgencia (por aprecio social y trascendencia económica). 3.- La Constitución económica como guía hermenéutica del régimen excepcional autorizante de quitas y de esperas extraordinarias. 4.- Régimen excepcional autorizante de quitas y de esperas extraordinarias. 5.- Legitimación subjetiva petitoria y beneficiaria de quitas y de esperas extraordinarias: empresas cuya actividad tiene especial trascendencia para la economía. Interpretación del art. 100.1, párr. 2º de la Ley Concursal. 5.1.- Planteamiento. 5.2.- Génesis legislativa del art. 100.1, párr. 2º de la LCon. 5.3.- Interpretación conforme a la Constitución del art. 100.1, párr. 2º de la LCon.

* Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto de Investigación BJU2000-0976* de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y del que es investigador principal Juan Ignacio Font Galán.

A Theo,
transfigurador de realidades,
que nos entrañó sus niños de Promí,
y de todos los promís del mundo

1. PROPÓSITO Y PLANTEAMIENTO

El propósito de este estudio estriba básicamente en ofrecer a las empresas de economía social y del *tercer sector* [–*sociedades cooperativas, sociedades laborales, empresas tituladas y ejercitadas por fundaciones y asociaciones, empresas de inserción sociolaboral, entidades sin fin de lucro* (así llamadas con escasa precisión conceptual), etc.–] un avance de las posibles medidas especiales o soluciones extraordinarias que para ellas puedan contemplarse en la recién promulgada *Ley Concursal de 9 de julio de 2003* (cuya plena vigencia se prevé para el próximo día 1 de septiembre de 2004) para el caso de que se vean incursas en crisis patrimoniales de insolvencia económica y, en consecuencia, sometidas al nuevo procedimiento judicial de concurso establecido en esta Ley Concursal [–en adelante, LCon–].

Puede que el anunciado propósito parezca –apenas se haga una primera lectura de la Ley– descabellado y vano, toda vez que ésta –podría así objetarse– no hace mención expresa a estas empresas, ni, por tanto, cabe esperar específicamente para ellas la previsión de medidas especiales o soluciones extraordinarias que de alguna manera favorezcan, en caso de insolvencia, su recuperación o saneamiento económico y aseguren la continuación de su actividad empresarial.

Y, sin embargo, como se pretende hacer ver en nuestro empeñado propósito, es lo cierto que esta clase de empresas –pese a la opacidad que la Ley Concursal cierne sobre ellas– pueden resultar concernidas de modo muy particular merced a su posible acceso a medidas o soluciones legales extraordinarias, marcadamente excepcionales, acaso determinantes para resolver la situación concursal en que se encuentren y conseguir su recuperación económica mediante un *plan de viabilidad* donde se contemple un *arreglo de convenio* con los acreedores que prevea, para los créditos ordinarios, *quitas* o remisiones y *esperas* o aplazamientos de cuantía y duración –respectivamente– en modo alguno autorizado, según norma de carácter general, en el concurso de empresas cuya actividad no llegue a merecer la valoración social de su “*trascendencia para la economía*” y, por tanto, también para la sociedad.

Quiere, así, advertirse –ya de entrada– que la Ley Concursal, pese a instaurar un básico y sólido *sistema jurídico concursal unitario* en nuestro Derecho patrimonial [–fundado en la *unidad legal*, esto es, una única ley reguladora de todas las situaciones de insolvencia de los deudores comunes (y, por tanto, de toda clase de empresas) frente a la dispersión y fragmentariedad del Derecho anterior; y en la *unidad de disciplina y de procedimiento*, frente a la anterior diferenciación de regímenes sustantivos y de procedimientos según la condición de deudores comer-

cientes o no comerciantes y el tipo de insolvencia (mera iliquidez o situación de desbalance), a saber, quiebra, suspensión de pagos y administración judicial de empresas embargadas, para los primeros, y concurso de acreedores y quita y espera para los segundos–], no renuncia, sin embargo, a estatuir, bien que con carácter excepcional, importantes prerrogativas a favor de aquellas empresas en concurso “*cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*”. Tales prerrogativas se traducen –según se ha avanzado ya– en la admisibilidad legal de propuestas de arreglo de convenio consistentes tanto en proposiciones de *quita* o remisión de créditos ordinarios en cuantía superior al límite legalmente establecido, esto es, la mitad de cada uno de ellos, como también en proposiciones de *espera* o aplazamiento de los mismos más allá de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio, límite temporal igualmente establecido con carácter general por la Ley Concursal.

Tanto la regla general –limitativa de las proposiciones de quita y de espera–, como la regla excepcional –autorizante de la superación de los aludidos límites legales– forman parte del nuevo –innovador, más bien– *régimen jurídico regulador del contenido de la propuesta de convenio concursal* establecido, en cuanto aquí interesa, en el art. 100 de la LCon. Así, frente al vacío normativo en la materia plurisecularmente mantenido en el Derecho anterior [–que al limitarse a decir en el art. 898 del Código de comercio de 1885 que el quebrado y sus acreedores “*podrán hacer los convenios que estimen oportunos*”, fue interpretado como reconocimiento de un generoso margen al principio de autonomía de la voluntad y propició la proliferación de arreglos de quita y espera abusivos inmoderadamente impuestos por los deudores a sus acreedores–], la nueva Ley Concursal regula con detalle el objeto, naturaleza, límites, formalidades y eficacia de las proposiciones legalmente admitidas como *contenido de la propuesta de convenio*, así como las condiciones o requisitos para que el Juez del Concurso las autorice y cobren plena eficacia jurídica.

En efecto, en lo que aquí es objeto de nuestro interés, el art. 100.1 de la LCon, tras establecer con carácter de regla general –en su párrafo 1º– que “*(l)a propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio*”, añade –en su párrafo 2º– que “*(e)xcepcionalmente, cuando se trate de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites*”. Fácil es imaginar que esta regla de excepción autorizante de proposiciones de quitas y esperas de los créditos ordinarios rebasadoras de los límites legales establecidos con carácter general permite llegar a soluciones extraordinarias de convenio con la finalidad de favorecer, acaso de forma decisiva, el éxito del plan de viabilidad de la empresa concursada (que necesariamente ha de acompañarse), con lo que se asegura así su conservación y el mantenimiento de su actividad.

2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE SOLUCIONES CONCURSALES DE QUITA Y ESPERA: ENTRE LA NECESIDAD (DE USO), LA DESCONFIANZA (POR ABUSO) Y LA INDULGENCIA (POR APRECIO SOCIAL Y TRASCENDENCIA ECONÓMICA)

La política legislativa en orden a las proposiciones de quita y espera contenidas en la propuesta de convenio concursal es, como se ve, a la vez rígida y flexible: de una parte, la quita y la espera son consideradas *ope legis* como proposiciones típicamente concordatarias o de convenio; es más, se reputan inherentes al contenido mínimo legal de éste, en el sentido, esto es, de que *“la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas”* (art. 100.1, párr. 1º de la LCon). Esta exigencia legal constituye una señalada novedad en nuestro Derecho Concursal que hasta ahora sólo contemplaba implícitamente tales proposiciones con carácter potestativo. En efecto, la imposición legal respecto al contenido de la propuesta de convenio pretende, de un lado, no sólo legitimarlas jurídicamente –lo que por mor de su nefanda aureola de abusos experimentados en el pasado (tanto en el convenio de quiebra como en el de suspensión de pagos) no es cuestión baladí– sino también sentar la base mínima o de partida del contenido del convenio, contando de antemano con el sacrificio –en términos de remisión o de aplazamiento de los créditos ordinarios– de las posiciones acreedoras que lógicamente lo darán por asumido una vez declarada judicialmente la insolvencia del deudor; pero, de otro lado, parece obvio, desde el punto de vista de la política legislativa, que la imposición legal de las proposiciones de quita o de espera pretende también promover y facilitar la celebración del convenio –como solución normal del concurso– en aras de la conservación de la empresa y la continuación de su explotación.

Por otra parte, sin embargo, la regulación legal del contenido de la propuesta de convenio se muestra flexible tanto por la moderación y razonabilidad de los límites legales fijados para la proposición de quita [–que *“no podrá exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios”*–] y de espera [–que *“no podrá exceder de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio”*–], como también por la expresa contemplación de excepciones a estos límites *“cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía”*.

La conjugación de reglas legales de intervención tanto en orden al contenido mínimo necesario de la propuesta de convenio concursal –que *“deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas”*– como en orden a los límites de éstas, y de *reglas legales de autorización* en orden a la superación de tales límites, configura una disciplina jurídica plenamente congruente con los postulados y objetivos de la política legislativa de la reforma concursal [–centrados en la defensa equilibrada y, en su caso, conciliadora del interés particular de los acreedores y del interés institucional de la empresa en sí (*Unternehmung an sich*) como ariete

protector de grupos de intereses públicos y colectivos, como el de los trabajadores (y muy especialmente en relación al empleo de personas discapacitadas), el de los inversores, el de los consumidores o usuarios, o incluso de intereses socioeconómicos más difusos de ámbito local, regional, nacional o sectorial–] y técnicamente acorde con el sistema jurídico que la informa. Es más, el sistema jurídico concursal instaurado por la Ley Concursal se informa a su vez –se *retroinforma*– en el *sistema jurídico superior de la Constitución económica de 1978*, como, por cierto, así se pone de manifiesto en la aludida regla excepcional de autorización de proposiciones de quita y de espera superiores a los límites legales con relación a las empresas en concurso “*cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*” (art. 100.1, párr. 1º de la LCon).

3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO GUÍA HERMENEUTICA DEL REGIMEN EXCEPCIONAL AUTORIZANTE DE QUITAS Y DE ESPERAS EXTRAORDINARIAS

La cabal comprensión de esta norma excepcional que regula el régimen de autorización judicial de proposiciones de quitas y de esperas extraordinarias contenidas en la propuesta de convenio, así como su correcta interpretación y aplicación en lo concerniente tanto a la legitimación objetiva y teleológica que la sustenta, como –en lo que aquí interesa más concretamente– a los criterios de legitimación subjetiva peticionaria y beneficiaria del objeto de tales proposiciones de excepción especialmente ventajosas para las empresas deudoras, puede y debe hacerse, a nuestro juicio, desde la *sede o lugar hermenéutico de la Constitución económica* que conforma el paradigma configurador del modelo normativo de concurso establecido en la reforma concursal de 2003.

Así, concretamente, son razones, o, mejor, valoraciones constitucionales las que justifican y legitiman una norma de excepción –como lo es la contenida en el art. 100.1, párr. 2º de la LCon– que supone una clara intervención –político-legislativa y judicial– en el *momento darwiniano* más delicado y, acaso, decisivo o dramático, que no es sino el *momento concursal*; lo que puede llegar a ser aún más problemático tan pronto se considere que tal intervención legislativa excepcional –con la mediación judicial– se hace con criterio discriminador en el sentido, esto es, de que únicamente las empresas en concurso “*cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*” están legitimadas para solicitar y, en cualquier caso, beneficiarse de las aludidas ventajas de las soluciones extraordinarias de convenio concursal, lo que supone una clara desigualdad de trato en el *proceso darwiniano* del mercado, tanto desde la perspectiva concursal como concurrencial.

¿Qué otras razones sino las del *orden superior constitucional (lex superior)* pueden explicar y legitimar un tal régimen excepcional de proposiciones de quita y de espera no sujetas a los límites legales imperantes con carácter general, esto es, como se sabe, sólo aplicable “cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía”?

Es obvio que la razón normativa que explica y legitima este régimen excepcional regulador del contenido de la propuesta de convenio (art. 100.1, párr. 2^o de la LCon) estriba en la particular *valoración o estimación superior de orden constitucional* relativa a la “*especial trascendencia para la economía*” que pueda tener la actividad de las empresas en concurso. En otro caso, podría producirse una discriminación o desigualdad de trato entre empresas constitucionalmente infundada y, por ende, ilegítima e inadmisibles. Esta valoración o estimación superior de tales actividades empresariales –acaso en trance de paralizarse, y las empresas que las ejerciten en riesgo de desaparición– se normativiza técnicamente en la propia Ley Concursal como *compromiso constitucional* de protección de determinados valores normativos e intereses públicos y colectivos en situación de riesgo como consecuencia de la insolvencia y del concurso de las empresas donde éstos encuentran proyección.

Tan es así que, en realidad, este núcleo de valores e intereses constitucionalmente protegidos se constituye, funcionalmente, en *paradigma enjuiciador de la “especial trascendencia para la economía”* que han de alcanzar y merecer las empresas en concurso que pretendan –con pleno derecho– acogerse a las ventajas concursales de quitas y de esperas extraordinarias establecidas en dicho régimen excepcional (art. 100.1, párr. 2^o de la LCon), que tiene en la *Constitución económica* su fundamento normativo. De ahí la inspiración y legitimación superior de nuestro planteamiento metodológico en el tema objeto de estudio, que toma la *Constitución económica* como *sede o lugar hermenéutico* del régimen excepcional de proposiciones de quitas y de esperas extraordinarias contenidas en la propuesta de convenio concursal.

En efecto, las pautas fundamentales para resolver las cuestiones de legitimación teleológica, objetiva y subjetiva o beneficiaria que el aludido régimen excepcional plantea están iluminadas en la *Constitución económica*, la cual en modo alguno es ajena al Derecho concursal. Antes al contrario, la Constitución está preocupada o, aún más, comprometida con buena parte de lo que le sucede a la empresa en el *marco constitucional económico*, esto es, en la *economía social de mercado*: por consiguiente, con su *libertad*, su *ejercicio*, su *productividad*, su *conformidad con las exigencias de la economía general* y, en su caso, de la *planificación*. Indefectiblemente, pues, la Constitución se preocupa también por las crisis patrimoniales de las empresas como organizaciones productivas protagonistas de la economía de mercado y como una de las “*formas*” en las que acaso más significativamente se representa la “*riqueza del país*” (art. 128.1 de la CE). Esta preocupación y compromiso de nuestra Constitución por la empresa en crisis económica cobra particular *dramatismo* en las situaciones de crisis de sectores económicos que afectan a “*recursos o servicios esenciales*” (art. 128.2 de la CE) o a “*necesidades colectivas*” (art. 131.1 de la CE); situaciones en las que se autorizan medidas o soluciones excep-

cionales, tales como la "nacionalización" o "reserva al sector público", la "intervención de empresas" (art. 128.2 de la CE) o incluso la "planificación de la actividad económica general" (art. 131.1 de la CE). Tanto en estos casos excepcionales de crisis económicas generales o sectoriales en las que se vean incursas las empresas, como en otros ordinarios o individualizados donde éstas igualmente incurran en insolvencia, la Constitución abraza y da protección a grupos de intereses difíciles de conciliar en esos momentos de adversidad económica o de manifiesta insolvencia: así, el interés institucional de la empresa como "forma de riqueza del país" (art. 128.1 de la CE); la continuidad de su explotación y su recuperación económica en aras de la "productividad"; el interés de los acreedores arropado por el "derecho a la propiedad privada" (art. 33.1 de la CE) y más abstractamente por la "defensa de la productividad" (art. 38 de la CE); el interés de los trabajadores, no sólo como acreedores sensibles y privilegiados, sino como españoles con "derecho al trabajo" (art. 35.1 de la CE) –tanto más en relación al empleo de las personas discapacitadas (art. 49 de la CE)– y con expectativas de ver facilitada por los poderes públicos su "acceso a la propiedad de los medios de producción" (art. 129.1 de la CE); el interés de los consumidores, tanto de naturaleza privada fruto de las relaciones negociales con las empresas insolventes, como de naturaleza colectiva o difusa afectado por insolvencias empresariales que causan perjuicios de diverso signo a amplias capas de consumidores o usuarios (art. 51 de la CE); y, en fin, tampoco cabe olvidar otros intereses de naturaleza pública y colectiva (arts. 40, 41, 42, 45, 49, 130 y 131 de la CE).

La Constitución asume, también respecto del Derecho concursal, un *ethos* y un *pathos*: una opción ética que se concreta en un núcleo de valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE); y un compromiso de defensa y promoción de un conjunto de intereses nucleados en el principio del "Estado social y democrático de Derecho", como cláusula de garantía de no exclusión de aquellos intereses más vulnerables y necesitados de protección, desde la pasión por la "justicia", la "igualdad" (art. 1 de la CE), y la "solidaridad" (arts. 2 y 138.1 de la CE). Contamos pues -cabe decir- con un básico ordenamiento constitucional para las crisis económicas y empresariales, más previsor y procurador que regulador, que contempla en lo *macro* y *micro* situaciones de crisis producidas en el sistema económico por causa lógica (*rectius*, de la lógica) del propio sistema, esto es, de su típica dinámica competitiva y *darwinista*. Ese conjunto de principios, reglas y previsiones constitucionales gravita inexorablemente sobre la Ley Concursal. De ahí, por consiguiente, la *razón de necesidad* de una interpretación sistemática de la *Constitución económica* y la Ley Concursal, a modo de lectura a dos voces, unisona y acorde, de ambas Leyes.

Es este necesario acompañamiento, o, mejor, acoplamiento de ambos textos legales la idea que quiere expresarse en el título –en realidad, *lema* de este trabajo– relativo a la "socialización constitucional del Derecho concursal" como argumento político-legislativo del establecimiento legal de *soluciones extraordinarias de convenio concursal* a las que pueden acogerse también –en razón de la especial trascendencia social y económica de la actividad que puedan desarrollar– las *empresas de economía social* y del *tercer sector* cuando incurran en insolvencia y se vean sometidas a procedimiento de concurso.

4. REGIMEN EXCEPCIONAL AUTORIZANTE DE QUITAS Y DE ESPERAS EXTRAORDINARIAS

No es necesario, a los efectos del propósito empeñado en este trabajo, analizar en detalle el régimen excepcional de petición y autorización de proposiciones de quita y de espera extraordinarias *ex art.* 100.1, párr. 2º de la LCon. Se trata de un régimen compuesto de reglas simples, aunque algunas no exentas de problemas de interpretación. Las aludidas reglas son, *grosso modo*, las siguientes:

A) LEGITIMACIÓN PETITORIA

Señala el art. 100.1 párr. 2º LCon que la desaplicación excepcional de los límites generalmente impuestos a las proposiciones de quitas o de esperas habrá de contar con la autorización del Juez del Concurso (quien podrá o no otorgarla siempre motivadamente) *a solicitud de parte*. Significa esto, evidentemente que no podrá, *motu proprio*, aprobar convenios que incluyan *quitas* o *esperas extraordinarias* (entendidas aquí como remisiones de más del cincuenta por ciento de los créditos ordinarios o aplazamientos de más de cinco años a contar desde la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio) si la parte proponente del convenio con tal contenido (que puede ser el deudor concursado pero también todos o algunos de los acreedores: arts. 99.1 y 113.1 de la LCon) no recaba la preceptiva autorización. No parece, pues, necesario (aunque será lo más frecuente) que se haya producido precedentemente una fase de negociación entre el deudor y los acreedores por cuya virtud manifiesten éstos su voluntad de aceptar *quitas* o *esperas extraordinarias*, si bien, en caso de existir, facilitará la obtención de la correspondiente resolución judicial autorizatoria.

B) LEGITIMACIÓN BENEFICIARIA

La Ley Concursal reserva este beneficio a los casos de “*concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*”. No proporciona el legislador más indicios o *pistas* que permitan al intérprete y aplicador de la Ley averiguar qué supuestos quedan concretamente concernidos de este modo, lo cual, como se ha adelantado, permite ensayar diversas interpretaciones, si bien, por exigencia del principio de unidad y coherencia del sistema jurídico, resulta obligado el recurso a la *Constitución económica* como guía hermenéutica para llenar de contenido tan vaga referencia legal. A este asunto dedicaremos nuestra atención, sin embargo, en las páginas siguientes.

C) CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA ELABORACIÓN E INCLUSIÓN DE UN PLAN DE VIABILIDAD

Sí exige la Ley que la solicitud de autorización judicial para la superación de los límites impuestos a las *quitas* y *esperas* por el art. 100.1, párr. 1º de la LCon, vaya acompañada de, por una parte, un “*plan de viabilidad*” y, por otra, de un “*informe emitido al efecto por la Administración económica competente*”.

La exigencia de formulación e inclusión de un plan de viabilidad pone de manifiesto que para la Ley Concursal la admisibilidad de *quitas* y de *esperas extraordinarias* en los términos del art. 100.1, párr. 2º requiere o implica en todo caso “*la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial*” (*arg. ex art. 105 de la LCon*), a cuyo efecto habrá de especificarse (en lo que constituye el contenido propio de este plan de viabilidad) “*los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros*” (art. 100.5 de la LCon). Este plan habrá de incluir la previsión de *quitas* o de *esperas* (o ambas) extraordinarias en el sentido dicho (“...*siempre que lo contemple...*”) y tendrá que ser evaluado, por lo demás, por la administración concursal (art. 115 de la LCon).

D) CARÁCTER PRECEPTIVO (¿Y VINCULANTE?) DE UN INFORME EMITIDO AL EFECTO POR LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA COMPETENTE

Por otro lado, exige el art. 100.1 párr. 2º de la LCon que se incluya un “*informe emitido al efecto por la Administración económica competente*”. Acaso sea esta una de las exigencias más enigmáticas del precepto que nos ocupa. Yendo por partes, parece claro que, por aplicación de las reglas generales, estamos ante un informe *preceptivo pero no vinculante* (*arg. ex art. 83.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*), es decir, cuya obtención y presentación es necesaria pero cuyo contenido no condiciona la decisión autorizatoria o no del Juez del Concurso. Menos claro resulta tanto la determinación de la que haya de considerarse *Administración económica competente* como la averiguación del contenido propio de este informe. En cuanto a lo primero, lo cierto es que en su formulación originaria este inciso del precepto trataba de dar entrada a la Administración autonómica en el asunto que nos ocupa (frente a la orientación *centralista* inicialmente prevalente). La inclusión del adjetivo “*económica*”, por otra parte, parece apuntar a la exigencia de un cierto grado de especialización material en cuanto a las competencias propias del órgano administrativo así aludido, e incluso a la existencia de alguna de las llamadas por la doctrina administrativista *relaciones de sujeción especial*. En consecuencia, la Administración a que se refiere el art. 100.1, párr. 2º de la LCon será aquella territorialmente competente (central o autonómica, según las circunstancias concurrentes en cada caso) cuyo ámbito de competencias incluya la supervisión o control de la empresa concursada o sus actividades o, incluso, aquella Administración con la que ésta se halle vinculada mediante una relación de sujeción especial. Por otra parte, es razonable pensar que el conte-

nido del informe ha de consistir fundamentalmente en un juicio acerca de si la actividad desarrollada por la empresa concursada puede o debe considerarse como de especial trascendencia para la economía, sin entrar en valoraciones técnicas relativas a la bondad o conveniencia o no de la autorización de quitas o de esperas superiores a las ordinariamente permitidas.

E) AUTORIZACIÓN MOTIVADA POR PARTE DEL JUEZ DEL CONCURSO

Por último, el art. 100.1, párr. 2^o de la LCon dispone que, en su caso, la superación de los límites impuestos por el art. 100.1 párr. 1^o de la LCon habrá de ser autorizada por el Juez “*motivadamente*”. Esto significa que la resolución judicial mediante la que se autoriza o no la superación de dichos límites habrá de revestir la forma de auto, que habrá de ser dictado conforme a las prescripciones sustantivas y procedimentales del art. 188 de la LCon. Procederá la autorización del Juez siempre que las quitas o esperas extraordinarias posibiliten la supervivencia de la empresa y la continuación de su actividad conforme a las previsiones del plan de viabilidad, lo que se justifica precisamente por la especial trascendencia de esa actividad.

Con este puñado de reglas –en lo sustancial, *cautelas*– el legislador trata de evitar que las *quitas y esperas extraordinarias* judicialmente autorizadas puedan dar pie de nuevo a abusos históricos bien conocidos en la materia, poco menos que de carácter endémico. Si, por un lado, para evitar tal oprobiosa *rediviva* se limitan la cuantía remisoria y la espera dilatoria de tales proposiciones (párr. 1^o del art. 100.1 de la LCon), por otro, por razones de justicia y en consideración al bien común se permite que excepcionalmente queden superadas dichas limitaciones; pero, para someter a control el objeto y los efectos de tal régimen excepcional se establece un régimen o conjunto de reglas cuya observancia es bastante, a juicio del legislador, para asegurar un uso no abusivo del tal prerrogativa excepcional.

5. LEGITIMACIÓN SUBJETIVA PETITORIA Y BENEFICIARIA DE QUITAS Y DE ESPERAS EXTRAORDINARIAS: EMPRESAS CUYA ACTIVIDAD TIENE ESPECIAL TRASCENDENCIA PARA LA ECONOMÍA. INTERPRETACIÓN DEL ART. 100.1, PARR. 2º DE LA LEY CONCURSAL

5.1. PLANTEAMIENTO

Aquí y ahora, el problema que interesa es, básicamente, el de la *legitimación subjetiva petitoria y beneficiaria*: ¿cuáles son las empresas cuya actividad puede reputarse como “*de especial trascendencia para la economía*” en razón de la actividad que ejercen?; ¿sólo las que con *criterio eficientista o capitalista* sobresalgan en el

mercado, ya sea éste nacional o regional?; ¿o también, acaso, otras que puedan verse concernidas por otros criterios sociales que permanecen latentes y vigentes en la Constitución de 1978?

El carácter jurídicamente indeterminado del supuesto de hecho que configura y justifica la aplicación de tan relevantes privilegios en la materia –severamente reglada– de las limitaciones a las eventuales quitas y esperas sobre créditos ordinarios como contenido propio y legítimo (además de lícito) de la propuesta de convenio, en buena medida deja abierta a la interpretación la cuestión del ámbito de aplicación de la citada norma excepcional, a la que dedicaremos las siguientes páginas. Se trata, en suma, de averiguar en quién o quiénes reside la legitimación subjetiva petitoria y beneficiaria de tan excepcional como ventajosa medida.

Es fácil imaginar, en vista de la carencia de criterios legales unívocos de determinación de las empresas en concurso que pueden beneficiarse de quitas y esperas extraordinarias (*rectius*: de la desaplicación excepcional de los límites a que queda sometida con carácter general la posibilidad de acordar quitas y esperas como contenido del convenio) lo improbable de las actitudes de *autocontención* para solicitar tales ventajas por parte de cualquier empresa concursada de cierta dimensión, que, a su criterio, estime y alegue –en tan *apurada* situación– que ejercita una actividad *de especial trascendencia para la economía*. De ahí, en abierto contraste con lo anterior, lo deseable y esperable, para bien, que resulta ya el avance doctrinal de criterios de interpretación jurídica fundados, relativos a los elementos constitutivos de la posición jurídica subjetiva y objetiva requerida a las empresas en concurso que pretendan acogerse a la ventaja de estas quitas y esperas *extraordinarias* sobre créditos ordinarios. Con tal fin, interesa, por lo pronto, dar noticia de modo sucinto de los antecedentes de esta singular norma y los principales hitos del proceso legislativo que desembocó en la promulgación del conjunto normativo formado por los dos párrafos del art. 100.1 de la LCon.

5.2. GENESIS LEGISLATIVA DEL ART. 100.1 DE LA LCON

El origen de esta norma se halla en el art. 99 del Anteproyecto de Ley Concursal fechado en el mes de septiembre de 2001, en el que se presentaba como una norma radicalmente novedosa y sin precedentes. En efecto, y en abierto contraste con el amplio margen de libertad que en cuanto al contenido regulador del convenio otorgaba a los interesados tanto el Derecho anterior como la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, el art. 99.1 del Anteproyecto de 2001, de modo radicalmente novedoso entre nosotros, introducía ya las cortapisas que han pasado al texto definitivo, disponiendo que “(l)a propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio, sin perjuicio de que el Gobierno pueda introducir excepciones en relación con empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración”.

Pese a la importancia del cambio que una tal previsión suponía, la Exposición de Motivos que acompañaba a este Anteproyecto no vaciló en afirmar que *“(t)ambién es flexible la Ley en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio”*.

La finalidad perseguida con el establecimiento de este singular límite era la de poner fin a los abusos que con demasiada frecuencia se habían producido en la práctica, consistentes en imponer a algunos de los acreedores (generalmente, los llamados *minoritarios*) quitas o esperas injustificadamente gravosas, que se veían obligados a aceptar a regañadientes o a causa del voto de los restantes acreedores.

Sin embargo, el último inciso del propio art. 99.1 del Anteproyecto *limitaba la limitación* en cuanto preveía que *el Gobierno podría introducir excepciones en relación con empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración*, esto es, confiaba al ejecutivo la misión de elucidar los casos en que, por quedar afectadas *empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración*, sí cabría, pese a la regla general limitativa del primer inciso del art. 99.1, proponer y acordar, como contenido del convenio, quitas o remisiones de más del cincuenta por ciento del importe de los créditos ordinarios y esperas o aplazamientos de más de cinco años, o ambas cosas.

Esta sustancial mutación de la disciplina aplicable a las propuestas de quitas y esperas en cuanto contenido regulador del convenio así como la previsión de su eventual desaplicación al arbitrio del ejecutivo no siempre fueron bien recibidas. Lo primero porque, a juicio de algunos, existían otros mecanismos alternativos y más ventajosos para hacer frente al problema de las quitas y esperas impuestas abusivamente sin merma del margen de libertad que convenía reconocer a los interesados¹. Lo segundo, por no quedar suficientemente aclarado el instrumento utilizable para introducir la excepción, ni si ésta había de ser de carácter singular o sectorial².

La aprobación definitiva del Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros supuso la introducción de una importante modificación. En efecto, si no cambió la regla general de la imposición de límites –los dichos– a las quitas y esperas en cuanto contenido de la propuesta de convenio, sí cambió –y mucho– la previsión de su posible desaplicación. El último inciso del art. 99.1 de este Anteproyecto, así, pasó

1. Así, A. ROJO, *La reforma del Derecho Concursal español*, en AA. VV., bajo la coordinación de A. ROJO, *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 127 a 129, y, en el mismo sentido, casi *ad pedem litterae*, Informe del Consejo General del Poder Judicial, recogido en la obra que se acaba de citar, pp. 361 y ss., y, en lo que ahora interesa, pp. 378 y 379; asimismo, F. CERDÁ ALBERO y I. SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección de Estudios Económicos, La Caixa, Barcelona, 2001, pp. 109 y 110.

2. Así, Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, reproducido en la obra colectiva que acaba de ser mencionada, en pp. 419 y ss., y, en cuanto ahora interesa, p. 469.

a disponer que los límites establecidos con carácter general por su primer inciso habían de entenderse *"sin perjuicio de que excepcionalmente cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional, el Juez del concurso pueda, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites"*.

Con este cambio, la posibilidad de decidir la desaplicación de los límites de carácter general dejaba de estar en manos del poder ejecutivo y pasaba a estarlo en las del Juez del concurso, a condición, desde luego, de que fuese *a solicitud de parte* (es decir, no de oficio) y de que se tratase de una empresa *cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional*, y siempre, claro, que el Juez motivase adecuadamente su decisión. Si en la redacción del Anteproyecto era dudoso si la autorización del ejecutivo habría de ser de carácter general-sectorial (para todas las empresas en crisis vinculadas al sector que fuere) o debería o podría serlo de carácter singular (o sea, respecto de concretas empresas en situación de concurso en las que concurriese la circunstancia dicha), el Proyecto, al confiarla al Juez del concurso, despejaba la duda y vinculaba la posibilidad de desapplicación de los límites de carácter general con las circunstancias concurrentes en cada caso concreto a apreciar por el Juez del concurso. Por otra parte, la literalidad del precepto parecía supeditar la admisibilidad de quitas y esperas *extraordinarias* a que las empresas concursadas beneficiarias tuviesen cierta importancia desde un punto de vista estrictamente cuantitativo (*especial trascendencia para la economía nacional*).

Esta previsión fue objeto de diversas enmiendas a su paso por el Congreso, mediante las cuales se solicitaba tanto la pura y simple supresión del art. 99.1 en su conjunto³, como la de la posibilidad excepcional de autorizar quitas y esperas superiores⁴ como, en fin, la vuelta al sistema de autorización por la Administración, tanto estatal como autonómica⁵ o un sistema de autorización judicial aplicable también a empresas cuya actividad pudiera ser trascendente no sólo para la economía nacional, sino también para la de las comunidades autónomas⁶.

Como consecuencia de la aceptación parcial de algunas de estas enmiendas, el texto inicialmente aprobado por el Congreso y remitido al Senado mantenía los límites tantas veces mencionados a las quitas y esperas en cuanto contenido legalmente prescrito de la propuesta de convenio (art. 100.1. párr. 1º) y dedicaba ahora un párrafo independiente (el segundo del art. 100.1) a la autorización de quitas y esperas que superasen dichos límites. En la nueva redacción, desaparecía el adjetivo *"nacional"* (hablándose, simplemente, de *"empresas cuya actividad pueda tener*

3. Enmienda nº 316, del Grupo Socialista, acogiendo los argumentos de A. ROJO, y, con razones análogas, enmienda nº 32, del Grupo Mixto.

4. Enmienda nº 629, de Coalición Canaria.

5. Enmienda nº 515, del Grupo Parlamentario Catalán.

6. Enmienda nº 149, del Grupo Parlamentario Vasco.

especial trascendencia para la economía") y se requería adicionalmente la inclusión de "un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior".

El texto aprobado por el Congreso fue de nuevo objeto de diversas enmiendas a su paso por el Senado. Algunas de ellas solicitaban la pura y simple supresión de todo límite al contenido del convenio⁷, en tanto otras propugnaban el mantenimiento del art. 100.1 con la introducción, para el caso de superación excepcional de esos límites, de un trámite de audiencia de la *Administración económica competente*⁸. Esta última enmienda fue en parte aceptada, con el resultado de que en el Dictamen de la Comisión se estableció, como requisito para que el Juez pudiese autorizar quitas y esperas extraordinarias (en el sentido de rebasadoras de las limitaciones establecidas por la Ley con carácter general), la necesidad de acompañar *informe emitido al efecto por la Administración económica competente*, apareciendo así la que a la postre sería redacción definitiva del precepto que nos ocupa. Destaca, pues, la desvinculación, al menos aparente, entre la magnitud o dimensión cuantitativa de la empresa beneficiaria de estas ventajas concursales (ya no se exige trascendencia para la economía nacional) y la autorización judicial de la superación de los límites impuestos ordinariamente a las quitas y esperas en cuanto contenido de la propuesta de convenio.

La consideración del íter legislativo que desembocó en la redacción definitiva de este art. 100.1 de la LCon permite obtener dos conclusiones: en primer lugar, la de que la imposición de límites a las propuestas de quitas y de esperas en cuanto contenido del convenio persigue el objetivo de poner coto a prácticas abusivas (quitas y esperas desproporcionadas, dando lugar a *convenios expoliatorios*) que con demasiada frecuencia habían venido registrándose en la práctica concursal española; en consecuencia, no tiene ningún sentido obstinarse en mantener el rigor de las limitaciones del art. 100.1, párr. 1^o de la LCon allí donde, en función de las circunstancias, pueda afirmarse que no hay peligro de *consilium fraudis*; en segundo lugar, que en la redacción definitiva del art. 100.1, párr. 2^o de la LCon la posibilidad de establecimiento de quitas o esperas extraordinarias queda del todo desvinculada de la mayor o menor dimensión o importancia económica de la empresa desde el punto de vista estrictamente cuantitativo, introduciéndose, en su lugar, un criterio cualitativo, lo que abre el paso a la aplicación de esta norma a empresas concursadas cuya actividad pueda tener *especial trascendencia para la economía*, con independencia de su mayor o menor importancia cuantitativa. Queda por saber, sin embargo, cuándo la actividad de una empresa en concurso reviste especial trascendencia para la economía en el sentido que ahora interesa, y, para ello, según hemos adelantado, es dogmáticamente saludable y jurídicamente forzoso acudir al fondo axiológico que proporciona el sistema de valores asumido por la Constitución.

7. Enmiendas nº 86, de la Entesa Catalana de Progrés, y enmienda nº 153, del Grupo Parlamentario Socialista, siguiendo la argumentación de A. ROJO.

8. Enmienda nº 294, del Grupo Parlamentario Catalán.

5.3. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL ART. 100.1, PARR. 2º DE LA LCON.

Desde luego, la norma especial recogida en el art. 100.1, párr. 2º de la LCon es de las que suscitan expectativas y, si se nos permite la expresión, *hacen clientela* (que no *clientelismo*, si se piensa bien). Urge, por ello, articular criterios interpretativos idóneos, legítimos y sólidos para discriminar entre las meras ilusiones y las expectativas fundadas que den derecho a solicitar al Juez del concurso la autorización legalmente exigida para proponer y acordar en el convenio quitas y esperas extraordinarias (esto es, exentas de las limitaciones establecidas por el art. 100.1, párr. 1º de la LCon).

La marcada flexibilidad normativa de la que hace gala la Ley Concursal se refleja también (Exposición de Motivos, párrafo sexto, con proyección, justamente, sobre este art. 100.1, párr. 1º de la LCon) “(...) *en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita, espera o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio*”. Y se refleja en que, junto a la limitación, prevé la Ley Concursal asimismo la posibilidad de desaplicación de ese límite, en cuanto añade el párr. 2º del propio art. 100.1 de la LCon que “(e)*xcepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe un informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el Juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites*”.

Es preciso advertir, por otra parte, que esta regla de excepción (esto es, de autorización *singular* de superación de los límites que el art. 100.1, párr. 1º de la LCon impone a las quitas y esperas que pueden ser propuestas y acordadas como contenido del convenio) se extiende, asimismo, más en general, a los supuestos de presentación de propuesta anticipada de convenio, con arreglo al art. 104.2 de la LCon.

No son pocas las dudas y cuestiones que suscita una primera lectura de esta precepto (art. 100.1, párr. 2º de la LCon), de perfiles *claroscuros*, un tanto evanescentes; se trata, queremos decir, de un precepto claro en sus fines, pero oscuro en cuanto a los medios o técnicas de aplicación.

Así, entre las diversas cuestiones que plantea la norma, la primera estriba en fijar criterios de interpretación claros para determinar y acreditar cuándo concurre la circunstancia de *especial trascendencia para la economía* que haya llegado a tener o alcanzar la actividad de la empresa concursada, dado que constituye el elemento central del supuesto de hecho de aplicación de esta excepcional regla. Sin embargo, carente –en este punto– de criterios de determinación claros o unívocos, el art. 100.1, párr. 2º de la LCon cae en una inconveniente inseguridad jurídica, al suscitar expectativas entre los deudores –y acaso entre las partes– cuya legitimidad (o no) no puede llegar a deducirse de antemano y con certeza ni sobre la base de lo que dispone aquél ni a partir de lo dispuesto en ninguna otra norma de la Ley Concursal. Y, con serlo, no es eso lo más grave. También el Juez del concurso, en cuanto llamado, si

es el caso, a *autorizar motivadamente la superación de dichos límites* ordinarios de quitas y esperas habrá de pechar con esta inseguridad jurídica originada por la inexistencia de criterios legales claros o unívocos en materia de legitimación petitoria de la aludida ventaja concursal. Y, para terminar, no menos llamativa y enigmática resulta la explícita referencia legal al *informe* –que ha de acompañarse a la solicitud de autorización judicial de superación de los límites del art. 100.1, párr. 1^o– *emitido al efecto por la Administración económica competente*, respecto del cual, con la salvedad de su indubitado carácter preceptivo, todo son dudas: ¿qué Administración será la que resulta en tal modo aludida?, o sea, ¿cuáles son los criterios para determinarla?, ¿sobre qué aspectos ha de versar?, ¿cuál es la virtualidad o efectos de ese informe, sobre todo si es desfavorable a la solicitud?, ¿tiene carácter vinculante en algún caso?, ¿qué ocurre si no es evacuado dentro de los plazos marcados por las normas de Derecho administrativo?

Una vez más, también en este caso, el legislador pone en manos del Juez el poder o facultad de decidir sobre cuestiones de muy considerable relevancia para el concurso –y para los numerosos y variados intereses afectados por él– sin contar con –o sea, sin facilitarle– las debidas y necesarias pautas o criterios legales para hacer uso de ese poder-facultad con la seguridad jurídica requerida para evitar incurrir en arbitrariedad o adoptar decisiones contrarias al sistema jurídico concursal.

Ahora bien, nuestro propósito no es aquí analizar *desde la misma Ley Concursal* las anteriores cuestiones y otras más que la norma plantea. Más bien, nuestro cometido en este estudio estriba en confrontar e interpretar *desde la Constitución económica y, por consiguiente, social* la cuestión del ámbito subjetivo de aplicación de esta norma excepcional (*ex art. 100.1, párr. 2^o de la LCon*) prometedora de la posibilidad de extraordinarias ventajas en forma de quitas y esperas *superiores o más ventajosas* que las ordinariamente admitidas (*ex art. 100.1, párr. 1^o de la LCon*).

Nos preguntamos, por decirlo más claramente, *qué clase de empresas en concurso* pueden llegar a ser beneficiarias de tales ventajas, judicialmente *autorizables* en consideración a que su *actividad puede tener especial trascendencia para la economía*. Y lo hacemos con una intencionalidad política tan transparente como legítima: porque intuimos y presentimos que, habida cuenta del carácter relativamente indeterminado de la norma en cuanto a los sujetos beneficiarios de la misma, el legislador no ha debido de querer que sus efectos favorezcan únicamente a las grandes empresas capitalistas [–así reputadas en atención a criterios exclusivamente economicistas: cifra de capital social, valor del activo patrimonial, volumen de negocios o de ventas, implantación en el mercado y cuota de dominio de éste, actividad estrictamente productiva de bienes y servicios, número de socios-inversores y de trabajadores, posición estratégica en un sector económico esencial, etc.–] o a empresas pertenecientes a sectores en situación de crisis a los que esta norma se dirige como bálsamo o medida de fomento. Si lo anterior es correcto, como parece, puede quedar fijada una primera conclusión: la de que no hay que descartar, de entrada, en absoluto, que también empresas no estrictamente capitalistas, sino pertenecientes a la llamada economía social o *tercer sector* (cooperativas, asociaciones,

fundaciones-empresas u otras entidades sin fin de lucro) puedan proponer en caso de concurso, como contenido del convenio, quitas y esperas extraordinarias –en cuanto superadoras de los límites ordinarios del art. 100.1, párr. 1º de la LCon– alegando justamente el desempeño de una *actividad de especial trascendencia para la economía social* (siempre, claro, que reúnan, por otra parte, las demás condiciones complementarias que el precepto exige: plan de viabilidad e informe de la Administración económica competente; todo ello, según exige la Ley, con carácter previo a la autorización judicial de dicha propuesta o convenio).

En esto radica, esencialmente, el cuestionario constitucional con el que cabe interpelar a esta norma de excepción *ex art. 100.1, párr. 2º* de la LCon, que ofrece a las empresas en concurso cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía la posibilidad de incluir, en la propuesta de convenio, quitas y esperas (o unas u otras) excepcionales o extraordinarias en cuanto no sujetas a las limitaciones establecidas con carácter general por el párr. 1º del propio art. 100.1 de la LCon. Nos proponemos, por consiguiente, buscar –como, por demás, es obligado para todo jurista– el auxilio constitucional con vistas a perfilar, levantar y articular claves y criterios de fondo axiológico y social –además de los estrictamente económicos o economicistas– para determinar si otras empresas –además de las capitalistas– por la naturaleza o características –la cualidad– de la actividad que desarrollen, merecen alcanzar, llegado el caso, ese rango de trascendencia social y económica, y, en caso de concurso, el trato de excepción en lo concerniente a las propuestas de convenio con quitas y esperas superiores a lo ordinariamente permitido. Dirigimos, pues, nuestra mirada al fondo de conciencia axiológica y social de nuestra Constitución; no sólo en lo que ésta tiene de Constitución estrictamente *económica*, sino también –aunque en rigor vaya de suyo: es descorazonador que haya que recordarlo constantemente– *social*.

La apelación constitucional que, como ariete argumental, postulamos para alegar en favor de las empresas de economía social y del tercer sector que puedan verse sometidas a concurso –en el sentido, en principio, de no excluirlas de por sí, sin más, de las ventajas que ofrece el art. 100.1, párr. 2º de la LCon– persigue articular criterios de interpretación cabalmente fundados –como elemental exigencia del principio de jerarquía normativa– en el paradigma constitucional formado por el núcleo axiológico superior y principal que dan rango y tutela constitucional a la *importancia o trascendencia social y económica* de determinados derechos e intereses, individuales o colectivos, así como a determinadas situaciones personales, jurídicas, económicas o sociales, tanto de los individuos (y personas jurídicas) como de los grupos en que se integran (*vid.* art. 9.1 de la CE).

Estamos convencidos de que la Constitución está no sólo transida de *pathos* económico –economía de mercado, libertad de empresa, productividad, planificación económica (art. 38 de la CE); gasto público y asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31 de la CE); estabilidad económica y pleno empleo (art. 40 de la CE); principios rectores de la política social y económica (capítulo III del título I); Economía y Hacienda (Título VII), etc.– sino también, y en pie de igualdad, capi-

larmente irrigada de un *ethos* de personalismo solidario en el que cuenta la persona en su circunstancia humana y social, y no sólo, por tanto, la economía institucional, esto es, descircunstanciada o ajena a las situaciones concretas de las personas y de los grupos en que éstas se integran. De ahí la necesidad imperiosa –de la que hacemos compromiso– de introproyectar la razón ética y social constitucional en la racionalidad del sistema económico de nuestra Constitución.

Pues bien, desde este núcleo de convicciones éticas y en cuanto juristas pertrechados, como es debido, con sustancia normativa constitucional, apelamos, precisamente como intérpretes de la Ley Concursal, a la Constitución con ánimo de encontrar en ésta respuestas válidas y legítimas al cuestionario con el que cabe aquí interpelar –desde la Constitución– al art. 100.1, párr. 2^o de la LCon. En rigor, lo que interesa saber no es tanto qué clases o género de empresas en concurso pueden tener *especial trascendencia para la economía*, en el sentido, más bien abstracto, de merecer esta consideración social y económica como tales. La norma analizada apunta, antes bien, a la *clase o género de actividad* de las empresas en cuestión, de suerte que es, concretamente, *la actividad, más que la empresa que la ejerce*, el objeto de consideración y estimación social y económica, y, consecuentemente, de especial tratamiento jurídico-concursal a los efectos prevenidos en la norma que nos ocupa, y cifrados en la concesión de un régimen excepcional en cuanto a los límites ordinariamente admitidos para la proposición de quitas y esperas en los convenios de concurso de las empresas que desarrollen una actividad que alcance ese especial reconocimiento y estimación social.

Cabe deducir, por consiguiente, que la razón legislativa de la excepcionalidad normativa que el precepto establece se fundamenta y justifica en el *reconocimiento o aprecio social* –esto es, *de la sociedad*– del género o clase de actividad desarrollada por las empresas que, en caso de concurso, pretendan acogerse a las excepcionales ventajas concursales tantas veces dichas. De esto se infiere, pues, un importante y lúcido criterio interpretativo de lo que deba entenderse y valorarse como *actividad de especial trascendencia para la economía*, en cuanto que elemento basilar y primordial del supuesto de hecho contemplado en la norma: la legitimación subjetiva petitoria de las ventajas concursales establecidas en ésta se fundamenta, en realidad, en una *razón heterónoma*, cabalmente emanada de la sociedad. A falta de toda precisión legal, habrá de ser ésta –la sociedad– la que –en primera y última instancia– confiera y reconozca a la actividad de la empresa concursada en cuestión ese rango legalmente exigido –pero no definido– de *especial trascendencia para la economía*, en función de la *importancia social de las necesidades* que dicha actividad venga a satisfacer. Sin embargo, no será preciso –ni, en su caso, admisible– acudir o remitirse a una especie –hoy tan al uso– de *agencia de evaluación de la importancia social y económica de las necesidades a satisfacer por las empresas* como modo y medio para acreditar la legitimación petitoria de las ventajas concursales *ex art. 100.1, párr. 2^o de la LCon*. Basta, lisa y llanamente, con acudir y remitirse a la Constitución, como modo y medio más legítimo y seguro y normativamente fundado de acreditar la referida legitimación petitoria.

En efecto, de la Carta Magna cabe extraer ciertos criterios de valoración o evaluación de la trascendencia social y económica de la actividad de las empresas. Es cierto, desde luego, que la materialización de tales criterios sólo puede ser obtenida y afirmada de forma indirecta, a través del estudio de la constitucionalización de la *importancia social de las necesidades e intereses cuya promoción y tutela es encomendada a los poderes públicos, atendidos, en el caso que aquí nos ocupa, por la actividad de las empresas (eventualmente en concurso)*.

Considérese y valórese de acuerdo con las pautas indicadas, así, la importancia constitucional que se ha dado a la promoción y protección de las necesidades e intereses de las familias (art. 39.1 de la CE), de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 de la CE), de los económica y socialmente débiles (art. 40.1 de la CE), de los trabajadores (arts. 35 y 42 de la CE), de los consumidores y usuarios (art. 51 de la CE), de los agentes de la economía social (art. 129.2 de la CE), de los ciudadanos que habitan en zonas o regiones menos desarrolladas (art. 131 de la CE), y, en fin, de los españoles que esperan, con toda legitimidad, tanto más en un *Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1 de la CE), “(e)l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, los cuales informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 de la CE).

Pues bien, puesto el intérprete –y, en su momento, el aplicador– de la Ley Concursal en *comunidad constitucional* no le será difícil orientarse en la búsqueda de criterios de ponderación del *aprecio social* por aquellas actividades empresariales que satisfacen necesidades e intereses que la Constitución abraza, promueve y protege, lo que hace merecer a tales actividades, precisamente, el rango de *trascendencia para la economía –y, por tanto, de forma unívoca, para la sociedad–* como *umbral cualitativo* exigido técnicamente para la aplicación del art. 100.1, párr. 2º de la LCon. No encontramos, verdaderamente, otra vía interpretativa e integradora más legítima –lo que resulta esencial para prevenir y conjurar toda tentación o intento de ideologizar arbitraria o interesadamente la ponderación y apreciación del rango de *trascendencia para la economía* de la actividad de las empresas concursadas– que la vía constitucional, lo que, por otra parte, en razón del carácter jerárquicamente superior de la norma constitucional, es el modo de proceder jurídicamente obligado y exigible. El jurista –y tanto más el Juez del concurso que haya de autorizar las propuestas de quita y espera excepcionales– está llamado y obligado a acudir, en esa tarea de ponderación, no sólo a patrones *heterointegradores* o extrajurídicos procedentes de la economía, sino también a las *nuevas valencias sociales* que conforman el *sistema axiológico* positivizado en la Constitución (formal y material) y, en última instancia, por supuesto, atendiendo a la *expresión ideológica fundamental* de la Constitución contenida en su art. 1.1 y explicitada con meridiana claridad en su Preámbulo.

Los nuevos aires y el oxígeno que sin duda aporta la Constitución a la Ley Concursal deben animar al intérprete de ésta a superar cierto tipo de complejos –lo que, desde luego, no es fácil en los tiempos que corren– y propugnar con viveza,

decisión y convicción que también las actividades de empresas de economía social y del tercer sector –en tanto que procuradoras de satisfacción de necesidades humanas y sociales que han encontrado eco y cobijo en la Carta Magna– pueden, y, en ocasiones, deben llegar a merecer el reconocimiento de trascendencia socioeconómica exigido como presupuesto técnico de aplicación de la norma del art. 100.1, párr. 2º de la LCon. Pues, ¿hay acaso otras razones válidas, que comulguen con la Constitución y la Ley Concursal, para justificar la exclusión –entre otras– de, por ejemplo, empresas –pequeñas y *muy pequeñas*– de *inserción laboral* o las del *tercer sector* dedicadas a la integración social de discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos, o de otros grupos de personas en situación de exclusión social, o a la protección del medio ambiente, de manera que en razón de la insuficiente *trascendencia para la economía* y –añádase, *al unísono*– *la sociedad* no pueden acceder, en caso de concurso, a las ventajas del art. 100.1, párr. 2º de la LCon?; ¿acaso nuestra Constitución las excluye de su política especialmente protectora y procuradora?; ¿no deja ésta traslucir su sensibilidad social –su *opción preferencial*– hacia las medidas y actuaciones (públicas y privadas) en pro de tales colectivos e intereses y, por ende, su empatía hacia aquellas medidas tendentes a facilitar la *recuperación de tales actividades empresariales* cuando las organizaciones económicas que las realicen incurran en crisis patrimoniales e incluso sean declaradas en concurso?

Cosa distinta será la necesidad –o, a la postre, en la práctica, *inevitabilidad*– de elaborar un *marco de elementos técnicos de relevancia* como instrumento interpretativo y de elucidación del grado de *trascendencia para la economía* exigido para la aplicación del art. 100.1, párr. 2º de la LCon.

No sería mala idea, en fin, propugnar abiertamente y sin complejos que la Constitución que celebra en estos momentos su vigésimoquinto aniversario apadrine la recién nacida Ley Concursal y le garantice una adecuada *lactancia en valores* y, en suma, le procure *una buena educación constitucional*.