

ESPECIALIZACIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO LOS JUZGADOS MERCANTILES ESPAÑOLES

*José Luis Vázquez Sotelo
Catedrático de Derecho Procesal
(Barcelona-España)*

SUMARIO.- 1. España como observatorio privilegiado.- 2. Introducción sociológica a la especialización en el trabajo.- 3. La especialización en el campo del Derecho y en los oficios judiciales.- 4. Fundamentos de la especialización judicial.- 5. Argumentos contra la especialización judicial.- 6. Excesos de la especialización.- 7. La especialización judicial en la legislación concursal española.- 8. Unidad de jurisdicción y Juzgados especiales o especializados dentro de la jurisdicción civil única.- 9. Fundamento y finalidades de la especialización del Juez del concurso.- 10. Críticas a la especialización concursal. 11. Dificultades de la especialización concursal- 12. Soluciones de la legislación española. Juez del concurso y Juez mercantil.- 13. Competencia en materia concursal de los Juzgados Mercantiles. La “jurisdicción exclusiva y excluyente” del Juez del concurso. 14. Competencias en materias no concursales de los Juzgados Mercantiles.

I. ESPAÑA COMO OBSERVATORIO PRIVILEGIADO

España es hoy un observatorio privilegiado sobre la posible conveniencia de especializar a los jueces que deben conocer de los concursos, porque, por una parte, desde mediados del siglo XIX y durante todo el siglo XX no hemos tenido Jueces especiales ni especializados, suprimidos desde un famoso Decreto de Unificación de fueros de 1868, y, por otro, la muy reciente Ley Concursal de 2003 (LC), completada mediante una Ley Orgánica del mismo año, ha optado por introducir la nueva figura orgánica de los Juzgados de lo Mercantil, para facilitar a los jueces y tribunales un mejor conocimiento de la materia concursal y de otras materias también mercantiles cuyo conocimiento se atribuye a los nuevos órganos jurisdiccionales.

Curiosamente, cuando la legislación concursal española (anterior a 2003) era extraordinariamente prolija y complicada, no teníamos en España Juzgados de concursos ni mercantiles. Y ahora que la nueva Ley Concursal ha simplificado las instituciones concursales y su regulación legal, se ha optado decididamente por la creación de órganos especiales y por la especialización de los jueces y magistrados.

La legislación española anterior a la LC. era tan prolija y complicada, que me he permitido calificarla de legislación “laberíntica” recordando el famoso

término del Dr. Salgado de Somoza, que en el siglo XVII calificó así la situación que formaban los múltiples acreedores que concurrían a la quiebra¹. Y por la misma razón que en la práctica forense existían profesionales especializados en la materia, el legislador habría podido pensar en organizar jueces especialistas o especializados en la materia en las circunscripciones judiciales donde la actividad económica era importante. Sin embargo, durante siglo y medio funcionó sin especialización alguna. Se suponía que todos los jueces tenían los conocimientos adecuados para sustanciar cualquier proceso de quiebra, por voluminoso y complejo que pudiese ser. En cambio, la nueva Ley Concursal, a pesar de haber reducido y sistematizado las instituciones y la regulación del proceso concursal, contenida ahora en una ley única, lo que facilita su conocimiento, el legislador ha optado decididamente por la conveniencia de que los jueces del concurso cuenten con una formación especializada.

2. INTRODUCCIÓN SOCIOLOGICA A LA ESPECIALIZACIÓN EN EL TRABAJO

El trabajo en las sociedades más primitivas se caracteriza porque la ausencia de toda especialización incluso rudimentaria. Todos hacen todo lo que necesitan. Si se vive de la agricultura, todos son agricultores. Si se vive de la caza, todos son cazadores. No existen oficios ni profesiones, porque hombres y mujeres hacen todo lo que necesitan. A este respecto debe recordarse siempre la no superada investigación realizada por MAX WEBER en su obra *Economía y sociedad*².

Pero tan pronto las sociedades se desarrollan inicia su aparición el trabajo especializado. La especialización responde a la conveniencia social de contar con conocimientos o técnicas específicas en una determinada materia o de disponer de habilidades o destrezas para un arte o una técnica. Es así como se inicia en Roma el ejercicio de la abogacía, a cargo del orador que defiende los

¹ La Exposición de Motivos de la Ley Concursal evoca expresamente la figura de dos tratadistas españoles que emplearon en el siglo XVII el término “concurso” para referirse a lo que se acostumbraba a llamar quiebra, otorgando preferencia al aspecto procesal (“*ad litem*”). Tal referencia oficial fué una proposición del autor de este trabajo y del Prof. LOZANO-HIGUERO PINTO que pudo ser incorporada al preámbulo de la LC cuando se encontraba en su etapa final ante el Senado. Cfr. VAZQUEZ SOTELO, *La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal*, “La Ley”, 24, septiembre, 2003, pp. 1-8 y en el volumen de *Estudios* publicados en Caracas en *Homenaje al Prof. José Gabriel SARMIENTO NÚÑEZ* (2004), en cuyos trabajos se incluye una biografía del eminente jurisconsulto español, que durante siglos fue el concursalista que gozó de mayor autoridad en las cátedras y foros de toda Europa, también incluida en el precioso minivolúmen que contiene las reproducciones en facsímil de casi todas las portadas de las múltiples ediciones de las obras de los dos autores, publicado por el Despacho de Abogados “RAMOS & ARROYO”, Barcelona, diciembre, 2004.

² MAX WEBER, *Economía y sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, tradc. de MEDINA ECHEVARRIA, ROURA PARELLA, IMAZ, GARCÍA MAYNEZ y FERRATER MORA, publicada por la prestigiosa editorial Fondo de Cultura Económica, México, 12ª reimpresión de la 2ª edc. en español, México, 1998, pp. 48 y ss.; 251 y ss..

derechos ajenos que se le encomiendan. Y es así como personas con conocimientos especiales o con destreza van haciendo surgir el médico, el arquitecto o el ingeniero, etc. Lentamente van apareciendo incipientes oficios y profesiones. Sobre este punto debe recordarse como aportación clásica el ensayo del filósofo H. SPENCER *Origen de las profesiones*³.

A partir de la Edad Media y durante siglos, todo el saber científico se compendia en dos grandes grupos multidisciplinarios: el “trivium” y el “quadrivium”, que eran todo lo que se enseñaba en las Universidades. Y algunos hombres eminentes podían reunir y dominar todos esos conocimientos. La historia nos ilustra sobre como algunos grandes físicos eran a la vez grandes filósofos y como hubo monjes que, además de filosofía y teología tenían profundos conocimientos de biología, de zoología o de botánica., aportando importantes y conocidos descubrimientos.

Pero el desarrollo de las artes y de las ciencias a partir del Renacimiento y, sobre todo, a partir del Siglo de las Luces, hizo que los conocimientos científicos se hiciesen más extensos y complicados, siendo cada vez más difícil que una misma persona pudiera conocerlos todos. Y lo que se dice de los saberes hay que decirlo también de las artes y de las técnicas, que cada vez fueron exigiendo conocimiento y habilidades especiales. Al aparecer en el siglo XIX las máquinas a vapor no todos podían dirigir un buque. Al aparecer el ferrocarril, no todos podían conducir las locomotoras. En nuestros días, no a todos se les autoriza para realizar una instalación eléctrica o de gas, ni a conducir un automóvil, ni todos pueden pilotar un avión. Volviendo al campo del derecho, no todos pueden conocer bien las leyes y entenderlas.

3. LA ESPECIALIZACIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO Y EN LOS OFICIOS JUDICIALES

I. En armonía con lo que acaba de decirse para las ciencias en general, podemos recordar el conocido texto de Ulpiano sobre la unidad del derecho y observar como durante siglos un mismo Código regulaba toda la materia jurídica (por ejemplo el Código español de Las Partidas). Un solo cuerpo legal, como el *Corpus iuris* o en España el famoso código de *Las Siete Partidas*, contenían y regulaban todo el mundo jurídico de entonces.

Varios siglos después la situación continuó igual: las sucesivas leyes que se habían promulgado para perfeccionar la regulación del código se compendiaron en la una “*Recopilación*” de leyes, después en una “*Nueva*” y más tarde en una “*Novísima*” recopilación. Una situación que se prolonga hasta el siglo XIX.

³ Herber SPENCER, *Origen de las profesiones* (trad. de GOMEZ PINILLA, Valencia, Sempere y Cia., 1909, pp.1-13 y ss. (el autor es más conocido por sus obras sobre *La Justicia* y por sus *Estudios políticos y sociales*).

Pero cuando en Francia Napoleón inicia la obra de la *Codificación*, ya se parte de que un solo Código no lo puede regular todo. Se habla de “códigos”, en plural, y van apareciendo el Código Civil, el Código Penal, el código de Procedimiento civil, el de Instrucción criminal, para regular las correspondientes materias. La Constitución española de Cádiz de 1812, preocupada por la unidad legislativa, dejó establecido que habría “unos mismos códigos” para toda la Monarquía, pero también utiliza la expresión en plural, consciente de que un mismo código no podía albergar toda la regulación positiva del mundo jurídico.

En el último siglo, en las sociedades desarrolladas, ya nadie aspira a poder dominar todo el derecho y entre los teóricos han aparecido los especialistas: romanistas, civilistas, mercantilistas, procesalistas, administrativistas, internacionalistas. La especialización científica no se ha detenido como lo demuestra el hecho de la conversión de determinadas materias en asignaturas que requieren un estudio especializado (el derecho registral, el derecho de familia, el de propiedad industrial, el de propiedad intelectual) y a veces un estudio interdisciplinar (arbitraje, derecho de los consumidores). El derecho concursal, que ha motivado la creación de nuestro Instituto, es una muestra palpable de la necesidad de aplicar varios conocimientos a una misma materia.

No solo la producción legislativa ha ido haciendo cada vez más difícil dominar todos los campos jurídicos sino que en las materias que exigen aplicar esos conocimientos a la realidad, mediante una técnica y una práctica, los criterios de aplicación que se plasman en la jurisprudencia de los tribunales han tenido un espectacular incremento. Cualquier abogado hasta mediados del siglo XX encuadraba cada año un solo volumen con toda la jurisprudencia que hoy han pasado a ser siete u ocho, a la que además hay que añadir la jurisprudencia constitucional y la de los tribunales supranacionales (representada en la Unión Europea por las dos Cortes de Estrasburgo, para salvaguardar los derechos humanos proclamados en la Convención de 1950, y de Luxemburgo, para tutelar la aplicación de la legislación europea conforme a los tratados de la Unión).

II. La situación explica que en la práctica forense (que al igual que toda la realidad social suele adelantar al legislador) se haya sentido la necesidad de la especialización jurídica. La dificultad de conocer a fondo y con precisión toda la amplitud de las materias jurídicas es la primera razón de ser de la especialización, aunque no la única.

En las grandes ciudades donde el volumen y variedad de asuntos lo permite, ya hace años que han surgido los Abogados especializados: abogados civilistas, mercantilistas, laboralistas, administrativistas, en atención a la parcela jurídica especialmente cultivada por el profesional. Puede observarse como en algunas grandes capitales, hay diarios que insertan cuadernos o suplementos especiales de publicidad de profesionales del derecho en los que los abogados que se ofrecen son siempre especialistas en las correspondientes ramas o materias de interés social: derecho de familia, patentes, marcas y diseños industriales, propiedad intelectual, derecho de sociedades, etc.

Una de las materias de especialización doctrinal y profesional es el Derecho concursal. Hasta tal punto es así que, durante el pasado siglo, en las capitales con importante actividad industrial o comercial, existen profesionales con especial competencia en la materia, a los que suelen acudir los propios abogados de las empresas si se presenta una situación de crisis. E incluso, cuando se ha hecho necesario plantear una quiebra en poblaciones en las que no existen profesionales especializados, se ha acudido a contratar abogados especializados de otras poblaciones.

III. La conveniencia de la especialización en materia de suspensiones de pagos y de quiebras, ha podido advertirse en los propios órganos jurisdiccionales.

Pese a no venir impuesta legalmente, en los Juzgados de Primera Instancia de las capitales importantes, en las que se presentaban quiebras o suspensiones de pagos con alguna frecuencia, se ha venido practicando con los medios disponibles una especialización rudimentaria. En las Secretarías Judiciales de los Juzgados de capitales importantes, a las que solían llegar cada año quiebras o suspensiones de pagos, se podía advertir como había Oficiales y Auxiliares especializados en esas materias. Si se producía la emergencia de tener que tramitar algún procedimiento concursal, el asunto pasaba a la Sección de esos funcionarios especializados.

La práctica también se ha adelantado al legislador estableciendo la especialización del órgano, utilizando alguno de los criterios de funcionamiento interno de los Tribunales. La especialización ha sido posible en las Audiencias o Cámaras de Apelaciones, en las cuales se ha utilizado el mecanismo de la atribución de asuntos mediante los criterios de “repartimiento” o atribución de asuntos en atención a la especialidad de la materia. Por ejemplo, desde hace años, en Barcelona el Tribunal Superior de Justicia tiene acordado que todos los procesos concursales junto con las demás materias mercantiles se atribuyan a una sola Sala o Sección de apelación (la Sección Quince, que ha alcanzado notable prestigio y que ha elaborado una jurisprudencia mercantil de calidad, evitando las contradicciones que en otro caso se producirían por la dispersión jurisprudencial).

La conveniencia de la especialización no se ha sentido solo en la materia comercial. En otras materias se ha impuesto también. Por ejemplo, en Barcelona funcionan desde hace años Juzgados de Familia y en la Audiencia existen Secciones con magistrados especializados en familia o en arrendamientos urbanos.

Aparece así, primero en la práctica, otro fundamento de la creación de órganos especiales o especializados en una materia: la conveniencia de crear una jurisprudencia de calidad y con las menores contradicciones, al servicio de la seguridad jurídica.

IV. Entre los antecedentes de la especialización de los jueces y magistrados para alcanzar un conocimiento más profundo sobre una determinada

materia, en España contamos con el valioso antecedente de los “magistrados especialistas” del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En 1956 se promulgó en España la Ley de la Jurisdicción Administrativa (pleonásticamente llamada “contencioso-administrativa”, en siglas LJCA). Fue una ley muy avanzada cuya elaboración se encomendó a excelentes administrativistas del momento, que supieron elaborar la ley con la mejor técnica procesal y con una de las mejores prosas legislativas de las leyes españolas. Tan excelente ha sido aquella ley que ha estado en vigor hasta 1998 en que ha sido sustituida por la ley actual pero que conserva la mayor parte de los preceptos de la ley anterior, por lo que ésta sigue viviendo en los preceptos de la ley nueva. Una de las novedades orgánica de aquella ley de 1956 fue incorporar la conveniencia de introducir magistrados especializados en derecho administrativo para integrar las Salas de Justicia. En ellas, junto a magistrados de carrera que habían alcanzado sus destinos por el “turno” o criterio de antigüedad, se sentaron otros “magistrados especialistas”, que habían alcanzado su plaza tras superar los concursos convocados en los que había que demostrar conocimientos específicos de la materia administrativa, cada día en mayor expansión durante el siglo XX. Esos magistrados ascendidos por haber superar el concurso, “saltaban” sobre sus compañeros de promoción (con las correspondientes ventajas en su retribución económica) y aportaban sus conocimientos específicos al órgano al que se incorporaban.

Este sistema de promoción mediante concurso en el que había que acreditar conocimientos especiales, permitía situar en las Salas, al lado de los Magistrados que habían accedido por el tradicional criterio de la antigüedad en la carrera, a otros que habían ascendido como Magistrados especialistas, en virtud del concurso que habían superado. El sistema ha dado magníficos resultados y los Magistrados especialistas han contribuido notablemente a elaborar una jurisprudencia de calidad.

4. FUNDAMENTOS DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL

La especialización en el ámbito jurisdiccional puede obedecer a diversas razones:

a) En primer lugar puede atender a la *dificultad de la materia*.

Puede suceder que por su *extensión* o por su *complejidad*, de hecho o de derecho, sea una materia difícil de conocer o dominar. La dificultad de la materia se convierte en estos casos en la causa que aconseja la especialización del órgano jurisdiccional o, al menos, del juez o de los magistrados que deben conocer de esas materias.

Las fórmulas o criterios posibles para lograr la especialización pueden ser varias, desde la creación de un *órgano especial* (un Juzgado o Sala de

una Corte o Tribunal), en cuyo caso la especialización comprende a todos sus integrantes, hasta la *especialización del juez* o magistrado.

Sin duda la materia concursal reúne los dos requisitos de extensión y complejidad que la hacen idónea para la especialización, puesto que concurren conocimientos de derecho civil, mercantil y procesal. Así lo ha entendido la Ley Concursal española.

b) La especialización puede venir aconsejada por los *procedimientos*, sea por su *volumen*, extensión, o *complejidad* de los autos que es preciso formar. Se trata de facilitar su manejo y consulta, imprimiendo una mayor celeridad al procedimiento.

En la materia concursal también concurre esta causa que aconseja la especialización.

En España, con la legislación de quiebras y suspensiones de pagos anterior a la Ley Concursal de 2003 era ésta la causa que más contribuía a aconsejar la especialización. Los autos de un proceso universal de quiebra, a poco que fuese de un valor económico importante, ocupaban estanterías enteras de las secretarías, que pronto resultaban insuficientes para seguir almacenando volúmenes y más volúmenes de las correspondientes secciones, piezas y ramos en los que era necesario dividir el procedimiento, para facilitar su manejo. En los Juzgados era necesario dedicar una sección de la Secretaría a estos juicios, en los cuales había que actuar cada día en varias piezas a la vez (sobre la administración del patrimonio, sobre la integración de la masa activa, sobre el reconocimiento de la masa pasiva, sobre los innumerables recursos e incidencias que se presentarán, etc.). Y los Abogados, cuando tenían que ocuparse de uno de estos juicios universales, obligados a estar pendientes día a día de todas las secciones del procedimiento, con frecuencia no podían ocuparse simultáneamente de otros asuntos en trámite.

La nueva Ley Concursal, como queda dicho, ha simplificado todo cuanto ha podido el procedimiento del concurso. A la simplificación ha contribuido especialmente la creación de la figura procesal del “incidente concursal”, para sustanciar en pieza separada todas las impugnaciones o reclamaciones que anteriormente tenían que seguir con frecuencia la senda del juicio ordinario de mayor cuantía, con sus instancias y recursos, lo que ocasionaba grandes retrasos en el juicio universal. Pero pese a la simplificación, el antiguo proceso de quiebra no por eso ha perdido su inevitable complejidad. Los autos siguen estando dividido en secciones, piezas y ramos de tramitación simultánea y separada y ordenado en volúmenes que pueden ser cientos o incluso miles, cuyo manejo puede ser semejante al de una gran biblioteca, que requiere índices, ficheros y un bibliotecario compenetrado con el fondo a manejar. Incluso puede decirse que la necesidad de especialización se ha reforzado al atribuir la Ley Concursal al Juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre todo lo relacionado con el patrimonio del deudor, lo que afecta a las acciones que se deducían ante la jurisdicción civil, administrativa o laboral, de las que ahora ha de conocer el Juez

del concurso (salvo que se refieran a derechos de la personalidad del concursado).

Esta realidad procesal constituye otra razón, acaso la más importante, de la especialización judicial en los procesos concursales.

c) Otra razón que puede aconsejar la especialización es la conveniencia de contar con una *jurisprudencia de calidad y homogénea* que evite los criterios contradictorios y la dispersión jurisprudencial.

Esta razón se utiliza con mucha frecuencia y suele constituir un acierto. La creación de Juzgados de Familia, como órganos especializados en esa materia, ha obedecido a esta razón. También la especialización mediante el criterio administrativo del “reparto” o atribución de los asuntos mercantiles a una determinada Sala de la Audiencia (Cámara de apelaciones), como en Barcelona con la Sección Quince, obedece a esta razón, ya que al ser elaborada toda la jurisprudencia mercantil por un mismo tribunal, los magistrados o son especializados o acaban especializándose y su jurisprudencia deberá ser de superior calidad además de evitar las contradicciones propias de la dispersión que se produce cuando conocen diversas Salas o Tribunales.

5. ARGUMENTOS CONTRA LA ESPECIALIZACION JUDICIAL

Con todo, la especialización no es una cuestión pacífica.

a) Varios argumentos se han alzado siempre en contra la especialización en todas sus modalidades.

Se ha dicho que el juez no puede especializarse porque el juez ya es de por sí un especialista, solo que es un “especialista en juzgar”.

Se afirma que la experiencia vendría a demostrar que el buen juez sirve para juzgar sobre cualquier materia. Lo vendría a demostrar así el dato objetivo de que muchos jueces inician su carrera como jueces civiles de primera instancia, trabajo que con frecuencia compatibilizan con el de instructores de las causas penales, y que después unos pasan a ser jueces en la jurisdicción administrativa y otros en la jurisdicción laboral, sin que el pasar de una a otra materia dificulte su trabajo o rebaje la calidad de sus resoluciones.

E incluso puede acudir a un argumento de psicología judicial y es que la especialización puede haber conformado el carácter del juez para una determinada materia, de cuya influencia el juez no sabe desprenderse cuando pasa a desempeñar un orden jurisdiccional distinto (a veces se dice de algunos jueces civiles que se nota que antes han sido jueces de instrucción durante años), de donde se seguiría la conveniencia de que el juez se desempeñe en diversos destinos juzgando varias materias jurisdiccionales.

b) Los argumentos son fácilmente refutables, sobre todo con la realidad que suele invocarse.

Por la misma razón que los profesores están especializados en las correspondientes asignaturas que constituyen su saber específico (derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, derecho administrativo o derecho procesal, que en muchas universidades se divide en derecho procesal civil y penal), los jueces no pueden conocer a fondo todo el derecho, cada vez más amplio y emergente. Salvo que el juez sea un superdotado que dedique muchas horas al estudio, normalmente no puede conocer con precisión tantas y tan diversas materias como las que hoy integran el mundo jurídico.

El juez que sabe de todo es como el profesor *tout court*. A fuerza de querer o tener que saber de todo corre el peligro de saber muy poco de todo y no saber bien de nada. Es sabido que los profesores ilustres de una determinada disciplina saben especialmente de algunas instituciones, que conocen a fondo, en tanto que las demás que integran su asignatura suelen conocerlas más superficialmente.

El rendimiento en el trabajo del juez que tiene que conocer de todo, tiene que ser necesariamente inferior a si está especializado en una determinada materia.

Cuando no existe especialización, el juez tiene que juzgar hoy una demanda de derecho de contratos (unos contratos típicos y otros atípicos, cada día más numerosos); mañana tiene que juzgar un problema de derecho sucesorio; al siguiente día una reclamación por imprudencia o por práctica médica no adecuada; a continuación un asunto de familia y otro de derecho registral o la responsabilidad derivada de un accidente de tráfico automovilístico y una demanda sobre marcas o patentes o competencia desleal o sobre propiedad intelectual o sobre sociedades... Nada se diga si, además, tiene que instruir numerosas y diversas causas penales por los delitos más variados.

Es por esa elemental razón por la que el legislador establece los llamados "ordenes jurisdiccionales" como ramas especializadas de la jurisdicción atendiendo a las correspondientes materias (orden jurisdiccional civil, penal, administrativo y laboral). Cada orden jurisdiccional culmina en una Sala en el Tribunal Supremo y es ejercido, en orden descendente, por las respectivas Salas o Secciones de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales y por los Juzgados de primer grado jurisdiccional. En el grado intermedio (Tribunales Superiores y Audiencias) las Salas están también especializadas en las materias civiles, penales, administrativas o laborales. Y en el primer grado, en las capitales más importantes, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que simultanearon lo civil con lo penal, han sido separados en las dos materias. Solo cuando el volumen de asuntos no lo justifica (fundamentalmente por razones económicas y porque no es deseable mantener órganos sin una función o actividad adecuada) se mantienen los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción.

Siendo cierto que los jueces pasan de un orden jurisdiccional a otro y que pueden ser en todos ellos magníficos juzgadores, no puede asegurarse que

esa sea la regla general, que en todo caso está desmentida por la tradicional especialización por materias en la cúpula de la pirámide judicial, según criterio inalterado desde la primera LOPJ de 1870.

Es incontestable que el criterio de la especialización en atención a las materias se ha ido difundiendo y acentuando más a partir de la segunda mitad del siglo XX y que previsiblemente el mismo criterio proseguirá en el siglo XXI.

6. EXCESOS DE LA ESPECIALIZACION

Los inconvenientes de la especialización son los pueden provenir de sus excesos. En esto, como recuerda la admonición clásica, “lo mejor es enemigo de lo bueno”, o cuando menos puede serlo.

En la especialización en el trabajo industrial se ha recordado que en algunas grandes fábricas muy automatizadas han existido trabajadores “especializados” en apretar tornillos o tuercas solo hacia la derecha, en el sentido de las manecillas del reloj, pero no hacia la izquierda, porque esa había sido durante años su única actividad laboral.

En el orden intelectual, podríamos evocar el peligro de la especialización, denunciado por el filósofo español Ortega y Gasset, cuando consideraba al especialista como un bruto que es gran conocedor de una sola cosa.

Pero tales ejemplos no son argumento contra la especialización sino solo contra los excesos. En Derecho, casi nunca una idea se puede aplicar hasta sus últimas consecuencias, si no se quiere caer en las consecuencias perniciosas de los excesos. Por ello, la especialización en el ámbito de la Justicia y del proceso civil o mercantil tampoco debe exagerarse. De ahí que una cosa sea defender o atacar la especialización y otra muy distinta censurar la forma en que se ha efectuado una determinada especialización. Se puede defender el principio de la especialización y criticar la forma en que se ha aplicado en una determinada materia.

La Ley Concursal española ha tomado en cuenta estas advertencias al establecer los Juzgados Mercantiles como órganos especiales de primer grado y al especializar a otros Juzgados de Primera Instancia en la materia mercantil. Estableciendo la competencia para conocer del concurso en los Juzgados de lo Mercantil de la capital de la provincia (o en las poblaciones de gran actividad industrial en las que se establezcan Juzgados mercantiles), la idea más elemental y sencilla habría sido crear en cada provincia o población industrialmente importante uno o varios Juzgados Mercantiles como órganos especializados. Pero esa idea, aparentemente tan lógica y sencilla, tiene los inconvenientes de que en muchas provincias apenas se presentan concursos y apenas existen procesos mercantiles, a la vez que en otras capitales un solo Juzgado especializado no será suficiente. Como es sabido, la materia mercantil va unida a la actividad industrial

o comercial, con la consecuencia de que donde ésta no exista en la proporción adecuada se crearían órganos carentes de función o con tan escaso número de asuntos que no justificarían la creación o el mantenimiento del órgano. Siguiendo las leyes de la biología, puede decirse que también en cuanto al órgano jurisdiccional la función y el órgano deben guardar la adecuada correlación. De ahí que la Ley Concursal no haya considerado prudente crear Juzgados Mercantiles en todas las capitales de provincia y, por el contrario, haya establecido varios de los nuevos Juzgados en las capitales con mayor actividad industrial o económica (Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao) mientras que en otras capitales con escasa actividad industrial ha optado por atribuir la competencia en materia mercantil a uno de los Juzgados de Primera Instancia, especializándolo de algún modo en el conocimiento de esos asuntos. Un criterio razonable, aunque sin duda tiene sus disfunciones.

7. LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA.

La legislación española ha optado por la especialización del Juez del concurso. Para ello, al promulgar la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) promulgaba simultáneamente la Ley Orgánica 8/2003, de la misma fecha 9 de julio, (cuyo carácter de ley orgánica permitió modificar la legislación vigente sobre el Poder Judicial y sobre la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales o Planta Judicial). Ambas leyes han optado por la especialización de los jueces del concurso y de los jueces mercantiles, creando en las grandes capitales de mayor actividad industrial y económica los nuevos Juzgados Mercantiles, como Juzgados especiales con jueces especialmente capacitados, a los que se encomiendan los procesos concursales además de otras materias mercantiles, de los que conocerán en exclusiva aunque dentro del orden jurisdiccional civil. Además ambas leyes atribuyen al Juez del concurso jurisdicción (mejor, competencia objetiva) de carácter exclusivo y excluyente sobre el objeto del concurso y otras posibles actuaciones o procedimientos con él relacionados. En otras ciudades sin suficiente actividad económica o industrial, no se crean, por el momento, Juzgados de lo mercantil y se atribuye a uno o varios de los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento especial de tales materias, quedando configurados como “órganos especializados”.

La opción del legislador español a muchos nos ha parecido muy acertada. Pero ha habido opiniones discordantes, contrarias a los Juzgados de lo Mercantil, como Juzgados especiales, así como a los Juzgados especializados, y a la misma especialización del juez concursal. No ha faltado tampoco quien haya criticado la forma escogida por el legislador para implantar la especialización.

8. UNIDAD DE JURISDICCIÓN Y JUZGADOS ESPECIALES O ESPECIALIZADOS DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL ÚNICA

I. Ante todo es necesario mantener clara una distinción básica: crear Juzgados especiales o especializados no supone quebrantar ni desbordar el principio de la unidad jurisdiccional, que hoy proclama el art. 117 de la Constitución española y por la cual la mejor doctrina ha venido luchando desde la segunda mitad del Siglo XIX, en que se alcanzó, en 1868, la ansiada “unificación de fueros”. La “unidad de fueros”, equivalente al de jurisdicciones en la terminología actual, que en el famoso Decreto de Unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 se planteó por razones técnicas muy sólidas, en nuestros días, sin abandonar aquéllas poderosas razones, se ha convertido en un principio constitucional básico para el Poder Judicial en el Estado.

La Constitución vigente de 1978 proclama expresamente el principio de la unidad de la jurisdicción como uno de los fundamentos políticos y jurídicos del Estado. El art. 117, apartado 3, establece el principio de la “exclusividad” en el ejercicio de “la potestad jurisdiccional, conferida sólo a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Y el mismo artículo en el apartado 5, ratifica y precisa la declaración afirmando “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*” (con la excepción limitada de la jurisdicción militar). Todavía en el núm. 6 el mismo art. 117 CE prohíbe los Tribunales de excepción.

Ahora bien, la jurisdicción, sin dejar de ser una y sin dejar de ser la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales en todo el Estado, dada la amplitud de las materias jurídicas, puede dividirse por sectores o ámbitos, que son los “ordenes jurisdiccionales”, todos pertenecientes a la única jurisdicción y al único poder judicial del Estado. Los ordenes jurisdiccionales se corresponden con las cuatro conocidas materias: civil, penal, administrativo, social (o laboral), al que se añade la (limitada) materia jurisdiccional militar (art. 9, cuyo desarrollo se encuentra en los arts. 22 a. 25 de la LOPJ). Cada uno de esos ordenes jurisdiccionales tiene su vértice en la correspondiente Sala del Tribunal Supremo, en la que culmina la organización del orden jurisdiccional (arts. 53 a 61 LOPJ).

A la vista de la Ley Fundamental, cuando hoy se defiende que en determinadas materias puedan existir Juzgados especiales o especializados y jueces especialistas, no se pretende volver a la etapa histórica de las jurisdicciones especiales, que hoy, ante todo, serían contrarias a la Ley Fundamental de 1978. Lo único que se defiende es que el órgano jurisdiccional o el juez o magistrados que lo integren puedan ser especialmente competentes en determinadas materias a las que puedan dedicarse de un modo especial, para lograr una justicia de mayor calidad.

II. En efecto, no es igual establecer una jurisdicción especial que especializar a ciertos órganos para conocer de una determinada materia dentro

del mismo orden jurisdiccional y de una única jurisdicción. Conviene tener bien clara esta distinción, de la cual deriva como corolario que la creación de órganos jurisdiccionales especiales o especializados no puede fundarse en razones políticas sino solo en razones técnicas y prácticas, de mayor y mejor productividad de la Administración de Justicia. Partiendo de esa distinción es posible defender la especialización de Juzgados y Tribunales en determinadas materias sin afrontar el reproche de la vulneración del axioma constitucional de la unidad de la jurisdicción.

En España, hasta la mitad del siglo XIX, hemos tenido multitud de “jurisdicciones especiales”. Su proliferación fue tal que obligó a promulgar el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, en un momento políticamente muy propicio, que contó con alguno de nuestros grandes legisladores, que fue el antecedente legal de la unidad jurisdiccional que establecieron después la primera Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y todas las Constituciones promulgadas durante los siglos XIX y XX.

Una de las jurisdicciones suprimidas por el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 fue precisamente la “jurisdicción de comercio”, que pasó a integrarse dentro de la “jurisdicción (civil) ordinaria”. En la primera mitad del Siglo XIX la jurisdicción de comercio llegó a contar no solo con legislación sustantiva propia (Código de Comercio de 1829) y con órganos propios sino incluso con una ley procesal específica: la Ley de Enjuiciamiento en las causas de comercio de 1830, que por cierto respondía a criterios mucho más avanzados que los del proceso civil tradicional. Desde la Unificación de Fueros, en la inmediata Ley Orgánica del Poder Judicial y en la legislación orgánica y constitucional posterior, se ha mantenido la supresión de aquella jurisdicción, a pesar de los argumentos que se han alzado a favor de su restablecimiento.

III. La Ley Concursal parte de la base de que los Jueces y Tribunales que conozcan de los concursos, dentro de la jurisdicción común u ordinaria, sean Jueces y Tribunales especializados, es decir, con conocimientos específicos en tan extensa y compleja materia. Es un principio que formula y establece en la Ley Concursal y la Ley Orgánica de la misma fecha que la complementa y que se propone implantar sucesivamente. El planteamiento nada tiene que ver con la creación de una “jurisdicción especial”, como un orden jurisdiccional nuevo a añadir a los cinco existentes, y menos con la creación de Juzgados o Tribunales “de excepción”, incompatibles con el Estado constitucional de Derecho y enérgicamente prohibidos por el artr. 117 de la Ley Fundamental.

Hasta la mitad del Siglo XIX existieron en España muchas jurisdicciones especiales (llamadas “fueros”), entre ellas la de los Tribunales de Comercio (cuyos jueces no eran profesionales o “de carrera” sino que eran propuestos o designados por las Cámaras de Comercio). Pero fueron suprimidas por el recordado Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 (ratificado con fuerza de ley) y confirmado el criterio en la primera Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (obra del gran Ministro Montero Ríos), nunca volvieron a resurgir y nadie solicita su vuelta. Como queda indicado, la unificación se realizó

por criterios técnicos, con olvido de su fundamental significación política que hoy se reconoce a los principios de exclusividad y de unidad de la jurisdicción (aunque compatible con la diversidad de ordenes jurisdiccionales en función de las materias). El Decreto de Unificación, en su preámbulo, invocaba solo razones utilitarias, muy convincentes: que “unos mismos códigos son aplicados por diversas jurisdicciones”; que la pluralidad de fueros “embaraza el funcionamiento de la Administración de Justicia”, “provocando frecuentes conflictos de fueros” entre las diversas jurisdicciones.

A partir de 1868, la unidad de jurisdicción se mantuvo durante la Dictadura (1922-1931), la República (1931-1939), el Estado que siguió a la Guerra Civil (1939-1978, con la excepción del posterior Tribunal de Orden Público para causas penales de interés político y la excesiva extensión de la jurisdicción militar). Como queda dicho, la Constitución democrática vigente, de 1978, concibe la jurisdicción como uno de los poderes del Estado (el Poder Judicial) a la que configura como “única” en todo el Estado y cuyo ejercicio es “exclusivo” de Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117, 1, 2, 3 y 4 CE) y para los cuales el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituirá su ocupación específica, bajo un severo régimen de incompatibilidades (art. 127 CE). En los años transcurridos desde 1978, nadie ha cuestionado la declaración constitucional de la unidad de jurisdicción. Nadie ha levantado la voz pidiendo volver a las jurisdicciones especiales.

En consecuencia, cuando se defiende la conveniencia de la especialización de órganos jurisdiccionales para atribuirles la materia concursal y, en su caso, otras materias mercantiles, lo que se plantea no es volver a las jurisdicciones especiales sino solo que dentro de la única jurisdicción civil determinados órganos se especialicen para atender mejor los procesos concursales y las demás materias mercantiles que se decida atribuir a esos órganos. Pero los Jueces que estén al frente de esos órganos tienen que haber sido seleccionados según los criterios de selección judicial, quedarán integrados en el único Poder Judicial y dispondrán del mismo estatuto profesional, exigiéndoseles únicamente que acrediten mayores conocimientos en derecho concursal y en las materias mercantiles de las que deban conocer.

Para que la especialización de los jueces mercantiles no riña con la unidad de la jurisdicción, es preciso que los órganos correspondan al orden jurisdiccional civil y que estén desempeñados por jueces o magistrados profesionales, independientes, inamovibles, con el severo régimen de incompatibilidades que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, seleccionados y designados según los mismos criterios que rigen para los demás ordenes jurisdiccionales. A la exigencia común de ser juez la especialización para ser juez del concurso o mercantil solo añade la condición de haber superado el curso de especialización (convocado y resuelto por el Consejo General del Poder Judicial), en el que se deberá haber demostrado el especial conocimiento de las materias concursales y mercantiles. Es decir, que los Jueces Mercantiles ante todo tienen que ser jueces que hayan ingresado en la carrera judicial

mediante el único sistema de selección establecido con carácter general para toda la judicatura. A esa condición de juez o magistrado sin más, se le añade el requisito de haber demostrado conocimientos especiales en las materias de las que van a conocer. De ese modo el Juez Mercantil goza del mismo estatuto orgánico de los demás jueces y magistrados del Estado; pertenece al mismo cuerpo o “carrera” que los demás jueces; es independiente e inamovible en el ejercicio de su función, en la que está sometido solo a la ley y por cuyo ejercicio es responsable, debiendo desempeñar su función según criterios de imparcialidad. Independencia e imparcialidad del Juez mercantil que están salvaguardadas igual que las de todos los demás jueces y magistrados. Los Jueces o Tribunales especializados son jueces o tribunales comunes u ordinarios en el orden jurisdiccional civil a los que se les encomienda el conocimiento exclusivo de determinadas materias legalmente determinadas, por concurrir alguna razón que justifica la especialización (razones que no son de tipo político sino puramente técnicas, para favorecer el despacho de los asuntos o la mejor calidad de las resoluciones judiciales dado el mejor conocimiento de la materia).

Así planteada, la especialización de Jueces para determinadas materias dentro de la única jurisdicción civil, no se confunde con la creación de una jurisdicción mercantil especial ni choca con las exigencias ni con las garantías propias de un Estado de Derecho y, en cambio, puede permitir una administración de justicia más expeditiva y de más calidad⁴.

9. FUNDAMENTO Y FINALIDADES DE LA ESPECIALIZACIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO

La especialización judicial, fundada en razones técnicas y profesionales, se justifica por los fines que con la especialización se pretenden alcanzar y que pueden resumirse en una justicia más rápida y de superior calidad y una jurisprudencia exenta de contradicciones⁵.

⁴ Conviene recordar que la de los Jueces del concurso o la de los Jueces mercantiles no constituye la primera experiencia de especialización judicial realizada en España a partir de la Constitución de 1978. Son anteriores los “Juzgados de Menores” y los “Juzgados de Familia” (órganos especializados dentro de la jurisdicción civil). Y más recientemente, ante la frecuente producción de hechos gravísimos, de gran resonancia social, como son las más variadas agresiones y homicidios en el ámbito doméstico o familiar, se han creado los llamados legalmente “Juzgados de Violencia de Género” (sobre la mujer) o, mejor, de Violencia Doméstica, como órganos jurisdiccionales especializados con competencias heterogéneas (la ley se ha elaborado como “Ley integral”), especialmente establecidos para la represión de esos delitos, aunque con atribución de múltiples y heterogéneas competencias.

⁵ Además del derecho de familia o del derecho de quiebra y de otros sectores del derecho mercantil, la especialización se aconseja para otras materias. El “Código Modelo para procesos colectivos” elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aconseja, siendo posible, Jueces especializados para sustanciar los procesos de acciones colectivas, cuya complejidad es evidente y puede no ser inferior a la de un gran proceso por insolvencia (Cfr. “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, Buenos Aires, año 2006,

Entre las finalidades que se desean alcanzar con la especialización están las siguientes

a) En primer lugar, la especialización: *facilita un conocimiento más profundo de materias muy extensas o complejas.*

Esta afirmación es una evidencia, una obviedad. En nuestros días el derecho se ha desarrollado notablemente, como también la jurisprudencia. Hace cuarenta años los abogados recibían un tomo de jurisprudencia cada año mientras hoy encuadernan seis o más. A la jurisprudencia de los Tribunales o Cortes Supremas se ha añadido la de las Cortes Regionales o Autonómicas y la de las Audiencias o Tribunales Provinciales. A ellas hay que añadir la de las Cortes o Tribunales Constitucionales, sobre todo donde funciona el amparo o acción directa del ciudadano, y la de los Tribunales o Cortes Supranacionales, como los que hay en Europa (Cortes de Estrasburgo y de Luxemburgo) y en Iberoamérica (Corte Interamericana de San José). La jurisprudencia interpreta una legislación cada vez más extensa y prolija de distinta procedencia (Estado, Regiones o Comunidades Autónomas, Tratados internacionales, Tribunales y Cortes supranacionales). Dominar toda esa materia es cada día más difícil. Si limitamos el cometido del Juez a conocer solo de una determinada materia parece indudable que se facilita su trabajo, de un modo análogo a como entre los profesionales del foro ha habido siempre abogados especializados en concursos y quiebras, o en derecho marítimo o en propiedad industrial o intelectual.

No parece discutible que el Derecho Concursal tiene suficiente enjundia y extensión como para exigir la especialización para su mejor conocimiento. Se trata de una materia muy amplia, con infinidad de problemas, cuyo estudio tiene que ser interdisciplinar o multidisciplinar.

b) En segundo lugar, ese conocimiento más profundo del derecho material y procesal que debe aplicarse *facilita el trabajo del Juez* y del equipo judicial, permitiendo una *mayor celeridad* en el despacho de los procesos. No es igual conocer de memoria las leyes, sus trámites y sus plazos e incidencias, que tener que estudiar cada paso que se debe dar, cada cuestión que se plantee. Todos los argumentos con los cuales se ha defendido la simplificación procesal tienen aquí aplicación. El mejor conocimiento de la materia y de los procedimientos facilita el trabajo del órgano jurisdiccional.

c) En tercer lugar, hacer del Juez un especialista en la materia *favorece el acierto y la calidad de las resoluciones*, tanto las de trámite como las definitivas. Es indiscutible la excelente experiencia española de la calidad de la jurisprudencia elaborada en las pasadas décadas por Salas especializadas en derecho mercantil (especialización lograda por medio de la aplicación de criterios gubernativos o internos del repartimiento de los asuntos).

núm. 9, pp. 251 y ss. Art. 40: “Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados”). La Unión Europea también se ha inclinado por exigir a cada Estado órganos especiales para los litigios sobre la la “Marca comunitaria” (en España la Audiencia de Alicante, para todo el territorio nacional).

d) En cuarto lugar, enlazando con el argumento anterior, la especialización evita la *disparidad y la contradicción de criterios judiciales* en el primer grado jurisdiccional, al ser menos los órganos especializados. Y en el segundo grado, en nuestras Audiencias o Cámaras de Apelación, es posible lograr una *jurisprudencia de más calidad y sin contradicciones*, frente a la disparidad de criterios que inevitablemente se producen donde todas las Salas de Justicia de un mismo Tribunal conocen de todo. El resultado es que se gana en *certeza del derecho* y en *seguridad jurídica*.

La legislación española (LO 8/2003) justifica en su preámbulo la creación de los nuevos Juzgados de lo mercantil (y donde no sea posible la reconversión de Juzgados de Primera Instancia en Juzgados mercantiles) invocando múltiples razones. Prescindiendo de una desacertada invocación de “la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento”, ya que lo que importa para fundar la creación de órganos especiales o especializados es la dificultad, la extensión y la complejidad de las materias jurídicas que se van atribuir a los nuevos Juzgados y Tribunales.

Más allá de esa poco acertada referencia, la creación de los nuevos órganos jurisdiccionales se justifica en el criterio del legislador en primer lugar porque la ley atribuye al Juez del concurso el conocimiento sobre múltiples materias, pertenecientes a distintos sectores y disciplinas jurídicas, que hasta ahora venían asignadas a los jueces de diversos ordenes jurisdiccionales, como los jueces de lo social o laboral y de lo contencioso-administrativo. Esa pluralidad de conocimientos exige un juez con formación especializada e interdisciplinar. La ley indica que el nombre de Juzgados de lo mercantil no pretende coincidir con el contenido del Derecho mercantil como disciplina jurídica ni con la legislación mercantil, ya que no todas esas materias se le atribuyen a los nuevos Juzgados. Precisa también que la creación de los nuevos Juzgados se plantea como juzgados especiales o especializados “dentro del orden jurisdiccional civil”, expresión en la que insiste para que quede claro que no hay el menor asomo de intención de resucitar una jurisdicción mercantil autónoma (aunque después, al autor del preámbulo de la ley, se le escapa el lapsus de hablar de “jurisdicción mercantil”). Invoca el legislador el “criterio de la experiencia”, que ha ido por delante especializando Salas de algunas Audiencias, con excelentes resultados para la jurisprudencia mercantil (a lo que habría que añadir que la experiencia ha aconsejado desde hace años la especialización de abogados y de despachos de abogados en estas materias).

La ley pretende alcanzar, con la especialización, varios objetivos: facilitar un conocimiento profundo sobre las materias objeto de la especialización; como consecuencia, resoluciones judiciales de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica; mayor celeridad en el despacho de los procesos; mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios y, mayor coherencia y homogeneidad en los criterios interpretativos y de aplicación de la ley, lo que deberá traducirse en una jurisprudencia de calidad y sin contradicciones, con

mayor seguridad jurídica, y todo ello “dentro del orden jurisdiccional civil” que culmina en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En síntesis, los objetivos o fines a alcanzar con la especialización de los Juzgados mercantiles son: 1) el mejor conocimiento de las extensas y complejas materias; 2) lo que deberá traducirse en la superior calidad de las resoluciones judiciales; 3) en la mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios; 4) en la mayor celeridad en el despacho de los procedimientos; 5) en mayor coherencia y homogeneidad de los criterios interpretativos y de aplicación de las normas jurídicas; 6) con la consecuencia de alcanzar una mayor seguridad jurídica, al contar con una jurisprudencia exenta de contradicciones.

10. CRÍTICAS A LA ESPECIALIZACIÓN CONCURSAL

Pese a todo, la especialización, además de dificultades, ha recibido críticas. Junto a autorizadas opiniones de mercantilistas y de procesalistas favorables a los Juzgados de lo mercantil y a la especialización del juez del concurso, no han faltado impugnadores que critican la especialización judicial en todo caso o bien censuran la especialización judicial en el ámbito concursal y mercantil o impugnan los criterios según los cuales se han ido implantando los nuevos órganos jurisdiccionales.^{6 7}. Entre los dos grupos de autores se observa la diferencia de la experiencia clínica en procesos de quiebra: los autores partidarios de la especialización judicial son destacados mercantilistas o procesalistas que, además de profesores, han acumulado como Abogados experiencia clínica en voluminosos y complicados procesos de quiebras; clínica que permite una observación distinta y que contrasta con lo que solo son o parecen “criterios de libro” utilizados por quienes probablemente no han tenido nunca delante de sus ojos los autos de un juicio universal de quiebra, integrados por centenares de tomos, ante los que es fácil “perderse” y cuyo manejo resulta tan difícil como el de una gran biblioteca por quien no es auténtico especialista.

⁶ Opiniones favorables a los Juzgados de lo mercantil y a la especialización judicial han sido expresadas por mercantilistas y procesalistas: SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Los Juzgados de lo Mercantil*, “Lex Nova”, enero-marzo, 2002; GARCÍA VALVERDE, *¿Especialización de los jueces en derecho mercantil?*, Libro Homenaje al Prof. Antonio HERNANDEZ GIL, III, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 2001; CARRERAS LLANSANA, *La competencia del Juez del concurso* (Estudios en Homenaje al Prof. OLIVENCIA, principal inspirador del Anteproyecto que se convirtió en Ley Concursal); FERNANDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Concursal práctico*, “La Ley”-“Iurgium”, 2004, pág. 64.

⁷ Opiniones contrarias a los Juzgados de lo Mercantil y en general contra la especialización judicial: EIZAGUIRRE BERMEJO, *Los Juzgados de lo Mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica*, “La Ley”, 5, nov. 2002; MARTI SANCHEZ, *El papel del Juez en la nueva Ley Concursal. La especialización mercantil*, “La Ley”, 18, marzo, 2003. SCOTTO DI TELLA, *Los Juzgados de lo Mercantil en el marco de la Ley Concursal*, “La Ley”, 18, septiembre, 2003; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil*, “Tribunales de Justicia”, agosto-septiembre 2002; GARCIANDIA GONZALEZ, *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

I. Entre los argumentos levantados contra la especialización están los siguientes:

a) Argumento histórico: con la creación de Juzgados Mercantiles se regresa a la situación anterior a la Unificación de fueros de 1868.

Este argumento queda sin contenido si se tiene en cuenta lo dicho acerca de que la especialización solo se plantea dentro del único orden jurisdiccional civil.

b) Argumento de derecho comparado: no existen en el Derecho comparado órganos equivalentes a los Juzgados Mercantiles.

El argumento tampoco es consistente. No solo porque en las legislaciones extranjeras que no cuentan con órganos especializados en la materia mercantil logran la especialización mediante la vía indirecta del turno de “reparto” de asuntos. utilizada entre nosotros, que permite la atribución de dichas materias a determinadas Salas o magistrados, sino también porque no todo lo que nos ofrece el derecho comparado es superior hasta el punto de que debamos imitar incluso sus errores o imperfecciones.

c) Innecesariedad de los Juzgados Mercantiles: la especialización no es necesaria para la Reforma del derecho concursal.

El argumento es cierto pero fácilmente refutable. Que la reforma mercantil pueda hacerse y funcionar sin Juzgados especializados y sin jueces o magistrados especialistas, no significa que ese sea el mejor camino a seguir. Si se llega a la conclusión de que la especialización judicial puede producir mejores resultados, parece indiscutible que debe acometerse.

d) Argumento político: la creación de los nuevos Juzgados Mercantiles está en contra de la tendencia de “acercar la justicia al justiciable”, ya que al situar los nuevos Juzgados en las capitales de provincia el derecho de los ciudadanos residentes en las villas y pequeñas poblaciones a su juez legal o natural, que tendría que ser el del domicilio y no el de la capital de la provincia.

El argumento se refuta si se observa que el indicado deseo ha sido formulado por políticos más que por juristas responsables y no se ha fundado en razones técnicas de una mejor justicia sino con la obsesión de acercar la Justicia a los centros de poder territoriales o autonómicos, para nombrar y acaso influir sobre los jueces, permitiendo a los políticos fabricar carreras judiciales espectaculares y meteóricas para personajes de confianza de los grupos políticos, de lo que Barcelona ha podido ofrecer estos años clamorosos ejemplos que han terminado en sonoros procesos penales por los más graves delitos que cabe imaginar en jueces y abogados (prevaricaciones, extorsiones, sobornos, peculados, etc.). Por otra parte, el argumento, que habría podido tener validez social en el siglo XIX, pierde en la actualidad consistencia ante la facilidad de las comunicaciones y ante el hecho de que la gestión de los procesos mercantiles se encomienda a profesionales (Abogados, Procuradores, Administradores concursales) sin apenas sacrificio alguno para los interesados. Hoy es un argumento que únicamente tiene validez para que las pequeñas causas sean juzgadas por Juzgados y Tribunales próximos a los ciudadanos interesados (así

los Juzgados de Distrito españoles, torpemente suprimidos, o los nuevos Juzgados de Proximidad franceses) y que, llevado a sus últimas consecuencias, impediría que el último control sobre los procesos judiciales pudiese ser realizado por un Tribunal Constitucional o por los Tribunales más distantes, como los de Estrasburgo o Luxemburgo o como la Corte Interamericana de San José.

A este argumento puede añadirse otro, de indudable actualidad en España en las últimas décadas: el peligro de que los nuevos Juzgados Mercantiles, situados en capitales de la mayor actividad industrial, puedan permitir que unos pocos Jueces acumulen un excesivo poder, permitiendo la aparición de nuevos “Jueces estrella”⁸, como ha venido sucediendo con los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, alguno de ellos convertido en un personaje mediático y poco menos que en un “Scheriff del mundo”. No obstante, cabe argumentar que la realidad enseña que no todos los Jueces Centrales, de la Audiencia Nacional, se han convertido en personajes mediáticos o “Jueces estrella”, con la colaboración de los medios de comunicación social. La mayoría no lo son, incluidos algunos que destacan por su competencia.

El precedente de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales está presente en varias de las objeciones levantadas. Son de aplicación los mismos argumentos utilizados para justificar *rebus sic stantibus* la existencia de dicha Audiencia y de los Juzgados Centrales como órganos de instrucción de delitos complejos con ramificaciones sobre todo el territorio nacional, de cuyos jueces solo alguno se ha dejado convertir por los medios en “juez estrella”.

e) Cabe argumentar que agilizar el despacho de los procesos debe ser una preocupación de toda la Administración de Justicia y no referirse solo a los procesos concursales o mercantiles.

La observación es cierta pero no puede objetar que esa tarea de acelerar la resolución de los procesos se plantee o se impulse en la materia concursal o mercantil, sin perjuicio de que se extienda y proyecte sobre todos los asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales.

f) Similar respuesta puede darse a la objeción levantada alegando que si la mejora de la calidad en las resoluciones de los Juzgados y Tribunales exige la especialización, habría que llevarla a todas las materias y habría que admitir que en todas en las que no existe la especialización judicial (que son las más) son resoluciones carentes de la deseable calidad.

El argumento se contesta observando que (tal como se razona en el texto) en la especialización hay que evitar excesos, que conducirían a resultados no deseables, y debe implantarse en las materias que más lo aconsejen, una de las cuales es, sin duda, el derecho de quiebras, sin perjuicio de que las

8. La preocupación por la excesiva acumulación de poder los Jueces Centrales, de la Audiencia Nacional, fue planteada en España en los tiempos del Gobierno socialista de F. González por el “bi-ministro” Belloch, que fue a la vez Ministro de Justicia y de Interior, desempeñando simultáneamente como “ministro bifronte” dos papeles bien poco compatibles en un Estado de Derecho, el de la legalidad y los jueces y el de la policía, como si pretendiera ser a la vez, guardando las distancias, Montesquieu y Fouché. Lo que es indicativo de la falta de legitimidad y de la demagogia con la que a veces se utilizan ciertos argumentos

circunstancias puedan hacer surgir otros ámbitos en los que pueda ser también deseable la especialización (baste pensar en el fenómeno tan reciente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados en España hace tres años, un ensayo que, después del enorme esfuerzo legislativo y de organización judicial realizado, hasta el momento no ha dado los resultados esperados para un fenómeno de criminalidad tan preocupante).

g) Respecto de la utilidad de la unificación u homogeneidad jurisprudencial se arguye que no se debe lograr mediante Juzgados Especiales ni Especializados sino que corresponde a la labor uniformadora del Tribunal supremo.

El argumento es totalmente inconsistente. Sin desconocer la función que en último grado corresponde al Tribunal Supremo, es innegable la utilidad de disponer de una jurisprudencia de calidad y sin contradicciones en el segundo grado jurisdiccional, en la Segunda Instancia, elaborada por las Audiencias o Cámaras de Apelación de la organización judicial española, y disponer también de unos mismos criterios de entendimiento y aplicación de la legislación concursal en el primer grado jurisdiccional, que es lo que el legislador aspira a lograr mediante los Juzgado Mercantiles o los Juzgados especializados donde aquéllos por el momento no puedan existir. Los objetivos de la certeza y de la seguridad jurídica están más cerca con los criterios del legislador español.

h) Enlazando con lo razonado bajo la letra d), se ha utilizado un argumento corporativo o profesional, consistente en que la especialización va a favorecer a los grandes despachos de abogados de las más grandes capitales (Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao), que es donde se presentarán la mayoría de las quiebras: esos profesionales serán los verdaderamente favorecidos en detrimento de los que trabajen en las restantes localidades.

El ejemplo en Derecho penal de los Juzgados Centrales y de la Audiencia Nacional vuelve a resultar evidente. Que los procesos por los delitos de mayor significación económica (no solo narcotráfico sino estafas masivas, grandes insolvencias fraudulentas, delitos con ramificaciones en varias provincias, etc.) se instruyan por los Juzgados Centrales y se juzguen ante la Audiencia Nacional, ha hecho aparecer en los medios de comunicación a los penalistas de la capital, actuando constantemente en las sucesivas causas, como si en las demás capitales no existiesen abogados y profesionales igualmente excelentes, de preparación equivalente. Pero este es un “efecto colateral” que puede derivar de la organización judicial, como sucedía hace décadas con las capitales de Audiencia Territorial, en las que había despachos especializados en los recursos de apelación que les remitían abogados de otras poblaciones. Un fenómeno profesional que también se dio con algunos famosos Abogados de Madrid, especializados en actuar en los recursos de casación que les remitían abogados de las demás capitales. Y como puede suceder hoy con la atribución de la competencia exclusiva para las patentes y marcas europeas a la Oficina de la Marca Comunitaria, situada en Alicante para todo el territorio nacional, que ha provocado que también en esa misma capital se sitúen los “Juzgados de Marca Comunitaria”, para conocer en primer grado, y que una de las Secciones o Salas

de la Audiencia de Alicante sea también el órgano de segundo grado, con jurisdicción sobre toda España, para esos litigios (art. 2º, núms. 4 y 6, de la LO 8/2003, que añade un nuevo art. 86 bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La “consecuencia”, aunque muchos profesionales pueden considerar inconveniente, no la busca el legislador sino que es un efecto reflejo de la creación de órganos jurisdiccionales especiales o especializados en algunas materias.

II. Otras críticas se han formulado no tanto contra los nuevos órganos jurisdiccionales sino contra los criterios utilizados por la Ley española 8/2003 para atribuir la competencia objetiva de los Juzgados Mercantiles, para sostener que la creación de los Juzgados Mercantiles debió limitarse sólo a las capitales de provincia con mayor número de quiebras y la especialización debió referirse solo a la materia concursal y no a todas las que la ley ha añadido.

La objeción puede ser aceptable y probablemente el proceder del legislador habría sido más sencillo y de más fácil implantación. Con todo, la fórmula legislativa no está huérfana de razones, añadiendo otras materias también mercantiles, a la competencia de los nuevos Juzgados. Es una fórmula que no está cerrada y que se irá perfeccionando con el tiempo, que tiene cuando menos la ventaja de que rebaja la carga de trabajo a los demás Juzgados de primera instancia, lo que debe contribuir a una aceleración en el despacho de los procesos en las restantes materias.

11. DIFICULTADES DE LA ESPECIALIZACIÓN

La especialización jurisdiccional no está exenta de dificultades.

La principal dificultad es su coste económico. Exige “crear” nuevos órganos jurisdiccionales especiales, con formación específica de sus jueces y funcionarios para la competencia que se les quiere atribuir, o bien “especializar” entre los órganos jurisdiccionales existentes, mediante la necesaria selección entre ellos, aquéllos a los que se quiere atribuir el conocimiento de las determinadas materias. Las dos soluciones suponen un coste económico añadido. Incluso si se opta por la segunda solución como menos costosa, obligará a crear órganos jurisdiccionales ordinarios para que puedan seguir atendiendo la carga de trabajo que despachaban los órganos que se especializan en asuntos mercantiles. Con estas dificultades ha tenido que enfrentarse el legislador español a la hora de organizar Juzgados y Tribunales con conocimientos especiales sobre derecho mercantil.

En principio, prescindiendo del coste económico, sería muy fácil resolver el problema creando “ex novo” todos los Juzgados Mercantiles que resultasen necesarios, de modo que al lado de los Juzgados de Primera Instancia para asuntos civiles en general existiese el correspondiente Juzgado de lo Mercantil. Y el primer pensamiento del legislador español parece haber ido en esta

dirección: decidió crear tantos Juzgados Mercantiles como capitales de provincia (52 en toda España). Pero muy pronto se señalaron los inconvenientes de esta solución, ya que:

a) el derecho mercantil, como derecho de las empresas, va unido al desarrollo económico o industrial de un país, el cual no se da en todas las poblaciones en idénticas proporciones, como es bien sabido (en España, junto a Madrid, Barcelona, Bilbao o Valencia, con gran actividad industrial, existen provincias y capitales en las que apenas existe actividad industrial o económica, vg. Soria o Palencia pueden ser claros ejemplos).

Como veremos, la Ley Concursal española ofrece para este problema dos soluciones de posible utilización en el futuro: a) la posibilidad legal de que pueda establecerse Juzgados de lo Mercantil en poblaciones que no sean capital de provincia, pero que por su pujanza económica o industrial justifiquen la creación (art. 2º LO 8/2003, núm. 2, que crea el nuevo art. 86 bis, 2, LOPJ) y b) la posibilidad de que algunos Juzgados de lo Mercantil extiendan su competencia territorial sobre dos o más provincias, dentro de la misma Comunidad Autónoma (art. 2º, 6, LO 8/2003, art. 86 bis, 3, LOPJ).

b) lo que se acaba de decir tiene como consecuencia que en esas capitales es posible que en muchos años no se presente un solo concurso de significación económica importante y que los Juzgados de lo Mercantil no tendrían suficientes asuntos de que ocuparse, que justificasen su creación. Es pésima la política judicial de crear o mantener Juzgados o Tribunales sin trabajo suficiente, que acaban por ser para sus funcionarios como “balnearios judiciales” en contraste con otros órganos jurisdicción saturados de asuntos. En NOTA: Así fueron llamadas en el argot forense las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, introducidos en la Constitución de 1978 mediante una enmienda “in voce” del grupo parlamentario catalán, que no se supo desarrollar en la LOPJ de 1985, las cuales salvo en algún caso no han tenido hasta hace muy poco competencias que justificasen su creación y mantenimiento, por lo que el destino en tales órganos era como disfrutar de sucesivos “años sabáticos” en “Salas del buen reposo”.

c) en contra, en varias capitales de provincia no será suficiente un solo Juzgado Mercantil y habrá que disponer de varios que funcionen simultáneamente para poder atender el número de asuntos procesales generados en las zonas de mayor actividad económica o industrial.

d) lo que significa que aunque el Estado pudiera asumir el coste de tener Juzgados Mercantiles incluso donde no sean necesarios, además de un gasto inútil su mantenimiento sería censurable y desmoralizador para los Juzgados y Tribunales sobrecargados de trabajo y no serviría para mantener con formación actualizada a los funcionarios que los servirían.

12. SOLUCIONES DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. “JUEZ DEL CONCURSO” Y “JUEZ MERCANTIL”

I. La solución del legislador español se vincula fundamentalmente a la idea central de establecer las bases para una jurisprudencia no solo concursal sino mercantil o comercial especializada, como criterio de calidad. Conviene precisar: se dice “jurisprudencia mercantil”, elaborada dentro de los órganos de la jurisdicción civil, pero no “jurisdicción de comercio”, que eso sí que sería volver al siglo XIX a la época anterior al Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 infringiendo el claro mandato del art. 117, 5, de la Constitución..

Las nuevas Ley Concursal 23/2003 y la Ley Orgánica 8/2003, ambas de 9 de julio de 2003, combinan las siguientes piezas:

a) Crea, con carácter general, *Juzgados de lo mercantil* en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y con sede en su capital (art. 2º LO 8/2003, que introduce el nuevo art. 86 bis, 1. en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El nombre de los nuevos Juzgados hace referencia a la naturaleza predominante de las materias que se le atribuyen, pero no se identifica ni se corresponde con el contenido del Derecho mercantil ni de la legislación mercantil. Con esta explicación, en el preámbulo de la ley, el legislador despeja todo asomo de que con los nuevos órganos se pretenda resucitar la antigua jurisdicción mercantil o de comercio.

El legislador justifica su preferencia por la especialización invocando no criterios o razones dogmáticas sino el “contraste pragmático de la experiencia” de nuestra práctica judicial, que ha adelantado en el proceso de especialización que la ley acoge. Es cierto: como ya se dice en diferentes lugares, la especialización antes que en la ley está en la realidad de los despachos profesionales y de los propios Juzgados y Salas de Justicia. La dificultad, complejidad y volumen de los procesos de quiebra, divididos en secciones, piezas, ramos, incidencias, y a veces en infinidad de gruesos tomos, exige especialización del Juez y pudiendo ser del equipo judicial.

Con la creación de los nuevos Juzgados de lo mercantil el legislador aspira a alcanzar otros objetivos: mayor calidad de las resoluciones, al provenir de jueces con conocimientos específicos en las materias encomendadas, mayor celeridad y mayor agilidad en el despacho de los procesos; y coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, esperándose alcanzar con los nuevos Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, criterios más homogéneos y mayor seguridad jurídica. Cuando el legislador, respecto de las capitales de provincia con poca actividad mercantil, no puede llevar a término su propósito de crear Juzgados de lo mercantil ni contar con jueces especializados, invoca los principios de “eficacia y de adecuación de medios”, aunque en realidad está invocando las limitaciones exigidas por la economía de medios disponibles y los inconvenientes de mantener órganos jurisdiccionales inactivos o con insuficiente actividad, de modo que no se justifica su creación o mantenimiento.

b) En las referidas capitales de provincia, de mayor actividad industrial o mercantil, habrá “uno o varios” Juzgados de lo mercantil, en razón al número de asuntos que las estadísticas judiciales permitan calcular que se plantearán (nuevo art. 86 bis, 1, LOPJ cit.).

La idea inicial del legislador parece la de establecer un Juzgado especial para la materia mercantil en cada capital de provincia. Pero en realidad no ha sido así, aunque deja abierta esa solución para el futuro: como veremos hay varias capitales en las que ha resultado necesario crear varios *Juzgados de lo mercantil*, mientras que en otras capitales de provincia no hay por el momento razones que justifiquen la creación de un Juzgado especial, acudiéndose entonces al criterio que la ley llama *Reconversión de Juzgados civiles en Juzgados mercantiles*. La primera solución la ha aplicado en las 16 capitales de provincia de mayor actividad mercantil. La segunda en las restantes capitales de provincia.

Los Juzgados de lo mercantil han iniciado su funcionamiento a partir del día 1 de septiembre de 2004 (D. final 2ª de la LO 8/2003).

El sistema de la ley se completa con las siguientes previsiones:

c) En algunas poblaciones que no sean capital de provincia – atendida su población, núcleos industriales o mercantiles y actividad económica-, la ley abre la posibilidad de crear Juzgados de lo Mercantil si las circunstancias lo aconsejan o exigen (nuevo art. 86 bis, 2, de la LOPJ).

Existen poblaciones que sin ser capitales de provincia tienen una actividad industrial y comercial muy superior a la de la mayoría de las capitales, por lo que puede resultar aconsejable o necesario establecer un Juzgado especial, de lo mercantil. Así, la ciudad de Vigo, de mucha más actividad económica que Pontevedra, la capital de la provincia. El ejemplo no es único: puede pensarse en Jerez de la Frontera respecto de Cádiz, en Gijón respecto de Oviedo, en Reus respecto de Tarragona, etc.. Son los datos estadísticos de su actividad económica e industrial los que pueden hacer aconsejable establecer un Juzgado especial para la materia mercantil.

Tendremos entonces Juzgados de lo mercantil cuya circunscripción territorial (que la legislación concursal llama “jurisdicción”) no coincida con el territorio de la provincia, por lo que queda dispuesto que “al crear el Juzgado especial se definirá el territorio sobre el que extenderá su competencia”.

d) A la inversa, la ley abre también la posibilidad de crear Juzgados de lo mercantil que extiendan su competencia territorial (“jurisdicción” en la terminología de ley) sobre varias provincias (“dos o más”), aunque deben pertenecer a la misma Comunidad Autónoma (nuevo art. 86 bis, 3, de la LOPJ).

Cabe pensar en provincias de una misma Comunidad para las cuales, agrupadas, pueda ser suficiente un Juzgado de lo mercantil. Por ejemplo, Valladolid y Palencia, Avila y Segovia, pertenecientes a Castilla y León (antigua Castilla La Vieja) o Toledo y Guadalajara, pertenecientes a Castilla-La Mancha (antigua Castilla La Nueva) o Huesca y Teruel, ambas pertenecientes a Aragón.

Podremos tener así Juzgados de lo mercantil multiprovinciales, que deberán llevar el nombre de la ciudad en la que tengan su sede.

También en este supuesto el territorio sobre el cual el Juzgado extenderá su competencia no coincidirá con la circunscripción provincial., sino que será superior. Al crear el Juzgado la disposición orgánica deberá definir las provincias que somete a la competencia del nuevo órgano jurisdiccional.

e) En la ciudad de Alicante, los Juzgados de lo Mercantil tendrán “además” una competencia especial, para conocer en primera instancia, “de forma exclusiva” y “sobre todo el territorio nacional”, de todos los litigios relativos a la llamada “Marca comunitaria” o a los “Dibujos y modelos comunitarios”. A estos efectos, tales Juzgados recibirán el nombre de “Juzgados de Marca Comunitaria” y extenderán su competencia territorial sobre todo el territorio del Estado.

Su creación obedece a que es en Alicante donde tiene su sede la Oficina de Armonización del Mercado Interior (en siglas OAMI) y a la necesidad de establecer los órganos jurisdiccionales competentes en primera y en segunda instancia sobre marcas comunitarias, dibujos y modelos comunitarios, con competencia o jurisdicción sobre todo el territorio nacional (los “Tribunales de marcas comunitarias”), dando así cumplimiento a los Reglamentos 40/94 del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993 (sobre la marca comunitaria) y 6/2002, también del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001 (sobre dibujos y modelos comunitarios), que obligan a los Estados miembros a disponer los órganos jurisdiccionales para conocer en todo el territorio nacional de estos litigios.

En España los órganos de primer grado son los Juzgados de Marca Comunitaria de Alicante y el órgano de segundo grado es una Sala de la Audiencia Provincial de dicha capital.

f) Los nuevos jueces de lo mercantil tienen que haber superado un concurso de jueces especialistas, convocado por el Consejo General del Poder Judicial, entre quienes ya son jueces y magistrados, para demostrar conocimientos específicos en las materias mercantiles (entre ellas la concursal) que constituirán el cometido jurisdiccional de los nuevos Juzgados y Salas de Justicia, en las que serán “jueces especialistas”.

g) En las Audiencias Provinciales, en las que el volumen de asuntos lo justifique (las de las grandes capitales), una Sección o Sala (o varias, si son necesarias) será la que tendrá competencia exclusiva en las materias mercantiles, llevándose así la especialización a la segunda instancia, con lo que se espera formar una jurisprudencia mercantil de calidad y sin contradicciones, sin perjuicio de la función jurisdiccional y jurisprudencial que en estas materias se pueda atribuir a las Salas respectivas de los Tribunales Superiores de Justicia, como órganos de superior jurisdicción en cada Comunidad Autónoma y sin perjuicio de la última función unificadora que corresponde a la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo.

h) Podría pensarse que la idea original del legislador sería establecer un Juzgado de lo mercantil en cada capital de provincia. De hecho, el concurso se c o n v o c ó para proveer 52 Juzgados, lo que habría podido hacer pensar que se ubicaría un Juzgado en cada capital de provincia. En realidad no ha sido así.

En las 16 capitales de provincia con mayor actividad mercantil se han creado los Juzgados que se consideraron necesarios en atención a los datos estadísticos (7 Juzgados en Madrid, 5 en Barcelona, 2 en Valencia, etc.), a los cuales han sido destinado los magistrados que lo solicitaron tras haber superado

el concurso convocado (de las 55 plazas convocadas han sido seleccionados 37 magistrados). En el poco tiempo transcurrido ya se han alzado voces judiciales sobre la saturación de asuntos en varios de los nuevos Juzgados, solicitando ampliar su número, que tendrá que ser reajustado a iniciativa del Ministerio de Justicia en función de los datos estadísticos⁹.

En otras 12 capitales de provincia en las que el volumen de asuntos mercantiles se considera será menor que el de las primeras 16 capitales, por el momento no se han creado Juzgados de lo mercantil sino que su competencia se ha atribuido a los correspondientes “Juzgados de Primera Instancia” designados al efecto, los cuales “compatibilizan el ejercicio de la jurisdicción sobre las materias mercantiles con las demás materias propias del orden jurisdiccional civil”. A diferencia de los jueces de los Juzgados de lo mercantil, a cargo de jueces especialistas, los de este segundo grupo de capitales son “Juzgados especializados” (Juzgados de Primera Instancia reconvertidos en Juzgados de lo mercantil) y no necesariamente están a cargo de jueces especialistas.

En las 24 restantes capitales de provincia, la Sala de Gobierno de cada Tribunal Superior de Justicia “designará un Juzgado de Primera Instancia” (o incluso un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción) al que se atribuya el conocimiento de las materias propias de los Juzgados de lo mercantil, además de las materias del orden civil, que habrán de compatibilizar también todas esas materias.

i) La ley opta por la solución de la “*reconversión de juzgados de primera instancia en juzgados mercantiles*” en aquéllas capitales en las que no sea necesaria la ampliación de la planta judicial. La solución es más imperfecta y contradice la aspiración de los objetivos a alcanzar por medio de la especialización de los órganos jurisdiccionales y la formación específica de los jueces.

El legislador es consciente de ello a invoca el “principio de eficacia y de adecuación de medios”, para hacer referencia a las limitaciones presupuestarias y a los inconvenientes de órganos jurisdiccionales con insuficiente número de asuntos.

Existen ciudades en España que siendo capitales de provincia, acaso durante todo un siglo no hayan tenido que sustanciar un proceso de quiebra importante por su cuantía o por su volumen y complejidad. Es posible que apenas tengan que conocer de los demás asuntos mercantiles ahora atribuidos a los nuevos Juzgados de lo mercantil, con lo que no se justifica su creación.

El problema no es nuevo. Ya se ha planteado cuando se decidió hace años especializar en las capitales los Juzgados de Primera Instancia e

⁹ El concurso se anunció para cubrir 55 plazas de Magistrados especialistas. Han superado las pruebas del concurso 37 Magistrados, reconociéndoseles la aptitud especial necesaria para desempeñar Juzgados Mercantiles. Pero solo poco más de la mitad de los seleccionados solicitaron los nuevos destinos, con lo que temporalmente habrá plazas desempeñadas por Jueces no especialistas. Un grupo de los seleccionados ha expresado públicamente su preocupación por el número insuficiente de Juzgados creados y por la también insuficiente dotación de personal de cada Juzgado, lo que puede dificultar alcanzare los objetivos propuestos por el legislador.

Instrucción, separando las dos funciones para atribuir las a Juzgados de Primera (solo de) Primera Instancia y a Juzgados (solo de) Instrucción. No en todas las capitales ha resultado conveniente la separación y menos en las más pequeñas poblaciones, en las que siguen funcionando los tradicionales Juzgados mixtos de Primera Instancia y a la vez de Instrucción. Por eso se optó por “especializar” los Juzgados en civiles y penales en todas las capitales importantes donde el volumen de asuntos y el número de Juzgados aconsejaba la separación, mientras que en las demás localidades se han mantenido los tradicionales Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Una solución similar ha sido la seguida hasta ahora con los Juzgados Mercantiles.

En esta materia lo mejor puede ser enemigo de lo bueno y no es aconsejable crear o mantener Juzgados sin la adecuada “carga de trabajo” que justifique su mantenimiento. Al igual que en biología, la falta la función jurisdiccional adecuada produce la atrofia o distrofia del órgano.

j) Por el momento la especialización judicial en puridad no se ha llevado a los órganos de la segunda instancia, a pesar de que son los que crean la jurisprudencia (a la que puede seguir la del Tribunal Supremo). La figura del Magistrado especialista en derecho concursal o mercantil, hasta ahora, no ha sido aplicada a las Audiencias. No se han convocado todavía concursos para magistrados especialistas de las Audiencias. Pero el legislador no renuncia a llevar la especialización al segundo grado jurisdiccional. Después de enunciar los objetivos que espera conseguir, el legislador afirma que “esta especialización debe tener su implantación igualmente en la segunda instancia”, si bien añade que “para ello bastará que una o varias Secciones de las Audiencias Provinciales, asuman en exclusiva el conocimiento de los asuntos propios de esta jurisdicción mercantil”¹⁰. La ley opta de momento por utilizar un criterio equivalente al llamado “turno de reparto” de asuntos, como criterio gubernativo o interno del Tribunal que permite derivar los procedimientos concursales a una Sala o Sección de la Audiencia Provincial que de ese modo se convierte en Sala especializada (ya se ha aludido a la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona, que ha elaborado unas de las mejores jurisprudencias mercantiles producidas en España).

II. Juez del concurso y Juez mercantil. El sistema de la legislación española obliga a distinguir entre “Juez del concurso” y “Juez de lo mercantil”, cualidades que a veces no coincidirán. En las ciudades de mayor importancia industrial, el Juez del concurso será el Juez de lo mercantil de la provincia y, existiendo varios, aquél al que haya correspondido conocer del proceso concursal. Donde no existan Juzgados de lo Mercantil, Juez del concurso será el Juez de Primera Instancia “reconvertido” o especializado como Juez mercantil, o incluso el Juez de Primera Instancia e Instrucción “designado” por la Sala de Gobierno del

¹⁰ *Sic*: un grave lapsus del escritor ministerial que habla de “jurisdicción mercantil”, después de haber afirmado reiteradamente que los nuevos Juzgados se incardinan en la jurisdicción civil.

Tribunal Superior de Justicia para atender los asuntos mercantiles de su circunscripción.

Como se ha dicho, en los últimos casos se pierden las ventajas de la especialización. Pero los criterios observados en su práctica por los Juzgados de lo mercantil de su Comunidad Autónoma y la jurisprudencia establecida por el Tribunal Superior de Justicia respectivo, ayudarán y orientarán a los Jueces no especialistas en la aplicación de la legislación concursal y mercantil puesta a su cargo.

13. LA “JURISDICCIÓN EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE” DEL JUEZ DEL CONCURSO.

a) La Ley Concursal (art. 8 LC 23/2003) y la LO 8/2003 (art. 2º, 7, que ha introducido en la LOPJ el nuevo art. 86 ter, 1) atribuyen al Juez del concurso, expresamente, una competencia objetiva específica y muy amplia que la ley llama “jurisdicción exclusiva y excluyente” del Juez del concurso, sobre las materias que indica. En virtud de la segunda de las leyes citadas (art. 2º, 7) ha quedado establecido así en el nuevo art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que enumera en seis apartados las materias expresamente atribuidas a la competencia objetiva exclusiva y excluyente del Juez del concurso. La enumeración de las materias se corresponde con la contenida en el art. 8 de la Ley Concursal sobre Jurisdicción y competencia del Juez del concurso.

Las dos expresiones utilizadas por el legislador para definir esa competencia como “exclusiva” y como “excluyente”, son una expresión pleonástica con la que se quiere expresar y ratificar o reafirmar el criterio del legislador de que de todas las materias que indica solo pueda conocer el Juez del concurso y de que de tal conocimiento quedan excluidos los demás jueces.

b) La *competencia exclusiva y excluyente* comprende las siguientes materias:

1ª *Acciones civiles de contenido patrimonial* que puedan afectar al patrimonio del deudor:

“Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” (art. 86, ter, 1, 1º).

2ª *Acciones sociales (laborales)* para la extinción, modificación o suspensión colectiva de los *contratos de trabajo* y de los contratos de alta dirección de la empresa del concursado:

“Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de contratos de trabajo en los que el

concurado sea empleador, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección (art. 86, ter, 1, 2º).

3ª *Toda ejecución* sobre los bienes y derechos patrimoniales del deudor:

“Toda ejecución sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (art. 86, ter, 1, 3º).

4ª *Toda medida cautelar* que afecte al patrimonio del concursado:

“Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles excluidos de la jurisdicción del Juez del concurso” (capacidad, filiación, matrimonio y menores: núm. 1, 1).

5ª *Asistencia jurídica gratuita*

“(Resoluciones) que en el procedimiento del concurso deban adoptarse sobre asistencia jurídica gratuita (del concursado)”.

6ª *Acciones de responsabilidad civil de los Administradores sociales*

“Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento”.

La fórmula legal es muy amplia y en sentido amplio debe entenderse el término legal “cuestiones”, que comprende acciones, peticiones, demandas, incidencias, etc.

c) De acuerdo con el principio de quien conoce de lo más conoce de lo menos y el juez de lo principal es también juez de lo accesorio, corresponde al Juez del concurso el conocimiento de las cuestiones prejudiciales administrativas o civiles que puedan plantearse sobre las materias atribuidas a su competencia exclusiva y excluyente. Así lo dispone el art. 9 de la LC. Si las cuestiones prejudiciales son civiles, el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ya atribuye su conocimiento al juez del proceso principal. La interferencia entre el proceso penal y el concursal aparece regulada en el art. 189 LC. partiendo de la separación de procesos y autonomía de jurisdicciones (núm. 1) y atribuye al Juez del concurso la retención de pagos a los acreedores inculpados u otras medidas análogas, sin perjuicio de la ejecución final de los pronunciamientos de contenido patrimonial de la sentencia penal (núm. 2).

d) La atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso sobre las indicadas materias, responde a la idea fundamental de mantener intacto y conservado el patrimonio del deudor para poder someterlo a las operaciones liquidadoras del concurso según el principio de la *par conditio creditorum*, que se quebrante si –como ha venido sucediendo en España hasta

ahora- si el objeto del proceso universal se apedaza y diferentes órganos jurisdiccionales pueden conocer y decidir parcialmente sobre el patrimonio del deudor.

Mediante la competencia exclusiva y excluyente el legislador quiere asegurar su deseo de mantener íntegro el patrimonio del deudor declarado en concurso, para poder proceder a su distribución equitativa y proporcionada entre los acreedores reconocidos, distribución que no podría realizarse si diversos jueces pudieran conocer separada y autónomamente de aspectos o sectores de dicho patrimonio (pensemos en las deudas por impuestos o por cuotas de la Seguridad Social, que bajo la legislación derogada no pocas veces eran los únicos créditos que se podían satisfacer como privilegiados). Para evitar esos efectos el Juez del concurso monopoliza toda resolución judicial que pueda afectar al patrimonio del deudor, garantizando su permanencia e integridad.

No obstante, la solución legislativa, con la amplitud de la ley española, puede ser discutida. Afecta no solo a la posible competencia de otros órganos de la misma jurisdicción sino incluso a órganos de otras jurisdicciones, como la administrativa o la laboral e incluso a la penal en cuanto a su contenido patrimonial sobre el deudor, y puede afectar incluso a procedimientos ya incoados cuando el concurso es declarado.

14. COMPETENCIAS SOBRE MATERIAS NO CONCURSALES DE LOS JUZGADOS MERCANTILES

Sin perjuicio de la “jurisdicción exclusiva y excluyente” del Juez del concurso sobre las materias enumeradas en los seis apartados del número 1 del nuevo art. 86 ter LOPJ (introducido, como queda dicho, por el art. 2º de la LO 8/2003), el número 2 del mismo art. 86 ter atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de una serie de cuestiones correspondientes a la jurisdicción civil, que comprende “cuantas cuestiones” se susciten sobre las siguientes materias:

a) *Competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad y sociedades mercantiles y cooperativas.*

b) *Transportes tanto según la normativa nacional como la internacional*

c) *Derecho marítimo*

Extrañamente, nada se dice sobre el *Derecho aéreo* que es también un “derecho de la navegación” aunque por aire, absolutamente equiparable al de la tradicional navegación marítima.

d) *Condiciones generales de la contratación*

“En los casos previstos en la legislación sobre esta materia”.

e) *Recursos relativos al Registro Mercantil*

“Recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recursos contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento”

f) *Aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*

Los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión, quedan sometidos a la competencia del Juez de lo mercantil.

El primero de dichos artículos prohíbe toda práctica restrictiva de la competencia en el territorio de la Unión (“impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”). El segundo prohíbe la “explotación abusiva” por parte de una o más empresas de una “posición dominante en el mercado común”.

g) *Intervención judicial en el arbitraje* sobre las anteriores materias.

“Cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado (núm. 2 del art. 86 ter LOPJ).

La atribución de tantas y tan variadas materias a los nuevos Juzgados de lo mercantil –además de la competencia exclusiva y excluyente sobre el concurso y las materias que el legislador considera conexas con la concursal- ya ha producido en menos de dos años de funcionamiento la saturación de algunos de los nuevos Juzgados. Es discutible la atribución de tantas materias y está por ver si será mantenida o recortada por el legislador de los años venideros.

*Prof. José Luis VÁZQUEZ SOTELO
Catedrático de Derecho Procesal
(Barcelona-España)*