

**LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL\***

MANUEL OLIVENCIA

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Sevilla

Presidente de la Sección Especial de la Comisión  
General de Codificación para la Reforma Concursal y  
Vocal de la Sección Especial para la Reforma de la  
Ley Concursal

Vicepresidente de CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA

Publicado en la Revista de Derecho Mercantil nº 285/2012  
(julio-septiembre)

- - - - -

SUMARIO.- I. Introducción. II. La reforma de la Ley Concursal; 1. El juicio crítico; 2. La cuestión semántica: la reforma concursal y la reforma de la Ley concursal. El elogio del legislador a la Ley reformada; 3. Y la crítica...; 4. El Real Decreto-Ley 3/2009; 5. La reforma "serena". III. Novedades de la reforma de la Ley Concursal; 1. La refinanciación; 2. El *fresh money*; 3. Aceleración y simplificación del procedimiento; 4. El incidente concursal; 5. La aplicación de la electrónica; 6. La Administración Concursal; 7. Otras reformas. IV. El desequilibrio del sistema; 1. La alteración de los intereses; 2. Créditos públicos; 3. Créditos laborales; 4. Entidades de crédito; 5. Los deportistas. V. Conclusión.

---

\* Texto de la conferencia inaugural del curso 2011-2012, pronunciada el 28 de octubre de 2011 en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, al que se han añadido algunas notas de puesta al día.

## I. INTRODUCCIÓN

El jueves 22 de septiembre de 2011, al atardecer y con fuerte viento de poniente, el que sopla en el ocaso de una legislatura aciaga, el pleno del Congreso de los Diputados salvaba los últimos restos del naufragio y sacaba a flote un "paquete" de leyes, entre ellas, la de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Un "paquete" es un "fardo", un "lío grande" de normas, porque éstas se pueden "embalar", en los dos sentidos del vocablo, en el de "enfardar" y en el de "adquirir velocidad". La Ley "embalada" en el paquete lo fue gracias a que su tramitación fue "embalada" por el procedimiento de urgencia, veloz, "de prisa y corriendo", atropelladamente, espoleada por el grupo parlamentario del Gobierno para enarbolarla como trofeo de una batalla ganada en las vísperas de una previsible derrota en las urnas. Como en el símil deportivo: "una victoria en el último minuto del partido y de penalti injusto".

De esa manera se reforma una Ley -la de 2003- que culminó un verdadero movimiento de reforma, el de todo el Derecho español de la insolvencia, derogatorio de disposiciones con vigencia de más de 175 años -las del C. de c. de 1829-, o de 123 -la LEC de 1881-, o de nuestros más que centenarios C. de c. (de 1885) y C.c. (de 1889), o de la más joven y provisional Ley de Suspensión de Pagos (de 1922, de 82 años de ininterrumpida vigencia). Un largo y azaroso movimiento, tantas veces frustrado en sus repetidos y valiosos propósitos reformadores, a los que no faltó calidad sino la voluntad política de convertirlos en norma de Derecho positivo, hasta que la

tenacidad del Presidente AZNAR y de sus tres Ministros de Justicia (MARGARITA MARISCAL DE GANTE, ANGEL ACEBES y JOSÉ M<sup>a</sup> MICHAVILA) permitió elaborar dos Anteproyectos, convertirlos en Proyectos y éstos en Leyes: la Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), y la 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

Tuve el honor de presidir la Sección Especial para la Reforma Concursal, creada en el seno de la Comisión General de Codificación (CGC) por OMJ de 24 de diciembre de 1996, constituida en enero de 1997 y que tardó más de tres años de intenso trabajo en entregar los borradores de aquellos Anteproyectos. Seguí su tramitación en el Gobierno hasta convertirse en Anteproyectos; su sometimiento a informes y dictámenes; su conversión en Proyectos y su *iter* parlamentario, en las dos Cámaras, hasta su aprobación definitiva. La LC, cuyo Proyecto se recibió en el Congreso con tres duras enmiendas a la totalidad, salió de él con el apoyo unánime de los grupos políticos y, desde fuera, con el respaldo de las organizaciones sindicales y empresariales.

Siete años de elaboración prelegislativa y de tramitación parlamentaria duró la última etapa de un movimiento más que centenario, al que mi maestro el Prof. GARRIGUES me llamó a colaborar en 1956, casi medio siglo antes de coronarse la reforma, y en el que desde entonces trabajé hasta la promulgación de las Leyes de 2003. Me cupo el alto honor de presidir el órgano de elaboración de los Anteproyectos de éstas, con las que se culminó el movimiento de reforma.

## II. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

### 1. El juicio crítico

Menos de siete años de vigencia lleva la LC -en pleno rodaje- cuando se aprueba la de su reforma: Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal (LRLC). No expreso sentimientos "paternales" -ni siquiera de "abuelo"- al defender la LC -a la que el Sr. TRILLO, Diputado del Grupo Popular en el Congreso, ha llamado generosamente "venerable Ley OLIVENCIA"- ni al criticar su reforma. No pretendo que aquella fuese perfecta e inmejorable, ni que ésta sea enteramente defectuosa e inoportuna. Lo que sí afirmo rotundamente es que la reforma es prematura, precipitada y, por ende, superficial y osada, porque sacrifica muchas ventajas del sistema concursal a la urgencia de su modificación, no justificada por las causas que la nueva Ley invoca.

Una conferencia no permite el análisis microscópico de una Ley tan extensa y farragosa como la LRLC; apenas cabe en la disertación una visión panorámica, de conjunto y no de detalle, de su contenido y alcance.

### 2. La cuestión semántica: la reforma concursal y la reforma de la Ley Concursal. El elogio del legislador a la Ley reformada

Comienzo por una cuestión semántica, para fijar el significado de los términos. La verdadera *reforma* concursal es la introducida en nuestro Ordenamiento por la LC; lo de ahora supone una reforma de la LC de 2003, que no es lo mismo.

Lo que consiguió en 2003 la LC lo ensalza la LRLC de 2011, en la primera línea de su Preámbulo y en tres palabras: "instauró.. un sistema". Me basta esa frase; prescindo ahora de los calificativos. "Instaurar un sistema" donde no lo había es nada menos que poner orden donde reinaba el caos legislativo, el desorden, el arcaísmo, la dispersión, la inadecuación a la realidad social y económica, la falta de armonía entre las normas, cuando no la antinomia, la carencia de principios rectores, de estructura lógica interna y de funcionalidad para la consecución de los fines de política jurídica; en suma, la falta de todos los caracteres de un verdadero sistema.

"Instaurar un sistema concursal" es introducir en nuestro Ordenamiento un delicado mecanismo de precisión, complejo y sofisticado, para el tratamiento de la grave enfermedad patrimonial de la insolvencia; es trazar el itinerario para salir del "laberinto" que en el siglo XVII dibujó nuestro SALGADO DE SOMOZA, y que ya no es sólo *creditorum*, sino de trabajadores -más interesados en la titularidad de los puestos de trabajo que de los créditos salariales o indemnizatorios-; de los profesionales que intervienen en el proceso -defensores de otros intereses, también de los corporativos-; de intereses públicos, no exclusivamente consistentes en derechos de crédito, sino en la subsistencia de las organizaciones productivas y del empleo.. Un laberinto que pasa desde los derechos fundamentales de la persona a los patrimoniales, familiares y sucesorios, y transcurre por las más diversas áreas del Derecho, privado y público.

Basta examinar las disposiciones adicionales, derogatoria y finales, tan numerosas y prolijas, de la LC para captar el alcance de la inserción en el Ordenamiento

español del sistema instaurado. Y esa inserción se produjo sin traumas ni fisuras, armónicamente. El Preámbulo de la LRLC lo reconoce y ensalza cuando emplea calificativos para elogiar el sistema instaurado en 2003: "moderno y unitario", regido "por los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento".

Aún añade el Preámbulo de la nueva Ley un segundo párrafo encomiástico: la LC "representa un importante hito en nuestro Derecho de la insolvencia, al que incorporó soluciones económicas razonables, acompañadas de diversas garantías y de la creación, a través de la ley orgánica complementaria aprobada junto a aquélla, de una jurisdicción especializada y ampliamente reclamada, constituida por los jueces de lo Mercantil". Un reconocimiento del papel histórico que representa la LC en la evolución del Derecho español de la insolvencia.

### **3. Y la crítica...**

Pero el elogio no pasa de los dos párrafos iniciales del Preámbulo; el tercero comienza con la locución adversativa "sin embargo".

Los "embargos" se avienen mal con el concurso. En este caso, el legislador introduce con la adversativa una imputación contra la LC cuya causa inmediata sitúa en la crisis económica:

*"Sin embargo, el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor*

*parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores”.*

¡Está claro para el legislador! La crisis -eufemísticamente, “el deterioro de la situación económica”- no ha sido la causa de la desaparición de cientos de miles de empresas y de la aparición de millones de parados; la crisis, según la *mens legislatoris*, sólo ha puesto de manifiesto que la LC era incapaz de cumplir el propósito de continuidad de las actividades empresariales y profesionales, de conservación de las unidades productivas y de los puestos de trabajo. De manera que, según ese razonamiento -y permítanme la ironía- si la LC hubiese funcionado bien, subsistirían las promotoras, las constructoras y sus auxiliares, las cementeras, las ladrilleras, las sanitarias, las inmobiliarias a las que la burbuja les estalló en las manos. La culpa, para el legislador reformista, es de la LC, no de una política que no supo atajar a tiempo la crisis económica ni aminorar sus efectos.

Claro que no podía tratarse un mal cuya existencia se negaba desde el Gobierno. En la campaña de las elecciones generales de marzo de 2008 se ocultó la crisis que ya devoraba nuestro tejido económico y se descalificó a los “agoreros” que advertían de ella.

#### **4. El Real Decreto-Ley 3/2009**

Hasta un año después, en 27 de marzo, no se dictó el RD-L 3/2009, de “medidas urgentes” en materia (entre otras) concursal “ante la evolución de la situación

económica" (el celofán del eufemismo envuelve la disposición), y si bien en su parte expositiva se habla de "crisis económica", se la califica de "global" para tratar su "impacto" en la economía española. La "rápida reacción legislativa" de la que se precia el Gobierno circulaba con la "urgente demora" de más de un año de retraso ante una situación de "extraordinaria necesidad".

Pero lo peor es que las medidas no fueron las propias del Derecho "excepcional", de carácter extraordinario y transitorio, como las causas que lo reclaman (guerras, epidemias, catástrofes naturales, crisis económicas...), sino que consistieron en reformas de la LC insertas en su cuerpo con carácter de permanencia. Algunas, oportunas (como la agilización procedimental); pero, las más, "oportunistas" (como las que favorecen el tratamiento de los créditos públicos) o "inoportunas" (como la reducción de plazos procesales cuando los juzgados no podían cumplir los ordinarios). Y lo peor: entre esas medidas no se adoptó ninguna que atajase el mal provocado realmente por la crisis: la multiplicación de las insolvencias, el alud de procedimientos concursales que invadió los juzgados de lo mercantil hasta provocar su colapso. La pandemia de la insolvencia no se afrontó con más juzgados, más jueces, más apoyos, más medios humanos y más recursos materiales. Se exigieron a los ya existentes remedios heroicos que, a base de cantidad, terminaron deteriorando la calidad de las resoluciones, una de las finalidades perseguidas por la LORC al crear los Juzgados de lo Mercantil. Se deterioró su funcionamiento hasta límites de tragedia, mientras las Administraciones "competentes" se escudaban en la carencia de dotaciones presupuestarias para responder a la acuciante demanda de medios.



## 5. La reforma "serena"

Ya el RD-L 3/2009 anunció en su parte expositiva una "revisión en profundidad" de la legislación concursal, "a la luz" (¡siniestra luz!) de la experiencia de la crisis. En el trámite parlamentario de convalidación del RD-L, el 23 de abril de 2009, el Ministro de Justicia se refirió a una reforma de mayor calado y alcance, "integral", y poco tiempo después, el 9 de julio, dispuso por OMJ la creación en el seno de la CGC de una Sección Especial para la Reforma de la LC, con respeto a su "estructura y diseño"; una "reforma serena", a la que se fijó un plazo de once meses. Agradezco el honor del nombramiento de Vocal de la Sección, en mi carácter de crítico de la reforma de la LC.

El Preámbulo de la LRLC reconoce que se pidió a la Sección "un esfuerzo enorme en un período de tiempo más reducido de lo que suele ser habitual para este tipo de proyectos". Es meritorio el esfuerzo realizado por la Sección, pero por "enorme", no por sereno, porque fue un trabajo excesivo, carente del sosiego que la materia exige, acelerado, precipitado y desordenado.

Lo advertí en la Sección y lo repetí en la comparecencia a que fui citado por la Comisión de Justicia del Congreso durante la tramitación del Proyecto de LRLC<sup>1</sup>; su elaboración exigía más tiempo de reflexión, tanto en la fase prelegislativa de Anteproyecto como en la parlamentaria. Se ha sustituido, otra vez, la reflexión por la urgencia, mala consejera del legislador. De ahí derivan muchos de los defectos e imperfecciones de que adolece la nueva Ley.

---

<sup>1</sup> Mi intervención ha sido publicada en BELTRÁN, E., y CAMPUZANO, A.B., *Materiales de la Reforma Concursal (2009-2011)*, Valencia, 2012, pp. 513-524.

El Preámbulo se esfuerza en calificar la reforma de la LC: no es *radical*, no es "*copernicana*", porque respeta los principios esenciales de la LC; pero es *global*, por la importancia de sus modificaciones, que corrigen "errores" y colman "lagunas"; y es *actual*, porque recoge la experiencia en la aplicación de la LC, y la evolución del Derecho comparado. No merece la pena criticar la autocalificación que el legislador otorga a su obra, pero es evidente que se trata de una reforma "parcial", aunque tan importante que a veces altera el sistema en que se injerta.

### **III. NOVEDADES DE LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL**

Enunciemos, siquiera, las más importantes novedades, en las que el legislador confía para asegurar la corrección de los defectos que imputa a la LC.

#### **1. La refinanciación**

En primer lugar, el instituto de la *refinanciación*. La introducción de esta figura "preconcurso" la hizo el RD-L 3/2009. Ya la critiqué entonces. Se trata de una figura extraña al sistema, que con el propósito de facilitar el crédito blinda a las entidades financieras frente al riesgo de concurso del acreditado, y cuya naturaleza jurídica no es la de un proceso colectivo, cautelar o preventivo de la insolvencia, sino de un contrato ("acuerdo") entre determinados acreedores con el deudor, con efectos que superan la relatividad subjetiva propia del negocio, porque se extienden a quienes no han sido en él parte y hasta han podido ignorar su existencia.

Se sitúa así nuestra Ley en una perspectiva contractual, no procedimental, de la prevención de la insolvencia, a través de acuerdos, arreglos o convenios *inter partes*, pero con efectos sobre los acreedores que en ellos no lo han sido. Se trata de re-financiar (el prefijo *re-* en su uso de iteración o repetición, como en re-estructurar, re-ajustar, re-cuperar, re-organizar, re-negociar...), volver a conceder crédito en virtud de un nuevo acuerdo entre uno o varios acreedores y el deudor no declarado en concurso, cuyos efectos recaen sobre una colectividad de terceros que no son parte en aquél; una figura híbrida, porque excede de la eficacia normal del contrato y, no siendo concursal, afecta a una colectividad ajena al acuerdo y aún no integrada en la masa pasiva de un concurso. Se trata, pues, de un *sui generis* instituto contractual y preconcursal, con efectos sobre los acreedores que no han sido en él parte y, en su caso, sobre el concurso.

La reforma ha complicado aún más el mecanismo introducido en el RD-L; en primer lugar, al incluir en el art. 71 LC (acciones de reintegración) una excepción: la de los acuerdos de refinanciación anteriores al concurso "alcanzados por el deudor", que amplíen el crédito, o modifiquen sus obligaciones por prórroga o sustitución, siempre que respondan a un plan de viabilidad de la actividad profesional o empresarial. Los requisitos son: la suscripción del 3/5 de pasivo, el informe favorable de experto independiente y la formalización en instrumento público.

El art. 71.6 reformado comienza por enunciar la excepción:

*"No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor..."*.

Pero, en el artículo siguiente, 72.2 se afirma:

*"Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6"*.

Si no pueden ser objeto de rescisión, ¿cómo se legitima a la administración concursal para ejercitar la acción rescisoria? El legislador reformista ha añadido en el art. 72.2 la referencia expresa a esta acción, que no figuraba en la disposición adicional cuarta, introducida por el art. 8.3 del RD-L 3/2009, referida, genéricamente, a "las acciones de impugnación". No puede caber duda, en una interpretación histórica, por sus antecedentes legislativos, de la finalidad de atribuir a la administración concursal esa concreta acción rescisoria contra el acuerdo de refinanciación por perjudicial para la masa activa si cae en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Pero la interpretación sistemática de los dos artículos transcritos no resulta fácil y, desde luego, excede de los límites de esta "panorámica", porque exigiría un examen muy detallado de los preceptos.

¿Legitimación para una acción no procedente? La reforma, que tanto se propone aclarar las normas de la LC, "no se aclara" en este punto. Hay que desentrañar ese misterio por vía de interpretación. La primera tarea del intérprete es la de salvar la aparente antinomia entre los preceptos analizados, el que excluye de la rescisión a los acuerdos de refinanciación que reúnan los

requisitos del art. 71.6 LC y el que limita a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria (y demás de impugnación) contra los acuerdos de refinanciación del art. 71.6.

La expresa remisión del art. 72.2 al 71.6 parece referirse a los acuerdos que reúnan los requisitos exigidos por éste; pero esa interpretación literal debe descartarse, porque incurre en la antinomia que debemos evitar.

Creo, a reserva de ese examen minucioso, que, por lo menos, el art. 72.2 admite la impugnación por la administración concursal de acuerdos formalizados como de refinanciación al que el fedatario autorizante del instrumento público (escritura o póliza) afirme que une los documentos "que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores" (art. 71.6.3º) y, sin embargo, la administración concursal entienda que esos extremos no concurren en el acuerdo calificado de refinanciación ex art.71.6.

Así, si no se amplía el crédito o no se modifican o sustituyen las obligaciones en función del plan de viabilidad, o este no existe o no permite la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, o no alcanza la mayoría de 3/5 del pasivo la suscripción del acuerdo, o falta el informe del experto independiente, o éste es inexacto, o no se une al instrumento público la documentación preceptiva, o de ésta no resultan justificados los extremos exigidos por el art. 71.6 LC, la administración concursal podrá ejercitar la acción impugnatoria. En conclusión, el art. 72.2 legitima a la administración concursal para

ejercitar acción rescisoria contra los acuerdos formalizados como de refinanciación que, no reuniendo realmente los requisitos del art. 71.6, resulten perjudiciales para la masa y caigan en el período sospechoso.

Creo que en ese caso se salva la torpe dicción del art. 72.2 en su invocación expresa del art. 71.6 LC; pero es discutible la restricción legitimatoria en tales supuestos a la administración concursal para impugnar la apariencia de legalidad de un acuerdo de refinanciación que en realidad carece de los requisitos para calificarlo así; y no solo para la acción rescisoria, sino para cualquier otra impugnación (por ejemplo, de nulidad o de anulación), lo que priva a posibles terceros interesados de tutela judicial en estos casos y remite la cuestión al solo criterio de la administración concursal y a su responsabilidad.

Pero, además, la Ley de reforma ha añadido una nueva variante de la figura, por la vía de la disposición adicional cuarta, "*Homologación de los acuerdos de refinanciación*", de siete farragosos apartados, para sumar un plus de protección a los acuerdos del art. 71.6. El primer requisito es el de la suscripción del 75% del pasivo titulado por entidades financieras, mayoría "sectorial" que se impone a las restantes, no participantes o disidentes que carezcan de garantía real. Si el Juez homologa, podrá acordar la paralización de ejecuciones singulares. Los acreedores mantienen sus derechos frente a los obligados solidarios, fiadores y avalistas del deudor. Si se declara judicialmente el incumplimiento del acuerdo, los acreedores podrán instar la declaración de concurso. Se establece un sistema de recursos para este procedimiento, que no es propiamente

"preventivo" de la insolvencia, sino estrictamente confirmatorio de un acuerdo extrajudicial, al que añade nuevos efectos la intervención del Juez.

Mi crítica jurídica del instituto reitera la formulada al RD-L en esta materia, que aplica el principio de mayoría a los efectos de un contrato, no de un acuerdo de órgano colegiado, que no existe en ese momento, y en su virtud somete a la minoría a un "acuerdo" (contrato) que, en principio, no tendría más efectos que los del art. 1.257 C.c.: entre las partes y sus herederos. La consecuencia es la inatacabilidad del acuerdo en los términos ya expresados.

Pero agrego una crítica de oportunidad: ¿de verdad se cree que en una crisis del crédito, restrictiva incluso para los clientes más solventes, van a ser eficaces unos acuerdos de refinanciación "en tiempo sospechoso"? Las entidades de crédito se blindan más que se exponen, y esta figura es más preventiva de los efectos de la insolvencia del deudor sobre las entidades de crédito que favorecedora de la viabilidad de la actividad económica de aquel. Y más salvadora del crédito "refinanciado" que de la solvencia del deudor. Pero Bancos y Cajas están hoy más pendientes de "recapitalizaciones" que de refinanciaciones. La LC no es instrumento eficaz anticrisis económica, sino de tratamiento de la insolvencia de cada deudor.

Y otra crítica de tiempo: el efecto de estos acuerdos en el concurso es gravemente dilatorio. El nuevo art. 5 bis LC, introducido por la reforma, exonera del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor insolvente que, simplemente, "ponga en conocimiento del Juzgado" que ha iniciado negociaciones "para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una

propuesta anticipada de convenio". Basta que el Secretario deje constancia de esa comunicación para paralizar el plazo de solicitud de concurso voluntario hasta por cuatro meses (tres sin que se haya alcanzado acuerdo o propuesta y uno más para cumplir el deber de manifestarse en concurso) y se prive durante tres meses a los demás legitimados del derecho a solicitar el concurso necesario (art. 15.3 LC).

Una Ley que pretende simplificar, agilizar y acelerar la tramitación del concurso, para que "la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo" (E. de M., IV) facilita un retraso sin más causa que la manifestación del deudor, a quien se concede un arma dilatoria que bloquea la acción de los acreedores y proporciona a quienes hayan sido parte en actos rescindibles un colchón para que puedan descansar tranquilos, al retrasar la declaración de concurso lo suficiente para quedar a salvo del período sospechoso de los dos años. Es cierto que, si la comunicación no está justificada, el deudor responderá de los daños y perjuicios causados; pero quien no puede responder de las obligaciones contraídas ¿cómo va a indemnizar a los afectados por el indebido retraso?

El legislador pretende fomentar los acuerdos que eviten el concurso o permitan una propuesta anticipada de convenio; pero, todo ello, a expensas de un concurso tardío, agravado y deteriorado por el tiempo, para cuando, como en el símil funerario, "no haya ya enfermos que curar sino cadáveres que enterrar". Una medida contraproducente, arriesgada, expuesta a abusos y a maniobras de mala fe.



Añádase a esos efectos dilatorios el paralizador de ejecuciones singulares que produce el acuerdo homologado (disposición adicional quinta.2 y 3).

## **2. El *fresh money***

El trato favorable dispensado por la LRLC a las entidades financieras como salvadoras del concurso se eleva a un verdadero "superprivilegio" con la figura del "*fresh money*", del "dinero fresco", cuya incorporación, según el Preámbulo de la LRLC, "perfecciona" la reforma del RD-L 3/2009.

La LC de 2003 hizo una "tala" y una "poda" de privilegios, en aras del principio de la *par condicio*. Arrancó y recortó muchos de la poblada selva del Derecho. Como en tantas ocasiones, recuerdo a IHERING y a su *Lucha por el Derecho*: arrancar un privilegio es como extirpar un pólipo... y el pólipo se reproduce. En este caso, nace un pólipo distinto de los extirpados, nuevo en la plaza: el del *dinero fresco*, a favor de las entidades de crédito; pero no un pólipo cualquiera, sino un "superprivilegio" con el carácter de "crédito contra la masa" en un 50% y de "privilegio general" en el resto:

*"Art. 84.2.11.- Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el art. 154: ... El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedido en el marco de un acuerdo de refinanciación en las condiciones previstas en el artículo 71.6".*

*Art. 91.6º.- Son créditos con privilegio general: ... Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas*

*en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa”.*

No comparto ese reconocimiento. Ante todo, porque el art. 84.2.11 LC altera el concepto de “créditos contra la masa”. Estos son, en principio, los contraídos por el deudor con posterioridad a la declaración de concurso o con ocasión de ésta; sin más excepción en la LC que el “superprivilegio” de los salarios de los últimos 30 días. Otorgar esa calificación al “dinero fresco”, por muy importante que sea la tesorería facilitada antes de la declaración de concurso, me parece excesivo, perturbador del sistema y nocivo para los demás acreedores. No hay en la causa ni en los efectos del crédito de refinanciación, por mucha que sea la teoría facilitada, y por mucho antecedente que encuentre en algunos ordenamientos en Derecho comparado, razón que justifique esa grave alteración del delicado sistema de la *par condicio*.

### **3. Aceleración y simplificación del procedimiento**

El Preámbulo de la LRLC justifica la aceleración y la simplificación del proceso concursal en tres medidas: la anticipación de la liquidación, el procedimiento abreviado y las soluciones específicas en fase común y en convenio.

La solicitud de liquidación “en cualquier momento”, aunque no se haya hecho en la solicitud de concurso (art. 142.1 LC), acelera el fin que la LRLC pretende evitar, según el Preámbulo, e impide la continuidad que se propone fomentar.

El procedimiento abreviado se amplía en relación con la versión original de 2003, como facultad del Juez, atendiendo a circunstancias orientativas, como las de número de acreedores, cuentas de pasivo y de activo, existencia de propuesta anticipada de convenio o de modificación estructural con transmisión de activo y pasivo, pero se impone en caso de propuesta de compra de unidad productiva (art. 190 LC, reformado).

La transmisión total de activo y pasivo como propuesta de convenio plantea una excepción a la prohibición general del art. 100.3, que subsiste como principio general, pero se matiza en el texto reformado:

*"En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas,... sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada".*

Entre "en ningún caso" y la admisión de "excepciones" y "sin perjuicio", se diluye la claridad del sistema y se debilitan sus principios. La tortuosa redacción del precepto refleja esas incoherencias.

En el procedimiento abreviado, los plazos no se reducen a la mitad, sino que se establecen casuísticamente para cada trámite (art. 191 LC).

Se contemplan en la LRLC especialidades en casos de propuesta de convenio o de liquidación presentada con la solicitud de concurso (art. 191.ter); pero la regulación

resulta farragosa y sus supuestos responden más a casos concretos que a un esquema general.

#### **4. El incidente concursal**

El incidente concursal se reforma, sobre todo, para sustituir el principio de oralidad por el de tramitación escrita, lo que restringe la celebración de vistas, como también se modifica el sistema de recursos (arts. 194 y 197 LC).

#### **5. La aplicación de la electrónica**

Reforma justificada es la mayor utilización de la electrónica en el concurso. El desarrollo de las nuevas tecnologías desde la fecha de la LC exigía esa actualización, que potencia los medios telemáticos, informáticos o electrónicos (art. 21.4, art. 23) en las comunicaciones y en el Registro Público Concursal (art. 198 LC).

#### **6. La Administración Concursal**

Más discutible es, a mi juicio, la reforma de la administración concursal, en sus tres novedades: primera, la conversión en regla general del administrador único (art. 27.1), lo que se estima por el Preámbulo que simplifica y abarata el concurso; segunda, el reconocimiento de la persona jurídica como administrador (art. 27.1.2º, párrafo segundo), lo que se valora como mayor profesionalización de la función; tercera, la

inclusión de representantes de los trabajadores y de la Administración pública en concursos "de especial trascendencia".

Hay que decir que la triada del órgano de administración implantada por la LC fue acertada y dio buenos resultados. El costo excesivo que frecuentemente se le imputa no es culpa de la LC sino de un arancel aprobado por reglamento, es decir, del Gobierno. La doble profesionalización, jurídica y económica, y la presencia de un acreedor compusieron un colegio funcional y competente, con resultados favorables, normalmente, en su aplicación práctica. La regla del administrador único tiene graves inconvenientes, incluso atemperada por las otras medidas.

La persona jurídica administradora, como es la sociedad profesional, introduce un factor de conflicto corporativo, razón por la que, tras el frustrado Anteproyecto de 1983, fue desechada en el movimiento de reforma. Se trata de una solución arriesgada y no la consideraré una mejora hasta que la práctica así lo demuestre.

Por excepción, la unidad cede en los supuestos del art. 27.2.3º, en cuya virtud, la mayor profesionalización que predica el legislador en el Preámbulo se vé aguada por la presencia de acreedores en administración de concursos denominados "de especial trascendencia" (art. 27 bis), que permiten la inclusión de representantes de los trabajadores y de la Administración pública; esto es, de la defensa de intereses "de clase", por encima del general del concurso. ¡Y en órganos bímembres, con la posibilidad de empate!

## **7. Otras reformas**

La E. de M. destaca la mayor precisión de la reforma en algunos aspectos concretos. Es cierto que el *régimen de responsabilidad de los administradores y liquidadores* (art. 8.7º; arts. 48 ter, y quáter), y de los concursos conexos y grupos de sociedades merecían más atención. Un nuevo Capítulo (el III del Título I, arts. 25, bis y ter) desarrolla esta última novedad.

Es cierto asimismo que la *insuficiencia de masa activa*, tan frecuente en la práctica, merecía una regulación más detallada del "concurso sin masa" (nuevo art. 176 bis).

## **IV. EL DESEQUILIBRIO DEL SISTEMA**

### **1. La alteración de los intereses**

Un juicio crítico general de la reforma no ha de basarse tanto en el reconocimiento de aciertos o en la denuncia de defectos o errores concretos como en una visión conjunta del sistema. Y es cierto que la reforma ha desestabilizado peligrosamente el delicado mecanismo de equilibrio de intereses que consiguió la LC. La reforma ha premiado determinadas clases de intereses o intereses "de clase". Los ha privilegiado, en sentido amplio; también, en ocasiones en el estricto, al otorgar "privilegios" en su acepción técnica de prioridad en el pago respecto de los ordinarios. Pero, en sentido amplio, privilegiar en el concurso también es dispensar un

tratamiento preferente, una regulación más favorable que la dedicada a los ordinarios.

La reforma ha privilegiado especialmente, en este sentido amplio, a los créditos públicos, a los laborales, a los de entidades financieras y a los de los deportistas. Y todo favor en el concurso es desfavor en perjuicio de otros, un efecto reflejo inevitable cuando sobre un patrimonio insolvente concurre una colectividad de acreedores.

El Prof. ROJO -el crítico más severo y autorizado de la LC- expuso en su comparecencia parlamentaria sobre el Proyecto de reforma, el 25 de mayo de 2011, ese efecto negativo como uno de los más graves defectos de que adolece la reforma, al haber alterado la justa composición de intereses involucrados en el concurso que había conseguido la reforma de 2003, defecto que atribuía al mayor peso político de la Sección redactora de la reforma<sup>2</sup> en relación con el mayor rigor científico de la redactora del Anteproyecto de LC.

Es cierto que ese mayor peso en el platillo de la balanza del concurso favorece a los créditos más protegidos y la desequilibra en perjuicio de los ordinarios, en la injusticia distributiva de la masa activa.

## **2. Créditos públicos**

Así sucedió con los créditos públicos, tributarios y de la Seguridad Social, defendidos "a capa y espada" por

---

<sup>2</sup> Cito de oídas, por haber asistido a la sesión de la Comisión de Justicia en la que compareció el Prof. ROJO, cuya intervención no aparece publicada en BELTRÁN, E. y CAMPUZANO, A.B., *Materiales...*, cit.

Abogados del Estado, y de su Agencia Tributaria, miembros de la Sección.

El resultado es fructífero a favor de los créditos públicos y me temo que perjudicial para el sistema concursal, cuyo principio es la *par condicio* y cuyo fin, la satisfacción ordenada de todos los acreedores.

La reforma del art. 55 LC permite continuar, declarado el concurso y hasta la aprobación del plan de liquidación, los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado "diligencia de embargo". Ahora bien, como regla general, cuando las ejecuciones hayan quedado en suspenso, el Juez podrá acordar el levantamiento del embargo si su mantenimiento dificulta gravemente la continuidad de la actividad; pero no podrá hacerlo respecto de los embargos administrativos. Sorprende la excepción; es decir, que la subsistencia del embargo por un crédito público prevalezca incluso con grave riesgo de la continuidad de la actividad económica, profesional o empresarial del deudor. Sorprende que la reforma, que se precia de conservadora de esa actividad, la sacrifique por un embargo administrativo, cualquiera sea la cuantía y la trascendencia del crédito público. Pero más sorprende que no afecte la suspensión a los embargos acordados antes de la declaración de concurso, porque el procedimiento singular de apremio prevalezca sobre el universal del concurso.

El tema hay que ponerlo en relación con las Disposiciones finales 11ª y 16ª, que modifican la Ley General Tributaria (art. 164) y la Ley General de la Seguridad Social (art. 24); la primera, para dar preferencia al procedimiento singular de apremio sobre el



concurzal cuando el embargo sea anterior a la declaración de concurso; ambas, para autorizar la suscripción de acuerdos y convenios singulares del deudor con la Administración, establecer garantías y especiales condiciones de pago. Respecto de los créditos tributarios se admite, por añadidura, su compensación y únicamente se requiere para celebrar y suscribir los referidos acuerdos y convenios la autorización del órgano competente de la Administración.

Todas esas facultades otorgan a la Administración un poder exorbitante en los concursos de acreedores, en contra de los principios de universalidad y de unidad de procedimiento, de la *par condicio* y de las competencias de los órganos concursales, desde el Juez, del que se prescinde en los acuerdos "singulares", a la administración concurzal y a la Junta de acreedores.

Al margen del convenio concurzal, que sólo sirve de referencia para que sus términos no sean más favorables al deudor que los pactados con éste en el "singular", se admite un pacto "extraconcurzal" con incidencia quizás decisiva en la solución del concurso, sin que exista igualdad entre las partes ni, por consiguiente, libertad de pactos.

Claro es que aunque las disposiciones modificadas contemplen un pacto bilateral entre la Administración y el deudor, éste deberá respetar el régimen de facultades patrimoniales que tenga en el concurso (intervención o sustitución, art. 40 LC). Y, lógicamente, si se trata de otorgar garantías reales, deberá someterse a lo dispuesto en el art. 43.2 LC, esto es, a la autorización judicial. Por muy "singular" que sea, el acuerdo se celebra durante

un concurso, cuyos efectos ha de respetar en todo aquello de lo que las nuevas normas no lo exceptúen.

La Disposición final 14<sup>a</sup>, por otra parte, modifica el Estatuto de los Trabajadores para proteger los créditos de FOGASA en el concurso. Es un otro elocuente de la jerarquización de los fines del concurso a favor de los créditos públicos.

El art. 58 LC reformado admite la compensación de créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, "aunque el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad". La LRLC ha añadido a la LC un nuevo art. 59 bis para excluir de la suspensión del derecho de retención a los establecidos por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de la Seguridad Social.

El art. 91 LC se reforma para incluir entre los créditos con privilegio general, en su n° 1°, "los capitales coste de Seguridad Social" de que sea responsable el concursado, y en su n° 5 los de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social... no de otros, por graves que sean o relacionados que estén con la situación patrimonial del concursado.

El art. 92.1°, reformado, excluye de la subordinación por comunicación tardía los créditos contingentes del art. 86.3.

El art. 97.3, reformado, autoriza la modificación de la lista "definitiva" de acreedores, "además de en los demás" supuestos legales, por los créditos de Derecho

*Público* que resulten a favor de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos" (¡así se redacta la Ley de reforma!), de procedimientos administrativos de comprobación o inspección iniciados con posterioridad al informe inicial de la administración concursal o del texto definitivo de la lista (nº 2), o por los créditos "reconocidos o confirmados por acto administrativo".

El énfasis de lo público no se pone sólo en el texto de la Ley sino que pesa sobre todo el sistema, altera su equilibrio y pone en riesgo el fin esencial de la satisfacción de todos los acreedores y el instrumental de la conservación de las empresas.

He advertido, y lo reiteraré en mi comparecencia parlamentaria<sup>3</sup>, que nos alejamos del modelo germánico del *Klasenloskonkurs*, implantado en Austria y acogido en Alemania. Según ese sistema, salvo los créditos con garantía real, que añaden a su estructura un derecho real (prenda o hipoteca), los demás merecen igual tratamiento, *par condicio*, cualquiera sea su naturaleza, pública o privada, y su causa. Es una solución justa y motivada. De poco sirve recaudar del patrimonio del concursado para satisfacer créditos públicos cuando con ello se frustra el buen fin del concurso, se causan pérdidas a los acreedores ordinarios, se extienden las crisis patrimoniales y, en definitiva, se recauda menos y se gasta más en subsidios de paro.

El germánico es un mecanismo de socialización de pérdidas, que reparte su carga y no la hace gravitar exclusivamente sobre los acreedores privados de un deudor insolvente, cuya suerte puede llevarles a la insolvencia. Es cuestión de números, de cálculo y de cuentas, que

---

<sup>3</sup> Cit. en nota 1.

austriacos y alemanes han hecho bien en la contabilidad pública y han concluido que el modelo es rentable. Y como recordó el Prof. ROJO en la citada comparecencia<sup>4</sup>, el creador del modelo fue el Canciller BRUNO KREISKY, socialista, quien advirtió de que no siempre el interés público coincide con los intereses generales.

### **3. Créditos laborales**

Los *créditos laborales*, como he señalado en diversas ocasiones, también se han beneficiado de un trato más favorable. La versión reformada del art. 64, *contratos de trabajo*, da una nueva (extensa, farragosa) regulación a los ERE, para "agilizar" su tramitación.

El art. 27.2.3º, reformado, abre la puerta a la representación de los trabajadores como administrador concursal en concursos "de especial trascendencia" (v. art. 27 *bis*). El art. 59.bis exceptúa de la suspensión, tras la declaración de concurso, a las retenciones impuestas por la legislación laboral y de Seguridad Social. El art. 91.1º extiende el privilegio general salarial a "los *capitales coste* de Seguridad Social de que sea legalmente responsable el concursado" y a los "recargos" por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

### **4. Entidades de crédito**

El favor dispensado a las entidades de crédito ya lo he comentado al tratar de las refinanciaciones y del

---

<sup>4</sup> V. nota 2.

*fresh money*; pero no es el único. He advertido también de que tocar alguna pieza de un mecanismo tan sensible como el sistema concursal altera su funcionamiento. Así sucede al convertir el 50% del "dinero fresco" en crédito contra la masa. El pago de esos créditos, según el art. 84.3, reformado y el art. 154 LC al que aquel se remite expresamente, se hará "a sus respectivos vencimientos", con excepción de los salariales por los 30 días anteriores a la declaración de concurso, ya vencidos, que se hará de forma inmediata. ¿Pero y el nuevo crédito contra la masa del n° 11, por ingresos de tesorería? Esos créditos, derivados de acuerdos de refinanciación anteriores al concurso, estarán ya vencidos, normalmente. ¿Otra excepción, no expresa como la del n° 1? La incidencia de la novedad no se ha tenido en cuenta al regular el pago y con ello se ha introducido un problema sujeto a interpretación.

Otra excepción de la *par condicio* a favor de las entidades de crédito: la del art. 122.1.2° en versión reformada, que concede derecho de voto por crédito adquirido tras la declaración de concurso, cuando la adquirente sea "entidad sometida a supervisión financiera". Un mecanismo para excluir pasivo incómodo y reforzar la cuantía del crédito de estas entidades en el concurso.

## **5. Los deportistas**

Para terminar, el nuevo trato de favor de los deportistas. La disposición adicional segunda bis de la LC, que introduce la reforma, dice:

*"En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán*

*las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición.*

*El Gobierno, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, y de los créditos salariales de sus deportistas”.*

La disposición no figuraba en la Propuesta de la Sección Especial de la CGC. Su párrafo primero fue introducido en el Proyecto del Gobierno, pero con la expresa exigencia de “rango de ley” para las normas reguladoras de la participación en competiciones. En el Congreso se sustituyó esta expresión por la de “normativa reguladora”, eliminando la exigencia impuesta por el principio de jerarquía de las normas (art. 9.2 CE).

La enmienda nº 152 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propuso la inclusión de una nueva disposición adicional que, con ligeras variantes, se incorporó como párrafo segundo a la adicional segunda bis.

En estrategia deportiva, los futbolistas “presionaron arriba” y consiguieron este resultado, favorable a sus intereses pero contrario a principios jurídicos que garantiza la CE (art. 9.2).

El Preámbulo de la LRLC dedica a esta novedad un largo texto de cuatro párrafos (IX), extensión que el

legislador no ha dado a ninguna de las otras reformas introducidas en la LC. Más que una "exposición" parece una "excusatio" -que *accusatio manifestat*-, cuya abundancia demuestra la debilidad de los argumentos con que pretende justificarse.

Así, los deportistas -seamos realistas, los futbolistas- se convierten en una clase de especial protección -especie protegida-, equiparándose a las entidades de crédito, servicios financieros y aseguradoras, únicas que bajo la LC gozaban de una legislación "especial" (disposición adicional segunda). Pero aquella especialidad está justificada en motivos que no concurren en el sector deportivo:

1° Viene impuesta por normas sectoriales de la UE.

2° Se trata de un sector estratégico en la economía nacional y europea, como el financiero.

3°. Recae en entidades sometidas a supervisión, dentro de un marco regulatorio público.

4° Las normas especiales de aplicación tienen todas rango de ley.

El "gol" que los futbolistas han "metido" al legislador ha sido "en fuera de juego" y debería ser anulado. La disposición adicional segunda bis amenaza a principios y valores de nuestro Ordenamiento constitucional (como la jerarquía de las normas, la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas) y del sistema concursal (como los de unidad, *par condicio*, universalidad del procedimiento, jurisdicción del juez del concurso, continuación de la actividad económica del

deudor) y a su fin esencial, la satisfacción de todos los acreedores.

Es de esperar que la interpretación que se haga de la polémica disposición adicional -a la que la transitoria primera.<sup>2</sup> declara de aplicación inmediata a los concursos en tramitación el 1 de enero de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley de reforma-, evite en lo posible esos riesgos y que la Ley que anuncia su párrafo segundo ahuyente pronto el peligro. En otro caso, o se plantean cuestiones de inconstitucionalidad de la norma o veremos cómo simples acuerdos o circulares de Federaciones o de la Liga de Fútbol, carentes de la naturaleza de normas jurídicas de cualquier rango, prevalecerán sobre la LC.

## V. CONCLUSIÓN

Termino. Expresaba al comienzo de esta conferencia mi discrepancia de la crítica que el legislador reformista hace de la Ley reformada. Les ruego que no consideren una frivolidad impropia de la solemnidad de este acto la cita de un humorista, porque se trata de MINGOTE, a quien valoro como uno de los más profundos pensadores de nuestro tiempo, un genio que sabe condensar en las pocas líneas de un chiste todo un tratado de ciencia política, como este diálogo, que creo escrito para la LC:

"-Parece que hay que reformar las reformas previamente reformadas, aunque poco.

-No sé si los reformadores, aunque reformistas, son lo bastante reformables".



A mi juicio, el legislador ha sido hipercrítico con la LC y excesivo en la urgencia de su reforma. Pero, tras valorar la escasa calidad, la precipitación, los errores y los riesgos de los remiendos implantados, resulta más sorprendente el ingenuo "buenismo" del legislador cuando, para concluir el Preámbulo de la LRLC afirma solemnemente que esta Ley pone fin al "estigma que hasta ahora ha lastrado" al concurso y "se constituya (*sic*) como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial". Dicen que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones... ¡y de malas leyes!