

Sumario y plenario en la Ley Concursal: Las opiniones de Salgado de Somoza

*Al gran jurista Doctor Manuel Amorós Guardiola
en homenaje tardío.*

por

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

*Catedrático Emérito de Derecho Procesal,
Académico de Número de la Real de Jurisprudencia
y Legislación y Correspondiente de la Real de la Historia*

SUMARIO

- I. LAS EXCEPCIONES Y SU LIMITACIÓN. LA RESERVA AL PLENARIO.
- II. LAS DIFERENTES *ACTIONES* EN SUMARIO Y PLENARIO. *IURE EXTRAORDINARIO* Y *IURE ORDINARIO*. LOS *VITIA POSSESSIONIS* Y SU DENUNCIA.
- III. LOS INCIDENTES POR VÍA SUMARIA.
- IV. LA DOCTRINA DE SALGADO DE SOMOZA.
- V. LA ADMISIÓN O REPULSA DE LAS EXCEPCIONES EN EL SUMARIO.
- VI. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA EN SALGADO DE SOMOZA.
- VII. LA INADECUADA TERMINOLOGÍA DE LA LEY CONCURSAL («INCIDENTE PROCESAL»), LO SUMARIO Y LO PLENARIO.
- VIII. LA INMEDIACIÓN, LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY CONCURSAL, LAS COMUNICACIONES. PANORAMA ACTUAL.

I. LAS EXCEPCIONES Y SU LIMITACIÓN. LA RESERVA AL PLENARIO

El problema de las relaciones entre el artículo 196.4 de la Ley Concursal y el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es uno de los que merece más atención. En el primero se dice que: «Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada». Mientras, el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice:

«2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de la finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las Resoluciones judiciales a las que, en caso determinado, las leyes nieguen esos efectos».

Este terrible desvío de lo jurisdiccional hacia lo simplemente administrativo —propio de países totalitarios— se corrige, sin que los autores nos digan sus razones, en el juicio ejecutivo —cambiarío— y en el artículo 827.3, última norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil —diríase que ha pillado el tren ya en marcha, y por descuido de su personal—. Así:

«La sentencia dictada en juicio cambiarío producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente».

Esta es la doctrina correcta de la sumariedad, como vengo defendiendo desde hace muchos años y constantemente.

Los llamados «incidentes concursales» de la Ley Concursal tienen procedimientos, en general, mixtos del ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ex menor cuantía, lo que parece que sus autores quieren ocultar— y del verbal. Y se trata de determinar si tales procedimientos son sumarios o plenarios, ya que en el primer caso, el artículo 196.4 supondría un enorme boquete en el erróneo modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de arrebatar la cosa juzgada a los sumarios.

En este excurso estudiaré el tema en su perspectiva histórica —que la tiene para la actualidad y enorme, pese a que se le quiere enmascarar por cierta progresía jurídica— a través de autores actuales —actualidad en su contenido— que mejor y más profundamente estudiaron la sumariedad en sus obras: BRIEGLER, de BARTOLO DE SARROFERRATO, y del gran concursalista español Francisco SALGADO DE SOMOZA, cuya influencia aún se deja sentir en la nueva Ley Concursal —y desearía saber quién de sus autores ha estudiado a tan gran maestro, que yace olvidado en no pocas bibliotecas.

Y traía BRIEGLER —*ibidem*— el siguiente caso; D.XXXXIV, 2, 12, 13, y 14:

«*Quum quaritur, haec exceptio noceat nec-ne, inspiciendum est an idem corpus sit*» (Paulus, Lib. 70. ad edictum).

«*Quantitas eadem, idem ius*» (Ulpianus, Lib. 75. ad edictum).

«*et an eadem causa petendi er eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est...*»

«*Si quis interdicto agerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur*» (Paulus, Lib. 14. quaestionum).

Se marca claramente la diferenciación entre juicios sumarios y ordinarios (plenarios) subsiguientes; y la inoperancia de la *exceptio rei iudicatae*, por la diferencia jurídico-procesal entre «posesión» y propiedad. Algo que debería haber saltado a los ojos a los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

II. LAS DIFERENTES *ACTIONES* EN SUMARIO Y PLENARIO. *IURE EXTRAORDINARIO* Y *IURE ORDINARIO*. LOS *VITIA* *POSSESSIONIS* Y SU DENUNCIA

Nos dice BRIEGLER (1) que:

«Una... regla fundamental de la cual se trata ya en fuentes romanas, y que en la actualidad tiene valor sin restricciones, es la de la exigencia de que las defensiones (en el sumario) sean liquidadas rápidamente en él; y las excepciones del demandado formuladas en el mismo tardíamente, puedan ser introducidas en el proceso ordinario» (es el plenario).

«Esta reserva —sigue BRIEGLER, *ibidem*— no debe ser explícita, ya que se trata de una consecuencia inmediata de la sumariedad del primer juicio; principio reconocido por la doctrina moderna» (se refiere a la alemana del siglo XIX).

(1) *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859, § 75, pág. 343.

«Pero también ocurría que la posibilidad de la reserva tuviera dificultades para integrarse en las reglas generales de la *res iudicata*, si se partía de la base general de que un juicio sumario —*iudicium summarium*—; solamente se diferenciaba del *ordinarium* (de su plenario, aclaro yo aquí) por elementos procesales».

«Pues es una regla indiscutida que la misma *quaestio* litigiosa resuelta judicialmente una vez, no puede ser llevada a impetrar otra resolución judicial por medio de la simple elección de otro medio procesal, de otra especie de proceso, ya que frente a tal tentativa aparece sin más la *exceptio rei iudicatae*» (*ibidem*).

«Lo cierto es —sigue BRIEGLEB (2)— que, en relación con el mismo objeto (*idem corpus*), se actúa una pretensión de diferente significado (*aliud ius*) en el juicio sumario y en el ordinario (plenario, insisto aclarando)».

Y con ello aparece que, también según las reglas generales del Derecho, aplicadas correctamente, la *exceptio rei iudicatae* del sumario, no puede oponerse a la *actio ordinaria*.

Otro caso que traía BRIEGLEB —y que se halla en las leyes españolas desde la sevillana de 1360 hasta la actual, del 2000—: el del juicio sumario ejecutivo: «La pretensión —*Klage*— *executiva ex instrumento guarentigiato* sobre una deuda de préstamo, era propiamente la pretensión por préstamo: mediante la persecución, al menos, del *ius paratae executionis*, se persigue otro derecho que no es el de la *actio mutui*» (3). El *ius paratae executionis* consiste en que el actor debe exigir el pago de la suma del préstamo documentado, simplemente según el contenido de la carta de la deuda, como si la deuda del préstamo tuviese ya la fuerza de cosa juzgada, lo que, naturalmente, no es: esto es, cual si se tratase de una «carta-sentencia judicial»; por lo que el consiguiente efecto de una sentencia judicial sobre la juridicidad de la prestación del préstamo no está en la línea de este juicio sumario (4).

Esta es una faceta de la aparición de estos juicios sumarios, penetrados en los Reinos españoles por la Ley Sevillana de 1360, o por la del Reyno de Valencia de 1403, pero mucho antes de la Ley de Toledo de 1480, que se designa con error; y si fuera un juicio «incidental» —el de la oposición a la ejecución, naturalmente— será sumario, lo que esos autores no llegan a discutir.

La consideración del juicio sumario ejecutivo como un «incidental», le quita importancia a la enorme cantidad de esfuerzos que se han hecho y hacen sobre los títulos ejecutivos no judiciales; menos mal que la nueva Ley Concursal, al admitir que las resoluciones que recaigan en los llamados «in-

(2) *Ob. cit.*, pág. 344.

(3) BRIEGLEB, *Einl.* § 75, pág. 345.

(4) BRIEGLEB, *Einl. Ibidem*.

cidentes concursales» surtirán efecto de cosa juzgada (art. 196.4 LGC del 2-7-2003) revaloriza ese tipo de resoluciones (5).

El autor de uno de los libros en que se declara a la Lex Toletana de 1480 como «conquista española» de ese juicio sumario, fue justamente uno de quienes más trabajaron a favor de que se me concediera el honor citado en la Universidad de Valencia, tras más de 25 años de servicio en ella. Por ello, tales omisiones —y en una obra elemental publicada en Valencia— no se explican sino como enfado o desprecio de mi modesta labor cuando esa persona aún era menor, muy menor.

«Corresponde al patrimonio de nuestros teóricos —decía BRIEGLER (6)— el principio según el cual corresponde al juez —está obligado— por el juicio sumario incoado, y si observa que éste no puede continuar como tal porque a alguien le falta un presupuesto esencial, debe continuar dirigiendo ese juicio como ordinario (plenario, para aclarar digo yo aquí) o bien admitir que una de las partes salte del sumario al plenario.

Esto podría admitirse si se tratase tan sólo de un cambio de procedimiento, cambio formal; en cuyo caso tan sólo habría de personarse en la posible imposición de las costas del primer procedimiento, del tenido por inapropiado, a la parte que lo abandonó...».

«Pero no es así, porque en el paso de un sumario a un ordinario (entiéndase, plenario) no se trata de un simple cambio de forma procedimental, sino realmente del paso dado desde un *genus actionis* a otro, ya que está claro que en el sumario se trata de otro objetivo y bajo otros presupuestos que en ordinario (plenario) y así aparece todo este cambio de dirección («*Hiniüberleitung*») en plena contradicción a las reglas fundamentales de nuestro proceso civil» (7).

Ataca al *Verhandlungsprinzip* o principio de audiencia, ya que se pide al juez que cambie un proceso cuando éste debe limitarse a la comprobación y resolución sobre las peticiones introducidas por las partes, y en especial de la pretensión («*Klageanspruch*») del actor y no está autorizado a cambiar una demanda que estime inadmisibles («*Verwerflich*»); de otro lado, el juez no está autorizado a conocer *super proprietate vel iure principali*, cuando las partes le habían pedido que conociese *super possessione vel iure executive*,

(5) Cfr. mis trabajos «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El Ordenamiento sevillano de 1360», publicado en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1950, *passim*, y en mis *Estudios de Derecho Procesal* de 1955 (Est. DP 1955), Madrid, Ed. Rev. Priv., pág. 554 y sigs.; y «Sobre la Historia de Juicio Sumario ejecutivo en Valencia (La *Ordenació* del Rey Don Martín I de 1403)». Discurso con ocasión de mi Investidura como Doctor H. C. de dicha Universidad en 1991, publicado por la misma Universidad de Valencia, 2004, y lleva como Apéndice mi trabajo sobre el Ordenamiento sevillano.

(6) *Einl.* § 76, pág. 348.

(7) BRIEGLER, *ibídem*, pág. 349.

ya que: «*Quid ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non posset*» como en la Lex 18 D., *De communi dividundo* (10,3) se puede leer.

«Al juez no se le admite que, cuando aprecie la inadecuación de un juicio sumario, absuelva al actor y le diga qué tipo de *actio* —«*Klage*»— debe introducir en el juicio ordinario» (8).

«Además, es regla reconocida, la de que el actor no puede abandonar arbitrariamente una demanda en la que presentó, para su tratamiento y resolución, en el seno del proceso, una situación fundamental determinada, como sería en el caso de que, por medio de un salto (paso abrupto y ajurídico de un procedimiento a otro), se fuera desde el trámite sumario al ordinario (entiéndase plenario), para entender de una demanda (*Klage*) totalmente nueva, diferente de la intentada en tal sumario, sobre otros presupuestos que los de aquella.

Pero si el actor cree posible ahora su triunfo, mediante una *actio* ordinaria, no se opone a ello, naturalmente, el que renuncie a lo pedido en sumario («*summarium*»); lo que ocurre es que no podrá hacerlo por el mismo *iudicium summarium*. Tampoco se puede admitir ese salto al demandado en juicio sumario; si desea aportar algo excesivo para que se trate ahora, debe hacerlo por medio de una reconvencción formal, en el caso de que tenga a su favor una pretensión susceptible de ser demandada («*klagbare Anspruch*»).

«Por medio de ella (9) se hace surgir un segundo proceso, que puede ser seguido con y al lado del primero, pero que nunca puede ser tratado como una simple continuación del otro; en nuestro caso podría ser tratada la reconvencción con la demanda sumaria, si no hubiera imposibilidad por diferencias procedimentales».

Continuaba BRIEGLEB (10): Pertenece a los principios indiscutidos de nuestro actual Derecho Procesal, el que, la parte vencida en juicio sumario, y especialmente el demandado, está totalmente facultado para tratar en un juicio ordinario y desligado de las limitaciones de la cognición sumaria; para impugnar lo surgido de aquel *Judicado* —la nueva situación— y obtener la reposición de todo lo sufrido en sus bienes como desventaja, como secuencia de las referidas limitaciones de su «derecho de defensa en lo sumario» (552 a. p.).

Las dificultades doctrinales surgen con respecto a la fundamentación —su naturaleza jurídico-procesal— el objetivo y el campo de acción de la nueva *actio* —de la plenaria, se entiende, ordinaria.

En lo referente a la fundamentación, se entiende doctrinalmente, que para la misma en el juicio plenario —«ordinario»— deben admitirse todos los

(8) BRIEGLEB, *Einl.* § 76, pág. 349.

(9) *Einl.* § 76, pág. 350 y sigs.

(10) *Einl.* § 77, pág. 351 a. f.

medios de defensa que si hubieren sido líquidos *incontinenti* hubieran podido ser introducidos en el sumario y facilitado la *intentio*; o bien que no pudieran ser utilizados por ser contrarios al modelo de prueba limitada del sumario. Esto, continúa BRIEGLEB, fue reconocido antiguamente, en el tema de las deudas *guarentigadas* (11). Y en este terreno de lo sumario ejecutivo se admitían pocas excepciones de entre la nube contemporánea. Esta diferencia no se puede evitar ni en adversarios de la sumariedad como los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000 (cfr. su art. 927.3, la última norma de su texto).

El especial enfoque de este autor se aprecia en estas frases:

«...En estos casos y otros semejantes y en general en la mayor parte de los de moderna aplicación más o menos extendida, de la cognición sumaria, no se funda la acción —la pretensión— posterior —la plenaria, se entiende— en ningún derecho a demandar independientemente establecido en la relación jurídica originaria entre las partes, sino sencillamente —y he aquí la consideración procesal del tema sobre todo, interpolo yo aquí— en que, en la limitada cognición sumaria, hay *iure* extraordinario, que se realiza de manera provisional, *invaliter extorto*, y así se realiza lo que en la cognición plenaria ulterior, en el *iure ordinario* puede ser contrario: lo que en este *iure* ordinario se tiene como justo, era injusto en la cognición sumaria (12).

Todo depende de la compleción o incompleción de la instrucción: de la amplitud con la que se admitan las alegaciones y sobre todo, sus pruebas».

Ejemplifica este autor: «...es necesario, para el vencido en el *summario possessorio*, porque no pudo demostrar (probar) los *vitia possessionis* del adversario, que no se deja arrebatar las ventajas de la posesión y del papel del demandado en el *processum petitorium*; este es el plenario —el ordinario— o en la acción de propiedad; sino que es libre de forzar la posesión que le ha sido arrebatada provisionalmente en el sumario, por medio del ordinario (plenario, se entiende); y para ello debe introducir en la prueba “no acelerada”, ordinaria, la excepción, que quedó falta de efectividad en el juicio sumario, la *exceptio vitiosae possessionis*; si la introduce y triunfa en esta prueba y concurren los demás presupuestos de una posesión digna de protección, debe vencer por completo en esta *quaestio*, en cuanto se le reconozca como legítimo poseedor jurídico y se le reponga en la tenencia o decantación (cuidado con la especies españolas de posesión) y se condene a su adversario a satisfacerle los daños y perjuicios» (13).

(11) Alusión a su libro *Geschichte des Executiv-processes*, 2.^a ed., Liesching, Stuttgart, 1845. Cap. II, § 16.

(12) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 353.

(13) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 354.

Así, aparece frecuentemente el tratamiento de la pretensión ulterior —la ordinaria, la plenaria— como una continuación de la sumaria; los antiguos llamaron a la primera *interlocutio* (14).

«Pues en los raros casos en los que el demandado no persigue sino un levantamiento de esa *Interlocutio*, actuaría sobre él por medio de una demanda ulterior (la plenaria) con ayuda de las excepciones de *subreptionis* y de *obreptionis*, de “sorpresa”, cuya compleja cognición y efectividad —complicadas cuando no complejas— no sustituiría entre tanto a la fuerza de la *Interlocutio*» (15).

En tales casos, debe ser considerada la cognición plenaria ordinaria como una simple continuación de la sumaria, del juicio por ella comenzado.

III. LOS INCIDENTES POR VÍA SUMARIA

«Ello sucede —trae a colación el autor en nota a su § 77, página 355— tan a menudo como el objeto de la cognición sumaria en las cuestiones incidentales suscitadas sobre la necesidad de formalismos de un procedimiento sobre medios jurídicos y en el seno de la audiencia principal —la que recoge todo el litigio—. Pues en tales casos, el éxito de la cuestión interlocutoria —desde el punto de vista de la sorpresa, *Erschleichung*— en el desarrollo progresivo de la cuestión principal (*eodem iudicio*), puede ser reparado —si el asunto de fondo no es igualmente sumario— por los medios de la cognición ordinaria, sin que por ello se haya de abrir un juicio ordinario separado; si la parte disminuida no quiere sino que la *interlocutio* sumaria quede con fuerza y por lo tanto con efectividad ulterior y en el desenlace de la causa principal (16).

Este va a ser el problema resuelto por el artículo 196.4 de la Ley Concursal —a la inversa, acertadamente, del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: «Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales, producirán efectos de cosa juzgada».

Siendo objetivo del juicio sumario la obtención para su actor de una tutela jurídica parcial y provisional (cfr. en otra parte el alcance de esa «provisionalidad», relativa socialmente), éste no aparece como una «horrible multiplicación de los procesos»; le es suficiente un procedimiento para todos los casos, en el que las partes puedan alegar *incontinenti* y líquidamente, para con ello poder medir el pago de la ayuda provisoria (17).

(14) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 354.

(15) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 355.

(16) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 355.

(17) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 357.

De ello se sigue la aparición de un proceso ordinario, en el que ambas partes pueden aportar todos sus medios de defensa según las reglas más amplias. No se puede vulnerar la regla general de «*Excepciones sive defensiones, quae altiore questionem differendas in iudicium directum* (L. 3, § 13, D. ad exhibendum 10.4) *sive reservandas alli iudicio*» (L. 14, § 1, C. de compensatio) para que sea ilusoria.

El Derecho romano no fue ajeno a esto; véanse los casos en que la excepción de *compensatio* había de ser liquidada, por medio de una contraprestación de vehículo procesal independiente (18). En el ordenamiento romano se dio al *Judex* gran laxitud para admitir o no las excepciones no liquidables *incontinenti*; quizá por ello no dieron mayor aplicación a lo sumario (19).

Y BARTOLO DE SASSOFERRATO, en su estudio sobre la «*Extravagante ad Reprimendum*», decía así:

«*In hoc processu si exceptiones opponuntur, quae requirant altiore indaginem, si quidem possunt per alium iudicium examinari, per iudicem non admittentur, sed in alium iudicium servabuntur; si vero in alio iudicio examinari non possunt, etiam in illo* (i: s: sumario) *examinantur, ut in § ibídem, L. 3, D. “Ad exhibendum”, 10, 4)»* (20).

IV. LA DOCTRINA DE SALGADO DE SOMOZA

Esta doctrina del clásico BARTOLO se debe completar con la siguiente de SALGADO DE SOMOZA —que reaparece aquí—:

«*Tertio probatur quia licet sententia regulariter faciat rem iudicatam... ita nos copiosa probavimus, & regula limitavimus in d. tract. de Regia Protect. 4. esp. 9 ex n. 31. Et per tres column. & nos refens secutor NOGUEROL alleg. 18, n. 50, et alleg: 21 n. 49. Novissime cum multis sequ. Nos iterum in Commentar, de supplicat, ad Sanctiss. 1, p. e. 12 ex n. 7 et seqq, quia res iudicata, ut obstet, requiritur quod tam ex parte actora, & rei, quam ex parte iudicis de*

(18) Ejemplo en *Lib. II. De compensafionibus*. D. XVI, pág. 29 y sigs.

(19) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 357.

(20) (cfr. BARTOLI A SASSOFERRATO, «*Omnium Iuris Interpretum Antesignani, Commentaria, etc.*», Tomus Nonus, *Super Authenticis & Institutionibus*, Verbo Summarie, núm. 4, fol. 97 vto. col. 1.^a).

Y cfr. mi último trabajo: «El proceso en la extravagante *Ad Reprimendum* del Emperador Enrique VII» (1313) y su exégesis por BARTOLO DE SASSOFERRATO: «Sumariedad penal y civil», en *AHDE*, LXXIII (2003), pág. 263 y sigs. y esp. 271 y sigs.

ominibus sin plene cognitum NOGUER. alleg. 140 n. 25 & quod super exceptione incidente tunc videatur Iude tacite pronuntiare simul cum principali, procedit, quando super exceptione incidente fuit plane cognitum, non alias, nec res iudicata ei obstat. Probant NUSCATELLUS in praxi lib. 1. 5. p. gloss. reservatis n. 42, BART. in 1. 1. n. 6. 7 et 8. C. de ordin. iudic. et in 1. a procedente num. 3, 4 et 5. C. de dilationibus, 4. BALD. in d. 1. 1 ex 11. PAULUS DE CASTRO, ibid. n. 8 Et 9. PACIANUS de probationibus lib. 1. c. 58 ex n: 63. FARINAC. in tract. crim. q. 100. c. 2. num 89 et 90. Plura per CARLEVAL, de iudiciis, tom. 8. lib. 1, tit. 2. disput. 5 n. 30. fol. 61 dicentes quod tunc obstat res iudicata super principali lata exceptioni incidenti, quando super esa fuit plena cognitum quod etiam tenet FACHINEUS controvers. lib. 10, c. 80. versic. secundo quia, & quia si exceptio non fuit opposita, non intelligitur declaratum super ea, plene P. BARBOS. in 1. Si Praetor, § Marcellus ex n. 70 et seqq. fol. mihi 366, in pavis, D. de iudic. late etiem CARROCIUS de remediis except. 22. quaest. 8. per totam» (21).

Esta doctrina es altamente interesante a los efectos de compararla con la de la Ley Concursal de 2003. En efecto, la excepción del deudor puede ser admitida de oficio, sin necesidad de ser alegada. Y si el incidente hubiera contenido un procedimiento plenario, entonces, aparecía su cosa juzgada.

La doctrina estaba apoyada en la extraída de GRATIANUS:

«Quae doctrina mire fulciuntur ex iis, quae GRATIANUS tom. 3, disceptat. 445 a princip. qui num. 4 ita ait: Nec ist dubitandum, quod in hoc iudicio summario fuerit per iudicem plene cognitum, cum sit servatus ordo procedendo, Et multi testes sint examinati tam super exceptionibus oppositis, quam contra, quo casu dicitur adhibita plane causae cognitio, quasi tunc plene instruat religio iudicantis de veritate, per quam adducetur sd iudicandum super re de qua agitur, congruit ALBERIC. in 1e 3. § causae cognito, in princ. de CARBON. edict. NATTA conf. 473. n. 36 BUTRIUS in cap. causam quae col. 2. de testib. ABBAS conf. 5 n. 3 quidquid aliud sit, quando non fuit de illis exceptionibus cogitum, quia tunc salve remanent in iudicio ordinario. CASTRENS. cons. 91 in causa appellat. num. 8. lib. 1. HONDEDEUS, cons. 19, n. 40 & c» (22).

(21) Cfr. SALGADO DE SOMOZA, «Labyrinthus Creditorum Concurrentium ad litem per debitorem communem inter. illos causatam», T. I, Lyon, sumptibus LAURENTII ANISSON, 1651, pág. 641, núm. 98-99; ítem, pág. 651 vto. 2.^a col. núm 99-100.

(22) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthi Creditorum*, Pars. III, Cap. I (T. I), fol. 642, col. 1.^a, núm 103.

Tratábase de un juicio sumario al cual se dio trámite procedimiento «plenario». ¿Qué es este *salmigondis*? Estimo que SALGADO DE SOMOZA ha caído aquí en la confusión, en sus tiempos ya clásica, entre sumariedad pura (reducción de actuaciones alegatorias o probatorias) y la así llamada impropia-mente, reducción de plazos, etc., pero poca de actuaciones = aceleración procedimental; la de los juicios que llamados «plenarios rápidos». Así se explica que un «*iudicio summario*» fuese aplicado «*plene cognitio*».

Un fenómeno análogo se vería en la actual Ley Concursal española: los llamados «incidentes concursales» tienen parte de su procedimiento, adecuado o igual al más rápido de todos —al del juicio verbal (art. 194.4 a. f.)— pero comienzan en general, a la manera del ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil ex «menor cuantía» (art. 194.1 con relación al 399 LEC y 405 *ibídem*; la audiencia previa se conformará como la primera parte de la central del juicio verbal, art. 443.2, 3 LEC).

Y esto es lo que nos decía SALGADO DE SOMOZA en el fragmento comentado. Tratábase de una sentencia «*lata super principali, tunc censetur lata super articulo incidente incompatibili cum principali...*» Era un caso de clasificación de créditos en concurso contra los bienes del CONDE DE ALVA DE ALISTE: «*Sed haec exceptio quod D. VERA non erat creditor ad statum de ALVA, nec fuit proposita, ne de ea cognitum, ergo impossibili est in graduacione tacito comprehendendi*» (23).

V. LA ADMISIÓN O REPULSA DE EXCEPCIONES EN EL SUMARIO

Pero había casos especiales: así,

«*Et quod Iudex de exceptione non cognovit, non intelligatur indicasse, nec ei obstet rei iudicatae exceptio, probant HUGO DONNEL in comment. jur. civil lib. 16, p. 11, in fin, verbis; CASTILLO tom. 4 controu cap. 40 num. 110 ante finem*» (*ibídem*, f. 642 r. a. f.).

Y aquí viene un tema fundamental: el de la graduación de los efectos de la cosa juzgada:

«*Ex quibus fundamentis manifeste evincentibus rem iudicatam graduationis, simul responsum remanet omnibus argumentis & doctrinis in contrarium consideratis. Sed ulterius illa BART (OLO) in l. 2 D. de except. docentis per instrumenti praesentationem excusari ab oppositione exceptionis expressa, cum de ea per instrumentum*

(23) Cfr. SALGADO DE SOMOZA, *Ibídem*, I, Pars. III, Cap. I, fol. 642, col. 1.^a, núm. 105 y 106.

resultet, adhuc indiget declaratione, & in primis intelligitur prout loquitur, quando exceptio est in favorem ipsius, qui scripturam produxit, cum ex facto suo praesentationis indicatur oppositio, cum ad hunc, non ad alium finem & effectum eam praesentare intelligatur, scilicet ad suma defensionem, & exclusionem intentionis adversarii, nos autem versamur in scripturis producti ab actore creditore, ex quibus resultare simul potest defensio, & exceptio reo, qui omnio tenebatur ea uti, & de ea opponere, cum exceptionis natura, & requisitum fit ad hoc ut operetur, quod illam opponat pars, alias omissa intelligitur, & in re iudicata non comprehensa, prout superius diximus...» (24).

«Et quatenus ex eodem instrumento producto resultant actio & exceptio, & possit iudex eam resulta ex eodem instrumento habere in consideratione ex aequitate, & officio suo, & juxta eam absolvere reum ad actione ex eodem instrumento deducta, & intentata; bene poterit, & recto facit iudex, ut probant quamplures DD & doctrina, quarum intentionem fecimus superius ex n. 17 et seqq. vers. deinde unus quisque creditor, & hae tamen non adaptantur nostri casu terminis, in quibus (quando constaret de exceptione ex instrumentis productis) iudices eam nom habuerunt in consideratione, sed penitus omiserunt; cum iuxta actionem reum debitorem condemnarunt, & creditori gradum describere, quem penitus negarent, si attendere exceptionem debitoris apparentem ex odem instrumento, quare ipsa exceptio (si forte constaret ex productis instrumentis, ut statim) omissa intelligitur, & reservata debitori, tam eo quod non fuit opposita per reum tacite nec expresse, quam ex eo, quod illam iudex pronuntiando non habuit in consideratione, & sic doctrina procedit quando iudex exceptionem resultantem ex instrumento habuit, etiam non oppositam, in consideracione; non vero quando eam non attendit, prout poterat ex suo proprio officio & aequitate, quo casu omissa intelligitur, quia non deducta, nec determinata» (25).

SALGADO DE SOMOZA, con referencia a la cosa juzgada de las resoluciones internas, de trascendencia, del juicio universal de concurso («*in hoc iudicio universali concursus*»), decía que:

«Deinde unusquisque creditor sue exhibet crediti instrumenta, ex quibus simul de suo privilegio, aut prioritare, saltem temporis, docet, ex quo potest Iudex recte iudicium suum formare».

(24) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus Creditorum*, T. I, Pars. III, Cap. I, pág. 642, núm. 107 a 112, col. 1.^a y 2.^a

(25) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, Parte III, Cap. I, (T. 1), pág. 642, col. 2.^a, núm. 114.

«Ex doctrina BARTOL, in 1e 2. D. de except. duda quod is que duda instrumentum ex quo sua exceptio constat, videtur eam opponere, et non eget alia oppositione expresa; ut Iudex super ea determinare valeat, idem probatur ex textu in 1. eum qui ita, § qui ita, et ibi BARTOL. De de verbor. obligat, quem dicit, quod exceptio non opposita, si tamen constat ex eadem scripturn iudice ex officio habetur in consideratione, sequitur IOAN. ANTON MANGUILIUS, in tract. de evictionibus quaest. 47, núm. 11, ubi enim exceptio ex causa intrinseca inest autioni deductae, debet per actores evacuari, etiam reo non opponente, ut per BALD. & ALEXAND. in 1. silia licet, in princip. Cod. de collatione, & post alios CUMIA in ritibus Magnae Curiae, cap. 38 a núm. 39, fol. 175. & quod ex inspectione ipsus instrumentu apparet, de exceptione, nulla sit necessaria exceptionis illius oppositio expresa. sed eam potest Iudex ex officio attendere, probant singulariter ALEXAND. in 4.4 § condomnatum num. 4, D. de re iud, HIPOLIT. in pract. § ultima quaest. numer. 4, AVENDAÑUS, cap. 16, pretorum núm. 11. lib.1. RODERICUS XUAREZ in leg. post rem pag. 330. in principio, p. 326, versic. sed per evidentia, núm. 38, quos; & sequitur AZEVEDUS in leg. 2, tit. 3 núm. 33 lib. 5 recopilat. ubi reddit exemplum de instrumento obligationes factae ab uxore...» (26).

Aquí se exponen por el autor dos direcciones jurisprudenciales:

- Según la primera, el juez debe poder admitir de oficio la excepción intentada por el reo, como si se hubiera interpuesto, bastando la presentación del documento —título—. Esta interpretación es más aproximada a lo «sumario» como aceleración: se suprime y sustituye por el oficio del juez el escrito, trámite y tiempo procesal de la excepción.
- Según la otra, la introducción del documento en juicio no se tiene en consideración si no se interpone la excepción que en él se basa. La repulsa de la excepción en el proceso supone la formación de cosa juzgada sobre la misma (27). Esta última interpretación es más anti-económica, pero más garante.

Estas incidencias tenían lugar en un reconocimiento y graduación de créditos de un proceso concursal a instancia de D. DE VERA y en dicho concurso del CONDE DE ALBA DE ALISTE (28).

(26) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus Creditorum*, Parte III, Cap. I, pág. 635, col. 1.^a y 2.^a, núm. 17 a 21.

(27) SALGADO DE SOMOZA, I, *Lab. Cred.* III, I, pág. 642, núm. 104.

(28) SALGADO DE SOMOZA, I, III, I, pág. 642 r. 1.^a col. núm. 106.

Según la vigente Ley Concursal de 2003, nos hallaríamos en el momento procesal del «Reconocimiento de créditos» del artículo 86 y siguientes. Y a tenor de éste, número 2, se indica que: «Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que... consten en documento con fuerza ejecutiva...» y queda a salvo el derecho procesal —posibilidad de la administración concursal— de «impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe... la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo...».

Pero además, todas las incidencias que se produzcan en esta etapa del concurso se solventarán —salvo esta citada— por el trámite del incidente concursal (art. 86, «Reconocimiento de créditos», I, II).

Este incidente concursal tiene una primera parte semejante si no igual a la de la fase de alegaciones —primera— del juicio ordinario —ex «menor cuantía»— de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; más «contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 194.4 LPG).

Y en él, la audiencia preliminar del juicio prevista para el ordinario —arts. 414 a 430; reglas sugeridas por mis modestos trabajos desde los de 1950, si bien se me ninguna esa intervención por los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe la introducción de pruebas *ex officio* a través del «señalamiento» por el Tribunal de que las hasta entonces aportadas por las partes son insuficientes (art. 429, I, II). Ello sigue en vigor para el juicio verbal, a tenor del artículo 443 y especialmente del 443.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Únase a ello el que el juez «de oficio» puede moldear el curso de tal incidente, al ordenar que surta efectos suspensivos (art. 186.2 LC).

Por su comienzo y por su tramitación, estimo que aquí se trata de un juicio «sumario» (el mismo SALGADO DE SOMOZA le da este carácter, cfr. *supra*), así llamado impropiaemente, ya que debería llamarse plenario acelerado; más adelante, cuando a su tramitación conviene, vemos que ésta, salvo correcciones limitativas de formalidades no esenciales, es también plenaria.

Cabría el recurso de apelación, y también los de casación por infracción de ley sustancial o procesal (art. 197.6), ya que las actividades de referencia se hallan en las secciones 3.^a y 4.^a (art. 183).

Y como esta Ley Concursal está elaborada con sentido común, se admite que, aún concluido el concurso (por inexistencia de bienes y derechos) más sin perjuicio de que «los acreedores» puedan iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (art. 178, «Efectos de la conclusión del concurso», 2). Y si eligen la reapertura del concurso o nuevo concurso, los artículos 180 y 181 nos revelan que la cosa juzgada anterior puede caer estrepitosamente.

La causa próxima, los hechos, se alteran de manera grave.

La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores.

Artículo 180.2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta Ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del libro IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de la actualización.

Basta con esto para mostrar cómo puede quedar todo lo actuado en el primer concurso: reducido a muy poco o nada. La cosa juzgada dejó de ser *sancta*.

VI. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA EN SALGADO DE SOMOZA

Ya SALGADO DE SOMOZA, muy acertadamente decía, al elaborar la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada, ya vislumbrada en otros puntos de su exposición:

«Qua omnia roborantur ex iis, quae superius abunde probavimus ex nu, 88, cum seqq. vers. secundo haec pass fulcitur, quoniam sententia graduationis & ubi quod sententia graduationis, in favorem alicuius, supponentis se creditorem, lata sub hoc supposito, cessat, postquam postmodam detegitur suppositio falsa, & a principio non existens tempore rei iudicatae, & ert in terminis post alios probavimus in nostris commentarius de regia protect. 4, part. d. cap. 7. num. 120. ex quibus, & aliis ad responsionem argumentaum dicendis, indubi tabilis, & invincibilis nostra redditur resolution, in questione proposita» (29).

«Deinde —seguía este autor— quoniam illa sententia prior contra tertium hypothecae possessorem obtenta per creditores, ut vel dimittat, vel recognoscat; non est perpetua, nec perpetuo afficit, sed potius est temporalis, & sui natura variabilis, & resolubilis; & variis resolutionis accidentibus subjecta, nempe solutioni, tam ex

(29) SALGADO DE SOMOZA, *Lib. Cred. I, III, I*, pág. 648, col. 2.^a, núm. 164.

parte debitoris principalis, quam tertii possessoris, necnon huius tertii dimissioni, quae insuper post recognitionem quam documque facta erit admittenda, juxta verissimam plurimorum sententiam quos in uno congressimus cap. sequenti, núm. 100 vers. non inmerito, quia neuter eorum, &. Et quod sententia, & instrumentum crediti, quo quis tenerur ad certam quantitatem, sit temporale, & non perpetuum, dixit ANTON. FABER. in C. lib. 2, tit. 1, diffin. 8 in fin. et lib. 4. tit. 18, diffin. 15. PAREJA in addit ad I tom. de instrumen. edit. ad pag. 24. col. 1, post lin.15. et in addit. cit. fol. 1 a tergo, vers. sed adversus prefatam resolutionem, &. atque ideo res iudicata lata super iure, sui natura variabili, aut aliter resolubili, non est perpetua, nec perpetuo afficit; sed variatur, alteratur & resolvitur, variato, alterato, aut aliter resolutio iure super quo lata est, letissime per mirabilia iure, & Doctores in variis materiis scripsimus upta 1, part. cap. 25. per totum; temporalis enim est prior res iudicata, non perpetua, & sic tempore mutari, & alterati potuit, per novum accidens resolutionem operans» (30).

Aquí tenemos formulada con claridad, la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada: puede alterarse por nuevos hechos que operen sobre ella. «*Rebus sic stantibus*», principio aplicable aquí, comprendido por los autores de la Ley Concursal pero desconocido por los de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Y ya he dicho en otros trabajos que el caso de los interdictos posesorios y sus soluciones en Italia y en la práctica española (no se olvide ésta) tienen que ver con la problemática de la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada.

SALGADO DE SOMOZA, y sobre todo la amplitud de la cosa juzgada y de su relación con la demanda, lo que hoy llamamos congruencia, decía así:

«Sed ad horum iurium, & distinctionis clariorem intelligentiam, prae oculis semper habenda est magistralis determinatio, 1. 25, tit. 2. Part. 3, in haec mirabilia verba».

«Pero muchos e de ne guardar el demandador, quando la cosa demanda por suya, quier sea mueble, o raiz, que si se save la raçon porque hubo el señorío della, asi como por compra, o por donadio, o por otra manera qualquier, que aquella ponga en su demanda, e esto tubieron que era derecho, por dos raçones; la primera por que quando supiese ciertamente la raçon, porque es suya poniendola en su demanda mas de ligero lo puede despues probar, otrosi, mas en

(30) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, III, I, pág. 647, col. 2.^a, núm. 165 a 167.

*cierto puede ser dado juicio sobrella; la segunda porque si acaes-
ciesse que el demandador no prueve aquella raçon, que pago en la
demanda por que decia, que suya, que la puede demandar por otra
raçon, si la oviere, e no se envargara el primer juicio, que fue dado
contra el sobre aquella cosa misma, pues que por otra raçon la
demanda que no haya que ver con la primera. Esto se entiende se
y endolibrada la raçon primerament porque decia que era suya, que
ante no puede alegar otra. Mas si el demandador fiçiese su deman-
da generalmente, raçonando la cosa por suya no poniendo alguna
raçon señalada porque huvo el Señorío della, si fuere la sentencia
dada contra el, porque no la pudiesse probar, no la pueda despues
demandar en ningun manera. Esto es porque allí do la demanda
generalmente encerro todas sus raçones, porque la podía deman-
dar. Pero si el demanadador quisiere decir, o mostrar alguna nueva
raçon, porque ganara el Señorío de aquella cossa despues que fue-
se dada la sentencia contra el, assi como si le fuese dada, o com-
prada, o la tuviese ganada de nuevo en otra manera qualquier, de
aquel que avia poderío de darla, o de venderla, sobre tal raçon esta
bien puede facer su demanda de nuevo, et in l. 24. antecedenti eod
tit. et p.» (31).*

Este párrafo de SALGADO DE SOMOZA es una reproducción de la Ley de Partidas que cita al frente («*Que el Demandador deve señalar de que demanda, por ciertas señales*»); pero también habrá que encontrar como aludidas las Leyes 24 y sobre todo la 27 (que he reproducido y comentado en otro trabajo ya publicado), en la cual se halla el verdadero nido de las diversas posesiones integradas en el ordenamiento civil español incluso actual.

La Ley XXV da entrada a la doctrina de la individualización de las demandas y construye la cosa juzgada en función de ella. Y lo que ahora interesa aquí: la introducción de nuevas razones (y el contexto de la ley indica que se trata de razones de *iure*), hace desaparecer la vieja cosa juzgada.

Y hubiera dicho GUASP para la actualidad:

«La razón del tiempo, la cosa juzgada material encuentra un límite, aparte de ciertas demarcaciones temporales que eventualmente la acompañan desde el principio, cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la resolución judicial» (32).

(31) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, III, I, pág. 636, vto. y 637, col. 1.ª, núm. 40.

(32) GUASP, «Derecho Procesal Civil», 603; mi libro *Doctrina General del Derecho Procesal* (1990), 536.

A la vez, doble acierto de SALGADO DE SOMOZA: se aprecia a través de este párrafo y reproducción de la Ley de Partidas correspondiente la existencia de cosa juzgada en los procesos sumarios posesorios (negada modernamente por los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 447.2 y por otros con ínfulas de historiadores); y de otro lado, fija la doctrina sobre los efectos temporales de la cosa juzgada, ligándolos con el principio *rebus sic stantibus* (que no debe quedar como secuestrado en el terreno de los procesos cautelares).

VII. LA INADECUADA TERMINOLOGÍA DE LA LEY CONCURSAL («INCIDENTE PROCESAL»), LO SUMARIO Y LO PLENARIO

Las *quaestiones* que dan lugar al «incidente concursal» son de diversa índole e importancia. Pero los referentes a la legitimación correcta de cada acreedor —mediante su inclusión ordenada en las correspondientes listas— y la atribución, previa existencia, de cada crédito, hasta obtener una «justa» redistribución del total de la masa activa, más allá de la mera incidencia predicada por el inexacto nombre, una total esencialidad, su pertenencia al fondo del asunto, que entre todas integran.

De ahí que la resolución que recaiga en cada una de ellas; por ejemplo, artículo 64.8, contratos de trabajo individuales; artículo 72, acciones rescisorias y demás de impugnación, para la integración de la masa activa y de la pasiva; pleitos sobre cuentas indistintas, con saldos a integrar en la masa activa, artículo 79; separación de bienes ajenos de la masa, artículo 80; cuestiones en materia de reconocimiento de créditos, artículo 86, I, II; impugnaciones de las listas de acreedores incluidos y excluidos o de sus créditos, artículo 96.3 y 4; aceptación o repulsa del proyecto de convenio, artículo 129; pretensiones por incumplimiento del convenio, artículo 120.2; oposición a la calificación del concurso —que puede ser de «culpable»—, artículo 171; oposiciones a la conclusión del concurso, artículo 176.5, etc.

Por el enunciado se advierte que la expresión «resoluciones incidentales» no es la adecuada, por defecto; la de «interlocutorias», aún menos; sí cabe llamarlas «resoluciones sobre el fondo, participativas de la final sobre el mismo o sus equivalentes».

Dentro de esta calificación, la calidad de sumarias o de plenarias rápidas de tales cuestiones, se pierde de vista; deben ser plenarias rápidas —y lo son, art. 194 y sigs.— no hay diferenciación con lo plenario-ordinario, ya que éste no existe sino para las resoluciones finales, contra las que caben los recursos de casación por infracción de norma iusmaterial o iusprocesal (dejando aparte el inadecuado léxico de la LEC de 2000 y del mismo art. 197.6 de la LC).

De otro lado, creo —es una opinión— que los párrafos transcritos de un gran concursalista que lo fue SALGADO DE SOMOZA, nos inclinan a pensar en procedimientos elásticos, flexibles (*ítem*, la Exposición de Motivos de la LC de 2003, X a. p.). Recuérdese como un determinado procedimiento comienza de manera sumaria y termina... como plenario (*supra*). Ello nos dará una idea de cómo debe llevarse el proceso concursal.

VIII. LA INMEDIACIÓN, LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY CONCURSAL, LAS COMBINACIONES. PANORAMA ACTUAL

Tendencia a simplificar el procedimiento. Muy bien (Exp. de Mot. LC de 2003, II); de «procedimiento abreviado», *ibídem*, II). Muy bien. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 como supletorio (*ibídem*, X). Es el llamado «incidente concursal» de procedimiento en general, que «persigue... reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados» (Exp. de Mot. X); «sin merma de las garantías procesales» (Exp. de Mot. X a. f.).

Hoy el hecho de que, so pretexto de tratarse de «Medidas orgánicas», la Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, III, envíe a los «efectos —de la declaración de concurso— que, por alcanzar a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, residencia y circulación por el territorio nacional». Esas «medidas» que comprenden hasta la de arresto domiciliario del concursado (art. 1.º, 1, 2.ª Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, al Poder Judicial») tienen un *hic* consabido: el de la mecánica de su puesta en práctica.

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003, en su número IV (VI y sigs.) dice que «La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se estiman de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión».

«Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterior-

ridad a la declaración del concurso o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros —*Hic sunt leones*—, la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor —*ibidem*—, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de los créditos» (Exp. de Mot., IV).

El principio de publicidad general del concurso —vehículo necesario para la intervención de los acreedores y el conocimiento social del evento— se halla en el artículo 23 de la Ley Concursal «publicidad»:

«1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones».

Aquí está la célula-madre (una de ellas) del posible triunfo o fracaso de la Ley Concursal. Esos medios tienen como desventaja el de atentar y suprimir el principio de la inmediación —hermana gemela de la oralidad— preconizado —aunque incumplido— en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (cfr. su Exp. de Mot., I).

Toda la estructura del concurso —y de cualquier proceso judicial— desmerece con la mediación, y más si ésta es sustituida por la intervención de artefactos que reproduzcan (intenten reproducir) la presencia humana: y lo que no es sino un conjunto de ficciones, se denomina pomposamente —y con merma de la «verdad»—, «verdad virtual».

Ese es el camino de las llamadas «videoconferencias» que sustituirían a las vistas, etc. Y ahí está ese tremendo fantasma de «Internet», mecanismo de transporte de ideas que también se dedica al mal: uno de sus evangelistas —sin duda— ha dicho, no sin una tremenda carga de autoestima que lo pone en solfa, que Internet «nació, como el caos que precedió al mundo antes de que Dios separara la luz de las tinieblas» (33). A ese caos nos vamos a precipitar en aras de la velocidad. No estoy seguro de que sea un acierto.

Remedios a esa prisa inhumana actual... No termino mi calificación (34).

(33) Cfr. JOSÉ GARCÍA ABAD, «A los treinta y cinco años de Internet», en *Escritura pública*, Revista del Consejo General del Notariado, número de noviembre-diciembre de 2004, pág. 18, col. 2.^a

(34) Véase mi opinión sobre las medidas cautelares del «arresto domiciliario del concursado» en relación con las de intervención de sus comunicaciones en otro trabajo ya en publicación.

RESUMEN

CONCURSAL

Se trata de una aportación moderna más a las influencias expresas o tácitas del ilustre autor castellano don Francisco Salgado de Somoza («Labyrinthus Creditorum Concurrentium») y la Ley Concursal del año 2003.

Especialmente se trata de la concentración de algunas excepciones sobre el fondo del asunto y de su escasa aplicación en la Ley Concursal citada.

Es especialmente grave el olvido de este espléndido autor con respecto a toda Europa, en donde ha sido y es conocido y respetado.

ABSTRACT

BANKRUPTCY

This is another modern contribution to the express or tacit influence of the illustrious Castilian author Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus Creditorum Concurrentium) and the 2003 Law on Meetings of Creditors.

It especially discusses the concentration of some exceptions in the heart of the matter and their infrequent application in the Law on Meetings of Creditors.

To overlook this splendid author in regard to all of Europe, where he has been and is known and respected, is an especially serious matter.

(Trabajo recibido el 16-08-05 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)