

El sistema de publicidad de las resoluciones concursales*

María del Pilar Galeote

Profesora Dra. Derecho Mercantil. IE Business School

RESUMEN

Las nuevas tecnologías y los medios informáticos tienen un impacto importante en el sistema de publicidad registral en general y de resoluciones concursales en particular. La publicidad formal poco a poco va abandonando su segundo plano frente a la publicidad material. Consciente de esta evolución, la Ley Concursal exhortó al desarrollo reglamentario la creación de un sistema de publicidad registral, que realizó el Real Decreto 685/2005 con la creación de dos portales en Internet. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 anuló uno de ellos y el Real Decreto 158/2008 estableció el nuevo marco del sistema de publicidad registral en materia concursal y las líneas procedimentales en aras a la adecuación a las nuevas tecnologías, pero sin olvidar la tan importante seguridad del tráfico. Finalmente, un Registro Público Concursal –creado por el Real Decreto-ley 3/2009–, completa el panorama del régimen de publicidad en materia concursal.

Palabras clave: Publicidad registral, concurso, inscripción, anotación preventiva, Internet, resoluciones concursales.

Keywords: Registration notice, insolvency, registration entry, preemptive entry, internet, insolvency resolutions.

ABSTRACT

New technologies and computer advantages have a deep impact in the registration notice system as well as in terms of insolvency resolutions. The formal notice –publicidad formal– little by little becomes more important than material notice –publicidad material–. Bankruptcy Act refers to a reglamentary development the creation of a registration notice system. The Royal Decret 685/2005 creates the referred system and two internet portals. The Tribunal Supremo (March 28 2007 sentence) abolishes one of these portals and the Royal Decret 158/2008 establishes the new frame of the registration notice system for insolvency resolutions and the general proceeding lines in order to adapt them to the new technologies, but without forgetting the importance of the traffic security. Finally, a new Insolvency Public Register –created by the Royal Law-Decret 3/2009– completes the Registration notice system.

* El trabajo fue recibido el día 2 de enero de 2009 y aceptado para su publicación el día 5 de marzo de 2009. La publicación del RD-Ley 3/2009, que modificaba el régimen de la publicidad concursal obligó a la autora a esperar al anunciado desarrollo reglamentario. Como ese desarrollo no se ha producido, la revista ha decidido publicar el trabajo, reenviado por la autora el 1 de diciembre de 2009, en la reunión del Consejo Editorial celebrada el día 15 de diciembre de 2009.

SUMARIO

- I. UN APUNTE ACTUAL SOBRE EL SISTEMA DE PUBLICIDAD REGISTRAL—1. *El principio de publicidad: «De la publicidad material a la publicidad formal»*—2. *La titularidad de los nuevos registros «punto com»*
- II. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE RESOLUCIONES CONCURSALES—1. *El sistema de publicidad registral instaurado por la Ley Concursal*—1.1. Los diferentes tipos de publicidad—1.2. Los tipos de resoluciones objeto de publicidad registral—1.3. El Registro Público Concursal—2. *«El régimen de difusión y publicidad» establecido por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales*—3. *El vacío legal tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007*—4. *Cuestiones planteadas con el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero*—5. *Novedades en materia de publicidad introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*
- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. UN APUNTE ACTUAL SOBRE EL SISTEMA DE PUBLICIDAD REGISTRAL

Los importantes cambios y avances tecnológicos producidos en los últimos años imponen la necesidad de abordar desde una nueva perspectiva el tema de la publicidad registral en el ordenamiento jurídico actual. Las novedades son tantas y de tal calibre que si bien algunas de ellas ya han sido contempladas por el ordenamiento jurídico, algunas otras son, hasta el momento, supuestos de hecho a los que los agentes del tráfico jurídico deben adecuarse y dar soluciones. Dentro de las primeras se encuentra la Ley 24/2005 (RCL 2005, 2255) de Impulso a la productividad, que se adentra por primera vez en las implicaciones para notarios y registradores de muchos de estos avances tecnológicos y se refiere al acceso digital a los libros registrales. Del mismo modo, la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal (entre otras) y su legislación de desarrollo nos permite estudiar y extraer conclusiones interesantes sobre este tema. Es por ello por lo que empezamos estudiando las consecuencias de los avances tecnológicos en el sistema de publicidad registral en general para pasar luego a analizar la evolución del sistema de publicidad registral concursal.

El punto de inflexión en esta evolución lo marca la Ley 24/2005 de Impulso a la productividad, que ordena que el registro se estructure de manera informática. Ante este mandato, la pregunta obligada es si se trata de una nueva manera de organización formal de la información registral o si implica una nueva concepción de la publicidad registral y sus efectos¹. Desde luego, parece que la informatización del registro es una necesidad surgida de las nuevas circunstancias que trata de conseguir un acceso de todos al registro;

¹ ÁLVAREZ-SALA, J., «Nuevas perspectivas de la publicidad registral», *El Notario del siglo XXI* (Colegio Notarial de Madrid), mayo 2006, pg. 15.

se trata de cumplir aún mejor el objetivo para el que fue creado el registro. Sin duda, el fin último es conseguir un registro online o «punto com» que asegure la conectividad permanente de todos y el acceso a la información dependiente del mismo.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, si lo que se persigue es la creación de un registro online no se adivina cuál es la razón por la que se mantiene en la Ley 24/2005 de Impulso a la Productividad referencias a los libros foliados y no se tratan ya temas que el nuevo escenario plantea, como puede ser el de los «hackers», piratas informáticos o el de las copias del disco duro. No podemos negar que la Ley mencionada conserva reminiscencias del antiguo sistema que no tienen fácil encaje en el nuevo contexto. Trata de dar pasos adelante pero con la mirada aún atrás.

Nos encontramos, en definitiva, con el objetivo de conseguir la digitalización de nuestro sistema lo que nos plantea nuevas cuestiones, algunas más de fondo y otras más de forma. Dentro de las primeras, la clave se encuentra en dar una actual formulación del principio de publicidad registral y dentro de las segundas, el problema se centra en averiguar quién debe ser el titular del nuevo registro «punto com», ¿notarios, registradores o ambos a la vez? Todas estas cuestiones han tenido reflejo en la legislación de desarrollo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

1. El principio de publicidad: «De la publicidad material a la publicidad formal»

Sin duda alguna, el principio de publicidad registral², clave en el ordenamiento jurídico español, ha ido sufriendo una evolución con la llegada de estos avances y la digitalización de los propios libros. Dentro de este principio siempre se ha distinguido entre publicidad formal y publicidad material. La primera hace referencia a la parte que siempre ha sido objeto de menos atención, a las formas o medios en las que se concretaba esa publicidad; mientras que la publicidad material se refiere a los efectos propios de aquella; la publicidad formal es la publicidad sin más mientras que la publicidad material comprende los efectos jurídicos de la publicidad formal³.

² Sobre los principios de publicidad registral, en general, *vide*, por todos, CASADO BURBANO, P., *Los principios registrales mercantiles* (Servicio de estudios del Colegio de Registradores), Madrid, 2002.

³ Como pone de manifiesto GONZÁLEZ-MENESES M., la publicidad formal hace referencia a «la concepción más elemental del Registro Mercantil»; el Registro como archivo y fuente de datos e información que facilita su consulta y conocimiento. Por el contrario, la publicidad material se refiere a los efectos jurídico-sustantivos de la información que consta en el Registro independientemente de que haya sido consultada y por tanto conocida esa información o no. GONZÁLEZ-MENESES M., «Principios y funcionamiento del Registro Mercantil», en DELGADO DE MIGUEL, (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, (Thomson-Civitas), 2005, T. VI, V. 5ª, pg. 326.

De la breve exposición anterior se deduce que antes de toda esta digitalización la importancia la congregaba la publicidad material mientras que la publicidad formal quedaba relegada a un segundo lugar. Ahora bien, la digitalización del registro hace que esto cambie radicalmente; ahora, iguala o adelanta en importancia la publicidad formal donde lo relevante es la llevanza online del registro, al que todo el mundo puede acudir con un simple clic. Actividad de consulta además que se generaliza de manera asombrosa en cuanto que su facilidad en la accesibilidad hace que prácticamente no se realice ninguna actividad en el tráfico económico sin esa consulta del particular, desde su ordenador, con carácter previo⁴. La importancia de la publicidad formal se pone de manifiesto en la ampliación de medios que el tercero tiene para acceder al Registro Mercantil. A día de hoy podemos citar: la certificación del registrador; la nota simple informativa o copia de los asientos o documentos depositados; la consulta mediante ordenador; y la tramitación telemática.

Esta facilidad en la accesibilidad es la clave para que podamos entender el devenir de los acontecimientos en el ámbito del derecho concursal. No podemos olvidar el aspecto crematístico que se esconde detrás de aquella. Al particular que desde su ordenador quiere acceder a la información registral se le obliga a pagar y este pago va a ser la razón de una de las mayores polémicas producidas en relación con la titularidad del nuevo registro «punto com». La información con el nuevo tratamiento dado se convierte en el tesoro más deseado por unos y por otros, al que nadie parece querer renunciar. Incluso se puede ir más allá –si bien no es objeto de este estudio–, ya que estamos ante una información por la que el particular paga por almacenarla y luego por mostrarla. ¿No se está pagando dos veces por lo mismo? Y, más aún, ¿cómo encaja esto con el concepto de arancel?

2. La titularidad de los nuevos registros «punto com»

La digitalización del registro hace que el objeto del mismo, que no es otro que el tratamiento de la información, se convierta en el ojo de mira. La facilidad en la accesibilidad a la información hace que se multipliquen

⁴ Tres son las razones que da GONZÁLEZ-MENESES, M., para justificar esa importancia que, en la actualidad tiene la publicidad formal frente a la material. En primer lugar porque la función más elemental del Registro es servir de fuente o archivo de información; en segundo lugar, porque sólo si existe la publicidad formal podemos hablar de los efectos jurídico-sustantivos de la publicidad material y, en tercer lugar –al que llamamos especial atención en este estudio– por la necesidad de adaptación de nuestro sistema registral a las «nuevas tecnologías de tratamiento informático y transmisión telemática de datos». La publicidad formal actual se basa en hacer posible ese acceso telemático a la información registral. GONZÁLEZ-MENESES M., «Principios y funcionamiento...», en DELGADO DE MIGUEL, (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, pgs. 327 a 329.

exponencialmente las solicitudes. La forma de llevanza del registro «punto com» –publicidad formal– hace que también se multipliquen exponencialmente los ingresos generados por la solicitud de esa información y por el propio almacenamiento o registro de la misma. Ésta es precisamente una de las razones de la disputada titularidad del registro. El sitio <http://www.registradores.org> es un sitio web que conecta con todos los registros españoles y uno de los más visitados en España. Pero el problema es identificar quién es el titular del referido portal.

En una primera aproximación podemos decir que cualquier persona privada puede ser titular hoy de un portal en Internet. Ahora bien, se trata de utilizar y colgar en ese portal una información de la que es titular el Estado –de los libros registrales y de otros soportes documentales– y los particulares de la información relativa a sus datos. Se trata por tanto de una información de la que no se puede disponer por otras personas diferentes a las mencionadas. El portal citado nace con titularidad del Colegio de Registradores tratando de ser enlace entre los diferentes registros y con el amparo normativo correspondiente⁵. En este aspecto, se puede defender que se trata de dotar de efectividad a un sistema siendo su función meramente adjetiva, formal o de enlace. Hasta aquí todo es correcto; el problema surge cuando ninguna norma establece que esa interconexión registral por medio del portal debe ser titularidad privada del Colegio de Registradores, que es lo que sucede ahora mismo.

Pues bien, este problema analizado en sede de los Registros de la Propiedad y Mercantiles se ha dado en el ámbito del derecho concursal. La Ley Concursal, en su redacción inicial, previó la creación de un nuevo sistema de publicidad registral (art. 198) que remitió al posterior desarrollo reglamentario. Recogió este mandato el Real Decreto 685/2005 (RCL 2005, 1192) que crea dos portales de Internet; un portal dependiente del Ministerio de Justicia y otro dependiente del Colegio de Registradores Mercantiles, de la Propiedad y de Bienes Muebles de España. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2142) anula uno de los portales dejando sólo como válido el dependiente del Ministerio de Justicia; y es, finalmente, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (RCL 2009, 682), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, el que crea un nuevo Registro Público Concursal que actuará a través de un portal en Internet que será el que dependerá del Ministerio de Justicia.

⁵ Así, la Disposición Transitoria 19ª de la Ley 24/2001 que establece «En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, deberá constar en soporte informático el contenido de los libros y asientos de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España»; también la Resolución de la DGRN de 31 de agosto de 1987, la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1997 y la Instrucción de la DGRN de 12 de noviembre de 1999, entre otras.

II. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE RESOLUCIONES CONCURSALES

1. El sistema de publicidad registral instaurado por la Ley Concursal⁶

En el ordenamiento jurídico actual la publicidad de las resoluciones concursales viene regulada en los artículos 23, 24 y 198 de la Ley Concursal. Si

⁶ Antes de la regulación actual ordenada en la Ley 22/2003, Concursal, eran varias las disposiciones que se referían a la publicidad de aspectos relacionados con el concurso. La declaración del concurso debía realizarse por el juez por medio de edictos, considerándose los pagos al concursado como ilegítimos si le eran efectuados (art. 1193 LEC de 1881). Los edictos debían situarse en los «sitios de costumbre», en el lugar del juicio y en el del domicilio del concursado e incluso en el Boletín Oficial de la Provincia y en la Gaceta de Madrid, si el juez lo estimaba conveniente (art. 1197 LEC). El nombramiento de los síndicos se publicaba también por medio de edictos (art. 1217 LEC) y la declaración de quiebra se daba a conocer igualmente por medio de edictos en el pueblo del domicilio del quebrado y en los demás donde tuviese establecimientos mercantiles, mediante el periódico de la plaza o la provincia si lo hubiere y en la Gaceta de Madrid cuando el juez lo considerara oportuno (art. 1317 LEC). La Ley de Suspensión de Pagos, por otra parte, estableció un abanico de posibilidades dirigidas al juez quien tiene libertad para elegir entre un medio u otro; así la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, el auto de calificación del estado de insolvencia y el auto de conclusión del procedimiento por no quedar válidamente constituida la Junta de acreedores. Posteriormente, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 no daba un tratamiento unitario a la publicidad en materia concursal. Los anuncios debían insertarse en el boletín Oficial del Estado y, en determinados casos, en los periódicos de las provincias en las que constase que el concursado tuviera sucursales, domicilios o agencias. Es la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 la que establece que la publicidad se haría efectiva mediante publicación de anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de gran circulación en la provincia en la que el deudor tuviera su domicilio o el centro efectivo de sus actividades. Se establecía además que el juez podía adoptar «cualquier medida complementaria de protección que considerara oportuna». El Proyecto de Ley Concursal sigue los pasos iniciados por la Propuesta de Anteproyecto de 1995 si bien la publicación se realiza ahora en el Boletín Oficial del Estado y se traslada al procurador del solicitante del concurso la responsabilidad de remitir los edictos a los medios de publicidad. Hasta aquí, nada habría que objetar si no tuviéramos en consideración la implicación que en esos momentos tenían ya las nuevas tecnologías. El legislador no introdujo lo que era razonable en ese momento: la configuración de una página web de consulta y acceso inmediato para los acreedores. Desde luego en la tramitación parlamentaria de la Ley se trataron de enmendar estas deficiencias pero sólo se consiguió en parte. Como vamos a ver, la Ley mantiene el sistema tradicional de publicación de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado. Hasta el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, también debía publicarse en dos diarios y se dejaba una puerta abierta a que, vía desarrollo reglamentario, se puedan utilizar medios informáticos, telemáticos y electrónicos. No parece tener demasiado sentido la habilitación reglamentaria cuando ya las leyes procesales permitían el uso de estos medios. Lo que no cabe duda es que se mantienen unas amplias facultades concedidas al juez del concurso que le habilitan para el uso de estas tecnologías, *Vide*, SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Publicidad (art. 23)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Civitas), 2004, T. I, pg. 504.

bien el primero de los artículos hace referencia a la publicidad informativa o noticia de la declaración del concurso y de otras resoluciones que puedan dictarse a lo largo del procedimiento, también el legislador trata de asegurar la constancia registral en otros registros de personas y bienes (art. 24) y, finalmente, crea un Registro Público Concursal que actuará a través de un portal en Internet dependiente del Ministerio de Justicia (art. 198, en su última redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo).

1.1. *Los diferentes tipos de publicidad*

La legislación concursal establece un modo de extender la publicidad del concurso⁷ (art. 23), regulando una serie de medios para conseguirlo de forma efectiva así como separando lo relativo a la declaración del concurso de otras resoluciones objeto de publicidad. Son dos los tipos de medios que establece la Ley para conseguirlo: aquellos de carácter obligatorio para el juez y aquellos que de forma adicional o complementaria el juez puede acordar. Dentro de los medios de carácter obligatorio están: la publicación del extracto de declaración del concurso de forma gratuita en el Boletín Oficial del Estado. El referido extracto deberá contener únicamente datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

Por otra parte, también se establecen medios a los que el juez puede acudir indicándolo en el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, ya sea de oficio o a instancia del interesado, pudiendo elegir entre cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso. Igualmente el traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los medios de publicidad que correspondan. Para el caso en que no sea posible lo anterior, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá entregarlos de inmediato a los medios de publicidad que correspondan⁸. Finalmente, el precepto contempla la posibilidad de que el solicitante sea una Administración

⁷ No podemos olvidar que el auto de declaración del concurso ya contiene dos formas de esa publicidad; en concreto, a través de la notificación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio conste en el procedimiento (art. 21.1.4^a) así como a través del llamamiento público para que interesados y acreedores que no consten en el procedimiento, puedan comparecer en el proceso.

⁸ Avance notable respecto la anterior redacción la dada también aquí por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, en el sentido de que sólo excepcionalmente para el caso de que el traslado de los oficios con los edictos no pueda realizarse por vía telemática, se entregarán al procurador del solicitante del concurso, quien deberá encargarse de su publicidad en los medios oportunos.

Pública, que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, en cuyo caso se dará traslado del oficio directamente por el Juzgado a los medios de publicidad.

El legislador también ha previsto en este precepto lo relativo a otras resoluciones del procedimiento concursal, que deben ser objeto de publicidad por medio de edictos, lo hagan a través del Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Finalmente el precepto establece que el auto de declaración del concurso y el resto de resoluciones concursales que deban ser objeto de publicidad se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que se establezca reglamentariamente⁹.

Todos los medios de publicidad anteriores son los que ha venido a establecer la nueva redacción dada al artículo 23 de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo.

Analizando el tenor de este precepto en su nueva redacción podemos extraer las siguientes conclusiones: el extracto de la declaración de concurso se publicará con la mayor urgencia y de forma gratuita en el Boletín Oficial del Estado e incluirá la siguiente información: NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. Desaparece por tanto la publicación en los diarios y se concretan los datos que debe contener esa publicidad. Además y, en aras a conseguir la efectiva digitalización del sistema, el traslado de los oficios con los edictos se hará de manera telemática y, sólo si no es posible, en la manera que se señalaba en la redacción anterior es decir por traslado al procurador del solicitante del concurso quien será el encargado de remitirlos al juez. Finalmente se señala que el auto de declaración del concurso y el resto de resoluciones se publicarán en el Registro Público Concursal conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

La Ley también prevé (art. 24) la necesaria constancia en otros registros de la situación del concurso. En concreto prevé que se inscriban la declaración del concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor así como el nombramiento de

⁹ Éste es otro de los avances que ha traído la nueva redacción dada a este precepto por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. La redacción anterior establecía que estas resoluciones judiciales fueran publicadas conforme a lo establecido al efecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en concreto *ex* artículo 236.1 Ley Orgánica del Poder Judicial). Sin duda, este intento de «digitalización» no dejaba de ser eso, un intento, puesto que dependía en definitiva de que el Tribunal tuviera conocimiento de los datos electrónicos del interesado, de que pudiera conseguirse que esa comunicación fuera auténtica y que quedara constancia fehaciente de que se hubiera enviado, que se hubiera recibido de forma completa, del momento en que se hizo así como del acuse de recibo que procediera.

los administradores concursales. Eso sí, lo que hace la Ley es distinguir entre el tipo de deudor ante el que nos encontramos. Si el deudor es una persona natural, las resoluciones anteriores deben inscribirse en el Registro Civil. Si el deudor es un sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se deben inscribir en éste esas mismas circunstancias y si, finalmente, se trata de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que constan en otro registro público, el Juez ordenará que se inscriban en ése las mismas circunstancias referidas anteriormente. En este sentido debemos destacar que la nueva redacción dada a este precepto por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, añade a la anterior que los medios para conseguir esta publicidad registral serán telemáticos preferentemente.

No obstante lo anterior, no podemos olvidar que la Ley Concursal regula la publicidad registral de otras resoluciones judiciales, además de la declaración del concurso (art. 24) como son: medidas cautelares, modificación o levantamiento de las anteriores, aprobación, cumplimiento o incumplimiento del convenio, apertura de la fase de liquidación, conclusión del concurso, reapertura del concurso, declaración de concursados culpables e inhabilitación de los administradores concursales, regulación que consigue en diferentes preceptos con remisión al que ahora comentamos y donde se regula la publicidad registral.

1.2. *Los tipos de resoluciones objeto de publicidad registral*

1.2.1. Las medidas provisionales

Con carácter previo a la declaración del concurso, pueden solicitarse y adoptarse medidas que se consideran necesarias para mantener la integridad del patrimonio del deudor (art. 17). En ocasiones estas medidas consistirán precisamente en la práctica de un asiento registral¹⁰, como una anotación preventiva de demanda o de prohibición de disponer¹¹ o de enajenar bienes inmuebles. Igualmente, en el propio auto de declaración del concurso el juez puede adoptar medidas cautelares; puede adoptar medidas tendentes a asegurar la integridad y la conservación del patrimonio así como su administración, hasta la aceptación de su cargo por parte de los administradores concursales (art. 21.1-4º).

Respecto a la anotación preventiva de demanda hemos de recordar que su efecto no es otro que el anunciar y someter a los sucesivos adquirentes a las consecuencias del pleito en curso; no obstante, en el caso de anotación

¹⁰ Vide, SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Publicidad registral (art. 24)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, pg. 518.

¹¹ Cuando lo que se solicita es una anotación preventiva de disponer no se impide las inscripciones de actos dispositivo derivados de asientos anteriores a la fecha de la anotación (art. 145 RH). También se impide la inscripción de aquellos actos dispositivo realizados con anterioridad a la fecha de la anotación pero que no accedieron al Registro (art. 17 LH), vide, GÓMEZ GÁLIGO, J., «Publicidad registral (art. 24)» en SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, *ComLC*, pgs. 535 y 536.

preventiva de demanda en un procedimiento concursal se pretende evitar la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral frente al que no se podrían ejercitar las acciones de reintegración de la masa.

Ahora bien, el Juez siempre podrá exigir la prestación de una fianza al solicitante de la medida cautelar que cubra los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al deudor para el caso de que la declaración de concurso fuera finalmente desestimada –salvo en el caso de que sea una Administración Pública la solicitante del concurso según la normativa general para estos casos–.

1.2.2. La declaración de concurso

Con la nueva regulación no es objeto de publicidad la solicitud de declaración de concurso sino sólo la declaración, independientemente de que se hayan adoptado medidas cautelares o no. La Ley establece que se deberán inscribir la declaración del concurso, la intervención o suspensión de las facultades de administración, así como el nombramiento de los administradores concursales en diferentes registros. Si el deudor es persona natural¹², en el Registro Civil¹³; si es sujeto inscribible, en el Registro Mercantil¹⁴ y si se trata de personas jurídicas no inscribibles en el

¹² En este sentido, se discutió bastante por la doctrina el caso de las personas naturales puesto que se consideraba que no era un supuesto de incapacidad inscribible en el Registro Civil. Consideramos que resulta apropiado en cuanto que es un Registro que da publicidad a las situaciones jurídicas de las personas naturales, la declaración de concurso es una más y de ahí la bondad de su reflejo registral.

¹³ Respecto al título inscribible en el Registro Civil, la Ley 22/2003, Concursal, sólo habla de «inscribirse», a pesar de que sólo causará anotación preventiva en tanto el auto de declaración de concurso no sea firme. Tanto la inscripción como la anotación preventiva deberán reflejarse al margen de la inscripción de nacimiento de la persona (art. 149 RRC), y cuando el auto sea firme se hará constar mediante inscripción con referencia al contenido de la anotación (art. 146 RRC). Los Registros donde se efectuarán estos asientos serán los del lugar de nacimiento del concursado (arts. 16 a 22 RRC). El nombramiento de administradores concursales también es causa de asiento específico. La inscripción de los administradores abre folio registral y se hará en el Registro que corresponda al juzgado de lo mercantil que esté conociendo del procedimiento concursal (art. 86 LOPJ y arts. 8 y 10 LC). Igualmente, el cese de administradores concursales constará en nota al margen de la inscripción practicada (art. 288 RRC). Respecto a los efectos que se derivan de las inscripciones en el Registro Civil en materia concursal, consideramos que es los de publicidad informativa o noticia, ya que no presupone la oponibilidad a terceros que se reserva a la prueba del estado civil y no a la del resto de actos que aún siendo inscribibles en el mismo, no tienen esa naturaleza como es el caso de las resoluciones en materia concursal, *vide*, SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Publicidad registral (art. 24)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pgs. 522 y 523.

¹⁴ Declarado el concurso se producen ciertas alteraciones en los sujetos inscritos: derecho de asistencia y voz que tienen los administradores concursales en la toma de decisiones de los órganos colegiados cuya asistencia debe hacerse constar en el acta de la reunión (art. 97.1.4 RRM) así como en las certificaciones de los acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 112 RRM) etc. No obstante, en tanto las resoluciones judiciales no sean firmes, serán objeto de anotación preventiva (arts. 24.5 LC y 323.1 RRM). En cuanto a los efectos de la inscripción, la Ley 22/2003, Concursal, no

Registro Mercantil pero constan en otro registro público, ahí deben inscribirse. Igualmente se establece que «si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en Registros Públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, si como el nombramiento de los administradores concursales¹⁵». No obstante, como hemos señalado anteriormente, la nueva redacción dada a este precepto por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, establece que todas estas inscripciones y anotaciones se realizarán «preferentemente por medios telemáticos».

Por tanto hablamos de inscripción de esas resoluciones en esos Registros. Respecto al título que es objeto de inscripción la ley establece que «El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes. Excepcionalmente y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios par la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo» (art. 24.5)¹⁶. En el mandamiento se insertará

establece nada al respecto. La regla general de que respecto al tercero serán eficaces los actos del concursado o de sus representantes realizados con anterioridad a la publicación de la declaración del concurso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 21.1 CCom) tiene dos peculiaridades: en primer lugar, respecto a las operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros siempre que prueben que no pudieron conocerlos (art. 21.2 CCom y art. 3.5 de la Directiva 68/151/CEE) y, en segundo lugar sólo el tercero de buena fe es el sujeto protegido por la inoponibilidad, siendo en este caso los administradores concursales a los que corresponde la carga de la prueba. Además en derecho español, la protección del tercero se encuentra adicionalmente conseguida ya que el contenido del Registro se presume exacto y válido —queda protegido frente a posibles inexactitudes del Registro (*ex* art. 20.1 CCom)— y la declaración de nulidad no perjudica los derechos de buena fe adquiridos con arreglo a Derecho (art. 20.2 CCom). Respecto a los actos ejecutados por el concursado, los mismos son anulables y además son constitutivos de un ilícito penal (arts. 251 a 259 CP), sin perjuicio de que en aras a conseguir la tan ansiada seguridad del tráfico, se mantengan la validez y eficacia de las situaciones que el Registro publica en determinadas circunstancias *vide*, SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «art. 24», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pg. 523.

¹⁵ Si bien la Ley se refiere a «Registros Públicos», las referencias legislativas que se contienen en el articulado tienen en cuenta la regulación del Registro de la Propiedad y no siempre resulta fácil y adecuada la adaptación a otro tipo de registros de bienes. Consideramos que a la expresión «Registros Públicos» hay que darle una interpretación amplia al objeto de poder considerar el registro contable de anotaciones en cuenta así como el registro de acciones nominativas de las sociedades anónimas y el Libro registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada —si tenemos en cuenta lo que se refleja en ambos debemos considerarlos como «registros de bienes»— por lo que los administradores de la sociedad emisora de las acciones nominativas o de las participaciones quedan sujetos a lo establecido en la Ley 22/2003, *vide*, SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «art. 24», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pg. 546.

¹⁶ En su redacción anterior a la dada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, nada se decía de la preferencia por la vía telemática para el traslado de los oficios con los edictos desde el juzgado a los registros correspondientes.

literalmente la resolución judicial con su fecha (art. 145.5 LEC (RCL 2000, 34), art. 165 RH y art. 323.1 RRM), la referencia a si es o no firme el auto de declaración del concurso, ya que si no es firme sólo puede ser objeto de anotación preventiva (art. 24.5).

La inscripción tiene carácter obligatorio como se desprende de la rotundidad de las expresiones utilizadas por el precepto. Por tanto, los efectos del auto de declaración del concurso se encuentran vinculados a su publicidad. No obstante, en tanto el auto de declaración no sea firme el mismo sólo será objeto de anotación preventiva¹⁷. El hecho de que sea anotación preventiva en estos casos es, precisamente, porque la inscripción se liga a actos de carácter definitivo y que deben quedar protegidos por todos los principios y garantías del sistema registral. El tema de qué tipo de asiento es el más adecuado en materia de publicidad registral ha sido siempre discutido. La Ley Concursal actual no llega a una conclusión final del problema y sólo establece que hasta que el auto de declaración del concurso no sea firme será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros (art. 24.5)¹⁸.

Respecto a la anotación preventiva, también es de carácter obligatorio (art. 24) teniendo como finalidad el evitar que actos dispositivos del deudor puedan hacer salir bienes de la masa provocando que nazcan terceros de buena fe protegidos por los principios registrales. La anotación preventiva no tiene carácter constitutivo (RDGRN 11.10.1985) por lo que no será necesaria la anotación de la declaración de concurso, para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos dispositivos que haya realizado el concursado de acuerdo con la administración judicial. Para esta inscripción el Registrador no exigirá anotación preventiva de la declaración. Incluso el que no exista anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, si bien como hemos dicho es obligatoria, no posibilita el que un tercero pueda adquirir bienes del deudor –adquisición que será anulable– aunque si transmite a un tercero el adquirente y no consta en el Registro la impugnación por parte de los administradores concursales de la adquisición primera, entonces ya sí el tercero aparecería como tercero protegido por la fe pública registral.

Según establece la Ley Concursal, «practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta

¹⁷ Para un tratamiento exhaustivo de la naturaleza, del objeto y de los efectos de la inscripción en los diferentes registros a los que hace alusión la Ley Concursal, *vide* SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «art. 24», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, pgs. 530 y ss.

¹⁸ Anteriormente a la Ley Concursal actual, la declaración de suspensión de pagos no tenía reservado ningún tipo de asiento en especial. La práctica, sin embargo, entiende que el asiento que corresponde es el de anotación preventiva y no el de inscripción por ser aquel más propio de situaciones de interinidad y no de situaciones ya definitivas.

Ley» (art. 24.4). Con este pronunciamiento legislativo termina una polémica doctrinal que se decantaba por la posibilidad de poder anotar embargos con posterioridad a la anotación de suspensión de pagos o quiebra, salvo que el Juez así lo considere oportuno. Queda, por tanto, dejar clara la excepción establecida en esta Ley (art. 55.1) que no es otra que aquellos casos en los que se haya dictado providencia de apremio en procedimientos administrativos de ejecución así como en casos de ejecuciones laborales con embargo de bienes del concursado, pero siempre que sean de fecha anterior a la declaración del concurso y que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad empresarial del concursado. Igualmente quedarían exceptuadas las anotaciones de embargo derivadas de ejecuciones de garantías reales y las derivadas de acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos o cedidos en arrendamiento financiero, al igual que lo relativo a las acciones de resolución de compraventas de inmuebles vendidos con condición resolutoria explícita, salvo que los bienes se encuentren ligados al tráfico empresarial o profesional del deudor.

En cuanto a los efectos que la contravención de lo dispuesto en la anotación preventiva de declaración del concurso respecto a los actos dispositivos del concursado, el criterio de la actual Ley Concursal es considerarlos anulables y sólo podrá ser interpuesta por la administración concursal, si no hubiera ella confirmado o convalidado el acto en cuestión y no hubiera caducado la acción de anulabilidad (art. 40). Por tanto, el Registrador no inscribirá los actos anulables salvo que se acredite mediante escritura pública que se ha producido la confirmación o convalidación por los administradores concursales o la caducidad de la acción o que se ha desestimado.

Respecto a la vigencia del asiento de cancelación, la Ley Concursal nada ha establecido al respecto por lo que son de aplicación las reglas generales registrales: caducarán a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma. Sin perjuicio de lo anterior, las situaciones jurídicas practicadas mediante anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad pueden ser susceptibles de prórroga más allá de esos cuatro años. Pueden prorrogarse por otros cuatro años más por mandato de las autoridades que la decretaron siempre que sea presentado antes de que caduque el asiento; así pueden ir produciéndose sucesivas prórrogas.

La anotación preventiva también, en este caso, dejará de surtir efectos si se estima el recurso de reposición o apelación contra el auto de declaración del concurso, al igual que si se produce la aprobación judicial de la propuesta anticipada del convenio o del convenio adoptado en junta de acreedores. Además de lo anterior, también deberá procederse a la cancelación de la anotación respecto a los bienes del deudor que sean separados de la masa activa.

1.2.3. Otras resoluciones concursales

Además de las anteriores, son otras muchas las resoluciones concursales que son objeto de publicidad: así, aquellas resoluciones que modifican otras an-

teriores (art. 20.2; 29.2; 37; 38.3, 40.4); el convenio y las medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de facultades de administración y disposición del deudor y que se establecen en el referido convenio (art. 137); la declaración de apertura de la fase de liquidación cuando concorra alguna de las causas establecidas en la Ley (art. 144); finalización o conclusión de convenio (art. 141) así como la reapertura del concurso que concluyó por falta de bienes y derechos y que se limitará a la liquidación de los que han aparecido posteriormente (art. 179.2).

En este sentido, puede ocurrir que las resoluciones concursales modificativas de otras anteriores consten en varios registros a la vez –Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles–. Piénsese en el caso de nuevos administradores judiciales que son nombrados y que constarán en el Registro de la Propiedad de forma separada a la declaración del concurso. Podemos decir que a cualquier cambio o modificación de la situación inicial se le tiene que dar la misma publicidad que al hecho de la declaración del concurso.

En relación al convenio podemos distinguir con la doctrina mayoritaria¹⁹ tres tipos de convenio: 1.–Aquellos convenios a los que al concursado se le han impuesto limitaciones o prohibiciones dispositivas, que sí que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles; 2.–Aquellos otros que también consideramos que son objeto de inscripción y que son los anteriormente denominados de quita o espera pero cuyo incumplimiento no debe afectar a terceros adquirentes y 3.–Aquellos que no son objeto de inscripción y que engloban los de adjudicación a los acreedores en pago o para pago y que dieron lugar (RDGRN de 25.03.1993 [RJ 1993, 2365]) a la admisión de la inscripción de los mismos, declarado posteriormente nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083).

En cuanto a la fase de liquidación del convenio tiene idéntica publicidad que la declaración del concurso. No hay que olvidar que frente a las fases anteriores aquí la Ley es imperativa y se le priva al concursado de cualquier facultad de administración y disposición adquiriendo las mismas, los administradores concursales.

Finalmente, cumplido el convenio y rechazadas judicialmente las acciones de declaración de incumplimiento presentadas o transcurrido el plazo de caducidad de las mismas, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se dará también idéntica publicidad que a la propia declaración del concurso. En el caso de que posteriormente se produjera la reapertura del concurso por aparición de bienes y derechos con posterioridad a su conclusión, se le da a esta reapertura la misma publicidad también que a la declaración del concurso, según venimos analizando.

¹⁹ GÓMEZ GÁLIGO, J., «Publicidad registral (art. 24)» en SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, *ComLC*, pg. 542.

1.3. *El Registro Público Concursal*²⁰

El panorama actual del sistema de publicidad de resoluciones concursales se completa con la creación que hace el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de un Registro Público Concursal (Disposición adicional tercera). En él se publicarán todas las resoluciones concursales que requieran serlo conforme a la Ley Concursal así como aquellas resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil (artículo 198). El Registro será accesible de forma gratuita en Internet.

El Registro Público Concursal tiene por objeto el dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal de Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, a todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la Ley Concursal así como a aquellas resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales. La referida Disposición remite al desarrollo reglamentario posterior la regulación de este Registro pero establece ya los principios sobre los que deberá girar, así como los procedimientos de inserción y acceso. Estos principios son: 1º.- Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto en el que se recogerán los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución. Extracto que será remitido por el juzgado competente conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente. 2º.- El Registro creado deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo.

En cuanto a las resoluciones objeto de registro hay que tener en cuenta además de las dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil así como las restantes resoluciones previstas en la Ley. Por tanto, deben ser objeto de registro: las sentencias que declaren el concurso como culpable (art.164.3), resoluciones relativas a designación, separación e inhabilitación de los administradores concursales (arts. 37.4, 151.3, 153.4, y 181.4) así como de los auxiliares delegados de las administración concursal. No obstante, no podemos olvidar que este Registro no obsta para que se inscriban el nombramiento de los administradores concursales en cualesquiera otros registros públicos (art. 24.1 y 2).

²⁰ El sistema de publicidad, la estructura y desarrollo de este Registro está pendiente del desarrollo reglamentario (Disposición adicional tercera y Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo). El régimen de publicidad instaurado en torno al mismo queda pendiente de entrar en vigor en función de lo que establezca el futuro desarrollo.

Respecto a la calificación del concursado como culpable, hemos de destacar que es objeto de publicidad en este Registro sólo este caso; no los casos de concursos fortuitos en los que no ha existido dolo o culpa grave. Es claro el espíritu de la ley: se trata de que este caso lo conozcan terceros que pueden verse perjudicados cuando se produce la inhabilitación para administrar bienes ajenos o de representación. Respecto a la designación de administradores concursales debemos tener en cuenta que el Juez ha de respetar una serie de requisitos en el nombramiento de los mismos. El control sobre el cumplimiento de los mismos se facilita con la publicidad a través de este Registro. Por último, también son objeto de publicidad las resoluciones relativas a la inhabilitación y a la designación de los administradores concursales. El Registro previsto en este precepto trata de asegurar que tanto en un caso como en otro se cumpla la prohibición legal de que ejerzan el cargo de administrador judicial.

Finalmente consideramos que éste era el momento para regular determinados aspectos como la relación de este régimen jurídico con la Ley Orgánica de Protección de Datos, qué efectos produce la inscripción, qué duración tienen los asientos con relación a los concursados culpables etc. No parece suficiente el tratamiento valiéndose de la remisión al desarrollo reglamentario posterior.

2. «El régimen de difusión y publicidad» establecido por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales

En la actualidad la Ley Concursal, en su redacción dada por el Real Decretoley 3/2009, de 27 de marzo, crea un Registro Público Concursal, en aras a fortalecer el sistema de publicidad registral, tal y como ha quedado expuesto más arriba. El referido Registro se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario, en concreto lo relativo a su estructura, contenido y el sistema de publicidad a través de él. Además, este sistema de publicidad que girará alrededor del mismo entrará en vigor de acuerdo con lo que establezca ese desarrollo reglamentario pendiente y futuro; se hace necesario, por tanto, estudiar el sistema vigente, aunque responda a la redacción anterior de la Ley.

Hasta esta última redacción de 2009, la Ley Concursal remitió la creación de un registro público (art. 198) a un desarrollo reglamentario posterior, que llegaría con el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales.

La norma reglamentaria se incardinaba en los principios del sistema de publicidad registral establecidos por la Ley Concursal al declarar que el objeto del referido Real Decreto era «establecer el régimen de difusión y publicidad de las resoluciones judiciales dictadas al amparo de la Ley 22/

2003, de 9 de julio, Concursal» (art. 1)²¹. Cumplía por tanto con el mandato de la Ley Concursal de difusión por «medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine» (art. 23).

Hasta este momento, no podíamos decir que el Real Decreto creaba un nuevo registro, diferente de los anteriores²², –que sí que es lo que ha hecho ahora el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo–, sino que su objetivo no era otro que el contribuir a dotar de eficacia al sistema de publicidad ya existente, permitiendo que las resoluciones concursales más significativas y de importancia pudiesen extender su publicidad por medios informáticos en aras de una mayor seguridad jurídica del tráfico. Salvedad necesaria muy importante es que no distinguía además entre el carácter inscribible o no del concursado en el Registro Mercantil.

Para conseguir su objetivo el Real Decreto creó dos portales en Internet diferentes, uno bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia y otro que se encomendaba al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. El primero de los portales daría información sobre las resoluciones concursales referidas en el artículo 198 –en su redacción anterior a la dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo– mientras que en el segundo de los portales se publicarían las resoluciones concursales inscribibles en los registros de personas. La gestión del primero de los portales se encargaba al Colegio de Registradores, de acuerdo con su capacidad operativa.

El portal de Internet dependiente del Ministerio de Justicia se estructuraba en tres secciones que se recogían en el Real Decreto (art. 4): de deudores concursados, de administradores, liquidadores y apoderados inhabilitados y la tercera de administradores concursales. El acceso al portal de Internet sería público, gratuito y permanente y se preveía ya en el Real Decreto el enlace o conexión con el otro portal dependiente del Colegio de Registradores, para que el interesado tuviera acceso a la información y pudiera contrastar con la información que consta en el Registro Mercantil en el que se encontrara inscrito el sujeto declarado en concurso de acreedores (art. 6).

El Colegio de Registradores elaboraría una estadística que remitiría al Instituto Nacional de Estadística relativa a la información que se difundiera a través del portal (art. 7). En aras a conseguir un adecuado procesamiento de la información se añade una nueva función registral como es «la centralización y la publicación de la información de resoluciones concursales en la forma prevista en el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio» [art. 2.1.d) RRM]. Como vemos, se hacía necesaria una reforma del Reglamento del

²¹ Tenor que reproduce la ORDEN JUS/3473/2005, de 8 de noviembre, sobre difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet, dictada en desarrollo y aplicación del RD 685/2005.

²² PALOMAR OLMEDA, A., «La publicidad de las resoluciones concursales», *Revista de Derecho vLex*, núm. 55, (2007).

Registro Mercantil en materia de publicidad de resoluciones concursales que es lo que hace también este Real Decreto.

Así, se establece que la calificación de los títulos relativos a nombramientos de cualquier persona natural o jurídica como administrador, liquidador o apoderado de sujeto inscrito en el Registro Mercantil exigirá la previa comprobación del índice centralizado de incapacitados del Colegio de Registradores para comprobar la existencia de una inhabilitación vigente de las previstas en el artículo 172.2.2º (art. 61 bis RRM). Igualmente se modifican los artículos del Reglamento del Registro Mercantil relativos a las menciones que deben incluirse en la hoja de inscripción y que son las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal acumulado, empresarios individuales sociales y cajas de ahorros (arts. 87.7º, 94.1.9º y 270.11º).

Se introducía también una nueva rúbrica y contenido a la sección primera de capítulo XIII relativo a la «Inscripción de las situaciones concursales y su publicidad» (arts. 320 a 325 RRM), algunos de ellos anulados posteriormente, por lo que diferimos a un momento posterior cómo quedó esta regulación.

3. El vacío legal tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007

3. El vacío legal tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007

Expuesto como queda el sistema de publicidad registral establecido con la Ley Concursal 22/2003 y su desarrollo reglamentario con el Real Decreto 685/2005, el mismo se vio alterado por la interposición de recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 685/2005 y, en concreto solicitando la nulidad de los arts. 2 a 8, art 9.1.b) último inciso y art. 9.3 del real Decreto así como los arts. 61.bis, 323.1, 2 y 3, 324, del Reglamento del Registro Mercantil en su redacción dada por el art. 10 del Real Decreto 685/2005 y Disposición Adicional Única, Disposición Transitoria Única y Disposición Final Segunda del referido Real Decreto.

Respecto a los preceptos impugnados del Real Decreto, el Tribunal Supremo parte en todo momento de la voluntad del legislador (art. 198, en su redacción original anterior a la actual dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo); su voluntad no parece ser otra que la de «asegurar la adecuada publicidad del concurso de acreedores para el cumplimiento de los fines de la institución concursal». Esa publicidad ya está asegurada, como expone el Tribunal, con el sistema de Registros Jurídicos existentes y entiende que la creación de nuevos registros no tiene razón de ser, ya que uno nuevo no ayudaría sino que complicaría la publicidad y la facilidad que se trató de infundir y que era voluntad del legislador. Por tanto si la publicidad registral ya está garantizada, la forma de reforzarla pasa por la creación

de un «sistema de publicidad». El Tribunal Supremo recoge aquí el testigo de la expresión utilizada en el Real Decreto 685/2005 de «un nuevo régimen de difusión y publicidad».

El concepto «registro» que utiliza el legislador debe entenderse en un sentido amplio y no limitado. Establece el Tribunal en la Sentencia (RJ 2007, 2142) que «por registro en sentido amplio (y mucho más cuando el texto legal no utiliza la mayúscula) debe entenderse cualquier sistema que permite tener conocimiento y constancia de forma ordenada, de cuantas cuestiones, aspectos o circunstancias son en él recogidas y es lo cierto que el portal de Internet, regulado en los arts. 2 a 8 del Real Decreto 685/2005, refuerza la publicidad registral y además permite un acceso público, gratuito y permanente (art. 6.1), conteniendo los correspondientes enlaces seguros a la base de datos pública de los Registradores Mercantiles, para que el interesado pueda contrastar la información con la que obre en el Registro mercantil correspondiente»²³. No obstante lo anterior, el Tribunal reconoce que hubiese sido deseable una redacción más precisa del artículo 198 de la Ley Concursal. El portal creado en los artículos 2 a 8 del Real Decreto es respetuoso con la voluntad del legislador –por tanto decaen los motivos para reputar los referidos preceptos ni las disposiciones impugnadas–. Hasta aquí por tanto, el primer portal creado por el Real Decreto se considera acorde y de acuerdo con lo previsto.

Respecto al segundo de los portales creado, el Tribunal Supremo considera que el Proyecto de Real Decreto que se remitió a dictamen del Consejo de Estado sólo contemplaba la creación de un único portal (*ex*art. 198 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo) y no se pronuncia respecto al otro, puesto que no se sometió a su consideración la compatibilidad de la publicidad registral con la difusión pública, gratuita y permanente que el Proyecto aspiraba a instaurar con un solo portal. Sin embargo el Real Decreto 685/2005 crea un portal (vía modificación del art. 324 RRM) y establece que «además de la publicidad formal que deba darse por el registrador mercantil competente habrá una difusión gratuita a través de Internet de la publicidad informativa»²⁴ de las resoluciones judiciales que allí se citan». Por ello el Tribunal considera que al haber procedido de ese modo se incurre en motivo de nulidad pues

²³ Resulta muy importante esta aclaración que hace el Tribunal para poder ver la diferencia con el Registro Público Concursal creado por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, en cuanto que éste sí que es un verdadero Registro que actuará a través de un portal, con la eficacia de todo Registro Público. Se pasa por tanto de una nueva ordenación y sistematización del sistema de publicidad existente a la creación de un nuevo Registro Público Concursal, con los mismos efectos que otro cualquiera –nótese cómo en la redacción actual del precepto (artículo 198) la palabra «Registro» ya aparece con mayúsculas.

²⁴ DOMÍNGUEZ CABRERA, M. del P., «La publicidad de las resoluciones concursales a través de un portal de internet tras la reforma introducida por el RD 158/2008, de 8 de Febrero», *La Ley*, núm. 7007-7009, (2008).

se trata de una regulación no contemplada en el informe que se remitió al Consejo de Estado, quien se manifestó incluso en contra de no pronunciarse de cuestiones que podían derivarse de un sistema de publicidad, que fue lo que pasó. Se declara nulo por tanto no sólo ese precepto sino los concordantes del Reglamento del Registro Mercantil (arts. 324 y 323.1 y 2 RRM; art. 9.1.b, segundo inciso a partir de «y que hayan de publicarse en el portal de Internet del Colegio de Registradores en los términos previstos en artículo 324 RRM»; art. 9.3 RRM; así como las Disposición Adicional única, Transitoria única y final segunda RRM).

A los efectos de los que a este estudio interesa queda por tratar el fallo del Tribunal respecto del artículo introducido en el Reglamento del Registro Mercantil en relación a la «calificación de títulos relativos a nombramientos» (art. 61 bis RRM). Al no alegar el recurrente motivo alguno para analizar su supuesta nulidad, el Tribunal deniega la nulidad por falta de motivo.

Tras esta Sentencia en materia de publicidad de resoluciones concursales quedaban derogados y modificados preceptos clave de la legislación concursal y del Registro Mercantil que generaron una laguna legal que era necesario cubrir.

4. Cuestiones planteadas con el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2142) mantiene la validez del portal de Internet creado por el Real Decreto 685/2005 al amparo de la Ley Concursal (art. 198, en su redacción anterior a la dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo), si bien destaca su imprecisa regulación. Es por ello por lo que el Real Decreto 158/2008 (RCL 2008, 338) entra en el detalle de la regulación del referido portal y da una nueva redacción a preceptos del Real Decreto 685/2005 para conseguirlo (arts. 2 y 3). En concreto, establece que para conseguir la publicidad registral ésta se realizará a través del Registro Mercantil siempre que la resolución fuera inscribible en éste y a través de un portal de Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia. Observamos ya el cambio introducido por la nueva regulación: la publicidad se realizará también vía Registro Mercantil si la resolución fuera inscribible en éste. En cuanto a la gestión material del servicio de publicidad que se llevará a cabo a través del referido portal de Internet, se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas (art. 2).

Hasta aquí consideramos que el avance ha sido notable con la nueva regulación en este primer punto, a pesar de que el Tribunal Supremo simplemente destacó la imprecisión con la que había sido tratado. La anterior redacción del mismo precepto dada por el Real Decreto 685/2005 establecía «La publicidad de las resoluciones judiciales dictadas previstas en el artículo 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se realizará a través

de un portal de Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia» (art.1). El desarrollo reglamentario confundía lo que es un «registro público» con lo que son medios de publicidad «con acceso al público». Si acudimos al dictado de la Ley Concursal, en ella se establecía que «la publicidad de la declaración del concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (...)» (art. 23) y que «Reglamentariamente se articulará un procedimiento para que el Ministerio de Justicia asegure el registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, en los casos previstos en esta ley» (art. 198, en su redacción anterior a la dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo). Parece que en este punto el primero de los preceptos se refiere al segundo de ellos, es decir a las notificaciones y trámites de procedimiento. Más aún, el Real Decreto 685/2005 se refiere expresamente a las «resoluciones judiciales dictadas en el art. 198 (...)» de la Ley Concursal. Hasta aquí la problemática estaba servida; se les daba a estas resoluciones una publicidad meramente informativa (ya que no se crea un registro público) quedando el tercero sin protección alguna. Es en este punto donde el Real Decreto 158/2008 da un paso adelante, modifica la redacción del precepto (art. 2) y establece que estas resoluciones judiciales serán objeto de publicidad a través del Registro Mercantil, si la resolución fuera inscribible en éste, así como a través del portal de Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.

En aras a conseguir lo anterior, será el registrador mercantil correspondiente del domicilio del concursado el que gestionará el tratamiento de los datos y su remisión al Registro Mercantil Central, si la resolución fuera inscribible en el Registro Mercantil y al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, (art. 3, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 158/2008). De acuerdo con los artículos precedentes, era necesario distinguir y que el destino al que el registrador mercantil del domicilio del concursado remitirá los datos sea el Registro Mercantil Central para los casos de resoluciones inscribibles en éste. Anteriormente, independientemente de la resolución lo mandaba al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Se da nuevo nombre a la sección segunda del portal que pasa ahora a llamarse «de administradores inhabilitados», desapareciendo ya la mención a los liquidadores y apoderados (art. 4.1). En la propia exposición de motivos del Real Decreto 158/2008 se señala como necesario el registro público de, entre otras cuestiones, «la designación o inhabilitación de los administradores concursales».

Quedando el sistema por tanto con un solo portal se hacía necesario delimitar y tratar más en profundidad cómo va a ser el tratamiento de la información registral por parte de los registradores mercantiles del domicilio del



concurado. Así, cuando se trate de las resoluciones concursales dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales cuyo registro público debe asegurar el Ministerio de Justicia, el secretario del Juzgado en el que se esté tramitando el concurso o, en su caso, el de la sección de la Audiencia Provincial que conozca de los recursos interpuestos contra las resoluciones del juez del concurso, remitirán al registrador mercantil del lugar correspondiente al domicilio del concursado, en la misma fecha en la que ésta se notifique a las partes personadas en el concurso, el testimonio de la resolución judicial. Si el concursado fuera inscribible en el Registro Mercantil, el juez acordará expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica de los asientos que correspondan art. 9.2. Desaparece, por tanto, la referencia que aparecía en la redacción anterior a las resoluciones que eran objeto de publicidad en el segundo de los portales, el dependiente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, al no existir ya éste.

Además, el Real Decreto 158/2008 establece, en aras a conseguir una coherencia en el tratamiento y el procesamiento de la información concursal, que si la resolución fuera inscribible en el Registro Mercantil, el registrador mercantil enviará la información al Registro Mercantil Central y al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, en el caso de que se trate de las contempladas en el artículo 198 de la Ley 22/2003 para poder incluirla en el portal de Internet. Si no fuera resolución inscribible, el registrador se limitará a la remisión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España (art. 9.3).

Por tanto, se aclara una cuestión que era objeto hasta este momento de confusión: al Registro Mercantil Central deben enviarse los datos relativos a las resoluciones que sean inscribibles y además al portal especial mientras que sólo se remitirán a este portal los datos relativos a las resoluciones que no sean inscribibles. Además, respecto a la inhabilitación se mantiene el que será objeto de comunicación al índice centralizado de incapacitados del Colegio de Registradores (art. 9.3).

Hasta aquí el nuevo Real Decreto 158/2008 sólo trata de mejorar el funcionamiento del portal de Internet ya creado por el Real Decreto anterior. Ahora bien, el segundo portal de Internet fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2142) que anula varios preceptos del Real Decreto 685/2005 (art. 324 RRM) y da nueva redacción a otros modificándolos en los extremos convenientes. Así, se establece que los registradores mercantiles, tras practicar el asiento correspondiente, deben remitir al Registro Mercantil Central los datos relativos a resoluciones concursales (ex art. 320 RRM) para conseguir precisión y exactitud en la información que facilite el Registro Mercantil Central y su

publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil referente al «contenido esencial» del asiento al que se refieran (art. 323.1. RRM).

En concreto, en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible se inscribirán: los autos de declaración y de reapertura del concurso voluntario o necesario; el auto de apertura de la fase del convenio; la sentencia de aprobación del convenio; la sentencia que declare el incumplimiento del convenio, y la sentencia que declare la nulidad del convenio; el auto de apertura de la fase de liquidación, el auto de aprobación del plan de liquidación y, en su caso, el auto que refleje la adopción de medidas administrativas que comporten la disolución de una entidad y que excluyen la posibilidad de declarar el concurso; el auto de conclusión del concurso y la sentencia que resuelve la impugnación del auto de conclusión; el auto de formación de la sección de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable y cuantas resoluciones dicte el juez del concurso en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. Igualmente, en el caso de declaración conjunta del concurso de varios deudores y en el caso de acumulación de concursos, se hará constar esta circunstancia en la hoja abierta a cada uno de los deudores, con expresión de la identidad de los demás.

Además, se elimina toda referencia a la difusión por internet de los deudores concursados, aunque no fueran inscribibles en el Registro (art. 324 RRM, que queda sin contenido).

Llegados a este punto, sin duda es sorprendente que la nueva regulación siga propiciando escenarios que pueden ser caldo de cultivo situaciones difíciles. Es el caso, por ejemplo, de las sociedades mercantiles no inscritas. Nada ha modificado el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, ni el Real Decreto 158/2008 sobre este punto que sí fue tratado por el Real Decreto 685/2005, vía modificación del Reglamento del Registro Mercantil (art. 322.3). Se establece en este caso que «Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia».

Se plantean en este precepto tres escenarios diferentes. El primero es el caso de una sociedad no inscrita porque esté en formación, es decir se ha otorgado la escritura pública de constitución, los otorgantes tienen la voluntad de inscribirla en el Registro Mercantil pero no lo han hecho. El segundo es cuando existe la escritura de constitución pero ésta tiene algún defecto insubsanable que ha sido así calificado por el registrador mercantil y el tercero de los escenarios es el de la sociedad irregular que se produce cuando ni siquiera existe escritura de constitución y los socios no tienen

voluntad de constituir la sociedad o ha pasado el plazo de 1 año desde el otorgamiento de la escritura de constitución sin que se haya solicitado su inscripción. Estamos ante los casos de sociedad en formación, sociedad calificada con defectos y sociedad irregular²⁵.

El Real Decreto 158/2008 le da a los tres casos un trato uniforme: se procederá a su inscripción. Para el caso de la sociedad irregular –en la que no existe escritura de constitución²⁶– la inscripción se practicará en virtud de mandamiento judicial.

Respecto al primero de los casos, el de la sociedad en formación, si bien existe escritura de constitución y podemos pensar que está sometida a calificación, como las demás, el tenor final del precepto nos lleva a concluir que el registrador deberá inscribir la sociedad en todo caso, ya que como ahora veremos es el tratamiento que se le da a la sociedad irregular. Si tenemos en cuenta la regulación que nuestro ordenamiento jurídico da a la sociedad en formación (art. 15 LSA), la regulación actual se extralimita en el sentido de que «regulariza» y da carta de naturaleza a una sociedad que todavía no lo es porque le faltan una serie de filtros –calificación del registrador– que pasar en aras de la seguridad del tráfico²⁷. Durante el período en que la sociedad está en formación se establece un régimen de responsabilidad por los actos y contratos que se realicen. Este régimen se ve alterado si finalmente la sociedad adquiere su personalidad jurídica con la inscripción.

²⁵ Han sido muchos los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por diferenciar los casos de sociedad en formación de los casos de sociedad irregular. Así se ha venido considerando el «dato fundamental de la concurrencia o no de la voluntad de excluir con carácter permanente el requisito de la inscripción registral. Si las particularidades normativas de la sociedad en formación finalizan con el acto mismo de la inscripción registral, las de la sociedad irregular comienzan cuando se excluye la inscripción de forma definitiva», SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Introducción a la publicidad registral mercantil de quiebras y suspensiones de pagos», *RCDI*, núm. 623, (1994), pgs. 1619 y 1620; Sobre aportaciones doctrinales en relación a esta figura, entre otros, URÍA, R., «Las sociedades y el Registro Mercantil», *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil (1971)*, Madrid, CEH, 1972, pgs. 189 y ss; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *AAMN*, 1989, XXX, v. I, pgs 7 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La sociedad irregular», *Derecho de sociedades anónimas, I., La fundación*, en homenaje al profesor Girón Tena, Madrid, 1991, pgs. 613 y ss.

²⁶ En las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, la escritura de constitución y su inscripción en el Registro Mercantil tienen carácter constitutivo y sin esos requisitos no pueden existir válidamente; sin embargo en las sociedades de tipo personalista la escritura de constitución es requisito para la inscripción y con ésta surge la oponibilidad frente a terceros y su fuerza probatoria. FIGA FAURA, L., «La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el registro Mercantil», *RDN*, (1977), pgs. 132 y ss.

²⁷ Con la legislación anterior en materia concursal ya se planteaba este problema ya que la solución dada era la misma: la inmediata inscripción tanto en casos de sociedades en formación como de sociedades irregulares. Llama la atención que todavía estemos arrastrando este problema. En este sentido, SÁNCHEZ PAREDES, M. L., en *RCDI*, 623 (1994), pg. 1624;

Pues bien, la «inmediata» inscripción de la sociedad en formación provoca que las dificultades y situaciones graves estén servidas. Pensemos en aquellos casos en los que los acreedores, pudiendo dirigirse contra los socios «en formación», quienes responden de forma personal y solidaria por actos realizados en nombre de la sociedad en formación antes de su inscripción (art. 15.1 LSA), dejan de poder dirigirse frente a ellos si, una vez inscrita, la sociedad asume esos actos o contratos realizados por los potenciales socios antes de la inscripción, (teniendo en cuenta el nuevo régimen de responsabilidad introducido en materia de sociedad en formación por la disposición final primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril [RCL 2009, 719] sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Limitación enorme de responsabilidad para los terceros acreedores en cuanto que el régimen de responsabilidad cambia radicalmente desde el momento de la inscripción. De esos actos o contratos que ha asumido la sociedad de forma voluntaria responde ella cesando la responsabilidad personal y solidaria de los socios y, aún más, no estamos ante un caso de responsabilidad conjunta de los socios con la sociedad sino que si la sociedad ha asumido determinados actos pasa ella de forma exclusiva a ser responsable. Además, durante el periodo en el que la sociedad está en formación, los socios están obligados a realizar las aportaciones que sean necesarias para cubrir la diferencia que pueda existir entre patrimonio y capital. Si durante este periodo se produce la inmediata inscripción de la sociedad nos podemos encontrar con sociedades que nacen infracapitalizadas y por tanto «mutiladas» ya desde su nacimiento.

El segundo supuesto se produce cuando los socios al presentar la escritura de constitución a inscripción obtienen una calificación con un defecto insubsanable o que no ha sido hasta ese momento subsanado por los otorgantes. En ese caso la sociedad necesariamente debe inscribirse (art. 322.3 RRM). Podemos estar ante una sociedad con un objeto no inscribible o con una cifra de capital social inferior al mínimo requerido legalmente para el tipo ante el que estemos, que las acciones no estén íntegramente suscritas, etc.

Ahora bien, el escenario más grave que se puede plantear es el tercer caso: si la sociedad es irregular y no existe escritura de constitución. Para estos casos, la sociedad también se inscribirá y basta que el mandamiento judicial contenga la denominación, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia. De nuevo un caso donde se «regulariza» una sociedad que podía constar en documento privado, ser verbal, secreta etc. Parece que estamos en un caso en clara contradicción con numerosos preceptos de nuestro ordenamiento. Contradicción efectuada por un Reglamento que se opone entre otros a: la necesidad de constancia en escritura pública de las sociedades mercantiles (arts 119 Cco, 7 LSA y 11 LSRL), las causas de nulidad de las sociedades (arts. 125, 145 y 152 Cco, 8 y 34 LSA, 12 y 16 LSRL) etc. Se da carta de naturaleza a meros

pactos privados que adquieren la condición de sociedad sin haber atendido a la concurrencia de consentimiento, objeto y causa.

Finalmente, habiendo analizado los tres escenarios que surgen aquí, es necesario considerar que la inscripción se realiza en virtud de «mandamiento judicial», lo que refuerza toda nuestra tesis anterior en el sentido de que no es un documento público en el que consta la escritura de constitución de la sociedad y en el que además se permite que sólo consten tres de los requisitos necesarios –arts. 8 y 10 LSA, 13 LSRL, 114 y 176 RRM, entre otros–.

También con el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero, se introducen una serie de modificaciones en el Reglamento del Registro Mercantil con consecuencias en el sistema de publicidad de las resoluciones concursales. En concreto, en relación con el régimen económico, se establece que serán los titulares del Registro Mercantil Central los que «con los recursos procedentes del expresado Registro de conformidad con su régimen arancelario, proveerán lo necesario para la adecuada instalación y para la permanente adaptación técnica y operativa del mismo» (art. 383 RRM). Además se establece que se publicarán en la sección segunda del Boletín Oficial del Registro Mercantil las comunicaciones, notificaciones y trámites a los que se refiere el art. 23.1 de la Ley Concursal (art. 422.3 RRM).

Por último, llamamos la atención sobre la nueva redacción dada en relación con la remisión de los datos por parte de los registradores mercantiles al Registro Mercantil Central (art. 323 RRM). Aquellos deberán remitirlos a éste «inmediatamente después de la práctica del asiento correspondiente». Desaparece ya toda referencia al Colegio de Registradores²⁸.

5. Novedades en materia de publicidad introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

Todo lo anterior constituía las claves del sistema de publicidad de resoluciones concursales hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2009, de

²⁸ Si bien para el caso del art. 384 RRM, queremos apuntar que la remisión debe hacerse asiento por asiento. Consideramos favorable la interpretación del precepto que considera que se haga la remisión al Registro Mercantil Central en un solo lote. La práctica recomienda que primero se termine el proceso de firma y luego se forme el bloque de datos que deben remitirse al Registro Mercantil Central, eso sí, en el mismo día. En este sentido somos de la opinión manifestada en el Informe N° 161 (BOE Febrero 2008), <http://www.notariosyregistradores.com>, que añade a este respecto «Lo que llama la atención de esta reforma es que una vez los datos en el RMC, no se establezca otro plazo, también perentorio, para el tratamiento y remisión de dichos datos al BOE para ser publicados en el Borme. Por ello la reforma, como dice el título del RD y la E, de M., no parece que tenga como finalidad la de mejorar la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico mercantil, sino sólo el que el RMC disponga los datos de las inscripciones practicadas en tiempo real, algo que ya hacía el Flei y con bastante éxito. De esta forma la información facilitada por el RMC, a través de sus notas simples,

27 de marzo, que da una nueva redacción a determinados preceptos de la Ley Concursal y crea un nuevo Registro Público Concursal (artículo 198) que actuará a través de un portal de Internet. La justificación de la modificación la da el legislador en la Exposición de Motivos de la referida norma al establecer que la Ley Concursal aparece en un contexto económico completamente distinto al actual «y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones».

En general, podemos decir que son reformas y cambios tanto en los medios para conseguir esa publicidad como en lo relativo a la creación de un nuevo Registro Público Concursal. En cuanto a los medios para conseguir la publicidad, desaparece la necesaria publicación de la declaración del concurso en uno de los diarios de mayor difusión de la provincia donde el concursado tenga sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión de la provincia donde radique su domicilio. Con la nueva regulación la publicación del extracto de declaración se hará con la mayor urgencia y de forma gratuita en el «Boletín Oficial del Estado» y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo a NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. Se establece la vía telemática como medio preferente para conseguir la publicidad, en aras a seguir dando cumplimiento a ese principio de digitalización de todo el sistema.

Pero las novedades en materia de publicidad no quedan aquí. Si la creación de los dos portales en Internet tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 y el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero quedó reducida a un solo portal, ahora se da un paso adelante y todo el sistema de publicidad registral se refuerza con la creación de un verdadero Registro Público Concursal, dependiente del Ministerio de Justicia, accesible de forma gratuita en Internet y donde se publicarán todas las resoluciones concursales que así lo requieran por la legislación concursal, aquellas en las que se declaren concursados culpables así como en las que se acuerde su designación o inhabilitación y todas aquellas que sean objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario para que se detalle la estructura, contenido y el sistema de publicidad a través de este Registro y los procedimientos de inserción y acceso. Los principios que seguirá esta futura regulación serán: 1º.- Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución y 2º.- El Registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acredi-

tendrá prácticamente la misma fiabilidad e inmediatez que la información facilitada a través del Flei»



tar de forma fehaciente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo.

Esta nueva regulación plantea una serie de problemas de derecho vigente en cuanto se establece en el mismo que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (Disposición derogatoria única). Teniendo en cuenta lo anterior y a la espera del tenor del próximo desarrollo reglamentario, según lo establecido en el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero podemos considerar que los detalles de procedimiento relativos al sistema de publicidad concretados más arriba deberán detallarse. Consideramos que el nuevo desarrollo reglamentario deberá centrarse en la importancia de que sean medios telemáticos los utilizados para la remisión de los diferentes datos, al igual que ha ocurrido en la nueva redacción de estos preceptos de la Ley Concursal.

Finalmente, en materia de derecho transitorio, el régimen de publicidad entrará en vigor según lo que establezca el futuro Real Decreto de desarrollo del Registro Público concursal, y una vez que entre en vigor se aplicará ya el nuevo régimen de publicidad a los procedimientos concursales en tramitación. Esta es la razón por la que muchos de los aspectos en materia de publicidad concursal se registrarán hasta el nuevo desarrollo reglamentario por la regulación anterior y que ha quedado expuesta más arriba. No obstante, a los procedimientos concursales ya en tramitación se les aplicará a partir del 1 de abril de 2009 la necesaria publicación del extracto de declaración del concurso en el «Boletín Oficial del Estado» y la misma tendrá carácter gratuito si así lo acuerda el juez del concurso por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Son muchos los avatares superados y avances conseguidos en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales. Como poníamos de manifiesto al comienzo de este trabajo, nos encontramos ante un resurgimiento de la publicidad formal frente a la publicidad material. La digitalización del sistema es una realidad incuestionable que se debe integrar y adecuar en los diferentes ámbitos del ordenamiento, entre ellos sin duda alguna el concursal, pero sin que esto suponga aminorar la seguridad del tráfico. Se trata de dotar de difusión y una mejor publicidad al sistema. A todo ello hay que añadir las ventajas que las nuevas tecnologías suponen y que hemos de aprovechar sin que eso suponga una duplicidad de coste no sólo económico sino temporal.

El objetivo, como señaló la ORDEN JUS/3473/2005 (RCL 2005, 2186), de 8 de noviembre, sobre difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet, debe ser «la coordinación entre la publicidad registral y la información pública de las resoluciones concursales, de forma que se

permita el acceso unificado a toda la información relevante de las situaciones concursales en una única plataforma técnicoinformática pública».

Es en este escenario donde hay que entender la nueva regulación en materia de publicidad de resoluciones concursales. Los puntos más importantes que cabe destacar en este ámbito actualmente son:

En los procedimientos concursales que estuvieran en tramitación a partir del 1 de abril de 2009, el extracto de declaración del concurso se publicará en el «Boletín oficial del Estado» y no ya en los diarios de mayor difusión de la provincia donde el deudor tuviera el centro de sus intereses principales así como en uno de los de mayor difusión de la provincia del domicilio del concursado; sin perjuicio del resto de medios obligatorios y voluntarios señalados por la Ley Concursal (art. 23)

En aras a dar cumplimiento al objetivo marcado por la Ley Concursal (art. 198), la publicidad se realizará a través del Registro Mercantil, siempre que la resolución fuera inscribible en éste, y a través del Registro Público Concursal bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia (hasta el desarrollo reglamentario que regule este Registro, sigue en vigor lo establecido en el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero, por lo que se publicarán en el portal de Internet dependiente del Ministerio de Justicia). Por tanto, hasta que pueda entrar en vigor el referido Registro Público Concursal, sigue vigente lo establecido en el Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero. Así, los registradores mercantiles son competentes respecto de las resoluciones que sean inscribibles. En cuanto a la gestión material del servicio de publicidad, que se llevará a cabo a través del referido portal de Internet, se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Este portal de Internet dependiente del Ministerio de Justicia se estructura en tres secciones. El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente.

Se aclara, por fin, una cuestión confusa: al Registro Mercantil Central deben enviarse los datos relativos a las resoluciones que sean inscribibles y además al portal especial; mientras que sólo se remitirán a este portal los datos relativos a las resoluciones que no sean inscribibles (hay que esperar al futuro desarrollo reglamentario del nuevo Registro Público Concursal para ver cómo queda este punto).

La publicidad queda limitada a los administradores inhabilitados suprimiéndose la relativa a los liquidadores y apoderados inhabilitados. Además, respecto a la inhabilitación se mantiene el que será objeto de comunicación al índice centralizado de incapacitados del Colegio de Registradores.

Por otra parte, sigue manteniéndose un confuso e incompleto tratamiento respecto de las sociedades mercantiles no inscritas. La solución dada sigue siendo la tradicional: su inmediata inscripción; su «regularización».

Finalmente, en materia de procedimiento, los registradores mercantiles deben remitir al Registro Mercantil Central, después de practicar el asiento correspondiente, los datos relativos a las resoluciones concursales con el objetivo de conseguir que la información que facilite el Registro Mercantil Central y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil permitan apreciar el contenido esencial del asiento al que hagan referencia, (igualmente, aspecto éste a confirmar con la nueva regulación que de el futuro reglamento regulador del Registro Público Concursal).

Observamos, por tanto, las luces y las sombras existentes en este momento tras la última reforma operada en el ámbito del derecho concursal (Real Decreto 158/2008 y Real Decreto-ley 3/2009). Si bien se ha llenado el vacío legal existente en muchos aspectos y se han desarrollado otros sólo apuntados en la Ley Concursal, se ha perdido la oportunidad de terminar de una vez por todas con algunas incongruencias en materia de publicidad de resoluciones concursales que podían haber desaparecido finalmente y que quedan reflejadas aquí. Confiemos en el desarrollo reglamentario al que se remite el tenor de la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2009, en el sentido de que sea la oportunidad para aclarar definitivamente el panorama de la publicidad registral concursal en nuestro ordenamiento.