

Reflexiones sobre la reforma de la ley concursal española *

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. Los problemas del Derecho Concursal español. – 2. La necesidad de una reforma de las concepciones básicas de la Ley Concursal. – 3. La insuficiencia del d.l. 3/2009. II. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL: 1. El acuerdo de refinanciación. – 1.1. El problema. La necesidad de un procedimiento preventivo o alternativo al de concurso de acreedores. La insuficiencia del convenio anticipado. – 1.2. El acuerdo de refinanciación. – 2. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores. – 2.1. El problema del presupuesto objetivo. – 2.2. El concurso sin masa. – 3. La *par condicio creditorum*. – 3.1. La *par condicio*. – 3.2. El concurso y los contratos pendientes. – 4. Las medidas concursales para aumentar el patrimonio deudor. – 4.1. La reintegración de la masa. – 4.2. La responsabilidad de los administradores. – 4.2.1. La responsabilidad por deudas. – 4.2.2. La responsabilidad por daños. – 4.2.3. La responsabilidad concursal. – 5. La eficiencia del concurso. – 5.1. La administración concursal. – 5.2. El procedimiento abreviado. – 5.3. Las soluciones de la crisis. – 5.3.1. La anticipación de la liquidación. – 5.3.2. La modificación estructural de la sociedad en crisis. – 5.3.3. La adquisición de créditos concursales. – 5.3.4. La financiación de la empresa concursada.

I. PLANTEAMIENTO.

1. Los problemas del Derecho Concursal español.

Es un hecho que las suspensiones de pagos y las quiebras – antes de la reforma aparentemente radical de 2003 – y los concursos de acreedores – tras la Ley Concursal de 2003 – son en España *procedimientos menos utilizados* que en otros países (a pesar del exponencial aumento del número de concursos que ha traído la crisis económica en los últimos años). La experiencia demuestra que deudores y acreedores acuden

* El trabajo se integra en el proyecto de investigación sobre “*Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (y III)*”, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-10387, subprograma JURI).

a “mecanismos alternativos” y tratan de poner fin – antes y ahora – a las insolvencias por la vía drástica de la desaparición de hecho de las empresas, que, evidentemente, más que una solución es un problema; a través de *acuerdos extrajudiciales* con acreedores; a través de créditos – públicos o privados – obtenidos a veces en condiciones dudosas; mediante *reclamaciones de responsabilidad a los administradores* de sociedades mercantiles, y, en el mejor de los casos, mediante liquidaciones voluntarias, modificaciones estructurales o recapitalizaciones de las sociedades mercantiles en crisis.

Es también un hecho que la Ley Concursal de 2003 no ha conseguido cumplir de modo eficiente las funciones asignadas a este sector del ordenamiento¹. No ha conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que es la razón de ser misma del concurso; no ha logrado reducir la duración y el coste del procedimiento, y no ha conseguido disminuir el número de procedimientos que terminan con la desaparición de la empresa, que era uno de los objetivos específicos de la Ley (muy pocos concursos se solucionan con un convenio de continuación o de transmisión de la empresa y, en particular, es clamoroso el fracaso del convenio anticipado), si bien no conviene olvidar que el concurso debe ser una institución neutral, que ayude a conservar empresas viables, pero que, al mismo, tiempo, sirva para expulsar del mercado empresas inviables.

Si se tienen en cuenta esos dos hechos, parece claro que el problema no era – o no era solo – la denostada legislación anterior (prácticamente decimonónica), sino que era y es más profundo. La infrautilización del concurso de acreedores y el “fracaso” de la Ley Concursal revelan que existe un *problema de concepción*, que, probablemente, hunde sus raíces en un gravísimo *problema cultural* del empresariado español: deudores y acreedores continúan sin considerar adecuado para la solución de la insolvencia el procedimiento legalmente establecido. Parece imprescindible un cambio de “cultura concursal” de todos los participantes en el concurso (deudores, acreedores, abogados, economistas, auditores, procuradores, etc.), que debe ser apoyado – cuando no pro-

¹ Que la nueva legislación no haya cumplido esas funciones no ha de extrañar si se considera, que, en contra de lo que suele afirmarse, no era tan diferente de la anterior (v. BELTRÁN, *El nuevo Derecho concursal español*, conferencia pronunciada en la Academia Matriitense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en AAMN, XLIII, pp. 465-490).

piciado – legislativamente², mediante el cual los operadores lleguen a comprender las funciones del Derecho Concursal.

1. Por lo que se refiere al *deudor*, es preciso desterrar definitivamente la idea – todavía existente, aunque ya menos extendida – de que acudirá al concurso con el ánimo de defraudar a los acreedores; pero también, en un sentido contrario, hacer desaparecer por completo el carácter infamante del concurso (el estigma). Se trata, pues, de “normalizar” el concurso de acreedores como institución destinada al tratamiento de las crisis empresariales, que no constituye un instrumento de fraude de las empresas ni tampoco ha de suponer la “muerte” del empresario. Para ello, parece evidente la necesidad de no poner impedimentos a las empresas en crisis para el acceso al concurso.

2. Parece necesario intentar igualmente que los *acreedores*, en especial los públicos, asuman la solidaridad implícita en todo concurso, de manera que, ante la insolvencia de su deudor, opten por la ejecución colectiva en lugar de hacerlo por la individual y renuncien a una parte de sus privilegios. Los agentes sociales deberán hacer un esfuerzo para desviar una parte de las crisis hacia Fondos. En esa falta de cultura concursal ocupan un lugar destacado las entidades de crédito (privadas y públicas), que, en ocasiones, en lugar de “obligar” a las empresas a concursar, para financiarlas dentro del concurso, optan por conceder créditos a empresas “en dificultades”, incluso sin planes de viabilidad adecuados, con el riesgo de caer en la complicidad o en la posición de administrador de hecho. Mención especial merecen las *ayudas públicas* a empresas en crisis, que, en lugar de integrarse en el concurso, como una medida concursal más, tratan sistemáticamente de evitarlo.

3. Y hay que reclamar, en fin, la colaboración de todos los profesionales que intervienen en los concursos a fin de que se pueda transmitir a deudores y acreedores el mensaje de que el procedimiento concursal servirá para algo más que para satisfacer – y no siempre – los costes del propio procedimiento. En particular, parece imprescindible la completa profesionalización del órgano central del concurso, la administración concursal.

² V. BELTRÁN, PRENDÉS, *Los problemas de la Ley Concursal*, I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Civitas, 2009, y, de forma especial, las conclusiones del Congreso (la denominada Declaración de Gijón, de 18 de abril de 2009).

2. La necesidad de una reforma de las concepciones básicas de la Ley Concursal.

Si el problema no era la legislación anterior, lo mismo cabe decir ahora de la Ley Concursal. Ninguna Ley, por perfecta que sea, puede modificar por sí misma los hábitos de quienes han de emplearla. Sin embargo, la Ley Concursal debe ayudar a modificar tales hábitos y para ello parecía necesario realizar algunas modificaciones, que en un esfuerzo sistemático importante, podían reconducirse a las cinco siguientes³:

1. La previsión de un procedimiento alternativo al inevitablemente lento y costoso procedimiento único de concurso de acreedores, que ofrezca a los operadores soluciones más rápidas y económicas.
2. La anticipación y el abaratamiento de la iniciación del concurso, íntimamente unida al clásico problema del presupuesto objetivo, que permita a las empresas acudir al concurso con la simple finalidad de reestructuración.

³Un completo “temario” de la reforma puede verse en BELTRÁN, *Hacia la reforma de la Ley Concursal*, en SOTILLO (dir.), *Curso sobre la aplicación de la Ley Concursal*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2008, pp. 709-712.

La Ley Concursal supuso un paso adelante en el proceso de renovación del derecho español en la medida en que vino a poner fin a una situación insopportable, derivada de la aplicación de una pluralidad de normas arcaicas y dispersas. El progreso fue manifiesto, con carácter general, a través de la previsión de un único procedimiento, contenido en una sola ley y aplicable a todos los deudores y, de modo especial, en materias tales como los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor; los efectos sobre los acreedores, al reducirse de modo importante las ejecuciones separadas; los efectos sobre los contratos; la reintegración de la masa, poniendo fin a la insopportable inseguridad derivada de la interpretación jurisprudencial sobre la retroacción de la quiebra; la graduación de créditos, pues se redujeron los privilegios, se crearon los créditos subordinados y se limitó el privilegio de los créditos públicos, y la regulación de los concursos internacionales, que se afrontó de acuerdo con la *Ley Modelo* de la Organización de las Naciones Unidas y el Reglamento de la Unión Europea sobre Insolvencia.

Pero, a pesar del avance que suponía, la Ley Concursal contenía importantes defectos en algunas de sus concepciones básicas, que fueron denunciados incluso durante la propia tramitación y que se pusieron de manifiesto con su aplicación al observarse que no aumentaba el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, no se reducían la duración y el coste del procedimiento y no se elevaba el porcentaje de soluciones que conservasen la empresa y los puestos de trabajo. Así, pues, podíamos decir que la Ley Concursal, que mejoró de manera importante el derecho concursal, llevaba en sí, por sus propias insuficiencias, el germen de la necesaria reforma, aunque tales defectos no llamaron la atención hasta que el número de concursos se multiplicó, como consecuencia de la crisis económica.

3. La profundización en la *par condicio creditorum*, incentivando la ejecución colectiva sobre la individual y reordenando – de nuevo – la graduación de créditos, en beneficio de los acreedores ordinarios, verdaderos destinatarios del concurso, y, especialmente, reduciendo – de verdad – los privilegios.

4. La maximización del patrimonio concursal, sobre la base de una adecuada reintegración de la masa activa y de la exigencia de responsabilidad a los administradores causantes de la insolvencia.

5. La mejora de la eficiencia del concurso, a través sobre todo de la reducción de los costes temporales y económicos del procedimiento y de la financiación de la empresa en crisis.

Sin esas medidas, podría dudarse incluso de la conveniencia de mantener un Derecho concursal que, como el español, ha puesto de manifiesto reiteradamente su ineficiencia, creando en ocasiones más problemas de los que soluciona. Como habrá ocasión de insistir, los cada vez más recurrentes defectos de técnica legislativa aumentan la litigiosidad en una materia ya de por sí proclive a las discusiones, obligando, además, a los jueces a una sobreactuación, que no hace sino agravar los ya graves problemas de la administración de justicia.

3. La insuficiencia del d.l. 3/2009.

La Ley Concursal fue ya reformada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo). La Exposición de Motivos del Decreto-Ley justificó la reforma en la circunstancia de que “*la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones*”. La afirmación no era exacta, en la medida en que muchas de las modificaciones realizadas habían sido sugeridas antes incluso de la promulgación de la Ley ⁴ y también en numerosas resoluciones judiciales dictadas desde su entrada en vigor y en la literatura generada por la reforma de

⁴ V., en especial, Rojo, *La reforma del Derecho Concursal español*, en Rojo (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons/Registradores de España, 2003, pp. 87-130; BELTRÁN, *El nuevo Derecho*, cit., pp. 465-490.

la legislación concursal. La propia Exposición de Motivos “confesaba” inmediatamente después la verdadera finalidad principal de la reforma: “*Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos*”⁵.

El Decreto-Ley, lejos de solucionar los problemas que pretendía resolver⁶, agravó algunos de los ya existentes:

1. No creó un procedimiento alternativo al de concurso de acreedores. Se limitó a admitir, a modo de escudo para los acreedores financieros, el denominado “acuerdo de refinanciación”, estableciendo que las refinanciaciones – incluso concedidas sin un plan serio de viabilidad – y los actos de ella derivados serían inatacables, en caso de declaración ulterior de concurso (es decir, en caso de fracaso), por la vía de la acción rescisoria concursal (disp. ad. 4^a LC).

2. No persiguió la anticipación y el abaratamiento de la apertura del concurso. Antes al contrario, concedió a los deudores insolventes una “prórroga” de hasta cuatro meses para la solicitud de concurso, con el único requisito de que presentaran al juzgado una comunicación de que estaban negociando con sus acreedores un convenio anticipado (art. 5.3 LC), que la práctica no solo aceptó inmediatamente, sino que convirtió, inevitablemente, en lo que se ha dado en llamar el “preconcurso”, en unión de negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación. En este caso, pues, el escudo se ofreció a los deudores insolventes, que, durante un período importante de tiempo podían impedir la declaración de concurso necesario (ya de por sí muy difícil de obtener salvo que la insolvencia del deudor sea manifiesta).

3. No profundizó en la *par condicio creditorum*. Ni incentivó la ejecución colectiva sobre la individual ni reordenó la graduación de créditos en beneficio de los acreedores ordinarios.

⁵ Más explícita que la Exposición de Motivos fue la amplia “referencia del Consejo de Ministros”, que presentó la reforma del modo siguiente: “una reforma de urgencia y limitada [...] en apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, y para corregir determinadas cuestiones procesales y sustantivas que dificultaban injustificadamente la aplicación y consecución de los objetivos previstos en la ley”.

⁶ GARCÍA-CRUCES, LOPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del real decreto-Ley 3/2009)*, Aranzadi, 2009.

4. No se preocupó de *maximizar el patrimonio concursal*: aumentaron los supuestos de irrescindibilidad y no se modificó el muy confuso régimen de responsabilidad de los administradores en el concurso de acreedores.

5. El Decreto-Ley tan solo consideró como finalidad específica la *reducción de los costes temporales y económicos* del concurso, pero lo hizo a través de un pintoresco procedimiento de “liquidación anticipada”, de un poco meditado cambio de rumbo en el procedimiento abreviado – el ámbito de aplicación cuantitativo pasó de uno a diez millones de euros de pasivo –, y a través de alguna otra medida técnica de dudosa utilidad – en algún caso incluso todavía inaplicada – sobre la administración concursal.

En síntesis, de los grandes problemas existentes, el Decreto-Ley 3/2009 se limitó a abordar la cuestión previa del convenio alternativo/preventivo desjudicializado, aunque de una forma muy rudimentaria, mediante una regulación – muy sesgada – de los *acuerdos de refinanciación*, y a enfrentarse, de forma tan peculiar como limitada, a uno de los graves problemas denunciados de concepción, el del coste – temporal y económico – del concurso. La reforma no sólo no se orientó a crear la necesaria “cultura concursal”, sino que, pese a la justificación aducida, mantenía los prejuicios de los poderes públicos y de otros protagonistas del concurso acerca de la conveniencia de utilizar el procedimiento legalmente previsto para el tratamiento de la insolvencia. Favorecía la financiación de la empresa en la fase preconcursal; pero no en la fase concursal: junto a la falta de modificación del presupuesto objetivo del concurso, que retrasa en exceso las declaraciones de concurso, llamó poderosamente la atención la conservación de la prohibición de voto de los adquirentes de créditos concursales, que dificulta el mercado de créditos concursales como solución digna y eficiente del concurso de acreedores, o que no se calificaran de forma expresa como créditos contra la masa los créditos durante un convenio después fracasado, ya que la interpretación judicial dominante – que insiste en negarles la consideración de créditos contra la masa – dificulta la financiación de la empresa concursada. La calificación más generosa que podía otorgarse a la reforma era la de *inarmónica*⁷: el Decreto-Ley no valoró todos los intereses concurrentes en un concurso de acreedores, sino que pensó exclusivamente en algunos acreedores prevalentes.

⁷ V. BELTRÁN, *La reforma – inarmónica – de la Ley Concursal*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2009, 775, pp. 8-14.

El propio Gobierno pareció confesar la insuficiencia del Decreto-Ley cuando, con ocasión de la convalidación en el Parlamento, el Ministro de Justicia anunció una reforma más extensa y más intensa de la Ley, olvidándose de que el verdadero problema del derecho concursal español no era la Ley Concursal, sino la situación de la administración de justicia. Se constituyó así, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la Reforma Concursal⁸, encargada, sobre la base de un “programa” elaborado por el Ministerio de Justicia (del que, por lo tanto, quedaron fuera temas importantes), de proponer un texto que sirviera de base al Gobierno para la reforma. La Sección trabajó exclusivamente sobre los siguientes temas: sobreendeudamiento del consumidor, simplificación del procedimiento, administración concursal, aspectos laborales, fase preconcursal, comunicación y reconocimiento de créditos, clasificación de créditos, convenio y liquidación, grupos de sociedades, la denominada “acción directa” y la responsabilidad de los administradores de sociedades. Además, se adoptó la decisión técnica de no redactar una nueva Ley Concursal, sino de modificar los preceptos de la misma, algo que se ha demostrado equivocado, pues no solo ha generado muchos problemas de ejecución sino también más de una contradicción entre normas. El texto fue “entregado” el 19 de mayo de 2010.

A los señalados *defectos de concepción de la reforma*, vinieron a sumarse entonces algunos *defectos de ejecución*. Unos meses más tarde se redactaría el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal (publicado en la página web del Ministerio de Justicia con fecha 17 de diciembre de 2010), que, sin apenas modificaciones⁹, se convertiría en Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 23 de marzo de 2011 (publicado el 1 de abril de 2011 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales), observándose en esos dos textos, *tres modificaciones fun-*

⁸ La Sección Especial fue presidida por el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, Santiago Hurtado, e integrada mayoritariamente por Catedráticos de Derecho Mercantil (Alberto Bercovitz, como Vicepresidente, y Manuel Olivencia, Ángel Rojo, Emilio Beltrán, Carmen Alonso, Esperanza Gallego, Alberto Díaz Moreno y Juana Pulgar). Formaron también parte de la misma cuatro magistrados (Ignacio Sancho, Alberto Arribas, José María Fernández Seijo y Nuria Orellana) y otros profesionales: Enrique Piñel, Antonio Moreno, Francisco Pérez-Crespo, Luis Gonzaga Serrano de Toledo y Concepción Ordiz.

⁹ La modificación más importante fue la introducción de un buen número de disposiciones transitorias – que han pasado a la Ley –, que, sin embargo, se antojan complicadas por su excesivo casuismo y por la no siempre clara técnica de la remisión.

damentales sobre el presentado por la Sección Especial, que eran de tal calibre que minusvaloraban el trabajo de la Sección y que además dejaban mucho que desear en cuanto a su calidad técnica.

1. Los acuerdos de refinanciación avanzaban hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinaciadores en caso de declaración de concurso, si bien ese avance se realizaba con una inexplicable falta de técnica jurídica y con muy importantes lagunas relativas sobre todo a la “seriedad” y a la publicidad del acuerdo.

2. El régimen de la administración concursal se modificaba en puntos muy sensibles, dando entrada a la designación de sociedades y reforzando la exigencia de formación de los administradores concursales, aunque también se observaban importantes defectos de técnica jurídica en la formulación de las normas.

3. No se contemplaba la liberación de las deudas del deudor persona física de buena fe en caso de liquidación ni, en general, se establecía norma alguna sobre el tratamiento del consumidor, a pesar de que constituía una reclamación muy extendida¹⁰.

Tras el debate parlamentario, después de inesperados vaivenes políticos (en materia sobre todo de administración concursal y de un procedimiento específico para consumidores) y con una despreocupación ciertamente preocupante por la técnica legislativa, la reforma concursal fue finalmente aprobada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal¹¹.

¹⁰ V. por todos, CUENA, COLINO (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas, 2009.

¹¹ Sorprende, por ello, que los principales partidos políticos contuvieran en su programa electoral (para las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011) una propuesta de solucionar el tema. Así, por ejemplo, el Partido Popular propuso “introducir en los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, con las debidas garantías para evitar comportamientos abusivos, mecanismos de liberación de los deudores tras la ejecución del mecanismo embargable”.

Una prueba de la escasa cultura concursal existente viene dada por la circunstancia de que las dos normas más comentadas han sido las dirigidas específicamente a combatir prácticas derivadas de una inadecuada utilización de la Ley: por los clubs de fútbol, que, en lugar de “caer” en concurso, “se acogían” a la Ley Concursal a fin de evitar la aplicación de una normativa especial (v. disp. ad. segunda bis LC), y por la administración concursal, que empleaba las cantidades derivadas de las retenciones a que venía

II. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL.

El análisis de la reforma de la Ley Concursal pasa necesariamente por una *selección* de temas, en la que no pueden faltar, por acción o por omisión, los que hemos calificado como *problemas* de la Ley Concursal. Así, habrá que referirse sucesivamente a la previsión de un procedimiento “alternativo” al de concurso de acreedores, cifrado en el *acuerdo de refinanciación*; al problema – sin resolver – del *presupuesto objetivo* del concurso; al – fallido – impulso de la *par condicio creditorum*; a la regulación de la reintegración de la masa – que no se modifica –, y de la responsabilidad de los administradores – que sí se modifica, con importantes mejoras técnicas –, como instrumentos concursales especiales al servicio de la mayor satisfacción de los acreedores, y a la necesidad de aumentar la eficiencia del concurso, que es en lo que, a la postre, más incide la reforma¹², con importantes mejoras técnicas.

1. El acuerdo de refinanciación.

1.1. El problema. La necesidad de un procedimiento preventivo o alternativo al de concurso. La insuficiencia del convenio anticipado.

La aplicación de la Ley Concursal puso de manifiesto de inmediato un inmenso vacío, denunciado ya antes de su entrada en vigor¹³: la falta de un *procedimiento concursal alternativo* al de concurso de acreedores, y, al menos parcialmente, *desjudicializado*, que permitiera reducir drásticamente los costes temporales y económicos de la insolvencia y solucionar de una manera ágil y eficaz muchos de los problemas de los empresarios y prácticamente todas las insolvencias de los consumidores¹⁴.

obligada en caso de venta de bienes para satisfacer otros créditos contra la masa (v. disp. ad. undécima bis LC).

¹² Para la debida claridad de la exposición, los preceptos se citan recogiendo exclusivamente la numeración del precepto de la Ley Concursal modificado por la Ley de Reforma.

¹³ FERNANDEZ DEL POZO, *Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*, en Rojo (dir.), *La reforma*, cit., pp. 9-86.

¹⁴ Sorprende, además, que la Ley Concursal no incluyera esa figura, que se encontraba perfectamente diseñada, bajo el –eso sí, equívoco– nombre de “suspensión de pagos”,

La Ley Concursal fue consciente de ese inmenso vacío y trató de llenarlo, siquiera parcialmente, con el *convenio anticipado*, incorrectamente denominado *propuesta anticipada de convenio*, que, sin embargo, ha fracasado estrepitosamente. Con esa figura, se trataba de superponer la tramitación del convenio a la fase común del concurso, lo que permitiría resolver el concurso en menos tiempo. Sin embargo, esa posibilidad de anticipar la solución del concurso no se extendió a todos los deudores, sino que se reservó a aquellos que cumplieran una serie de requisitos de “merecimiento” expresa y prolíjamente enumerados (art. 105). El Decreto-Ley de 2009 se limitó a suprimir algunas de esas prohibiciones, y a introducir una medida consistente en suspender el deber del deudor de solicitar el concurso cuando comunicara al juez la iniciación de negociaciones dirigidas a la conclusión de un convenio anticipado (art. 5.3), instrumento que se ha utilizado normalmente con la única finalidad de retrasar la solicitud de concurso.

Con la reforma se ha perdido – inexplicablemente – una gran oportunidad de incentivar el convenio anticipado: en el Proyecto de Ley se preveía que la sección de calificación – dirigida a delimitar las eventuales responsabilidades de quienes hubieran causado o agravado la insolvencia – dejaría únicamente de abrirse en caso de convenio anticipado no gravoso (quita inferior a un tercio y espera inferior a tres años). Con esa medida, trataba de ponerse fin a la discriminación existente entre el convenio y la liquidación como soluciones del concurso, que se calificaría cualquiera que fuese su solución – convenio o liquidación –, a menos que se alcanzase una solución rápida y satisfactoria de los acreedores. Lamentablemente, en el último momento de la tramitación parlamentaria y sin una justificación suficiente se eliminó tal previsión, de modo que no solo no se incentiva una solución más rápida y económica del concurso, sino que, además, se mantiene la asimetría vigente entre el convenio y la liquidación, lo que facilita “maniobras” de deudores y acreedores: en caso de liquidación el concurso se calificará necesariamente, mientras que en caso de convenio – anticipado u ordinario – no se calificará cuando no sea especialmente gravoso¹⁵.

en la “Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal” de 1995 redactada, por encargo de la Comisión General de Codificación, por el profesor Ángel Rojo.

¹⁵ El cambio de técnica ha generado, además, una consecuencia no querida, la de reducir el ámbito de aplicación de los concursos que serán calificados. En efecto, la Ley de 2003 establecía que se calificaría el concurso que finalizase mediante un convenio que contuviese una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años (art. 163), de

1.2. El acuerdo de refinanciación.

La mayor novedad del Decreto-Ley 3/2009 y, como subrayó su Exposición de Motivos, la primera razón de aquella reforma fue la previsión de los denominados “acuerdos de refinanciación”, que no se ubicaron en el articulado de la Ley Concursal, sino en una disposición adicional (la cuarta) titulada, precisamente, “Acuerdos de refinanciación”. Sin embargo, el Decreto-Ley se limitó a regular un aspecto muy concreto – y simplemente patológico – de tales acuerdos, el de la imposibilidad de que quedasen afectados, en determinadas condiciones, por la acción rescisoria concursal (art. 71.1), en el caso de fracaso del propio acuerdo. Llamaba poderosamente la atención que el acuerdo no paralizase las ejecuciones de los acreedores, que no se exigiese al deudor ningún requisito de merecimiento, lo que contrastaba con los requisitos exigidos a ese mismo deudor para presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 105), y que no se estableciesen medidas que asegurasen la seriedad de los acuerdos y, en particular, que presupusieran la viabilidad de la empresa refinaciada.

Los acuerdos de refinanciación se definían como aquellos “*alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*” y “*que se enmarquen en un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y medio plazo*”. Ni el propio acuerdo, ni los negocios, actos y pagos realizados o garantías constituidas en ejecución del acuerdo estarán sujetos a la acción rescisoria concursal (*ex art. 71.1*) cuando el acuerdo cumpla los siguientes requisitos: Que haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor a la fecha de adopción; que haya sido informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor, y que se haya formalizado en instrumento público. Ese era el único efecto del acuerdo: nada impedía la aplicación de una rescisión general por fraude de acreedores

manera que el concurso solo dejaba de calificarse cuando el convenio aprobado fuese de quita inferior a un tercio y de espera inferior a tres años. Al formularse ahora como excepción, se establece que el concurso no se calificará cuando haya una quita inferior a un tercio o una espera menor a tres años (art. 167).

y nada impedía que el eventual concurso pudiera ser calificado como culpable y que los finanziadores fuesen considerados cómplices o incluso administradores de hecho.

Después de que el texto emanado de la Sección Especial para la reforma Concursal apenas contuviese modificaciones (la única relevante era obvia: la comunicación de negociaciones enerva el deber del deudor de solicitar el concurso: art. 5 bis), como ya se señaló, la reforma de la Ley Concursal ha avanzado hacia la previsión de un verdadero “concurso alternativo”¹⁶, si bien la regulación de los acuerdos de refinanciación no está exenta de críticas.

A) Desde un punto de vista formal, se mantiene – e incluso se acentúa – la falta de precisión de la normativa y, además, en lugar de concentrar la materia (en lo que bien podría ser un nuevo título), se establecen hasta ocho normas diferentes desperdigadas a lo largo del texto¹⁷, algo que atenta contra la seguridad jurídica y que no tiene una explicación clara, si se considera que había algún ejemplo a seguir: el de la regulación de los denominados concursos conexos (concursos acumulados por haberse solicitado conjuntamente la declaración o por haberse instando la acumulación con posterioridad), que refunden varios preceptos de la Ley (arts. 3.5, 10.4 y 25) en un nuevo Capítulo III del Título I (arts. 25, 25 bis y 25 ter), a pesar de no contener novedades sustanciales¹⁸.

¹⁶ El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación entró en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del estado (v. disp. final y disp. tr. 3^a, que se superponen parcialmente).

¹⁷ Arts. 5 bis, para enervar el deber del deudor de instar su concurso cuando comunique que ha iniciado negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación; art. 15.3, para dejar sin efecto las solicitudes de concurso necesario que se presenten una vez comunicada la iniciación de tales negociaciones; art. 71.6, que mantiene (v. disp. ad. 4^a anterior) la irrescindibilidad de los acuerdos y de los actos correspondientes; art. 72.2, para dejar claro que solo la administración concursal puede atacar tales acuerdos; arts. 84.2-11º y 91-6º, para atribuir a los nuevos ingresos de tesorería del concursado producidos en el marco de tales acuerdos la consideración, al cincuenta por ciento, de créditos contra la masa y de créditos con privilegio general de sexto grado; disp. ad. cuarta, que regula con detalle la homologación de los acuerdos, y disp. ad. quinta, que regula los aranceles notariales por la elevación a público de los acuerdos de refinanciación.

¹⁸ Las modificaciones más importantes de los concursos conexos o acumulados se refieren a la ampliación de la legitimación para solicitarla, a la concreción de los supuestos, a la precisión de la competencia judicial y a la posibilidad de una consolidación, meramente formal, de las respectivas masas. Fuera del Capítulo III del Título I se prevé también la posibilidad de una administración concursal única (art. 27.7).

B) Desde un punto de vista material, no puede desconocerse que se prevén en realidad *tres posibilidades distintas* de operatividad de los acuerdos de refinanciación, con efectos diferentes:

a) la simple *comunicación* al juez de que se están iniciando negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, que enerva el deber del deudor de instar su concurso en caso de insolvencia (art. 5 bis);

b) la *conclusión de un acuerdo* de refinanciación en las condiciones ya señaladas en el Decreto-Ley 3/2009, si bien se añade la exigencia – que parecía obvia – de que haya sido informado favorablemente por el experto. Junto a la irrescindibilidad concursal del acuerdo y de los actos de él derivados (art. 71.6), se concede ahora a los refinaciadores una – pintoresca – preferencia por las nuevas entradas de tesorería en caso de concurso: los créditos serán en su mitad contra la masa (art. 84.2-11º) y en su mitad (concursales) privilegiados con privilegio general (art. 91-6º).

c) la *homologación judicial* de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones indicadas en el artículo 71.6 y haya sido suscrito por el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, en cuyo caso pueden paralizarse las ejecuciones y la espera pactada se extiende a las entidades financieras no participantes o disidentes.

C) En terces lugar, faltan algunas previsiones que asegurarían la seriedad del acuerdo: la exigencia de una *convocatoria a los acreedores* que debería ser aportada al juez desde el primer momento, sobre todo a los efectos de enervar el deber de solicitar el concurso; la fijación, durante la negociación, de *deberes* tanto del deudor (que habrá de limitar su actividad) como de los acreedores (deber de secreto, deber de asistencia a las reuniones y deber de abstenerse de realizar actos dirigidos a mejorar su posición), que, no obstante, integran el acuerdo (art. 1258 CC), y la posibilidad de que el juez, en algunos casos, pudiera declarar de oficio el concurso.

Una futura regulación de la materia debería generalizar una solución alternativa al concurso y mejora la disciplina de los acuerdos. Debería incluso pensarse en soluciones de negociación o de composición a través de mediadores.

2. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores.

2.1 El problema del presupuesto objetivo.

El diseño del presupuesto objetivo hace que el Derecho español sea manifiestamente ineficiente a la hora de conseguir la apertura del concurso de acreedores. La simple declaración de concurso de acreedores

puede generar excesivos costes temporales y económicos, que dificultan el cumplimiento de las funciones que debe desempeñar, disminuyendo las posibilidades de satisfacción de los acreedores y de conservación de la empresa en crisis.

A) Por lo que se refiere al *concurso voluntario*, es decir, al concurso instado por el propio deudor, junto al tradicional “deber” (art. 5), cuyo incumplimiento permite presumir la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia en caso de que se forme la sección de calificación (art. 165-1º), se estableció que no se formaría la sección de calificación – y, por tanto, el concurso de acreedores no generaría en sí mismo considerado sanciones para el deudor ni para los administradores de las sociedades – si llegase a aprobarse judicialmente un convenio que no se considerase especialmente gravoso. En la misma dirección, la Ley Concursal permite al deudor solicitar la declaración de concurso cuando prevea razonablemente que no va a poder pagar regular y puntualmente sus deudas (*insolvencia inminente*). Sin embargo, simultáneamente, se impone al deudor la carga de probar su endeudamiento y su estado de insolvencia (sea actual o sea inminente) lo que en ocasiones retrae a las empresas y puede negar una parte importante de la función del concurso de acreedores, cual es servir de cauce a las reestructuraciones empresariales. La decisión legislativa era tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que se apartó, sin justificación, de la tradicional solución legislativa existente tanto para las suspensiones de pagos como para las quiebras. Parecía necesario, pues, *retornar a la eficacia confesoria de la solicitud de concurso del propio deudor*¹⁹, con lo que, además, desaparecería la razón de ser de la insolvencia inminente y las dudas judiciales acerca de la exigencia de “irregularidad” en el cumplimiento de las obligaciones como determinante de la insolvencia. Sin embargo, la reforma concursal ha ido en la dirección contraria y no ha incidido en el presupuesto objetivo del concurso voluntario, manteniendo además la exoneración del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor que comunique – simplemente comunique – que

¹⁹ Esa era la solución del Derecho español hasta que un repentino – y nunca bien explicado – cambio de rumbo en la fase de tramitación parlamentaria llevó a la Ley Concursal a exigir que el deudor probase su estado de insolvencia y su endeudamiento, algo que evidentemente genera en muchos casos elevados costes temporales y económicos. El retorno a la eficacia confesoria de la solicitud del deudor fue solicitada en su preceptivo informe por el Consejo General del Poder Judicial y también por el Informe – no preceptivo – del Consejo General de la Abogacía Española.

está negociando un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado con sus acreedores (art. 5 bis).

B) Respecto del *concurso necesario*, la valoración había de ser aún más negativa, hasta el punto de que parece claro que la Ley Concursal no sólo no persiguió anticipar la declaración de concurso, sino que parece que hubiera querido retrasarla o impedirla, lo que afecta, además, al derecho del acreedor a la tutela de su crédito. La Ley no incidió en absoluto sobre el problema de la falta de información de los acreedores; apenas modificó el presupuesto objetivo fijado en el viejo Código de Comercio para las quiebras, estableciendo como “hechos presuntos reveladores” de la insolvencia hechos muy parecidos a los de la vieja legislación; no “penalizó” en grado suficiente la iniciación de ejecuciones individuales en situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores, y, además, imponía al acreedor las costas y los daños y perjuicios en el caso de que su solicitud no alcanzase el objetivo de la declaración. En esas condiciones el incentivo consistente en la atribución de privilegio al acreedor instante del concurso – ciertamente modesto – ha fracasado estrepitosamente²⁰. Habría, pues, que modificar el presupuesto objetivo – del concurso necesario – en el sentido de *favorecer la prueba del estado de insolvencia por parte de los acreedores*²¹.

La única modificación relevante en la reforma es la relativa al hecho presunto revelador consistente en el embargo infructuoso. Este hecho, que ya se separaba de los demás (sobreseimiento general, embargos generalizados, alzamiento o liquidación apresurada de bienes y sobreseimientos sectoriales de obligaciones relevantes) en el artículo 2.4 de la Ley, se independiza ahora completamente, de modo que la declaración de concurso se producirá en ese caso automáticamente, sin perjuicio de que pueda ser recurrida (art. 15.1 LC). Por el contrario, cuando sea otro el hecho concurrente, el juez se limitará a admitir a trámite la solicitud, abriendose el correspondiente trámite (art. 15.2).

²⁰Quizá por ello, la reforma ha elevado al cincuenta por ciento del crédito el privilegio del acreedor instante (art. 91-7º LC).

²¹ Existían dos posibilidades para ello: la línea del Anteproyecto de 1983, que se basaba en la prueba de la *amenaza para la satisfacción del crédito*, que exigiría un complicado análisis previo de la situación patrimonial y financiera del deudor, y la línea trazada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, que se basaba en la prueba de que el crédito no ha sido satisfecho en un período razonable de tiempo a contar desde su vencimiento, correspondiendo al deudor, si efectivamente es solvente, evitar esa declaración pagando el crédito.

2.2 El concurso sin masa.

Una de las consecuencias más evidentes del problema del presupuesto objetivo (aunque también de la referida falta de cultura concursal) es la proliferación del denominado *concurso sin masa* o *concurso del concurso*, es decir, aquel supuesto en que la masa activa de un concurso no es capaz ni tan siquiera de satisfacer los costes que el propio concurso genera, que, lamentablemente se ha convertido en una tercera “solución” del concurso, junto a la liquidación y al convenio²², y que ha obligado, ahora sí, a un intenso esfuerzo de modificación de la Ley Concursal, reflejado fundamentalmente en la regulación detallada del procedimiento de conclusión del concurso por *insuficiencia de la masa activa* (art. 176 bis). La cuestión sustantiva más relevante es la fijación de un *orden de distribución* del activo existente entre los acreedores de la masa que no hayan sido satisfechos (art. 176 bis.2), y que es el siguiente: 1. Créditos salariales anteriores a la declaración de concurso; 2. Créditos salariales posteriores a la declaración de concurso; 3. Créditos por alimentos; 4. Créditos por costas y gastos judiciales; 5. Los demás créditos contra la masa²³.

3. La *par condicio creditorum*.

3.1. La *par condicio*.

Desde el punto de vista de la profundización en la *par condicio* – el otro aspecto fundamental del concurso de acreedores –²⁴, parecía necesario adoptar una serie de decisiones dirigidas directamente a me-

²² BELTRÁN, *El pago a los acreedores. El pago de los créditos contra la masa*, en GARCÍA-CRUces, (dir.), *La liquidación concursal*, ed. Thomson Reuters, 2011, p. 301 ss.

²³ En orden a la satisfacción de las deudas de la masa en caso de simple iliquidez de la masa, la reforma desarrolla la regla de *pago al vencimiento*, estableciendo que la administración concursal podrá modificar tal regla atendiendo al interés del concurso, aunque se añade, de forma inexplicable, que tal alteración de la regla del vencimiento – tal “postergación” en la terminología de la reforma – no podrá afectar a créditos salariales ni a créditos públicos (art. 84.3).

²⁴ Sobre la materia sigue siendo fundamental la obra de GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000. V. también VEIGA, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas, 2010.

jorar la eficiencia del concurso aumentando el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que es la finalidad fundamental del derecho concursal. Sin embargo, la reforma no ha entrado en estas cuestiones.

a) En primer lugar, parecía necesario incentivar las solicitudes de concurso necesaria *suprimiendo de raíz las ejecuciones separadas de acreedores salariales, públicos y con garantía real*, a fin de evitar que los acreedores más informados elijan la ejecución individual en lugar de la concursal. No se trata, pues, sólo de limitar la posibilidad de iniciar ejecución alguna una vez declarado el concurso; se trata, sobre todo, de que la continuación de las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso quede reducida a aquellos casos en los que el *juez del concurso* estime que no perjudicará los intereses del propio concurso y se integre en todo caso en el procedimiento. Además, tal “excepción”, reconocida judicialmente, ha de limitarse a los acreedores con garantía real. No debe servir para acreedores públicos ni salariales, que deben someterse íntegramente al concurso²⁵. Sin embargo, la reforma consagra la situación preexistente, limitándose a establecer mejoras técnicas en la materia (art. 56).

b) Parecía necesaria, en segundo lugar, la *unificación de la prelación de créditos*, porque la existencia de dos sistemas – concursal y extraconcursal –, además de generar problemas de técnica legislativa (todas las normas reguladoras tienen que referirse a la posición de las personas a las que se refieren – trabajadores, Hacienda, Seguridad Social, etc. – dentro y fuera del concurso), genera comportamientos estratégicos de los acreedores, que acudirán o no al concurso en función de la prelación de la que disfruten. Sin embargo, la reforma no entra en este tema, por lo que se mantiene la doble regulación de la graduación de créditos.

²⁵La experiencia en la aplicación de la Ley ha puesto de manifiesto la complejidad de la solución legal, que obliga a determinar si el bien en cuestión es o no afecto y a pronunciarse acerca del juez competente. Parecería más razonable dejar la decisión al juez del concurso, que, de acuerdo con la administración concursal, y atendiendo al interés del concurso, habría de decidir si procede o no la ejecución individual, que, por supuesto, se desarrollaría en su juzgado. De esta manera, determinados acreedores carecerán de interés por iniciar la ejecución individual y podrían estar interesados en iniciar la ejecución colectiva. Además, si el juez puede resolver contratos o mantenerlos en vida, si puede condenar o no a los administradores causantes de la insolvencia, no se ve por qué no va a poder decidir si es procedente y conveniente la ejecución de las garantías reales.

c) En tercer lugar, parecía conveniente tomar determinadas decisiones, que están en la raíz del concurso, para conseguir aumentar el grado de satisfacción de los créditos ordinarios. Uno de los mayores aciertos de la Ley Concursal fue, sin duda, el de la mejora de los acreedores ordinarios, que se consiguió mediante una doble técnica: la reducción del número de privilegios y la creación de la categoría de los créditos subordinados. Parece claro, sin embargo, que esas importantes medidas no fueron suficientes y que hay que profundizar en este sentido, algo que la reforma no ha hecho. No parece posible ni conveniente aumentar el número de créditos subordinados²⁶, pero aún hay margen para la reducción de los créditos privilegiados. Esa reducción podría comenzar con los *créditos laborales*. No se trata, claro está, de que los trabajadores cobren sus salarios o sus indemnizaciones en la misma medida que los demás acreedores, sino de que – cuando la situación sea muy grave – se haga cargo de una parte más significativa de tales créditos el FOGASA, quien tendría en el concurso la consideración de simple acreedor ordinario, previsión – no lo olvidemos – que se encontraba ya en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. Para ello, bastaría con aumentar las aportaciones de las empresas y de los trabajadores, y, sobre todo, incluir aportaciones públicas, ya que esta sería una de las mejores formas de ayuda pública a empresas en crisis. Sin embargo, la reforma, en una línea diferente sienta la regla de la subrogación de FOGASA en la misma condición que el acreedor salarial satisfecho (art. 84.5).

En la misma línea, deberían reconsiderarse los privilegios de los *créditos públicos*. La Ley Concursal, en una decisión “transaccional”, optó por reducir cuantitativamente (a la mitad) el privilegio del crédito público, decisión que, obviamente, ha generado litigiosidad (v. SSTS 21.1.2009, 22.6.2009, 29.6.2009, 1.9.2009 y 29.9.2010), pero hay que ir más allá. El acreedor público no debe tener preferencia sobre el acre-

²⁶ No obstante, parece necesaria una reflexión acerca de esta figura (v. FERRÉ, *Los créditos subordinados*, Civitas, 2006). Aun reconociendo que no se trata de una tarea sencilla, es preciso reflexionar acerca de cuestiones generales tales como el automatismo de la subordinación o el diferente tratamiento de dichos créditos en los casos de convenio y de liquidación, que estimula comportamientos estratégicos de los acreedores ordinarios a la hora de votar o no el convenio. La reforma se ha limitado, sin embargo, a algunas precisiones muy concretas (art. 92): una aclaración acerca de los créditos que no serán subordinados por comunicación tardía (núm. 1º), la inclusión como subordinados de los “recargos” junto a los intereses (núm. 3º) y la exclusión como subordinados de algunos créditos de los socios (núm. 5º).

dor privado, sino que debe someterse a las mismas quitas y esperas o cobrar a prorrata con los acreedores ordinarios en caso de liquidación. Esta sería, de nuevo, la forma de insertar en el derecho concursal el régimen – ahora caótico – de ayudas para salvamento y reorganización de empresas. Sin embargo, la reforma deja las cosas como están, e incluso añade, entre los créditos privilegiados, “los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 91-5º-II) y, sobre todo, refuerza la posición de las administraciones públicas en el concurso mediante medidas dispersas que pueden llegar a entorpecer el cumplimiento de algunos de los fines del concurso²⁷.

La reducción de los privilegios salariales y públicos produciría automáticamente una mejora de los *acreedores involuntarios*. La Ley Concursal tuvo el mérito de privilegiar a los acreedores involuntarios, pero podría irse más allá y desviar hacia el Consorcio de Compensación de Seguros –que cumpliría una función similar a la del Fondo de Garantía Salarial – una parte de tales créditos.

3.2. El concurso y los contratos pendientes.

Por otro lado, parecía necesario introducir alguna previsión legal acerca de la posición jurídica de quienes hubieran contratado con un deudor más tarde declarado en concurso, ya que la aplicación de la Ley ha puesto de manifiesto importantes dudas interpretativas (v. gr.: calificación de los créditos anteriores a la declaración de concurso que hubieran quedado insatisfechos), que hubieran podido solucionarse, y podría haberse establecido un régimen más detallado.

²⁷ Se modifica la Ley del IVA para establecer que el sujeto pasivo del impuesto en las operaciones de venta de inmuebles realizadas durante el concurso no sea el vendedor concursado sino el comprador, con el objeto de evitar que el crédito contra la masa que se generaba a favor de la Hacienda pública en el concurso del vendedor quedase insatisfecho por utilizarse el IVA para el pago de créditos con fecha de vencimiento anterior; no se subordinan los créditos no declarados oportunamente que sean resultado de procesos tardíos de inspección (arts. 86.3 y 92.1); no se suspenden los derechos de retención que resulten de la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social (art. 59 bis.3); los embargos administrativos no se someten a la regla general que prevé ahora expresamente la posibilidad de que el juez del concurso acuerde el levantamiento de los embargos trabados en el marco de las ejecuciones singulares suspendidas (art. 55.3), etc.

La reforma no entra en esa materia, aunque sí precisa – quizá con cierta precipitación – que, declarado el concurso del contratista, el subcontratista no podrá ejercitar contra el comitente la denominada “acción directa” (art. 50.3) y que, declarado el concurso, quedarán en suspenso las acciones directas que se hubieran ejercitado (art. 51 bis.2), y establece normas especiales para el contrato de arrendamiento financiero (arts. 61.2-II *in fine* y art. 82.5).

4. Las medidas concursales para aumentar el patrimonio deudor.

4.1. La reintegración de la masa activa.

Como ya hemos avanzado, la reforma no ha afrontado el tema de la acción rescisoria concursal²⁸, que sigue, por lo tanto, sometido a la interpretación judicial (v. ya SSTS 16.9.2010, 27.10.2010 y 13.10.2010). Baste, por tanto, ahora con señalar los puntos necesarios para la reflexión²⁹: tener en cuenta si el deudor se encontraba en *situación de insolvencia* en el momento de realizar el acto objeto de rescisión (algo que ahora no se hace); delimitar de forma más amplia al concepto de *perjuicio*; valorar el *fraude* de la contraparte del acto como presupuesto para la rescisión; establecer *periodos sospechosos de diferente duración* en función del tipo de acto y de las condiciones personales de los sujetos contra los que se dirija la acción rescisoria concursal; calificar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión como un crédito concursal ordinario (y no como un crédito contra la masa).

4.2. La responsabilidad de los administradores.

Uno de los temas en los que más ha incidido la reforma, tal y como había sido anunciado por el Ministro de Justicia, es el de la responsabi-

²⁸ De hecho, se ha limitado a introducir, con deplorable técnica (al repetir la norma en dos apartados), una modificación consistente en transformar el carácter de la presunción de perjuicio en los pagos anticipados de obligaciones con garantía real, que pasa de ser *iuris et de iure* (art. 71.2) a ser *iuris tantum* (art. 71.3).

²⁹ Se siguen las conclusiones de LEÓN, *Banca y rescisión*, en Beltrán-Prendes, *Los problemas*, cit., p. 223. V. también GARCÍA-CRUces, *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009.

lidad de los administradores, que adolecía de muy importantes defectos de técnica jurídica³⁰. Se trata, además, de una materia de extraordinaria importancia práctica, pues, con frecuencia, los acreedores de la sociedad concursada buscan obtener de los administradores la satisfacción de los créditos que no pueden conseguir de la sociedad deudora. Y constituye, en fin, una materia que entraña con la propia función del concurso de acreedores, que ha de ser también represora de aquellas conductas que causen o agraven la insolvencia. El problema fundamental que suscitaba la Ley Concursal era el de la coexistencia de tres – cuatro – régimen es de responsabilidad de los administradores durante el concurso, que no se coordinaban adecuadamente:

4.2.1. La responsabilidad por deudas.

El sistema establecido para *sancionar el incumplimiento de los deberes de los administradores en materia de disolución*, consistente en la imposición de responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución (art. 367 LSC)³¹, deja de ser operativo durante el concurso: si la finalidad de ese sistema es preconcursal, porque está dirigida a evitar declaraciones de concurso, parece evidente que debe dejar de funcionar cuando el concurso sea declarado, para ser sustituido, en su caso, por una responsabilidad ordinaria por daños a la sociedad o por la responsabilidad concursal. En esa línea el nuevo texto de la Ley Concursal establece, con acierto, aunque de forma un tanto reiterativa, que “los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerçiten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución” (art. 50.2) y que “declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones

³⁰ ROJO, BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*⁴, Tirant Lo Blanch, 2011.

³¹ Sobre ese sistema v. BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales*, en Rojo Beltrán, *La responsabilidad*, cit., p. 255 ss.

sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución” (art. 51 bis.1).

4.2.2. La responsabilidad por daños.

En la tradicional responsabilidad por daños, es necesario distinguir:

A) Respecto a la denominada *acción social de responsabilidad*, es decir, la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por los administradores a la propia sociedad (arts. 236 y ss. LSC), la necesaria coordinación se consigue por la vía de la “concursalización”: si ya correspondía necesariamente la *competencia* para conocer de esa acción al juez del concurso (art. 8-7º, que se modifica en otros extremos), se añade ahora que la *legitimación* para su ejercicio corresponderá exclusivamente a la administración concursal (art. 48 quater), tal y como sucede con la acción rescisoria concursal.

B) Como es obvio, la “concursalización” no puede ser tan intensa respecto a la denominada *acción individual*, es decir, la dirigida a obtener indemnización por los daños que los administradores causen a los acreedores o a los socios (art. 241 LSC), pese a lo cual la Ley Concursal debería pronunciarse sobre algunos aspectos de su ejercicio durante el concurso. Sin embargo, la reforma no se refiere, deliberadamente, a esa cuestión.

4.2.3. La responsabilidad concursal.

Respecto a aquella consecuencia de la calificación de concurso culpable consistente en la condena a cubrir el déficit resultante de la liquidación, que también está resultando litigiosa (v., por ejemplo, SSTS 23.2.2011, 12.9.2011 y 6.10.2011), la reforma se limita a realizar algunas precisiones en su régimen jurídico (art. 172 bis)³²: que sólo pueden ser condenados aquellos administradores o apoderados generales que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación; que,

³² Sobre el tema, v. BELTRÁN, *En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Madrid 5.2.2008)*, en ADCo, 2008, 14, pp. 329 ss.; GARCÍA-CRUZES, *La calificación del concurso*, Aranzadi, 2004, p. 170 ss.; MACHADO, *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, 2006, p. 188 ss.

en caso de pluralidad de condenados, la sentencia especificará la cantidad a la que se condene a cada administrador; que la condena ha de ir referida específicamente a la cobertura del déficit patrimonial, y que el beneficiario de la condena es el propio concurso de acreedores, de modo que no será necesario que los acreedores reclamen de modo individual³³. De acuerdo con ello, en la reforma se precisa asimismo el ámbito de aplicación del *embargo preventivo de bienes* de los administradores, que solo procederá “cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación” (art. 48 ter.1).

5. La eficiencia del concurso

Uno de los más graves problemas de la Ley Concursal, que ya hubo ocasión de denunciar durante su elaboración, es el del coste del concurso, tanto temporal como económico³⁴. Estos años de aplicación de la Ley confirmaron el pronóstico: el concurso de acreedores es un procedimiento lento y costoso, lo que obligaba a adoptar alguna medida. Ya el Decreto/Ley 3/2009 lo intentó, sin demasiado éxito, pero la reforma avanza considerablemente en este sentido, introduciendo importantes modificaciones, que podrán implicar una solución más rápida y económica del concurso. Tales modificaciones se refieren a la administración concursal, al procedimiento abreviado y a las soluciones a la crisis.

5.1. La administración concursal.

Los órganos ordinarios de la Administración de Justicia no son suficientes para afrontar la complejidad del concurso de acreedores y con-

³³ Por el contrario, no se ha desvinculado la responsabilidad concursal de la solución concreta del procedimiento (v., en cambio, la Propuesta de Anteproyecto de 1995), de modo que la sanción sigue reservada a los casos de liquidación, lo que puede constituir fuente de estrategias para los acreedores ordinarios, que podrán optar por votar en contra de un convenio con la única finalidad de conseguir la responsabilidad de los liquidadores.

³⁴ BELTRÁN, *El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico*, en Rojo (dir.), *La reforma*, cit., p. 323 ss.

ciliar la pluralidad de intereses concurrentes. Junto al juez del concurso, el secretario judicial y, en su caso, el Ministerio Fiscal, en todos los ordenamientos existe un órgano específico, que en derecho español recibe el nombre de administración concursal (frente a las denominaciones tradicionales de sindicatura o de intervención). La Ley Concursal, en lugar de exigir la profesión específica de administrador concursal (modelo del Anteproyecto de 1983), siguió el modelo de tres profesionales jurídicos y económicos (Propuesta de Anteproyecto de 1995), cuyo mayor inconveniente es que resultaba ser uno de los más caros posibles y, además, ha generado múltiples problemas en la aplicación diaria. Parece necesario pensar en una sindicatura más profesionalizada, reservando la condición de administrador concursal a un grupo de profesionales específicamente formados en la crisis empresarial tanto desde el punto de vista económico como jurídico³⁵.

La reforma avanza en la línea indicada, aunque sea con una deficiente técnica jurídica (art. 27.1). Por un lado, introduce la posibilidad de que el cargo de administrador concursal sea desempeñado por una *persona jurídica* en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas. Por otro lado, establece como regla general el nombramiento de *un solo administrador concursal*, aunque en los concursos de especial trascendencia en los que se designa una persona física el juez deberá nombrar un segundo administrador concursal acreedor, que podrá ser, según los casos, la Administración Pública o la representación legal de los trabajadores (arts. 27.2-3º), y en otros concursos deberá nombrar un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga el administrador concursal persona física designado (art. 32.1-II). En fin, los profesionales personas físicas deberán acreditar *formación especializada acreditada* en Derecho Concursal, cuando sea letrado, y *especialización demostrable en el ámbito concursal*, si se trata de un economista, auditor o titulado mercantil, en sustitución del anterior “compromiso de formación”³⁶, y las personas jurídicas deberán garantizar “la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

Esas decisiones – en las que sin duda deberá profundizarse – eran tanto más necesarias si se considera que la reforma “desjudicializa” en

³⁵ TIRADO, *Los administradores concursales*, Civitas, 2005.

³⁶ No obstante, llama poderosamente la atención que se mantenga la exigencia de cinco años de experiencia profesional (art. 27.1)

algunos puntos el concurso atribuyendo a la administración concursal algunas importantes competencias de las que antes no disfrutaba: la recepción directa de las comunicaciones de crédito, la comunicación a los acreedores del inventario y la lista de acreedores previamente a la emisión del informe, la posibilidad de instar en algunos casos la liquidación, la facultad de enajenar o gravar activos no inherentes a la continuidad de la actividad sin necesidad de autorización judicial y la facultad expresa de alterar la regla de pago a los respectivos vencimientosde los créditos contra la masa. Quizá por esa razón se prevé la obligación de todo administrador concursal de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 29.1).

5.2. El procedimiento abreviado.

Como es sabido, la Ley Concursal ya admitió la posibilidad de un denominado *procedimiento abreviado* para la tramitación de los concursos menores (determinados exclusivamente por la cifra de pasivo), caracterizado por la reducción a la mitad de los plazos y por la posibilidad de una administración concursal unipersonal³⁷. La reforma, partiendo de la probabilidad de que el procedimiento abreviado sea el más generalizado en la práctica y de la generalización de la administración concursal unipersonal, avanza considerablemente en la regulación, estableciendo primero los presupuestos (art. 190)³⁸ y las características generales del procedimiento abreviado (art. 191), y distinguiendo después las especialidades en caso de convenio (art. 191 bis) y en caso de liquidación (art. 191 ter). Como dice el preámbulo de la Ley de Reforma (IV), “*la Ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurran determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación*

³⁷ MUÑOZ GONZÀLEZ, *El procedimiento abreviado*, en ADCo, 2006, 9, p. 101 ss.

³⁸ En concreto el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo al número de acreedores y al importe del activo y del pasivo, y cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta ordinaria que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo, y lo aplicará necesariamente cuando el deudor presente un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o hubiera cesado completamente en su actividad.

de la Ley Concursal ha permitido constatar, tales como la situación de la empresa en crisis, el número de trabajadores, las negociaciones que la empresa pudiera haber iniciado para su venta o la modificación estructural de la sociedad deudora”.

5.3. Las soluciones del concurso.

Es sin duda en este terreno donde más ha avanzado la reforma, que introduce importantes modificaciones en la Ley Concursal, dirigidas a favorecer la eficiencia de este sector del ordenamiento: potencia la anticipación temporal de las soluciones concursales, tanto en caso de convenio como de liquidación, y favorece la financiación de la empresa concursada.

5.3.1. La anticipación de la liquidación.

Con el objetivo de lograr la reducción de costes del concurso, al menos los temporales, se admite una auténtica liquidación anticipada, algo que rechazaba la Ley Concursal a pesar de que su lógica económica y jurídica es mucho mayor que la del convenio anticipado: no hay ningún inconveniente en pensar desde el primer momento en la enajenación de los bienes del deudor y no hay problema en esperar luego a la formación de la masa pasiva. Es más, en muchas ocasiones la solución liquidatoria debe imponerse desde un primer momento como única “solución” a la crisis de una empresa inviable³⁹. Con la reforma coordinada de los artículos 75, 98, 142, 148.1, 157 y 197.3 (y la supresión del 142 bis), la nueva Ley estructura de una manera distinta la apertura de la fase de

³⁹Sobre la liquidación concursal, v. BELTRÁN, *La liquidación*, en *La Ley Concursal, RPJ*, número especial [2004], p. 409 ss.; GARCÍA-CRUces (dir.), *La liquidación concursal*, Civitas/AEDIN, 2011.

Hay en todo caso otra asignatura pendiente del derecho concursal español: la de establecer una adecuada relación entre la liquidación concursal y la liquidación voluntaria de las personas jurídicas, porque parece evidente en muchos casos la incongruencia de abrir un concurso cuando la crisis podría resolverse de forma más eficiente – temporal y económico – a través de la liquidación voluntaria de la sociedad: v., ampliamente, BELTRÁN, *La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores*, en Rojo, BELTRÁN (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 407 ss.

liquidación del concurso, permitiendo tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos⁴⁰.

Otra modificación importante es la que permite que, en ciertas circunstancias – todavía muy restrictivas –, sea la administración concursal la que inste la liquidación (art. 142.3).

5.3.2. La modificación estructural de la sociedad en crisis.

La modificación estructural de las sociedades mercantiles – en general, de las personas jurídicas – constituye, en principio, una *alternativa a la declaración de concurso*, y, por esa razón, la comunicación – sería – de que se está negociando una modificación estructural debería constituir causa de enervación del deber de solicitar el concurso, algo que, sin embargo, no ha concedido la reforma.

Además, parece necesario favorecer la participación de una sociedad concursada en un proceso de modificación estructural, ya que tal modificación sería una solución rápida y económica de la insolvencia, pues permitiría la continuidad en las relaciones – derechos y obligaciones – con terceros y la transmisión de la empresa en crisis, con conservación de los puestos de trabajo⁴¹. La reforma se limita, sin embargo, a incluir la modificación estructural entre las circunstancias que pueden conducir

⁴⁰ La opción está en consonancia con la vieja regla del Código de Sainz de Andino de que los síndicos liquidarían los bienes “en los tiempos oportunos” y parte de la constatación de un modelo demasiado rígido de la Ley Concursal, que exigía la finalización – y algo más – de la fase común para la apertura de la fase de liquidación, y que el Decreto-Ley 3/2009 trató de solucionar con la instauración de un “nuevo” procedimiento, el de “propuesta anticipada de liquidación”, que, a la postre, vino a complicar la solución del concurso.

⁴¹ La necesidad de la regulación viene dada por el hecho de que las leyes reguladoras sólo contienen dos referencias recíprocas, prácticamente residuales, a la posibilidad de que las sociedades concursadas participen en un proceso de modificación estructural: la Ley Concursal deja caer que es posible incluir una fusión o una escisión de la sociedad concursada en la propuesta de convenio (art. 100.3), y la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles prohíbe realizar una concreta modificación estructural – el traslado de domicilio al extranjero – a una sociedad en concurso (art. 93.2), lo que autoriza a pensar que pueden realizar las demás y particularmente las transmisivas: fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (v., ampliamente, BELTRÁN, *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*, en AAMN, 2010, L, p. 157 ss.).

a un procedimiento abreviado (art. 190.2) y a incluir – junto a la fusión y a la escisión – a la cesión global de activo y pasivo en el posible contenido del convenio (art. 100.3).

5.3.3. La adquisición de créditos concursales.

La Ley Concursal española, lastrada por determinadas concepciones y determinadas prácticas tendentes a la preconstitución de mayorías, privaba de derecho de voto en el convenio a los adquirentes de créditos concursales (art. 122.1-2º), algo que dificultaba el floreciente mercado de créditos concursales, que – como la experiencia comparada pone de manifiesto – puede en muchos casos favorecer una solución digna y eficiente del concurso de acreedores⁴². La reforma ha tomado buena nota de ello y ha dejado fuera de la prohibición de derecho de voto el supuesto en que el adquirente del crédito sea “*una entidad sometida a supervisión financiera*”.

5.3.4. La financiación de la empresa concursada.

Cualquier solución de la crisis, pero sobre todo aquella que pretenda la conservación de la empresa en crisis, pasa necesariamente por la financiación de la empresa durante el concurso (auténtico *fresh money*). En este sentido, parecía imprescindible una norma que calificase expresamente como créditos contra la masa, cuya satisfacción es prioritaria, los créditos contraídos durante la ejecución de un convenio que fracasara, ya que la interpretación judicial dominante – que insistía en negarles la consideración de créditos contra la masa – dificultaba la financiación de la empresa concursada que hubiera concluido un convenio con sus acreedores⁴³. Y así lo ha hecho la reforma, modificando el tenor literal de aquellos preceptos que llevaban – en un claro exceso de la interpretación literal – a entender que solo constituyen créditos contra la masa los créditos nacidos hasta la aprobación judicial del convenio, aun en

⁴² V., ampliamente, Rojo, *La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal*, en ADCo, 2007-3, 12, p. 7 ss.

⁴³ BELTRÁN, *Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación*, ADCo, 2007-1, 10, p. 513 ss.

el caso de que, con posterioridad, se abriera la liquidación (v. incisos finales de los números 5º y 10º del artículo 84.2) ⁴⁴.

La Ley Concursal contiene – desde 2003 – una muy importante medida de financiación de la empresa concursada, la *rehabilitación de contratos* que se hubieran extinguido con anterioridad a la declaración de concurso (arts. 68 a 70), que, sin embargo, no se utiliza en la práctica, probablemente como una manifestación más de la falta de cultura concursal de los operadores concursales.

EMILIO BELTRÁN

⁴⁴ La modificación no se ha producido finalmente (aunque se encontraba en los primeros textos), en el número 2º, relativo a costas y gastos judiciales, que sigue diciendo que serán créditos contra la masa los generados “*basta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del convenio*” aunque es evidente que no otra podrá ser la interpretación.