

# **REFORMA CONCURSAL: DIEZ CRÍTICAS ESENCIALES AL PROYECTO DE LEY\***

*Carlos Nieto Delgado*

*Magistrado Juez. Juzgado Mercantil 1 de Madrid*

## **SUMARIO:**

**I. INTRODUCCIÓN: UN CAMBIO DE DIRECCIÓN EN LOS PRINCIPIOS  
INSPIRADORES DE NUESTRA LEGISLACIÓN CONCURSAL**

**II. LAS DIEZ CRÍTICAS ESENCIALES AL PROYECTO DE LEY**

- 1) “FRESH MONEY” Y ESCUDOS PARA LAS REFINANCIACIONES: LA VICTORIA (INJUSTA) DE LA BANCA**
- 2) ¿NO VA A HABER “FRESH START” PARA LAS PERSONAS FÍSICAS?**
- 3) LAS COMUNICACIONES DEL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY CONCURSAL: FUERA DE CONTROL**
- 4) LAS REFINANCIACIONES HOMOLOGADAS JUDICIALMENTE: ¿FUENTE SEGURA DE PROBLEMAS POR SU FALTA DE CLARIDAD?**
- 5) EL CONCURSO SIN MASA: ¿PARA QUÉ SE ADMITE Y LUEGO SE ARCHIVA?**
- 6) MANTENIMIENTO DE LA DISPERSIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONCURSAL (RDL 5/2005, LEY 2/1981...)**
- 7) NINGUNA NUEVA RESPUESTA EN MATERIA CONTRACTUAL: CONTRATOS CON ENTIDADES FINANCIERAS, COMPRADORES DE VIVIENDA...**
- 8) PLAZOS POCO REALISTAS Y FALTA DE SOLUCIONES IMAGINATIVAS PARA LA CONGESTIÓN JUDICIAL**
- 9) PERSISTEN PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DESTACABLES**
- 10) LA RIGIDEZ DEL CONVENIO JUDICIAL, ¿SEGUIRÁ SIENDO LA LIQUIDACIÓN LA VÍA PREFERIDA?**

**III. CONCLUSIÓN**

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado partiendo de mi intervención “Principales cambios del Proyecto de Ley Concursal” en la IX Jornada Tributaria y Mercantil organizada por el Colegio de Titulados Mercantiles de Pontevedra el 24 de marzo de 2011. Las citas bibliográficas se incluyen con la mera finalidad de orientar sobre las publicaciones más recientes aparecidas en relación con los temas que se tratan y sin ánimo de exhaustividad.

## I. INTRODUCCIÓN: UN CAMBIO DE DIRECCIÓN EN LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

El 18 de marzo de 2011 el Gobierno español ha aprobado el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley concursal<sup>1</sup>. Concluye así un largo proceso de gestación rodeado de un criticable secretismo<sup>2</sup> y comienza lo que ya se anticipa por algunos será un breve o muy breve proceso de discusión parlamentaria sobre el texto procedente del Consejo de Ministros, al que ya se anuncia la aplicación del procedimiento de urgencia para su aprobación antes del verano.

La reforma presentada no es la única que, desde su entrada en vigor, va a experimentar el texto original de la Ley 22/2003. Al margen de otras puntuales modificaciones (operadas, por ejemplo, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por el Real Decreto-Ley 5/2010 de 31 de marzo o por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril), sin duda el cambio legislativo más importante de nuestra normativa concursal fue el operado por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, con el que el Gobierno socialista intentó implementar una primera batería de medidas anticrisis en el ámbito de los procedimientos de insolvencia. El propio Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009 se encargaba de subrayar el carácter coyuntural de esta última disposición, lo que justificaba el inmediato anuncio de una reforma de mayor calado, que es la que ahora se encuentra en trámite de aprobación por las Cortes Generales.

La promesa de una modificación en profundidad del texto de la Ley 22/2003 no se ha visto desde luego defraudada, pues son nada menos que 97 los preceptos afectados por cambios de mayor o menor entidad en el Proyecto de Reforma que ahora ve la luz; los cuales, sobre un texto total de 230 artículos (de los cuales los treinta últimos constituyen disposiciones de Derecho internacional privado), suponen casi un cincuenta por ciento de la norma legal hoy vigente.

Llama sin embargo la atención, tras una primera y rápida lectura del texto del Proyecto, que una reforma de alcance tan ambicioso haya omitido una serie de modificaciones sobre cuya necesidad había poca discusión; y que en cambio, el texto incorpore ciertas novedades muy discutibles, sobre las cuales nos parece oportuno hacer unas breves reflexiones críticas de urgencia.

Antes de enunciar los diez principales reproches, que desde nuestra modesta perspectiva, pueden lanzarse contra el Proyecto de Ley de Reforma Concursal, quisiéramos comenzar subrayando el cambio indisimulado que el texto de la modificación en trámite pretende operar en los principios básicos inspiradores de nuestra normativa sobre insolvencias.

---

<sup>1</sup> Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOCG de 1 de abril de 2011, Serie A, núm. 119-1, págs. 1-32

<sup>2</sup> El artículo 35 de los Estatutos de la Comisión General de Codificación, aprobados por Real Decreto 160/1997, recogen ciertamente una obligación de sigilo para sus trabajos, si bien dicha obligación no parece tan absoluta como se ha presentado en ocasiones, pues puede ser excepcionada por el Presidente de dicho órgano y su incumplimiento no lleva aparejada sanción alguna.

Conviene recordar aquí que uno de los temas que ha concentrado mayor tensión entre la comunidad científica y académica dedicada al estudio de la Ley concursal ha sido identificar cuál es el principio rector principal de nuestra normativa sobre insolvencias. No vamos a entrar en un análisis de esta cuestión, plagada de referencias históricas y hasta filosóficas. Sabido es que la doctrina se ha dividido en este punto en dos bandos opuestos, defendiendo el primero que la inspiración básica de la normativa concursal es y debe ser la máxima satisfacción de los acreedores; en tanto que otros autores apuntan a otros principios que eventualmente podrían equipararse en rango al principio anterior y que serían, por ejemplo, el de conservación o continuidad de las empresas.

Parece que la tesis dominante en la doctrina y la que se defiende con mejores argumentos es la que opta por subordinar en materia concursal cualquier consideración a la máxima satisfacción de los acreedores<sup>3</sup>, atribuyendo a este último principio un rango absolutamente superior a cualquier otro. De hecho, pocos argumentos se precisan para sustentar la imposibilidad de exigir a los acreedores de un deudor insolvente cualquier sacrificio que, pudiendo estar preordenado al mantenimiento de una empresa (viable o no), termine por imponerles (sin una previa indemnización) una expropiación o renuncia a su crédito y derecho, en aras de finalidades de política social o económica. Las empresas inviables deben liquidarse y el producto de dicha liquidación repartirse entre los acreedores según su rango y privilegio. Pero incluso las viables no pueden mantenerse contra viento y marea si no se satisface antes el derecho de sus acreedores. Sobre estas cuestiones no parecía que hubiera demasiadas dudas.

Sin embargo, el promotor de la reforma, en el mismo Preámbulo del Proyecto de Ley aprobado, parece abonarse a un cambio de orientación, pues identifica como uno de los propósitos fundamentales del cambio normativo la conservación de la actividad empresarial o profesional.

Hablar contra la conservación de la actividad empresarial constituye un discurso de los que encierra siempre una carga emotiva contra el orador. ¿Quién puede oponerse a la continuidad de una actividad productiva? Cuando hablamos de cierre de una empresa, a todos nos viene a la cabeza la idea de trabajadores despedidos, proveedores arruinados, familias destrozadas y otros escenarios parecidos, más o menos apocalípticos.

Sin embargo, se incurre en una trampa falaz cuando, con el loable propósito de evitar tales situaciones, se consigue situar a uno de los actores en los procedimientos de insolvencia (las entidades financieras) como el único garante de tal principio y la clave para su protección. Nadie discute el

---

<sup>3</sup> Así lo ha expresado recientemente con una autoridad indiscutible el profesor M. Olivencia Ruiz en la conferencia inaugural del II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia pronunciada el 15 de abril de 2010, con argumentos expuestos ampliamente en M. Olivencia Ruiz, "El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación", en *RDCP* núm. 13/2010, págs. 19-26. En torno al principio de conservación de la empresa, M. Zabaleta Díaz, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Cizur:Thomson-Civitas, 2006.

importante papel de los acreedores financieros en una salida pactada del concurso y las ventajas que presenta esta última en términos de estabilidad económica y empleo. Pero se olvida que la financiación precisamente constituye el negocio de las entidades bancarias (un negocio hasta fechas recientes muy lucrativo), lo que no justifica la concesión de desorbitados privilegios en el concurso, en detrimento del derecho de miles de pequeños acreedores, cuyo crédito agregado podrá ser cuantitativamente mucho menor, pero mucho más grave e injusto el perjuicio social que su postergación supone.

## II. LAS DIEZ CRÍTICAS ESENCIALES AL PROYECTO DE LEY

No vamos a exponer las modificaciones concretas que se proponen, puesto que en el escaso tiempo transcurrido desde su publicación ya han aparecido trabajos de gran calidad al respecto<sup>4</sup>. Nos centraremos exclusivamente en cuestionar aquellos cambios que parecen más discutibles; y, sobretodo, a destacar aquello que el Proyecto de Ley no contiene y probablemente debiera incluir.

### 1) “FRESH MONEY” Y ESCUDOS PARA LAS REFINANCIACIONES: LA VICTORIA (INJUSTA) DE LA BANCA

Comenzaremos la crítica sobre la reforma refiriéndonos al denominado “fresh money” en conexión con las refinanciaciones. Cuando el Legislador de 2009 introdujo los acuerdos de refinanciación en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/2003, todavía se notaban los efectos de la controvertida sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de fecha 21 de mayo de 2007<sup>5</sup> (caso Banco Espirito Santo). Como es de sobras conocido, la citada resolución rescindía las garantías reales constituidas por una entidad financiera como cobertura de una deuda preexistente, subordinando de forma adicional el crédito derivado de la operación garantizada. Los argumentos esgrimidos en dicha resolución proyectaban una oscura sombra de incertidumbre sobre muchos acuerdos de refinanciación que los primeros envites de la crisis habían hecho necesarios y en los que acostumbran a incluirse operaciones semejantes.

No es ningún secreto que en dichas refinanciaciones, a cambio de una frecuentemente paliativa (no curativa) inyección de liquidez, el deudor consiente en constituir nuevas garantías reales respecto de obligaciones anteriores impagadas o bien otras que las sustituyen, situando al refinanciador en una posición altamente privilegiada, inmune al posterior concurso y en grave menoscabo del derecho del resto de acreedores. No puede así obviarse que el Real Decreto-Ley 3/2009, al establecer un blindaje de los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de rescisión, vino a permitir por esa vía principalmente a las entidades financieras (¿quién más está en situación de

---

<sup>4</sup> Véanse las contribuciones publicadas en el núm. 14/2011 de la *RDCP*, págs.. 17-105.

<sup>5</sup> J. Pulgar Ezquerro, “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009”, en *RDCP* núm. 11/2009, p. 48.

refinanciar?) aquello que, de ordinario, cualquier otro acreedor no podría hacer: hipotecar ilimitadamente el patrimonio del deudor en garantía de deudas pretéritas.

Conviene aquí señalar que, contra los elogios que muchos en su día hicieron de los denominados “escudos de protección”, se hace difícil ver con buenos ojos dicha opción legislativa. Si se intenta analizar la cuestión desde una perspectiva imparcial, no cuesta mucho razonar que los actos realizados por el deudor, si son perjudiciales para la masa activa, deben ser rescindidos sin excepciones; no siendo dable que el Legislador suprima tal posibilidad por la mera circunstancia de que dichos acuerdos vengan suscritos por una parte importante de los acreedores (por regla general, los financieros) y en el procedimiento se haya recabado un informe de viabilidad emitido por un único experto designado a su prudente arbitrio por el Registrador Mercantil.

Sea como fuere, en su día se justificó que los acuerdos de refinanciación permitieran al sector financiero suscribir con el deudor pactos que otros acreedores de ordinario no podrían, bajo la consideración de que dicho sector era el único que estaba en situación de aportar una ampliación o modificación significativa del crédito, y tenía en su mano la llave para la continuidad de las empresas.

Pues bien, con el texto de la reforma proyectada la balanza queda totalmente desequilibrada, pues se concede al refinanciador no sólo la posibilidad de hacer aquello que de ordinario tenía terminantemente prohibido (constituir con motivo de una operación de salvamento, garantías reales sobre obligaciones preexistentes o las que las sustituyan), sino también el premio de un exorbitante privilegio para los fondos de tesorería que en esa situación pueda aportar, los cuales serán reconocidos al cincuenta por ciento como créditos contra la masa prededucibles y privilegiados generales si el concurso finalmente llegara a declararse.

No hay que hacer muchas cábalas para vaticinar que la disciplina proyectada propiciará el sostén abusivo de empresas cuya viabilidad a duras penas quedará suficientemente garantizada con el informe de un único experto; permitiéndose así, en un primer paso y fuera del Juzgado, extender una garantía real generalizada sobre el patrimonio del deudor a cambio de un líquido que posteriormente la entidad bancaria recuperará declarado el concurso (pudiendo incluso los fondos haber estado todo el tiempo bajo el control del refinanciador). En consecuencia, o los acuerdos de refinanciación son rescindibles o no hay privilegio de prededucibilidad para el “fresh money”. Ambas ventajas se revelan manifiestamente excesivas para una clase concreta de acreedores, que son las entidades financieras.

## 2) ¿NO VA A HABER “FRESH START” PARA LAS PERSONAS FÍSICAS?

Aunque ha trascendido poca información al respecto, parece que en el seno de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación estuvo presente desde el comienzo el debate sobre la posibilidad de exoneración de deudas para las personas físicas<sup>6</sup>; y que alguna solución para esta problemática se barajó, que lamentablemente no ha tenido reflejo en el proyecto finalmente publicado. De hecho, en la primera versión del borrador de la reforma que pudo filtrarse en el verano, se hacía alusión a un procedimiento de exoneración de deudas cuyo régimen sustantivo se omitía en el cuerpo de la norma.

Como es sabido, una vez amortizadas todas las posibilidades que el concurso de acreedores pueda tener para renegociar con el banco la hipoteca de la vivienda familiar u otras deudas de la persona física, para esta última el concurso carece de mayor utilidad, toda vez que la liquidación de su patrimonio y el pago de la parte de sus deudas que cubre su activo no supondrá la extinción de las que no hubieran podido satisfacerse. En tales circunstancias, no parece discutible que para la persona física el concurso de acreedores termina siendo una solución ruinosa e ineficaz, que en la mayoría de los casos sólo aumenta su pasivo<sup>7</sup>.

Es difícilmente explicable que, tras haberse puesto de manifiesto en alguna resolución judicial reciente el sinsentido y discriminación de la salida que ofrece la normativa concursal a las personas físicas<sup>8</sup> (nuevas ejecuciones singulares por la parte de la deuda que resta sin pagar), el Legislador no haya previsto la posibilidad de un nuevo comienzo para los particulares, apartándose de todas las recomendaciones internacionales y comunitarias en torno a la política del “fresh start”. Esta omisión resulta aún más chocante si se atiende a la teórica orientación ideológica de la fuerza política que promueve la reforma, cuya preocupación por el sobreendeudamiento de las familias y consumidores queda seriamente en entredicho, extrañamente olvidada tras los beneficios concedidos a la banca.

---

<sup>6</sup> Véase T.A. Jiménez París, “El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal”, en *Diario La Ley*, N° 7487, Sección Doctrina, 13 Oct. 2010, Año XXXI, Ref. D-301, que apunta la inclusión de esta cuestión en los *Criterios para la elaboración de la propuesta de reforma de la Ley Concursal* de la Sección especial de la Comisión General de Codificación.

<sup>7</sup> J. R. García Vicente, “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”, *ADC* 20/2010, págs.. 205-234; B. Peñas Moyano, “Concurso de consumidores”, *RDCP* 8/2008, págs.. 229-246.

<sup>8</sup> Véase P. J. Rubio Vicente, “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas. Asunto 671/2007-C 4 (concurso Sección 1ª), *RDCP* 14/2011, págs.. 229-250.

### **3) LAS COMUNICACIONES DEL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY CONCURSAL: FUERA DE CONTROL**

Uno de los puntos más controvertidos en la aplicación de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 fue el papel que debía tener el Juez en el escrutinio de los requisitos legales para la presentación de las comunicaciones previas de insolvencia del art. 5.3 LC. Algunos criticaron la doctrina recogida en el pionero Auto del Juzgado Mercantil de Granada de 11 de mayo de 2009 que, a pesar de la ausencia de expresa previsión legal, acordaba tener por no efectuada una comunicación previa de insolvencia, ante la grosera ausencia de los requisitos exigidos por dicho precepto. Tal interpretación no ha podido evitar que finalmente se haya convertido en una práctica habitual la utilización de la moratoria que otorga la comunicación del art. 5.3 LC para fines distintos de los previstos en la norma (en teoría, solamente negociar propuestas anticipadas de convenio).

Aunque el Proyecto de Ley sincroniza la realidad y el texto legal, al cobijar en la comunicación previa del art. 5.3 LC las refinanciaciones y eliminar la exigencia de una solicitud posterior de concurso tras agotarse la prórroga del plazo que se obtiene, lo cierto es que cuesta encontrar razones para el mantenimiento de esta extraña institución, que pierde ya todo posible efecto confesorio de la insolvencia en cualquier momento posterior a la comunicación y especialmente cuando el “escudo” queda sin efecto, atendiendo a la posibilidad legal ahora reconocida de refinanciar durante su vigencia. Ello por no hablar de la chocante versión inicial del Anteproyecto, en que se obligaba incluso al Juez a “dar fe” o “constancia” de su presentación, relegando a la autoridad judicial al papel de mero fedatario (lo que en la versión final del Proyecto de Ley por fortuna se ha subsanado, atribuyendo finalmente al Secretario esa mecánica función).

Si se quiere aligerar el Juzgado de trámites inútiles, ¿por qué no se elimina la exigencia de que la comunicación se haga al Juzgado y se permite que se haga ante el Notario o el Registrador Mercantil, sin necesidad de Abogado y Procurador? Y ya puestos, si basta con una mera “manifestación” para ver ampliado el plazo para la presentación de la solicitud de concurso a seis meses: ¿por qué no se amplía directamente dicho plazo y nos ahorramos trámites absurdos?

### **4) LAS REFINANCIACIONES HOMOLOGADAS JUDICIALMENTE: ¿FUENTE SEGURA DE PROBLEMAS POR SU FALTA DE CLARIDAD?**

La nueva redacción de la Disposición Adicional 4ª (una ubicación que parece llamada a albergar cambios problemáticos) incluye la posibilidad de homologar judicialmente acuerdos de refinanciación extrajudiciales suscritos por el deudor y sus acreedores financieros que representen el 75% del pasivo.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley no nos ofrece más detalles sobre la necesidad y ventajas de bendecir judicialmente esta nueva categoría de acuerdos. Nos resistimos igualmente a aceptar, como mera hipótesis de trabajo, que exista un ánimo de convertir al Juez homologante en “cabeza de turco”, si finalmente no concluye con buen fin lo que se “cocina” extramuros del Juzgado entre el acreedor y la banca, dejando por cierto al margen al resto de

acreedores (Administraciones Públicas, proveedores y trabajadores). Lo cierto es que la homologación judicial no parece ser tampoco una exigencia que necesariamente derive del efecto de paralización que tiene esta nueva categoría de acuerdos sobre las ejecuciones individuales, que indudablemente deberán seguir siendo suspendidas por el titular del órgano ante el que se siguen (como ahora acontece en el marco de los arts. 55-56 LC), respecto del cual el Juez del concurso no ostenta competencia jerárquica alguna.

El cambio normativo en este punto resulta bastante defectuoso y plantea múltiples incógnitas: en realidad, muchas de sus previsiones han tenido que ser rectificadas a contrarreloj, ante los negativos informes de varias instituciones (CGAE, CGPJ), por lo que las soluciones que finalmente se acogen no parecen ser precisamente el fruto de una madurada reflexión. La norma recurre a conceptos jurídicos indeterminados (“sacrificio desproporcionado”), omite cualquier referencia a las facultades del Juez para acordar de oficio la presentación de aclaraciones o informes adicionales a la hora de verificar los requisitos del acuerdo, no especifica los recursos que caben contra la resolución que deniega la homologación sin mediar oposición y por último no especifica qué vinculación habrá de tener en el concurso posterior el sello de conformidad de la autoridad judicial para los acreedores que no hayan sido oídos.

## **5) EL CONCURSO SIN MASA: ¿PARA QUÉ SE ADMITE Y LUEGO SE ARCHIVA?**

En torno al concurso sin masa, la situación previa a la reforma es ciertamente insatisfactoria<sup>9</sup>. Algunas Audiencias provinciales han venido permitiendo la inadmisión del concurso con inexistencia inicial de activo, en tanto que otras (como las de Madrid y Barcelona), probablemente con un exceso de dogmatismo, se han opuesto bajo consideraciones tan rigoristas como la posibilidad de rehacer la masa gracias a acciones de reintegración (que mal podrán darse cuando ni hay ni ha habido masa).

El texto del Proyecto de Ley permite, en su art. 176 *bis* que el concurso se archive desde su misma declaración cuando, no siendo previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente ni siquiera para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el Juez considere que estas cantidades están garantizadas por un tercero de forma suficiente.

No se entiende demasiado bien a qué obedece el empecinamiento en tramitar un procedimiento cuando el concurso de entrada carece de masa activa y no puede cumplir con ninguna de sus finalidades. ¿Por qué no se ha optado

---

<sup>9</sup> Véase F. Blasco, “Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa” en ADC núm. 18/2009 y A. Rodríguez de Quiñones y de Torres, “La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso”, RDCP núm. 12/2010, págs.. 37-57.

directamente por la inadmisión a trámite con posibilidad de apelación? Imposible de discernir el motivo.

## **6) MANTENIMIENTO DE LA DISPERSIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONCURSAL (RDL 5/2005, LEY 2/1981...)**

Como es sabido, a pesar de las razones prácticas y de facilidad aplicativa que aconsejarían la incorporación de toda la reglamentación sobre insolvencias en la Ley 22/2003, con posterioridad a la promulgación de esta última se ha producido una proliferación de disposiciones concursales variopintas, algunas recogidas en normas especiales de muy dudosa calidad técnica como el Real Decreto-Ley 5/2005, aunque no exclusivamente (Ley 2/1981, Ley General Tributaria, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, etc.).

Especialmente en el caso del Real Decreto-Ley 5/2005, el Legislador no sólo no ha tenido a bien no incorporar algunas de sus normas en la Ley Concursal donde tienen natural acomodo (por ejemplo, el art. 15 sobre garantías financieras en el art. 56 LC, el art. 16 sobre acuerdos de compensación en los arts. 61-62, etc.), sino que además ha optado por reformar algunas de las disposiciones especiales citadas de forma coetánea a la Ley Concursal (con la Ley 7/2011, de 11 de abril), al margen de la Comisión General de Codificación e incluyendo cambios muy discutibles. Esa dispersión no parece ni justificada por la especificidad de la materia ni obligada para atender compromisos comunitarios, por lo que merece calificarse como otro grave déficit de la reforma.

## **7) NINGUNA NUEVA RESPUESTA EN MATERIA CONTRACTUAL: CONTRATOS CON ENTIDADES FINANCIERAS, COMPRADORES DE VIVIENDA**

La normativa contractual recogida en los arts. 61 y siguientes de la Ley Concursal actual, siendo un avance con respecto al vacío existente con anterioridad a la promulgación de la misma, ha hecho aflorar en su aplicación práctica considerables problemas técnicos e interpretativos, que han motivado resoluciones jurisprudenciales del signo más diverso e incluso contradictorio.

Al margen de la oportunidad perdida de resolver algunos fallos ya conocidos (entre otros: empleo incorrecto de la expresión “resolución” donde debería decir “desistimiento” o “rescisión unilateral”, comparecencia dilatoria absolutamente prescindible en el art. 61.2 LC, etc.), el texto de la reforma no da ninguna respuesta a problemáticas tan conocidas como la de los compradores de vivienda o los contratos con entidades financieras como los de swap o leasing.

No puede decirse que la normativa en este punto sea clara ni que las controversias hayan venido propiciadas por un exceso de “imaginación” judicial. Si se repasa el índice de las principales revistas dedicadas al Derecho concursal del último año, se comprobará que incluso en la doctrina no parece

existir acuerdo sobre el tratamiento de estas cuestiones<sup>10</sup>, propugnándose por los distintos autores soluciones muy variadas.

En el caso de los compradores de vivienda, nos hallamos además ante un problema social de primera magnitud, propiciado por la crisis generalizada de la construcción (afectando también a la vivienda de promoción pública), que ha provocado una alarma social notable. No se entiende por qué razón el Legislador no ha incluido alguna previsión específica que diera respuesta a esta especial problemática, que no puede calificarse como un problema menor.

## **8) PLAZOS POCO REALISTAS Y FALTA DE SOLUCIONES IMAGINATIVAS PARA LA CONGESTIÓN JUDICIAL**

La Ley Concursal incluyó en su día unos plazos poco realistas para la comunicación de créditos y para la presentación del informe, probablemente bajo el influjo de otras normativas extranjeras en las que los Tribunales trabajan bajo un nivel menor de saturación y todos los operadores con un mayor grado de diligencia.

Dichos exigüos plazos (un mes para la insinuación de los créditos, dos meses para la presentación del informe, diez días para la presentación de impugnaciones de la lista y el inventario, etc.) han contrastado luego con fases comunes que se prolongan durante varios años a consecuencia de la proliferación de una auténtica marea de incidentes (en algunos casos, precisamente por las prisas en la preparación del informe); pero también gracias a las “argucias interpretativas” pergeñadas de buena fe por nuestros órganos judiciales para ampliar dichos plazos (especialmente en el caso de la presentación del informe), ante la manifiesta imposibilidad de elaborarlo en el tiempo legalmente previsto, en grave merma de la seguridad jurídica.

El Proyecto dedica alguna atención a estas cuestiones, permitiendo por ejemplo la solicitud de prórrogas de hasta 4 meses cuando el número de acreedores sea superior a 2000 (equiparando así la situación de 2001 y de 125000 acreedores). ¿No sería posible un planteamiento general de los plazos más realista?

---

<sup>10</sup> En torno al problema de los swaps, J.I. Canle, “Concurso de acreedores y SWAP de tipos de interés”, *ADC* núm. 22/2011; J.M. Ribelles Arellano, “El contrato de “swaps” de tipos de interés”, *RDCP* núm. 13/2010, págs. 337-340; A. García-Pombo, “Los créditos que tienen su origen en contratos de permuta financiera” *ADC* núm. 21/2010, M.L. Sánchez Paredes, “Los contratos de permuta financiera de intereses y de arrendamiento financiero en el concurso de acreedores (SJM 4 Barcelona 28.9.2009)”, *ADC* núm. 20/2010; E. Díaz Ruiz y S. Ruiz Bachs, “Los pagos en las permutas financieras sobre tipos de interés (interest rate swap-IRS) no son intereses” en *Diario La Ley*, Nº 7387, Sección Doctrina, 23 Abr. 2010, Año XXXI, R. Tasies, “Tratamiento concursal del contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap)”, en *Economist & Iuris*, abril de 2010, p. 66-70. Respecto del problema de los compradores de vivienda, M. Enciso Alonso-Muñumer, “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, *RDCP* núm. 12/2010, págs. 119-144, F. Martínez-Sanz, “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución”, *RDCP* núm. 13/2010, págs. 87-106.

Por lo demás, descendiendo a la regulación concreta proyectada se advierten incongruencias destacables. Por sólo poner un ejemplo: la imposibilidad de acceder a la prórroga en el plazo de presentación del informe, por haber sido nombrado en tres concursos en tramitación, con inexplicables tintes cuasi-sancionadores y prescindiendo por completo de si la prórroga beneficia el interés del concurso y el (también digno de protección) del Juzgado por no verse inundados por un aluvión de incidentes de impugnación.

Por otra parte y en relación con la duración excesiva de los procedimientos concursales (atribuible en gran medida a la nula voluntad de los responsables públicos de crear más órganos judiciales o reforzarlos adecuadamente de forma temporal, expresada de modo contundente los últimos meses), se echa de menos en el Proyecto de reforma una mayor descarga de funciones del Juez a favor de la Administración concursal. Se ha avanzado algo en esta vía (suprimiendo en muchos casos las autorizaciones de venta urgente: art. 43 LC), pero en una línea no del todo exenta de críticas (vinculación a la confusa delimitación de los “bienes necesarios” para la continuidad de la actividad) y desde luego insuficiente.

En tal sentido, podría instaurarse con carácter general una “propuesta de resolución” presentada ante el Juez por la Administración concursal en supuestos de autorizaciones de venta, ceses de actividad, extinciones o suspensiones colectivas de relaciones laborales e incluso incidentes concursales que, en caso de ser aceptada por la autoridad judicial, únicamente hubiera de firmarse, debiendo resolver el Juez del concurso únicamente en caso de disconformidad con la propuesta o bien en caso de recurso por cualquier interesado.

## **9) PERSISTEN PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DESTACABLES**

El celo del promotor del Proyecto por resolver las cuestiones que preocupan sólo a ciertas clases de acreedores no parece que tenga correspondencia en el caso de otras cuestiones de índole técnica, que seguirán siendo fuente inagotable de problemas ante los Juzgados Mercantiles. Nos estamos refiriendo, por sólo citar algunos de los problemas:

- a) a una mayor definición legal de la expresión “bienes afectos” o “bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional” en los arts. 55-56 LC;
- b) a la concreción del “derecho de ejecución separada” de la Administración ex art. 55 LC,
- c) a la aclaración del reflejo en el concurso del arrendamiento financiero (en el inventario de la masa activa, en cuanto a la calificación de los créditos, en cuanto al ejercicio de la acción de recuperación de los bienes arrendados tras el plazo de enfriamiento, etc.);
- d) a la remisión que se hace a los efectos del grupo de sociedades al art. 42 CCom (claramente insuficiente por venir referido únicamente a la dimensión de la consolidación contable),
- e) a la aclaración de múltiples aspectos controvertidos de las acciones de reintegración (omisiones perjudiciales para la masa activa, aportaciones

- sociales y sus efectos, plazos de ejercicio de la acción, posibilidad de renuncia en convenio, posibilidad de ejercicio en fase convenio, etc.)
- f) a la aclaración de los presupuestos de instituciones tan exóticas y poco utilizadas como la nulidad del convenio.

Ha resultado un tanto decepcionante que el texto presentado finalmente, a pesar del esfuerzo técnico y del elevado prestigio de sus primeros redactores, no contenga soluciones más claras para muchos de los problemas apuntados.

### **10) LA RIGIDEZ DEL CONVENIO JUDICIAL, ¿SEGUIRÁ SIENDO LA LIQUIDACIÓN LA VÍA PREFERIDA?**

Ya para concluir, persisten las rigideces en cuanto a los límites cuantitativos y temporales del convenio, a pesar de que una práctica ya consolidada en los últimos tiempos parece abonar la superación de tales límites recurriendo a la espita de la “especial trascendencia para la economía” del artículo 100 LC (que tan pronto se utiliza para una constructora como para una papelera, sin que exista ningún criterio fiable al margen del más puro decisionismo judicial).

En aquellos supuestos en que todos (o una mayoría reforzada de los afectados) están conformes con la superación de dichos límites y se adhieran a la propuesta, no se acaba de ver a qué razón obedece que el Legislador no permita el pacto, siendo el cobro de los propios créditos una cuestión al cien por cien disponible.

### **III. CONCLUSIÓN**

Estas son unas primeras reflexiones de urgencia, cuya única y humilde pretensión es animar el necesario debate que debe darse todavía en el trámite de aprobación parlamentaria, si se pretende que la reforma concursal dé cumplida respuesta a las altas expectativas que se habían puesto en ella. Según ha quedado expuesto, si prospera el cambio normativo en los términos hoy planteados, parece obvio que no contentará a (casi) nadie.

Visto el colapso de los Juzgados Mercantiles (por la falta de voluntad de realizar las inversiones necesarias y la falta de flexibilidad de las Administraciones implicadas para adaptarse a situaciones excepcionales planteadas por las “grandes insolvencias”), no es de extrañar que los principales operadores (los acreedores financieros) apuesten por la “privatización” de la gestión de los concursos (fenómeno para el que se ha acuñado, quizás siguiendo la estela administrativista, la feliz expresión de “huida del concurso”<sup>11</sup>). La proliferación de remedios extrajudiciales a la insolvencia bien puede presentarse como una manifestación más de esta necesidad, aunque nos tememos que existen otras motivaciones.

---

<sup>11</sup> La expresión fue utilizada en el título de las II Jornadas Concursales de la Universidad de Deusto, “Los principios de unidad del tratamiento de la insolvencia en la encrucijada: las huidas del concurso” celebradas en Bilbao el pasado 17-18 de junio de 2010.

El problema de la “huida del concurso” es que precisamente en esta materia, se pierde la idea inspiradora de llevar el procedimiento de insolvencia a una instancia judicial independiente, inamovible y responsable que, sin estar condicionada por otro interés que el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes (lo que para algunos a veces se califica peyorativamente como “fundamentalismo concursal”), vele porque se “dé a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*), con pleno respeto a los iguales derechos de todos (*par conditio creditorum*). La intuición es que la privatización no siempre mantendrá esa esencia del procedimiento concursal como una comunidad de pérdidas y que, a pesar de la formalmente proclamada *par conditio creditorum*, algunos acreedores (los financieros) terminarán siendo “más iguales” que otros.

Resaltar por último que una gran parte del problema concursal pasa por adoptar medidas organizativas y tecnológicas, superando esquemas y barreras prácticamente del siglo XIX. No se acaba de entender demasiado bien por qué algunos de los Juzgados con mayor protagonismo en la gestión concursal de España (los Juzgados Mercantiles de Madrid) carecen de un sistema de comunicaciones electrónicas y se ven obligados a hacer miles de fotocopias para notificar cualquier resolución a la legión de acreedores personados en algunos de los mega-concursos que tramitan (a veces, con un número superior a los 500 Procuradores).

No se acaba de ver por qué un Juzgado de desahucios debe tener el mismo número de funcionarios que otro en el que se gestionan concursos con activos “congelados” de 4.000 millones de EUR. No se entiende por qué razón no hay ningún incentivo económico no ya para el Juez, sino para los empleados públicos que trabajan en esos Juzgados, a diferencia de lo que acontece en otros órganos de la Administración, por lo que sus destinos carecen de cualquier interés para los funcionarios de carrera más preparados y con mayor experiencia. No se explica cómo es posible que en algunas pequeñas capitales de provincia, un mismo órgano pueda acumular las funciones de Juzgado Mercantil, de Primera Instancia, e Instrucción y a veces hasta de Juzgado Decano.

Dar una respuesta a todas estas cuestiones es una condición previa para abordar cualquier solución al colapso del concurso judicial. Dotarnos sólo de una buena ley es barato, pero no nos lleva demasiado lejos; y privatizar la gestión de la insolvencia (que en resumidas cuentas, parece ser el fin último de esta reforma) constituye una solución muy arriesgada y discutible, que puede socavar el propio sentido, objeto y fin del procedimiento concursal.

La justicia no reporta beneficios para el Estado, a diferencia de otras Administraciones (como la tributaria o la Seguridad Social) y es poco probable que pueda darse un interés por reformarla de verdad. Sin embargo, estas reflexiones ya nos llevan muy lejos (o, según se mire, demasiado cerca) de las cuestiones que queríamos abordar en este breve documento de trabajo, que debe por tanto concluir aquí.