

**LA ADAPTACIÓN DE LA LEY CONCURSAL
A LOS NUEVOS TIEMPOS:
LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA
DE LA LEY CONCURSAL***

(ADAPTATION TO THE CURRENT TIMES:
THE BILL AMENDMENT OF THE SPANISH INSOLVENCY LAW)

Working Paper IE Law School

AJ8-173

03-12-2010

Cátedra PÉREZ-LLORCA/IE de Derecho Mercantil

Félix J. Montero

Laura Ruiz Monge

Socio. PEREZ-LLORCA
fmontero@perezllorca.com

Abogado. PEREZ-LLORCA
lruiz@perezllorca.com

RESUMEN / ABSTRACT: En este trabajo se analizan algunos de los más importantes puntos a reformar de la Ley Concursal que ha valorado la Sección Especial de Derecho Concursal de la Comisión General de Codificación al elaborar la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal. El objetivo de la reforma consiste en modernizar el procedimiento concursal, adecuándolo a las necesidades actuales. En estos últimos años el número de deudores que terminan en un procedimiento concursal ha crecido exponencialmente y los Juzgados de lo Mercantil sufren un notable colapso.

This paper analyzes some of the most important points of the Spanish Insolvency Law to be amended, as considered by the Special Section of Insolvency Law of the General Codification Commission in their Proposal of the Draft Bill for the Amendment of the Spanish Insolvency Law. The proposed amendment is aimed to modernize the insolvency procedure by adapting it to the current needs. In the last few years, the number of debtors filing for insolvency proceedings has grown dramatically and the Commercial Courts are currently at a standstill.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: Concurso, acuerdos de refinanciación, procedimientos concursales, administración concursal, procedimiento abreviado, concursos si masa.

Insolvency, refinancing agreements, insolvency proceeding, Insolvency administration, abbreviated procedure.

*A propósito de la ponencia de Santiago Hurtado en el II encuentro organizado por la Cátedra PEREZ-LLORCA/ IE de Derecho Mercantil el 28 de septiembre de 2010

Copyright ©2010 Félix J. Montero and Laura Ruiz Monge
Cátedra PÉREZ-LLORCA/IE de Derecho Mercantil

Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión. Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien deben contactar en caso de solicitar copias.

Editado por el IE Law School y publicado por IE Publishing Madrid, España.

*Copyright ©2010 by Félix J. Montero and Laura Ruiz Monge
Cátedra PÉREZ-LLORCA/IE de Derecho Mercantil*

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.

It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Edited by IE Law School and printed at IE Publishing Madrid, Spain.

I. Introducción

La actual crisis económica es una verdadera prueba de fuego para la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”). Es cierto que el gran incremento del número de concursos ha destapado las principales carencias de la LC. La primera y más importante respuesta ante dichas carencias fue la reforma que se realizó a través del 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 (“**RDL 3/2009**”).

Sin embargo, el legislador ha visto la necesidad de dar un nuevo paso adelante en la mejora de la legislación concursal y de esa necesidad ha surgido la constitución de la Sección Especial de Derecho Concursal de la Comisión General de Codificación, compuesta por 17 expertos en Derecho Concursal (jueces, catedráticos y abogados), que ha elaborado una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal (la “**Propuesta**”). El 17 de diciembre de 2010 fue aprobado en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal (el “**Anteproyecto**”).

Adelantamos que la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto reconoce que no se trata “*de una reforma radical de la misma [la LC] ni supone un giro copernicano del texto legal vigente*”. Sin embargo, sí trata de modificar algunos aspectos de la LC que en la práctica ha resultado problemáticos. Analizamos a continuación algunos de ellos¹ : (i) la extensión de los escudos protectores en relación con los acuerdos de refinanciación; (ii) la nueva regulación de los concursos de grupos y de la acumulación de procedimientos concursales; (iii) el papel de mayor relevancia que se pretende conferir a la Administración Concursal; (iv) la reforma del procedimiento abreviado; y (v) el tratamiento de los concursos sin masa.

II. La extensión de los escudos protectores en relación con los acuerdos de refinanciación

La reforma pretende ahondar en el camino ya iniciado por el RDL 3/2009 con la inclusión del artículo 5.3 LC². Recordemos que el artículo 5.3 LC otorga una moratoria de 4 meses al momento de presentar la solicitud de concurso para aquellos deudores que se

¹ Estas y otras cuestiones fueron debatidas en el segundo encuentro organizado por la Cátedra Pérez-Llorca / IE de Derecho Mercantil, celebrado el pasado 28 de septiembre, que tuvo lugar en IE Law School. La Cátedra contó con la asistencia como ponentes de D. Santiago Hurtado, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y Abogado del Estado y de D. Javier Yáñez Evangelista Magistrado-Juez, titular del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid. Actuó como moderador D. Félix J. Montero, Socio de Pérez-Llorca y miembro del grupo de Reestructuraciones y Concursal del Despacho.

² D. Santiago Hurtado resaltó en este punto que el objetivo de política legislativa era por un lado incrementar la flexibilidad de este tipo de mecanismos, que pueden evitar el concurso de muchas empresas, pero por otro lado impedir que puedan darse excesos y abusos que redundaran en perjuicio de los acreedores.

encuentren negociando con sus acreedores la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Lo cierto es que en un primer momento desde la entrada en vigor del artículo 5.3 LC hubo criterios dispares sobre si el Juez ante el que se presentaba la solicitud debía comprobar el cumplimiento de los requisitos del 5.3 LC, en particular la existencia del estado de insolvencia de la sociedad que interponía el 5.3 LC y el inicio de las negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio (y no para otros fines).

- (i) Así por un lado autores como Alcover Garau³ postulan porque el Juez al admitir la comunicación compruebe que la misma cumple los requisitos legales, resultando aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 14 LC, es decir, de no cumplirse los requisitos legales podría inadmitirse a trámite la comunicación. Señala este autor que la admisión de la comunicación sin comprobar previamente que cumple con los requisitos legales contradice frontalmente los postulados de la LC y posibilita retrasos en la declaración de concurso, sin ningún beneficio para los acreedores y dando lugar con el paso del tiempo a una mayor degradación en el patrimonio del deudor. En un sentido similar se ha pronunciado García-Cruces⁴, que entiende que al menos debería acreditarse la apertura de las negociaciones, lo que podría probarse con la firma en la comunicación de los acreedores participantes en el proceso. Señala este autor que a menos que se exija la acreditación de que el proceso negociador se está realizando o se va a iniciar, quedaría al arbitrio del propio deudor la prórroga del plazo para solicitar concurso voluntario. Asimismo, Hernández Arranz⁵ considera que el Juzgado debe comprobar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el artículo 5.3 LC, pudiendo llegar a tener por no presentada la comunicación en caso de que no se cumplan dichos requisitos. También ha habido resoluciones que han sostenido la necesidad de que por el Juez se comprueben los requisitos legales antes de admitir a trámite la comunicación (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 11 mayo 2009 [LA LEY 35355, 2009] y Auto del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz de 11 mayo 2009 [LA LEY 41294, 2009]).
- (ii) Otro sector ha defendido una mayor laxitud en la admisión a trámite de la comunicación. En este sentido podemos citar a autores como Pulgar Ezquerra⁶, Díaz Moreno o Azofra Vega⁷ que admiten que se presente únicamente una comunicación en la que el deudor manifieste que se encuentra en situación de insolvencia y que se han iniciado las negociaciones, sin acreditar la insolvencia ni los términos en los que se inician las negociaciones. Entienden estos autores que, al fin y al cabo, si no prosperan

³ Alcover Garau, p. 321.

⁴ García-Cruces González, J. A. y López Sánchez, J. p. 55 y 56.

⁵ Hernández Arranz, M., p. 3.

⁶ Pulgar Ezquerra, J., p. 45.

⁷ Díaz Moreno A., p. 950 y Azofra Vegas, F., p. 75.

Ambos autores son citados en Paz-Ares Rodríguez, M.J., p. 8.

las negociaciones y se inicia el concurso ya se enjuiciará en su caso en la fase de calificación la conducta del deudor en relación con la posible extemporaneidad de la presentación de la solicitud de concurso. En el mismo sentido se han pronunciado las siguientes resoluciones: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 18 mayo 2009 [LA LEY 254281, 2009]; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 11 mayo 2009 [LA LEY 112967, 2009]; Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 14 y 17 abril 2009 [LA LEY 254280, 2009 y LA LEY 272576, 2009].

Finalmente, la postura que se impuso como mayoritaria fue la segunda, es decir, la que no exige al Juez comprobar el cumplimiento de los requisitos legales antes de admitir a trámite la comunicación.

Ése es posiblemente el motivo por el cual el artículo 5.3 LC ha tenido aún mayor alcance que el previsto en el tenor literal del mismo. Así, los deudores, al no tener que acreditar al presentar la comunicación el inicio de las negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, han hecho uso del artículo 5.3 LC para otros fines, fundamentalmente para renegociar verdaderos procesos de refinanciación con los acreedores (principalmente bancos).

Una vez refinanciada la deuda, queda superada la situación de insolvencia, se pone este hecho en conocimiento del Juzgado y por tanto no se presenta solicitud de concurso al no cumplirse el presupuesto objetivo del concurso. Así, la última frase del artículo 5.3 LC que indica que cualquiera que sea el resultado de la negociación, el deudor debe presentar la solicitud de concurso, en la práctica ha tenido escaso efecto.

La Propuesta, plenamente consciente de esta realidad, ha optado por otorgar cobijo legal a la práctica anterior a través del nuevo artículo 5 bis que reemplazaría al actual artículo 5.3 LC. El artículo 5 bis mantendría el sistema de comunicación al Juzgado del inicio de las negociaciones y su plazo de duración, sin que durante el plazo de las negociaciones pudieran admitirse solicitudes de concurso necesario (artículo 15.3 de la Propuesta). La novedad de la Propuesta consiste en que permitiría que también las negociaciones relativas a acuerdos de refinanciación pudieran acogerse a esta moratoria y en que se suprimiría la obligación de presentar la solicitud de concurso, si el acuerdo con los acreedores permite que desaparezca el estado de insolvencia. Se adaptaría así la norma a la práctica habitual.

Por lo demás, las normas sobre la imposibilidad de rescindir los acuerdos de refinanciación se mantendrían, salvo por el hecho de que en virtud de la Propuesta los créditos cuyo origen sea precisamente un acuerdo de financiación preconcursal pasarían a ser créditos con privilegio general. Se pretende así incentivar y proteger a aquellos acreedores dispuestos a propiciar soluciones que eviten el concurso y la posterior liquidación de la compañía.

El Anteproyecto ha mantenido en lo esencial la redacción del artículo 5 bis formulada en la Propuesta.

III. Concurso de grupos y acumulación de concursos

La vigente versión de la LC es lacónica y dispersa en cuanto a la posibilidad de declaración conjunta de concurso de varios deudores y su consiguiente acumulación.

Así, el artículo que afronta expresamente la cuestión de la declaración conjunta de concurso de varios deudores es el artículo 3.5 LC (aunque sólo en sede de concurso necesario). De conformidad con este precepto el acreedor puede instar la declaración judicial de concurso de varios de sus deudores: (i) cuando exista confusión de patrimonios entre ambos; o (ii) cuando formen parte del mismo grupo de sociedades con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

Aunque la LC guarda silencio en relación con la posibilidad de que se declare conjuntamente el concurso voluntario de varias empresas del mismo grupo, existe jurisprudencia⁸ y autores como Rojo⁹ y Etxarandio Herrera¹⁰ que han venido reconociendo dicha posibilidad. Es decir, se sostiene que el silencio de la LC implica que la declaración conjunta de concurso de un grupo de sociedades está permitida.

Pues bien, la Propuesta contiene tres artículos que afrontan de manera específica las cuestiones relacionadas con la declaración conjunta y acumulación de concursos conexos. Así, el artículo 25 LC de la Propuesta contempla expresamente la declaración conjunta de concursos voluntarios (a solicitud de cualquiera de los deudores, sus administradores y socios) y necesarios en supuestos de confusión de patrimonios o pertenencia a un mismo grupo de empresas, tal y como se define en el artículo 42.1 del Código de Comercio¹¹. El Juez competente en supuestos de declaración conjunta de concursos sería el correspondiente al centro de intereses principales del deudor con mayor pasivo o en su caso el de la sociedad dominante.

En relación con este artículo, resulta perturbador el hecho de que el último inciso del artículo 25.1 de la Propuesta, el que se refería a la definición de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, haya sido eliminado en el Anteproyecto. Y decimos que resulta perturbador porque es controvertido si el concepto de grupo contenido en la LC se separa o no del concepto de grupo que se maneja en Derecho mercantil y tributario (regulado en el artículo 42 del Código

⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 4 marzo 2008 [LA LEY 193656, 2008], Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 4 diciembre 2008 [LA LEY 181053, 2008], Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 y nº 5 de Madrid (de 29 noviembre 2004 [LA LEY 306145, 2004] y 8 septiembre 2008 [JUR 135724, 2009], respectivamente), y Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 y nº 2 de Bilbao (de 4 mayo 2009 [LA LEY 84207, 2009] y 9 mayo 2008 [LA LEY 25861, 2008], respectivamente).

⁹ Rojo A., páginas 220 y 221.

¹⁰ Etxarandio Herrera, E.J., página 277.

¹¹ D. Javier Yáñez Evangelista hizo referencia en la Cátedra a la necesidad de que la legislación concursal se enfrentase a la realidad de los grupos de empresa en el concurso. En esa cuestión estriba la relevancia de las novedades incluidas en la Propuesta en materia de declaración conjunta y acumulación de concursos.

de Comercio), sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 42 del Código de Comercio fue reformado por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional, con base en la normativa de la Unión Europea. A partir de ese momento el grupo se caracterizó únicamente por la característica del control directo o indirecto, y no por la unidad de decisión.

Ello ha llevado a autores como Sanjuán Muñoz a sostener que el concepto de grupo de la LC no es el que maneja el artículo 42 del Código de Comercio y ello porque el artículo 3.5 de la LC, que trata sobre la declaración conjunta de concurso de personas jurídicas del mismo grupo, indica que para ello dichas personas jurídicas deberán cumplir dos condiciones: (i) identidad sustancial de sus miembros; y (ii) unidad en la toma de decisiones. El rasgo de unidad en la toma de decisiones era la definitoria del grupo en la versión anterior del artículo 42 del Código de Comercio, derogado hoy como ya hemos indicado.

Pues bien, parece que aunque la Propuesta abogaba por que la LC se adhiriese al concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, retornándose así a una cierta unidad de concepto, la eliminación de la referencia al mencionado inciso parece que nos devuelve de nuevo a ese concepto distinto de los grupos de sociedades en la LC, al menos por lo que respecta a la declaración conjunta de concursos.

En relación con la acumulación de concursos, se ha regulado hasta ahora en el artículo 25 LC. Son cuatro los supuestos en los que procede la acumulación: (i) a los concursos de personas jurídicas es posible acumular los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes, personalmente responsables de la deuda de las personas jurídicas; (ii) a los concursos de sociedad dominante de un grupo es posible acumular los concursos de las sociedades dominadas; (iii) es posible acumular los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en su nombre; y (iv) es posible acumular los concursos de los cónyuges.

Con respecto a la legitimación para solicitar la acumulación, algunos autores como Sánchez-Calero Guilarte¹² han defendido la necesidad de ampliar la legitimación para solicitar la acumulación de concursos. En la actualidad, esa legitimación corresponde únicamente a la Administración Concursal. Pues bien este autor ha señalado la conveniencia de extender esa legitimación a todo aquél que pueda ser considerado parte en los procedimientos cuya acumulación se pretenda: en particular, se refiere al concursado y a los acreedores de la sociedad al que se acumularían los demás concursos, pero también a los administradores y acreedores de las demás sociedades insolventes sujetas a concurso.

Precisamente, la Propuesta amplía la legitimación para solicitar la acumulación, pues permite que la acumulación la solicite también cualquiera de los concursados o, en su defecto, cualquiera de los acreedores. El Juzgado competente para tramitar los concursos acumulados sería el Juzgado competente en el concurso de mayor pasivo y, en el supuesto de grupos de sociedades, aquél donde se esté tramitando el concurso de la sociedad dominante o si ésta no

¹² Sánchez-Calero Guilarte, J., p. 46.

estuviera concursada el primer Juzgado que hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades deudoras.

El artículo 25 ter de la Propuesta señala que aunque los procedimientos se acumulen a efectos de simple coordinación, las masas no se consolidan excepto cuando exista confusión de patrimonios entre los deudores. No obstante, el Juez deberá nombrar en la medida de lo posible una Administración Concursal única.

Así, y como hemos visto, el Anteproyecto mantiene en general los términos de la Propuesta. Sin embargo, elimina la mención que en artículo 25.1 de la Propuesta se hacía al artículo 42 del Código de Comercio. Podría debatirse si la eliminación de este inciso en el artículo 25.1 resulta inofensiva.

IV. La Administración Concursal

La LC enfatiza la necesidad de que los administradores concursales acrediten su experiencia profesional. Sin embargo, la Propuesta pone en un primer plano la necesidad de que los administradores concursales adquieran un compromiso de formación continua y elimina el requisito de experiencia en el ejercicio profesional. Asimismo, refuerza la figura del administrador concursal y amplía sus competencias¹³.

Por su parte, el Anteproyecto añade algunas menciones al texto de la Propuesta en esta línea:

- (i) Así, señala que podrán nombrarse como administrador concursal-abogado o como administrador concursal-economista a personas jurídicas que integren a ambos tipos de profesionales, siempre que se garantice la debida independencia y exclusividad en el ejercicio del cargo.
- (ii) Los profesionales que queden incluidos en los listados de personas disponibles para desempeñar la función de administradores concursales podrán hacer constar su experiencia en otros concursos y aquellos conocimientos especiales que sean relevantes para el ejercicio de dicha función. Entendemos que ello posibilitará una elección por parte del juez de aquellos administradores concursales más preparados en los concursos que presenten mayor complejidad. Además, se

¹³ D. Javier Yáñez Evangelista enfatizó en la Cátedra la necesidad de reformar las funciones de la Administración Concursal y darle un mayor protagonismo, sobre todo ante un panorama en el que los Juzgados de lo Mercantil tienen una excesiva carga de trabajo. Por su parte, D. Santiago Hurtado señaló que la Administración Concursal está infrautilizada por lo que uno de los objetivos de la Propuesta es dotar a sus funciones de mayor contenido, requiriendo de los administradores concursales más responsabilidad y formación, a cambio de incrementar el ámbito de su toma de decisiones.

garantizará una distribución equitativa de las designaciones entre los administradores concursales profesionales.

Sin embargo, el Anteproyecto también incluye dos salvedades a la regla anterior: (i) el Juez tiene la facultad de designar a unos administradores concursales en concreto, si el concurso exige una formación o experiencia especial; y (ii) en concursos ordinarios será necesario que los administradores concursales o auxiliares delegados acrediten su intervención en cinco concursos abreviados ya finalizados, salvo que el Juez entienda que su formación y experiencia es adecuada teniendo en cuenta la complejidad del concurso.

- (iii) Una vez designados los administradores concursales, éstos deberán acreditar que tienen suscrito un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente para responder de los posibles daños que puedan causar en el ejercicio de su función. Asimismo, deben manifestar si concurre en ellos alguna causa de recusación.

Asimismo, la Propuesta extiende la facultad de designar un auxiliar delegado, ya no sólo a los supuestos de concursos complejos, sino también a los concursos que se tramiten por el procedimiento abreviado, en los que existe un único administrador concursal.

Por su parte el Anteproyecto incluye una serie de supuestos en los que resulta obligatorio el nombramiento de al menos un auxiliar delegado: (i) concursos de empresas con establecimientos dispersos por el territorio; (ii) empresas de gran dimensión; (iii) en los concursos en los que se solicite prórroga para la emisión del informe; y (iv) en los supuestos de concursos conexos.

Por otro lado, la Propuesta indica que los administradores, al aceptar el cargo, deben designar una dirección (física o electrónica) a la que los acreedores dirigirán las comunicaciones de créditos. Es decir, la comunicación de crédito ya no pasará por el Juzgado, lo que supone en la práctica un significativo retraso en la tramitación del concurso. Por otro lado, los acreedores también deberán facilitar una dirección (física o electrónica) para que a través de ella puedan llevarse a cabo las comunicaciones entre el acreedor y la Administración Concursal, produciendo plenos efectos y, nuevamente, sin pasar previamente por el Juzgado.

Pues bien, a través de estos medios electrónicos la Administración Concursal hará llegar a los acreedores un proyecto de inventario y de la lista de acreedores. A la vista de dichos proyectos, los acreedores podrán solicitar aclaraciones, subsanaciones o complementos igualmente a través de medios electrónicos. Sólo una vez resueltas estas solicitudes de los acreedores, la Administración Concursal presentará en el Juzgado su informe. El objetivo de esta modificación es evitar que se sustancien en el Juzgado estas aclaraciones, subsanaciones o complementos de fácil corrección consiguiendo de esa manera que ante el Juzgado se presenten únicamente aquellas impugnaciones que realmente persigan modificaciones del inventario y de la lista de acreedores basadas en cuestiones de fondo.

A día de hoy, el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores es uno de los grandes cuellos de botella del procedimiento concursal, cuya duración puede comprometer el desarrollo de la totalidad del procedimiento concursal, como han señalado autores como Veiga Copo¹⁴, Díaz Moreno y Martínez-Pereda, así como distintas resoluciones judiciales como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 27 febrero 2006 [LA LEY 287476, 2006]. Por ello, si verdaderamente se logra limitar el número de impugnaciones, se habrá dado un importante paso adelante en la descongestión de los Juzgados de lo Mercantil.

Adicionalmente, la Propuesta introduce varios supuestos de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, en particular respecto a: (i) la existencia de procedimientos administrativos de los que puedan resultar créditos de Derecho Público; (ii) la existencia de procedimientos penales de los que puedan dimanar un crédito concursal; y (iii) la subrogación de un acreedor en la posición del acreedor inicial designado en el informe.

Se trata, por tanto, de aprovechar más y mejor la existencia de un órgano profesional como la Administración Concursal para agilizar la tramitación de los concursos y aliviar la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil.

V. Procedimiento abreviado

La reforma de la LC operada a través del RDL 3/2009 supuso la extensión del procedimiento abreviado a todos aquellos concursos de deudores cuyo pasivo fuera inferior a 10 millones de euros. Ello *a priori* convertía el procedimiento abreviado en regla general.

Sin embargo, como han denunciado algunos autores como Muñoz de Benavides¹⁵, muchos Juzgados optaron en supuestos de concursos con un pasivo inferior a los 10 millones de euros por no aplicar la reducción de los plazos a la mitad o por nombrar a una Administración Concursal trimembre en atención a la complejidad del concurso (la autora cita como ejemplo el auto 292/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 4 mayo 2009 dictado en el procedimiento concursal abreviado 251/2009 [LA LEY 84207, 2009]).

Además, la extensión del procedimiento abreviado a los concurso de deudores con un pasivo inferior a los 10 millones de euros fue criticada por otros autores como Olivencia Ruiz¹⁶, quien tildó como inoportuno imponer a la mayor parte de los concursos plazos más breves cuando ni siquiera podían cumplirse los plazos ordinarios debido al colapso judicial.

¹⁴ Veiga Copo, A. B. p. 10.

¹⁵ Muñoz de Benavides, C. p. 2.

¹⁶ El Profesor Olivencia definió este punto de la reforma como un tratamiento “*homeopático, que intenta remediar el mal de la lentitud procesal con pequeñas dosis de tiempo*”.

Pues bien, ante estas reacciones la Propuesta opta por modificar no sólo los umbrales cuantitativos que hacen aplicable el procedimiento abreviado sino los criterios. Los criterios contenidos en la Propuesta¹⁷ no atienden tanto al importe del pasivo, como sobre todo a la complejidad del concurso¹⁸. La complejidad del concurso se valorará según: (i) el número de acreedores (menos de 50); (ii) el importe del pasivo (menos de 5 millones de euros); y (iii) el importe de los bienes y derechos (menos de 5 millones de euros). La Propuesta y los umbrales que determinan la aplicación del procedimiento abreviado obedecen a las estadísticas que se manejan, que reflejan que la mayoría de los concursos corresponden a sociedades con pasivos inferiores a 5 millones de euros.

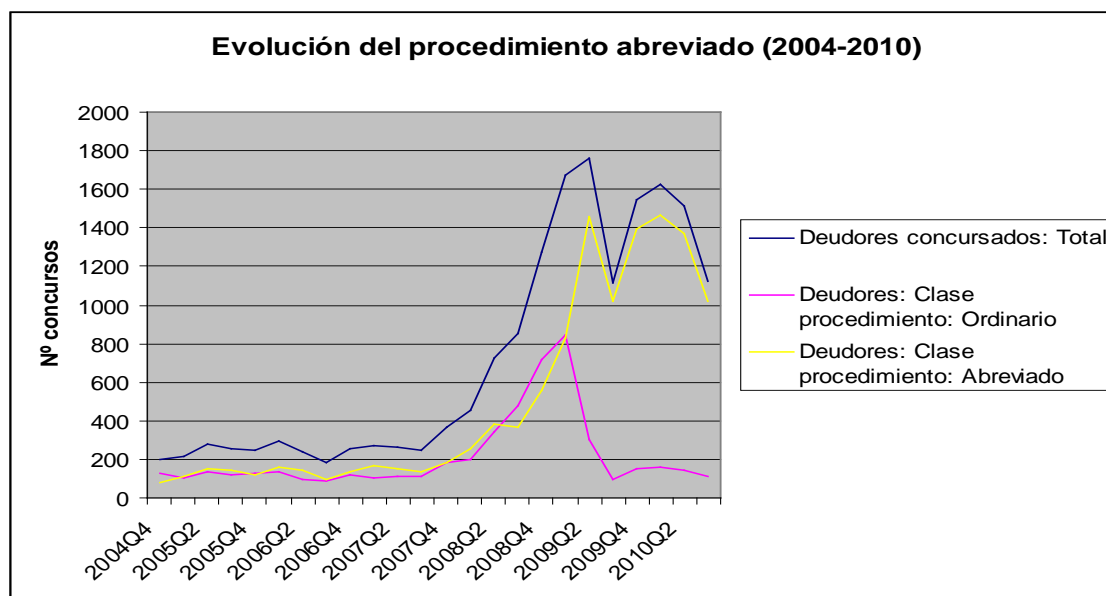
Como es bien sabido, el hecho de que un concurso quede sujeto a procedimiento abreviado implica que la Administración Concursal estará compuesta de un solo miembro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.2 LC. Desde antes de la promulgación de la LC hubo asociaciones (nos referimos en particular a la Asociación Profesional de la Magistratura) que se mostraron partidarias de que la regla general fuera la Administración Concursal unipersonal y de que la Administración Concursal trimembre se diera sólo en aquellos casos en que la complejidad del concurso así lo justificara.

Las voces que reclamaban la generalización de la Administración Concursal unipersonal volvieron a escucharse tras la última reforma de la LC, realizada a través del RDL 3/2009 (Yanes Yanes). Entonces la solución que se alcanzó fue extender el procedimiento abreviado desde los concursos de deudores con pasivos inferiores a 1.000.000 euros hasta aquéllos con pasivos inferiores a 10.000.000 euros. Como se podrá comprobar en el cuadro inferior¹⁹, esta solución dio lugar a que el número de concursos que se tramitaban mediante el procedimiento ordinario se redujera drásticamente mientras que antes de la reforma, se tramitaban aproximadamente la mitad de los concursos por el procedimiento ordinario y la otra mitad por el procedimiento abreviado:

¹⁷ Según D. Santiago Hurtado, otro de los objetivos de la Propuesta consiste en la regulación de un verdadero procedimiento simplificado que no se circunscriba a la designación de un único administrador concursal y a la reducción de los plazos para completar los distintos trámites del concurso.

¹⁸ D. Javier Yáñez puso de manifiesto que en su opinión no podía hacerse depender la aplicación del procedimiento abreviado simplemente del importe de la masa activa y de la masa pasiva del concurso y que debían entrar en juego otros criterios que permitieran realmente valorar la complejidad de cada concurso.

¹⁹ Fuente: Instituto Nacional de Estadística.



En vista de lo anterior, entendemos que el objetivo de la Propuesta no es tanto seguir potenciando cuantitativamente el procedimiento abreviado, sino crear un procedimiento abreviado de entidad propia y que verdaderamente se aplique en aquellos concursos que por la escasa complejidad o carga de trabajo que traen aparejados, así lo permitan.

Asimismo, se aplicará el procedimiento abreviado si el deudor presenta: (i) una propuesta anticipada de convenio; (ii) una propuesta de convenio que implique la transmisión en bloque del activo y del pasivo de la concursada; o (iii) un plan de liquidación que contenga una propuesta de compra de la unidad productiva en funcionamiento junto con la solicitud de concurso. También se aplicará el procedimiento abreviado si el deudor cesase en su actividad y no tuviera contratos de trabajo en vigor.

La Propuesta otorga flexibilidad al procedimiento a seguir, ya sea para convertir el procedimiento abreviado en ordinario o viceversa.

Hasta ahora se ha venido afirmando por algunos autores como Calvo Sánchez que el procedimiento abreviado se trata de una variante al procedimiento ordinario, sin que alcance el carácter de procedimiento especial. Sin embargo, la Propuesta contiene normas que pretenden otorgar un carácter verdaderamente especial al procedimiento abreviado, con sustanciales modificaciones dirigidas a agilizar el procedimiento.

Así, la Propuesta establece que al margen de presentar su informe en el plazo de un mes desde su aceptación, el administrador concursal debe presentar además un inventario de bienes y derechos en el plazo de 15 días desde la publicación de la declaración del concurso.

Por otro lado, la impugnación del informe de la Administración Concursal en el procedimiento abreviado no supondrá en todo caso que se incoe un incidente concursal, sino que se dará traslado previo al administrador concursal para que manifieste si acepta la pretensión contenida en la impugnación o si se opone a la misma, en cuyo caso sí se tramitará el incidente concursal. No obstante, la pendencia de incidentes no impedirá que se abra la fase de convenio o de liquidación, si las impugnaciones afectan a menos del 20% del activo o del pasivo.

En todo caso, el plazo para presentar propuestas de convenio será de cinco días desde la presentación del informe de la Administración Concursal. En su caso, la Junta de Acreedores se celebrará en los treinta días hábiles siguientes a la admisión a trámite de las propuestas de convenio. En defecto de propuestas de convenio, se abrirá de inmediato la fase de liquidación y el administrador concursal deberá presentar plan de liquidación en el plazo de diez días. La duración de la fase de liquidación será de tres meses prorrogables a un mes adicional.

Asimismo, en la Propuesta se regula un procedimiento más ágil para el caso de que el concursado presente, junto con su solicitud de concurso, una propuesta de convenio o un plan de liquidación:

- (i) En el primer caso, el administrador concursal evaluará la propuesta y el Juez, evaluada la propuesta, dictará auto admitiéndola a trámite o rechazándola. Si se acepta la propuesta, los acreedores podrán adherirse a la misma en un plazo de cinco días desde la presentación del informe. Realizadas las adhesiones, se otorgará un plazo de diez días a los interesados para que se opongan a la aprobación del convenio. Si no hay oposición, el Juez aprobará el convenio y, si la hay, abrirá un incidente.
- (ii) En el segundo caso, el Juez abrirá inmediatamente la fase de liquidación, quedando resueltos todos los contratos, excepto los relativos a la compra de la unidad productiva. Se dará traslado del plan de liquidación a los acreedores y al administrador concursal, que elaborará un informe, en el que se incluirá un inventario de la masa activa y se evaluará el efecto de la resolución de los contratos en la masa. Las impugnaciones del informe por los acreedores no suspenderá la fase de liquidación, salvo que así lo decida el Juez, pudiendo requerirles que presten caución.

En definitiva, la Propuesta presenta un nuevo concepto de procedimiento abreviado que no se limita únicamente a reducir los plazos, sino que contiene modificaciones dirigidas a agilizar el procedimiento concursal en aquellos casos menos complejos, en los que resulta asumible dicha agilización.

El Anteproyecto contiene una regulación del procedimiento abreviado en términos muy parecidos.

VI. Conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa

La vigente LC no ha prestado demasiada atención al problema de los denominados concursos sin masa. Los concursos sin masa son aquellos en los cuales el importe de la masa activa de la concursada no es suficiente para cubrir el importe de los créditos contra la masa, sin que tampoco sea posible ejercitar acciones de reintegración, ni exigir responsabilidades a terceros.

El hecho de que el deudor concursado carezca de activos realizables, es decir, de masa activa, y que no existan terceros responsables constituye causa de conclusión del procedimiento concursal (artículo 176.1.4º LC)²⁰, si bien la LC no indica que sea una causa de inadmisión de la solicitud de concurso. Ello supone poner en marcha todos los mecanismos concursales con el coste que ello conlleva, sólo para constatar que el procedimiento concursal debe cerrarse pues carece de sentido.

Sin embargo, el administrador de la concursada sigue teniendo el deber de solicitar el concurso si quiere evitar las correspondientes sanciones.

La solución que hasta ahora viene aplicando la jurisprudencia en estas circunstancias no es unánime: (i) algunas resoluciones desestiman la solicitud de concurso²¹ por insuficiencia de masa; mientras que (ii) otras resoluciones entienden que no puede desestimarse la solicitud de concurso por insuficiencia de masa en todos los casos, pues ello podría vulnerar la tutela judicial efectiva y perjudicar las probabilidades de cobro de sus créditos por los acreedores²².

Tampoco la doctrina ha expresado una postura unánime: así, Fernández-Ballesteros y Blasco Gascó²³ entienden que una solicitud de concurso de la que se desprende la inexistencia de activo y de terceros responsables debe ser desestimada pues precisamente entienden que la existencia de activo en el patrimonio del deudor es un presupuesto implícito del procedimiento concursal. Sin embargo, otros autores como Pulgar Ezquerro entienden que si el concurso es necesario, el Juzgado ha de admitir la solicitud de concurso pues entiende que en este supuesto entran en juego otros bienes jurídicos protegidos. Se refiere por ejemplo a la tutela judicial efectiva del acreedor que solicita el concurso necesario.

Para conciliar las dos cuestiones que hemos mencionado más arriba, la obligatoriedad de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual y la inaptitud del concurso en este caso para cumplir sus finalidades propias, la Propuesta prevé que en el propio auto de declaración de concurso el Juzgado, ante la falta de activo y la imposibilidad de iniciar acciones de

²⁰ El Anteproyecto mantiene básicamente la regulación de los concursos sin masa contenida en la Propuesta.

²¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vizcaya de 4 marzo 2008 [LA LEY 12834, 2008], de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 enero 2006 [LA LEY 322815, 2006] y de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 12 julio 2007 [LA LEY 354064, 2007].

²² Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 febrero 2007 [LA LEY 84821, 2007] y de 14 junio 2007 [LA LEY 127291, 2007].

²³ Blasco Gascó, F., página 175.

reintegración o de responsabilidad frente a terceros, decreta la conclusión del concurso por insuficiencia de masa.

La Propuesta propugna que se detecten y se cierren lo antes posible los concursos sin masa. A fin de cuentas, el concurso sin masa no puede cumplir ninguna de las funciones propias del procedimiento concursal: ni es posible que la empresa sobreviva, ni es posible la satisfacción, siquiera parcial, de los acreedores²⁴.

Asimismo, la Propuesta establece que, si una vez iniciado el concurso se pone de manifiesto la falta de activo para atender a los créditos contra la masa y la imposibilidad de iniciar acciones de reintegración o de responsabilidad frente a terceros, la Administración Concursal debe comunicarlo al Juez. A partir de ese momento, la Administración Concursal abonará por este orden: (i) los créditos salariales de los últimos 30 días de trabajo efectivo, que no superen el doble del salario mínimo interprofesional; (ii) los créditos salariales que resulten de multiplicar por tres el número de días de salario pendientes de pago; (iii) los créditos por alimentos; (iv) las costas y gastos judiciales del concurso; y (v) los demás créditos contra la masa.

Realizados los pagos, la Administración Concursal presentará un informe en el que razonará que el concurso no será calificado como culpable, que no hay acciones de reintegración viables que se puedan ejercitar, ni reclamaciones contra terceros que puedan ser suficientes para satisfacer los créditos contra la masa.

Las partes personadas podrán oponerse a la conclusión del concurso en un plazo de 15 días, iniciándose el correspondiente incidente concursal. En caso contrario, el Juez dictará auto declarando la conclusión del concurso. Los interesados podrán solicitar que se reanude el concurso en el plazo de un año desde la resolución de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, si justifican la viabilidad del ejercicio de acciones de reintegración o aportan hechos que puedan ser relevantes en relación con la calificación del concurso. En ese caso, el solicitante deberá consignar ante el Juzgado un importe suficiente para cubrir los créditos previsibles contra la masa y en caso de que su solicitud se acepte, estará legitimado para interponer las correspondientes acciones de reintegración cuya viabilidad haya defendido.

La Propuesta no realiza grandes modificaciones en cuanto a los efectos de la conclusión de concurso. Como ya ocurre en la vigente LC, concluido el concurso los acreedores pueden iniciar de nuevo ejecuciones singulares contra el concursado. A estos efectos, la Propuesta establece que la inclusión de los créditos de los acreedores en la lista definitiva del informe de la Administración Concursal se equiparará a una sentencia de condena firme.

²⁴ En relación con esta cuestión, D. Javier Yáñez Evangelista expuso que el procedimiento concursal debía quedar acotado para aquellos casos en los que la masa activa cubriera al menos el importe de los créditos contra la masa y que debían darse facultades al Juez del concurso para que inadmitiese las solicitudes de concurso en los supuestos de concursos sin masa.

VII. Conclusión

La Propuesta ha afrontado gran parte de los desafíos que quedaban pendientes de resolver a la vista de los problemas que se han planteado debido, sobre todo, al gran número de procedimientos concursales iniciados.

Desde este punto de vista, cabe destacar que la extensión del procedimiento abreviado a un mayor número de concursos, la posibilidad de declaración conjunta y acumulación de concursos y el otorgamiento de un verdadero peso específico a la Administración Concursal puede contribuir a reducir la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil. Por otro lado, se incentivan las soluciones extrajudiciales de refinanciación que podrán evitar en muchos casos el concurso y la consiguiente destrucción de tejido económico-empresarial. Finalmente, la Propuesta no pierde de vista las verdaderas finalidades del procedimiento concursal y opta por incentivar que se saquen del procedimiento concursal a los concursos sin masa, en los que ya no es posible la satisfacción de los acreedores, ni el reflotamiento de la empresa a través de un convenio. En definitiva, parece que esta reforma tendrá un impacto positivo tanto para las sociedades en situación concursal o preconcursal como para sus acreedores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOVER GARAU, G., *Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 13, Secciones Cuestiones prácticas, segundo semestre de 2010.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, Valoración que efectúa la Asociación Profesional de la Magistratura sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal y el Anteproyecto de Ley Concursal. 26 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.apmagistratura.com/apm/frames_estudios.htm.

AZOFRA VEGA, *El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación*, en El Notario del Siglo XXI, núm. 25, Mayo-Junio 2009.

BLASCO GASCÓ, F., *Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa*. Anuario de Derecho Concursal nº 18, 2009, Editorial Aranzadi.

CALVO SÁNCHEZ, M.C. “El procedimiento abreviado y el incidente concursal en la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, primera edición, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre 2006. Disponible en la base de datos LA LEY [LA LEY 13358, 2009].

DÍAZ MORENO, A. *Las negociaciones para obtener la propuesta anticipada*, en Manual de Derecho Mercantil, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., Vol. II, Ed.

Ariel, 13ª ed., Barcelona 2009.

DÍAZ MORENO, A. *Procedimiento y cómputo del plazo para la impugnación de la lista de acreedores*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 9, Sección Varia, Segundo semestre de 2008, Editorial LA LEY.

ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, segunda edición, Madrid 2009.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 1/2004, Sección Estudios, Segundo semestre de 2004, Editorial LA LEY.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. Y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *La nueva fase preconcursal*, Diario La Ley, Nº 7272, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2009, Año XXX, Ref. D-336, Editorial LA LEY.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La administración concursal*, Diario La Ley, Nº 6054, Sección Doctrina, 5 Jul. 2004, Año XXV, Ref. D-148, Editorial LA LEY.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C., *Cinco meses tras la reforma concursal*, Diario La Ley, nº 7245, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-292, Editorial LA LEY.

OLIVENCIA RUIZ, M., *El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 13, Sección Estudios, Segundo semestre de 2010, pág. 19, Editorial LA LEY.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M.J. *La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de «suspensión» del deber de instar el concurso*, Diario La Ley, Nº 7264, Sección Tribuna, 19 de octubre de 2009, Año XXX, Ref. D-324, Editorial LA LEY.

PULGAR EZQUERRA J. *La protección de las refinanciaciones de deuda de las solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación. Ex art. 5.3 LC*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 11, Segundo semestre de 2009.

PULGAR EZQUERRA, J. *Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver*. Diario La Ley nº 6696, Sección Doctrina, 19 de abril de 2007.

ROJO, A. “Legitimación” en Rojo, A. y Beltrán, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, primera edición, Madrid 2004.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*, Anuario de Derecho Concursal num. 5/2005.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. *Grupos de empresas y empresas del grupo. Calificación de sus créditos en el concurso de acreedores*, Diario La Ley, Nº 7410, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2010, Año XXXI, Ref. D-176, Editorial LA LEY.

VEIGA COPO, A.B. *La impugnación de la lista de acreedores en el concurso. Los legitimados*, Diario La Ley, Nº 7161, Sección Doctrina, 24 de abril de 2009, Año XXX, Ref. D-141, Editorial LA LEY.

YANES YANES, P. *La reforma (inacabada) de la administración concursal. Una interpretación de los arts. 7º y 12.11, DA 2ª y DT 3ª del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 11, Segundo semestre de 2009, Editorial LA LEY.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 11 mayo 2009 [LA LEY 35355, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz de 11 mayo 2009 [LA LEY 41294, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 18 mayo 2009 [LA LEY 254281, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº. 8 de Barcelona, de 11 mayo 2009 [LA LEY 112967, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 14 abril 2009 [LA LEY 254280, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº. 5 de Madrid, de 17 abril 2009 [LA LEY 272576, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 4 marzo 2008 [LA LEY 193656, 2008]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 4 diciembre 2008 [LA LEY 181053, 2008]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 29 noviembre 2004 [LA LEY 306145, 2004]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 8 septiembre 2008 [JUR 135724, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 mayo 2009 [LA LEY 84207, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 9 mayo 2008 [LA LEY 25861, 2008]

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 27 febrero de 2006 [LA LEY 287476/2006]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 mayo 2009 [LA LEY 84207, 2009]

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 marzo 2008 [LA LEY 12834, 2008]

Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 enero 2006 [LA LEY 322815, 2006]

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 12 julio 2007 [LA LEY 354064, 2007]

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 febrero 2007 [LA LEY 84821, 2007]

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 junio 2007 [LA LEY 127291, 2007]