

LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL*

Emilio Beltrán

Catedrático de Derecho Mercantil CEU USP
Consejero Académico DICTUM

Sumario: 1. Planteamiento: A. Los problemas de la Ley Concursal. B. La necesidad de una reforma de las concepciones básicas. C. La insuficiencia del D-L 3/2009. 2. La reforma de la ley concursal: A. El acuerdo de refinanciación. a) El problema. La necesidad de un procedimiento preventivo o alternativo al de concurso de acreedores. La insuficiencia del convenio anticipado. b) El acuerdo de refinanciación. B. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores: a) El problema del presupuesto objetivo. b) El concurso sin masa. C. La *par conditio creditorum*. D. Las medidas concursales para aumentar el patrimonio deudor: a) La reintegración de la masa. b) La responsabilidad de los administradores: a') La responsabilidad por deudas. b') La responsabilidad por daños. c') La responsabilidad concursal. E. La eficiencia del concurso: a) La administración concursal. b) El procedimiento abreviado. c) Las soluciones de la crisis: a') El convenio anticipado. b') La anticipación de la liquidación. c') La modificación estructural de la sociedad en crisis. d') La adquisición de créditos concursales. e') La financiación de la empresa concursada.

1. PLANTEAMIENTO

A. LOS PROBLEMAS DE LA LEY CONCURSAL

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 *procedimientos infrautilizados* respecto a otros países (a pesar del aumento del número de concursos que ha traído la crisis económica en los últimos años). La experiencia demuestra que deudores y acreedores acuden a “mecanismos alternativos” y —retrasan o— solucionan —antes y ahora— los problemas de satisfacción del crédito 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 (reconocidos solo a los efectos de su irrevocabilidad en la Ley Concursal tras la reforma de 2009); 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.

Además, la Ley Concursal no ha conseguido que el concurso de acreedores cumpla de modo eficiente las funciones asignadas a este sector del ordenamiento. 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 en liquidación, que era uno de los objetivos específicos de la Ley (menos del diez por ciento de los concursos se solucionan con un convenio y, en particular, fue clamoroso el fracaso del convenio anticipado), si bien no conviene olvidar que el concurso debe ser una institución neutral, que ayude a conservar

* Nota del editor: este artículo ha superado la evaluación por pares.

empresas viables, pero que, al mismo tiempo, sirva para expulsar del mercado empresas inviables.

Parece, pues, claro que el problema no era la denostada legislación anterior, 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 del concurso*, que, probablemente, hunde sus raíces en un gravísimo *problema cultural*; de donde resulta que ni los deudores ni los acreedores encuentran suficientemente “atractivo” para la solución de la insolvencia el procedimiento legalmente establecido. Parece imprescindible un cambio de “cultura concursal” de todos los participantes (deudores, acreedores, abogados, economistas, auditores, procuradores, etc.), que debe ser apoyado —cuando no propiciado— legislativamente¹.

1. Por lo que se refiere al *deudor*, es preciso desterrar definitivamente la idea —muy extendida— de que el deudor acudirá al concurso con el ánimo de defraudar a los acreedores y también, en un sentido contrario, hacer desaparecer por completo el carácter infamante del concurso —igualmente extendido (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 la “muerte” del empresario.

2. Parece necesario intentar igualmente que los *acreedores*, en especial los públicos, asuman la solidaridad implícita en todo concurso y 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 (Fondo de Garantía Salarial, Consorcio de Compensación de Seguros, Fondos de Garantía de Depósitos). 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”,

sin planes de viabilidad adecuados, con el riesgo incluso 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, moderación a 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 los costes del propio procedimiento.

B. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LAS CONCEPCIONES BÁSICAS

De acuerdo con esas consideraciones, parecía necesario realizar algunas modificaciones de la Ley Concursal relativas a sus concepciones básicas; es decir, que afectasen a sus *funciones* y que ayudasen a crear una “cultura concursal”, sobre la base siempre de hacer un procedimiento eficiente, que permitiese obtener algo a los acreedores ordinarios, y no obstaculizase, por sí mismo, la continuación de la empresa. Tales modificaciones pueden reconducirse a cinco²:

1º. La necesidad de un **procedimiento alternativo** al inevitablemente lento y costoso procedimiento único de concurso de acreedores.

2º. La anticipación y el abaratamiento de la iniciación del concurso, íntimamente unida al clásico problema del **presupuesto objetivo**.

3º. La profundización en la *par conditio 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.

4º. La maximización del **patrimonio concursal**, sobre la base de una adecuada **reintegración de la masa activa** y de la **responsabilidad de los administradores**.

5º. 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, hay que empezar a dudar seriamente de la conveniencia de mantener un derecho concursal que ha puesto de manifiesto reiteradamente su ineficiencia.

C. 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), que, entre esos objetivos mencionados, solo persiguió el de la reducción de costes. 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 Ley³ y, desde luego, “solicitadas” en las numerosas resoluciones judiciales dictadas desde su entrada en vigor y en la literatura generada por la reforma de 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”⁴.

El Decreto-Ley no solucionó los problemas que pretendía resolver⁵ y agravó algunos de los problemas ya existentes:

1º. El Decreto-Ley *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”, que establecía que las refinanciaciones —incluso concedidas sin un plan serio de viabilidad— y los actos de ella derivados fuesen inatacables, en caso de declaración ulterior de concurso (es decir, en caso de fracaso), por la vía de la acción rescisoria concursal (disp. ad. 4ª LC).

2º. El Decreto-Ley no solo *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 “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.

3º. El Decreto-Ley no profundizó en la *par conditio creditorum*. Ni incentivó la ejecución colectiva sobre la individual ni reordenó la graduación de créditos en beneficio de los acreedores ordinarios.

4º. El Decreto-Ley no se preocupó de *maximizar el patrimonio concursal*: aumentaron los supuestos de irrevocabilidad y no se modificó el muy confuso sistema de responsabilidad de los administradores.

5º. 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 estrambótico procedimiento de

“liquidación anticipada” (art. 142 bis), 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 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 ya mencionada 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 (art. 122.1-2º LC), que dificulta el mercado de créditos concursales como solución digna y eficiente del concurso de acreedores, o la calificación como créditos contra la masa de los créditos contraídos durante el convenio 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 mejor calificación que podía otorgarse a la reforma era la de *inarmónica*⁶: el Decreto-Ley no valoró todos los intereses concurrentes en un concurso de acreedores, sino que pensó exclusivamente en algunos acreedores prevalentes.

El propio Gobierno pareció confesarlo cuando, con ocasión de la convalidación del Decreto-Ley, el Ministro de Justicia anunció

una reforma más extensa y más intensa de la Ley. Se constituyó así, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la Reforma Concursal⁷, encargada, sobre la base de un “programa” elaborado por el Ministerio de Justicia, de proponer un texto que sirviera de base al Gobierno para la reforma. El texto fue “entregado” el 19 de mayo de 2010. 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.

Unos meses más tarde, se redactó 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 modificaciones⁸, 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). En esos dos textos, se observan tres modificaciones fundamentales sobre el texto presentado por la Sección Especial:

1. Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, 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 refinanciadores en caso de declaración de concurso, si bien ese avance se realiza con una inexplicable falta de técnica jurídica y con muy importantes lagunas relativas sobre todo a la “serie- dad” y a la publicidad del acuerdo.
2. El régimen de la administración concursal se modifica en puntos muy sensibles, dando entrada a la designación de sociedades y reforzando la exigencia de formación de los administradores concursales, aunque también se observan

importantes defectos de técnica jurídica en la formulación de las normas.

3. No se contempla la liberación de las deudas del deudor persona física de buena fe en caso de liquidación ni, en general, se establece norma alguna sobre el tratamiento del consumidor, a pesar de que constituía una reclamación muy extendida⁹.

2. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

El análisis de la reforma de la Ley Concursal contenida en el Proyecto de Ley 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 conditio 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—, como instrumentos concursales especiales al servicio de la mayor satisfacción de los acreedores, y a la necesidad de aumentar la eficiencia del concurso¹⁰.

A. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

a) 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 vigor¹¹: la falta de un *procedimiento concursal de carácter preventivo o alternativo* respecto del 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 consumidores. Sorprende, además, que la Ley Concursal no incluyera esa figura, que se encontraba perfectamente diseñada, bajo el —equivoco— nombre de “suspensión de pagos”, en la “Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal” de 1995 redactada, por encargo de la Comisión General de Codificación, por el profesor Ángel Rojo.

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 prolijamente enumerados (art. 105); de modo que, en definitiva, la sanción al deudor deshonesto recaía sobre los acreedores y se impedía la conservación de muchas empresas y de muchos puestos de trabajo. 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 tratar de evitar la declaración de concurso.

Con la reforma en curso, se da un paso importante para incentivar el convenio anticipado: si el deudor consigue la aprobación de un convenio anticipado que no sea especialmente gravoso (quita inferior a un tercio y espera inferior a tres años), el concurso no será calificado (art. 167.1-II). Además, esa opción tiene el mérito de poner fin a la discriminación en

ese punto entre las dos soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. El concurso se calificará, cualquiera que sea su solución (convenio o liquidación), a menos que se alcance una solución convenida rápida y satisfactoria para los acreedores, algo que puede constituir un poderoso incentivo para una rápida solución del concurso y, por ende, para que los deudores anticipen sus solicitudes.

b) 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 de la misma, la nueva disposición adicional cuarta, titulada, precisamente, “Acuerdos de refinanciación”. Sin embargo, el Decreto-Ley se limitó a regular un aspecto muy concreto —y simplemente patológico— de los acuerdos de refinanciación, 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, la viabilidad de la empresa refinanciada.

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 es el único efecto del acuerdo: nada impide la aplicación de una rescisoria general por fraude de acreedores y nada impide que el eventual concurso pueda ser calificado como culpable y que los financiadores sean 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 que la comunicación de negociaciones enerva el deber del deudor de solicitar el concurso: art. 5 bis), el Anteproyecto de Ley de 16 de diciembre de 2010 y el Proyecto de Ley de 18 de marzo de 2011 avanzan hacia la previsión de un verdadero “concurso alternativo”, si bien los acuerdos de refinanciación se configuran de un modo muy extraño y, por ello, criticable.

A) Desde un punto de vista formal, 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 texto¹²; 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 instado 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 sustanciales¹³.

B) Desde un punto de vista material, se prevén en realidad *tres momentos distintos* con

efectos diferentes, lo que generará inseguridades entre los operadores:

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 y con el mismo único efecto, es decir, la irrevocabilidad concursal del acuerdo y de los actos de él derivados (art. 71.6), y

c) la *homologación judicial* de un acuerdo de refinanciación alcanzado con el setenta y cinco por ciento de los acreedores financieros, en cuyo caso pueden paralizarse las ejecuciones, la espera pactada se extiende a todos los acreedores financieros, y se concede a los refinanciadores una —rocambolesca— 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 (concur-sales) privilegiados con privilegio general (art. 91-6º).

C) Con todo, el principal problema de la regulación prevista es la ausencia de previsiones que aseguren la seriedad del acuerdo y que permitan, en consecuencia, hablar de un verdadero procedimiento concursal alternativo. Entre esas previsiones, que la reforma ignora, destacan la exigencia de una *convocatoria a los acreedores* que deba ser aportada al juez desde el primer momento; 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); la obligatoriedad de que el *informe del experto* sobre la viabilidad de la empresa sea *favorable*; la posibilidad de que el juez declare de oficio el concurso en el caso de que no se presente el acuerdo en el plazo establecido, y una adecuada publicidad del acuerdo, que garantice la defensa de los derechos de los acreedores que no firmen el acuerdo.

B. EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

a) 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: el coste de la declaración hace que disminuyan las posibilidades de satisfacción de los acreedores y de conservación de la empresa en crisis. La ineficiencia se produce tanto si la solicitud de concurso es realizada por el deudor como si es intentada por los acreedores

A) Por lo que se refiere al *concurso voluntario*, es decir, al concurso instado por el propio deudor, la Ley ofreció el estímulo tradicional de carácter negativo, consistente en imponerle el “deber” de instar su propio concurso (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), y añadió un incentivo positivo, a primera vista determinante: ni siquiera se formará la sección de calificación —y, por tanto, el concurso de acreedores no generará en sí mismo considerado sanciones para el deudor ni para los administradores de las sociedades— si llegase a aprobarse judicialmente un convenio de espera inferior a tres años o de quita inferior a la tercera parte. La decisión era en apariencia coherente con la función del concurso: no habrá sanción para aquel deudor que consiga un *acuerdo razonable* con los acreedores concursales ordinarios, lo que será tanto más factible cuanto antes se inste el propio concurso. Sin embargo, la reforma ha considerado, con razón, como ya vimos, que era mejor no discriminar en función de que la solución del concurso fuera el convenio o la liquidación, sino derivar esa discriminación hacia la rápida solución del concurso, de modo que el benefi-

cio de la no formación de la sección de calificación queda ahora reducido a los casos en que el acuerdo que no sea especialmente gravoso se obtenga a través de un *convenio anticipado* (v. art. 167.1).

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, 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*¹⁴, suprimiendo la necesidad de que el propio deudor tenga que probar su estado de insolvencia y su endeudamiento, algo que, además, ha generado muchos problemas prácticos y que parece partir del prejuicio de que los deudores instarán su concurso tratando de perjudicar a los acreedores¹⁵. Además, con esa modificación, desaparecería la razón de ser de la insolvencia inminente, que también ha generado multitud de problemas prácticos, 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 más que en el sentido de retrasar —*rectius*— suprimir el deber de solicitar la declaración de concurso cuando el deudor comunique que 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 Concur-

sal 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 estrepitosamente¹⁶. 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*. Existían dos líneas prelegislativas: la línea del Anteproyecto de 1983, que se basa 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 basa en lo que el acreedor conoce y no en lo que no conoce: al acreedor debe exigírsele sólo la prueba de que su crédito no ha sido satisfecho en un período razonable de tiempo a contar desde su vencimiento; y al deudor corresponderá, si efectivamente es solvente, evitar esa declaración pagando el crédito.

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 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, abriéndose el correspondiente trámite (art. 15.2).

b) El concurso sin masa

Una de las consecuencias más evidentes del problema del presupuesto objetivo 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 convenio¹⁷, 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) y de los correspondiente efectos (art. 178). La cuestión sustantiva más relevante es la fijación de un orden de distribución de lo existente entre los acreedores de la masa que no hayan sido satisfechos (art. 176 bis.2), que la Ley Concursal no solucionó¹⁸, que es el siguiente: 1º. Créditos salariales anteriores a la declaración de concurso; 2º. Créditos salariales posteriores a la declaración de concurso; 3º. Créditos por alimentos; 4º. Créditos por costas y gastos judiciales; 5º. Los demás créditos contra la masa.

En orden a la satisfacción de las deudas de la masa en caso de simple iliquidez de la masa¹⁹, el Proyecto de Ley desarrolla la regla de *pago al vencimiento* de las deudas de la masa, 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 del Proyecto— no podrá afectar a créditos salariales ni a créditos públicos (art. 84.3).

C. LA PAR CONDITIO CREDITORUM

A) Desde el punto de vista de la profundización en la *par conditio* —el otro aspecto fundamental del concurso de acreedores—²⁰, parecía necesario adoptar una serie de decisiones dirigidas directamente a mejorar 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 necesario *suprimiendo de raíz las ejecuciones separadas de acreedores salariales, públicos y con garantía real*, a fin de evitar a los acreedores más informados la tentación de iniciar una ejecución individual en lugar de optar por 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. Y esto vale sólo para los acreedores con garantía real, ya que el ordenamiento jurídico debe proteger al acreedor que toma precauciones para la insolvencia de su deudor. No debe servir para acreedores públicos ni salariales, que deben someterse íntegramente al concurso. La experiencia de estos años 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. Sin embargo, la reforma consagra la situación preexistente, limitándose a precisar que la competencia para determinar si un bien merece o no la consideración de bien afecto o de bien necesario corresponde al juez del concurso (art. 56.5), de modo que se mantendrá la litigiosidad de la cuestión (v., por ejemplo, STCJ 18.10.2010).

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.

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 subordinados²¹, 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 significativa de esos créditos —y no

de una parte mínima— 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, el Proyecto de Ley, en una línea diferente —y en un lugar sistemáticamente incorrecto— 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 parece llegado el momento de ir más allá y suprimir los privilegios del crédito público. El acreedor público no debe tener preferencia sobre el acreedor 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).

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 parte de esos riesgos, cumpliendo una función similar a la del Fondo de Garantía Salarial.

B) 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.

La reforma no entra en esa materia, aunque sí precisa 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).

D. LAS MEDIDAS CONCURSALES PARA AUMENTAR EL PATRIMONIO DEUDOR

Como es sabido, el derecho concursal establece dos tipos de medidas para aumentar la masa activa del concurso y, con ello, la satisfacción de los acreedores ordinarios: la ineficacia de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso (reintegración de la masa activa) y la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes hubieran causado o agravado la insolvencia (particularmente, responsabilidad de los administradores de sociedades).

a) La reintegración de la masa activa

Como ya hemos avanzado, la reforma no entra en el tema de la acción rescisoria concursal, 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 reflexión²²: 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); suprimir la referencia a la *masa activa* en la delimitación normativa del *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 objeto de rescisión; *acotar las presunciones* relativas a los pagos de obligaciones no vencidas, la constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes y los actos con personas especialmente relacionadas; sustituir la exclusión a la rescisión de los actos ordinarios realizados en condiciones normales por la de pagos ordinarios realizados en condiciones normales imprescindibles para la continuidad de la actividad de la empresa; 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), y subordinar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión solo en caso de actuación dolosa (y no por simple mala fe).

b) La responsabilidad de los administradores

Uno de los temas en los que la reforma ha entrado a fondo, tal y como había sido anunciado por el Ministro de Justicia, es el de la responsabilidad de los administradores, que adolecía de muy importantes defectos de técnica jurídica²³. 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 entronca 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 regímenes de responsabilidad de los administradores durante el concurso, que no se coordinaban adecuadamente:

a') La responsabilidad por deudas

El sistema establecido para *sancionar el incumplimiento de los deberes de los administra-*

dores 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)²⁴ 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 Proyecto de Ley 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 ejerciten 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 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).

b') 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 “concurzalización”: 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, con la que quizá debía hermanarse en cuanto a la legitimación subsidiaria de los acreedores.

B) Como es obvio, la “concurzalización” 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). En consecuencia, la reforma a se limita a acumular al concurso las acciones individuales que se hubieran iniciado con anterioridad (art. 51.1), sin que —sorprendentemente, la declaración de concurso afecte, en cambio, a la competencia para el ejercicio de las acciones que se interpongan tras la declaración, que, en consecuencia, no tienen por qué corresponder al juez del concurso (art. 8-7º). Obviamente, no se modifica tampoco la *legitimación* para su ejercicio, que corresponde exclusivamente al socio o al acreedor perjudicado.

c') 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. STS 23.2.2011), la reforma se limita a realizar algunas precisiones en su régimen jurídico (art. 172 bis)²⁵: que sólo pueden ser condenados aquellos administradores o apoderados generales que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación; que, 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 servirá para pagar créditos contra la masa y créditos concursales y no será necesario que los acreedores reclamen de modo individual²⁶.

De acuerdo con ello, en la reforma se precisa asimismo el ámbito de aplicación del *embargo preventivo de bienes* de los administrado-

res, 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).

E. 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 económico²⁷. Estos años de aplicación de la Ley han confirmado 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 en curso 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.

a) La administración concursal

Los órganos ordinarios de la Administración de Justicia no son suficientes para afrontar la complejidad del concurso de acreedores y conciliar 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 profesionales jurídicos y económicos (Propuesta de Anteproyecto de 1995), cuyo mayor inconveniente es que resulta 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 y, en cierto

grado, funcionarizada, 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 jurídico²⁸.

El Proyecto de Ley, como señala su exposición de motivos, no lleva a cabo tampoco aquí un giro copernicano; pero avanza en la línea indicada, introduciendo la posibilidad de que en determinados concursos de especial trascendencia y complejidad los dos administradores concursales profesionales sean sustituidos por una persona jurídica en la que se integren socios de las dos categorías (art. 27.1-II)²⁹.

b) El procedimiento abreviado

Como es sabido, la Ley Concursal 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 unipersonal³⁰. El Proyecto de Ley, partiendo de la probabilidad de que el procedimiento abreviado sea el más generalizado en la práctica, avanza considerablemente en la regulación, estableciendo primero los presupuestos (art. 190)³¹ 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 la exposición de motivos: “la Ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación 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”.

c) Las soluciones del concurso

Es sin duda en este terreno donde más avanza el Proyecto de Ley, que introduce im-

portantes modificaciones en la Ley Concursal, dirigidas a favorecer la eficiencia de este sector del ordenamiento: apuesta por la anticipación temporal de las soluciones concursales, tanto en caso de convenio como de liquidación, y favorece la financiación de la empresa concursada.

a') El convenio anticipado³²

Como ya se señaló, el proyecto de Ley estimula una rápida solución del concurso estableciendo que, si el deudor consigue la aprobación de un convenio anticipado que no sea especialmente gravoso (quita inferior a un tercero y espera inferior a tres años), el concurso no será calificado (art. 167.1-II). Esa opción tiene, además, el mérito de poner fin a la discriminación entre las dos soluciones del concurso de acreedores: el concurso se calificará, cualquiera que sea su solución (convenio o liquidación), a menos que se alcance una solución convenida rápida y satisfactoria para los acreedores.

b') La anticipación de la liquidación

En la misma línea de reducción de costes, al menos temporales, se sitúa la admisión de 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 inviable³³. Con la reforma coordinada de los artículos 75, 98, 142, 148.1, 157 y 197.3 (y la supresión del 142 bis), el Proyecto de Ley estructura de una manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, permitiendo tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. 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.

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

c') 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*, como se comprueba fácilmente en España con las Cajas de Ahorros, y, por esa razón, la comunicación —sería— de que se está negociando una modificación estructural debería constituir —junto a la comunicación de que se está negociando un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado— causa de enervación del deber de solicitar el concurso, “escudo” que, sin embargo, no concede el Proyecto de Ley (art. 5 bis).

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 trabajo³⁴. El Proyecto de Ley se limita, sin embargo, a incluir la modificación estructural entre las circunstancias que pueden conducir a un procedimiento abreviado (art. 190.2), dejando incluso sin mencionar —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, que, pese a todo, se modifica), algo que parece obligado por la propia regulación de las modificaciones estructurales, posterior —como es sabido— a la Ley Concursal.

d') La adquisición de créditos concursales

La Ley Concursal española, lastrada por determinadas concepciones y determinadas prácticas tendentes a la preconstitución de mayorías, priva de derecho de voto en el convenio a los adquirentes de créditos concursales (art. 122.1-2º), algo que dificulta 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 acreedores³⁵. El Proyecto de Ley toma buena nota de ello y deja fuera de la prohibición de derecho de voto el supuesto en que el adquirente del crédito sea “una entidad sometida a supervisión financiera”.

e') 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 insiste en negarles la consideración de créditos contra la masa— dificulta la financiación de la empresa concursada que haya concluido un convenio con sus acreedores³⁶. Y así lo ha hecho el Proyecto de Ley, 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 el caso de que, con posterioridad, se abriera la liquidación (v. incisos finales de los números 5º y 10º del artículo 84.2)³⁷.

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.

NOTAS

1. V. BELTRÁN/PRENDES (dir.), *Los problemas de la Ley Concursal*, I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Civitas, 2009.

2. Un 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, pág. 709-712.

La Ley Concursal supuso un gran paso adelante en el proceso de renovación del derecho español en la medida en que vino a poner fin a una situación insoportable, 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 insoportable 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 gran 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. Ahora bien, para ser del todo justos, hay que decir que el Derecho Concursal está en permanente reforma en casi todos los países, y España, cuya Ley no fue un ejemplo de modernidad, no iba a ser una excepción.

3. 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 concursal español”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en *AAMN*, XLIII, pp. 465-490.

4. 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”.

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

6. V. BELTRÁN, “La reforma —inarmónica— de la Ley Concursal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XVIII, núm. 775, 14 de mayo de 2009, pp. 8-14.

7. 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.

8. La modificación más importante es la introducción de un buen número de disposiciones transitorias, que, sin embargo, se antojan complicadas por su casuismo y por la técnica de la remisión.

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

10. Para la debida claridad de la exposición, los preceptos se citan recogiendo exclusivamente la numeración del precepto de la Ley Concursal tal y como propone el Proyecto de Ley.

11. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en Rojo (dir.), *La reforma*, pp. 9-86.

12. 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. 4ª anterior) la irrevocabilidad 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. 4ª, que regula con detalle la homologación de los acuerdos, y disp. ad. 5ª, que regula los aranceles notariales por la elevación a público de los acuerdos de refinanciación.

13. 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).

14. 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.

15. Si ese prejuicio llegase a ser una realidad —obsérvese, en todo caso, que la idea es contradictoria con el carácter infamante del concurso y con la eventual imposición de responsabilidad concursal a los administradores—, el problema se resolvería fácilmente por aplicación de las normas generales que prohíben el fraude de ley y el abuso del derecho.

16. No obstante, el proyecto de Ley eleva al cincuenta por ciento del crédito el privilegio del acreedor instante (art. 91-7º).

17. V. BELTRÁN, “El concurso del concurso”, en prensa.

18. V. BELTRÁN, “El pago a los acreedores (I). El pago de los créditos contra la masa”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Civitas, en prensa.

19. V. BELTRÁN, ob. y lug. últ. cit.

20. 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.

21. No obstante, parece necesaria una reflexión acerca de esta figura, por lo que se refiere sobre todo a las personas especialmente relacionadas (v. FERRÉ, *Los créditos subordinados*, Civitas, 2006). Aun reconociendo que no se trata de una tarea sencilla, es preciso reflexionar acerca de tres importantes cuestiones generales. En primer lugar, acerca de la continuación del automatismo de la subordinación, pues podría pensarse en sustituirlo por una simple presunción que podría romperse aportando prueba en contrario. El Anteproyecto de Ley preveía en este punto que el socio titular de una participación relevante no será considerado persona especialmente relacionada —y, por tanto, su crédito no será subordinado (art. 92-5º)— si demuestra que “carecía de capacidad de influencia en la gestión de la sociedad” (art. 93.2-1º); pero dicha precisión no ha pasado al proyecto de ley. En segundo lugar, acerca de la calificación de los créditos garantizados por personas especialmente relacionadas, que el Decreto-Ley 3/2009 decidió no subordinar. Y en tercer lugar, acerca del 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. 2º) y la exclusión como subordinados de los créditos de los socios que no sean préstamos (núm. 5º).

22. Se siguen las conclusiones de LEÓN, “Banca y rescisión”, en Beltrán/Prendes, *Los problemas de la Ley Concursal*, cit., p. 223. V. también GARCÍA-CRUCES, *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009.

23. V. ROJO/BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2011.

24. Sobre ese sistema v. BELTRÁN, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO/BELTRÁN, *La responsabilidad*, cit., pp. 255 y ss.

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

26. 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.

27. V. BELTRÁN, “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, cit. p. 323 y ss.

28. V. TIRADO, *Los administradores concursales*, Civitas, 2005.

29. No obstante, llama poderosamente la atención la deficiente redacción de la norma: “Los dos primeros supuestos se entenderán también cumplidos (*sic*) si se trata de personas jurídicas que integren a ambos tipos de profesionales y garanticen la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

30. V. MUÑOZ GONZÁLEZ, “El procedimiento abreviado”, en *ADCo*, 9 [2006], pp. 101 y ss.

31. 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.

32. V. ROJO, *El convenio anticipado*, Civitas, 2004.

33. Sobre la liquidación concursal, v. BELTRÁN, “La liquidación”, en *La Ley Concursal*, *RPJ*, número especial [2004], pp. 409 y 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 económicamente— 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, pp. 407 y ss.

34. 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*, *L* [2010], pp. 157 ss.).

35. V., ampliamente, ROJO, “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, en *ADCo*, 12 [2007-3], pp. 7 y sigs.

36. V. BELTRÁN, “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 10 [2007-1], pp. 513 y sigs.

37. 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 “*hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del convenio*”.