

# Anuario de Derecho Concursal

Redactor jefe:  
ÁNGEL ROJO  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

Coeditor:  
EMILIO BELTRÁN  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad CEU San Pablo

Secretarios:  
ANA-BELÉN CAMPUZANO  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad CEU San Pablo  
JOSÉ-ÁNGEL GARCÍA VALDECASAS  
Colegio de Registradores de España

JAVIER PLAZA  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valencia  
IGNACIO TIRADO  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

## CONDICIONES DE VENTA SUSCRIPCIÓN PARA 2010 (Tres números)

	(sin IVA)	(con IVA)
Suscripción anual .....	(208,72 €)	(217,07 €)
Número suelto .....	(69,57 €)	(72,35 €)

Cualquier consulta pueden dirigirse a:  
Edición:  
Emilio Beltrán Sánchez  
em@ceu.es  
Redacción:  
Lázaro Gaztambide  
lazaro@thomsonreuters.com  
Tel.: 948 297 297

Copyright © by Editorial Aranzadi, SA  
ISSN: 1698-997X  
Depósito legal: NA 2671/2004  
Printed in Spain-Impreso en España por Rodona  
Industria Gráfica, S.L.  
Fotocomposición: Editorial Aranzadi S.A.

# Anuario de Derecho Concursal

21 septiembre/2010 (3)

## CONSEJO EDITORIAL

### Presidente

ÁNGEL ROJO  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

### Director

EMILIO BELTRÁN  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad CEU San Pablo

### Secretarios

ANA-BELÉN CAMPUZANO  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad CEU San Pablo  
JOSÉ-ÁNGEL GARCÍA VALDECASAS  
Colegio de Registradores de España  
JAVIER PLAZA  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valencia  
IGNACIO TIRADO  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

El Anuario de Derecho Concursal es el órgano de expresión de universitarios, jueces, administradores concursales, abogados y cuantos estudian o aplican la normativa reguladora del concurso de acreedores, como procedimiento establecido para el tratamiento de las situaciones de insolvencia.



21/2010

# Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009\*

Francisco-José Alonso Espinosa

*Catedrático de Derecho Mercantil*

## RESUMEN

A propósito de la reforma de la Ley 22/2003 Concursal por virtud del R.D.-Ley 3/2009 de 27 de marzo, se examina la realidad de la aplicación práctica de los principios político-legislativos más relevantes que en su día informaron la Ley 22/2003 (unidad legal, de procedimiento y jurisdicción, funciones del concurso de acreedores, agilización y simplificación procesal, fortalecimiento de las facultades del juez del concurso, posición de la administración concursal, simplificación de privilegios, etc.) para concluir que la práctica totalidad de los mismos no ha superado el ensayo representado por la prueba de su aplicación práctica. Tras ello, se examinan las reformas incidentales en el ámbito del régimen de la declaración del concurso por virtud del R.D.-Ley 3/2009, contenidas en los nuevos artículos 5.3, 15.3, 105.1 y Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/2003. Tales preceptos ofrecen un abanico más amplio de facultades y opciones al deudor insolvente ante el cumplimiento de su deber legal de solicitar su declaración en concurso de acreedores. Estas nuevas opciones y facultades son objeto de valoración crítica desde los prismas de su contenido, su funcionalidad y de sus probables repercusiones en los sectores de intereses que confluyen en el concurso.

**Palabras clave:** Declaración del concurso de acreedores. Deber del deudor de solicitar su declaración en concurso de acreedores. Reforma de la Ley 22/2003 Concursal, por R.D.-Ley 3/2009.

**Keywords:** Bankruptcy declaration. Legal obligation the bankrupt application. Reform Law 22/2003 Bankruptcy, because R.D.-Law 3/2009.

## ABSTRACT

After the reform Law 22/2003 Bankruptcy, because R.D.-Law 3/2009 march 27, to study the actual application the legal principles at 22/2003 Law (unity regime, proceeding and jurisdiction, bankruptcy functions, proceeding agility, reinforcement judge rights, management bankruptcy position, privileges reduction, etc.) to conclude that's all don't work. To study the legal reforms about the obligation bankruptcy application after reforms because R.D.-Law 3/2009 about articles 5.3, 15.3, 105.1 y additional rule 4ª Law 22/2003. The new rules given to insolvent debtor more rights and options in the face their legal obligation to application the bankruptcy.

**Keywords:** Bankruptcy declaration. Legal obligation the bankrupt application. Reform Law 22/2003 Bankruptcy, because R.D.-Law 3/2009.

## SUMARIO

- I. ALGUNOS CONTRASTES ENTRE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-LEGISLATIVOS INSPIRADORES DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL, Y LA REALIDAD DE SU FUNCIONAMIENTO Y APLICACIÓN PRÁCTICA
- II. ANOTACIONES SOBRE LA INFLUENCIA EN LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS DE LAS REFORMAS INCIDENTES EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SEGÚN RD- LEY 3/2009
- III. BIBLIOGRAFÍA

## I. ALGUNOS CONTRASTES ENTRE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-LEGISLATIVOS INSPIRADORES DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL, Y LA REALIDAD DE SU FUNCIONAMIENTO Y APLICACIÓN PRÁCTICA

La Ley 22/2003 (RCL 2003, 1748), de 9 de julio, Concursal, constituye el resultado de un largo y sinuoso camino, de casi un siglo de duración (vid. nº I de su Exposición de motivos), durante el que fueron formuladas diferentes iniciativas de reforma del régimen de la quiebra y la suspensión de pagos presentes hasta entonces en los Código de Comercio de 1829 (LEG 1829, 21) y 1885 (LEG 1885, 21), en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881, 1) y en la «provisional» Ley de Suspensión de Pagos de 1922, además de una serie de leyes especiales concursales y paraconcursoales, todas ellas derogadas por la Ley 22/2003, Concursal, (cf. Disposición Derogatoria). Transcurridos menos de cinco años desde su entrada en vigor el 1º de septiembre de 2004, la Ley 22/2003, Concursal, ha sido objeto de una tan importante como controvertida reforma por virtud del Real Decreto-Ley 3/2009 (RCL 2009, 682), de 27 de marzo. En relación con ello, este breve estudio tiene un triple objeto. En primer lugar, exponer unas breves reflexiones sobre los *contrastés* entre los grandes principios político-legislativos en los que se inspira e informa la Ley 22/2003, Concursal, y el real y efectivo grado de cumplimiento de los mismos en estos años de vigencia y aplicación de aquélla. En segundo lugar, interesa *explicar*, aunque sea sucintamente, el *sentido de las reformas habidas en el régimen de la declaración del concurso* por efecto del citado R.D.-Ley 3/2009, de 27 de marzo. Por último, se *expone y valora el contenido* básico de las aludidas reformas.

El primero de los principios informadores que inspiran la Ley 22/2003, Concursal, es el principio de *unidad de procedimiento y de jurisdicción*. Este principio se ha revelado frustrado en buena medida por las siguientes razones verificadas en el orden de la vigencia de la Ley 22/2003, Concursal: (i) La falta de adecuación de la Ley 22/2003, Concursal, a los concursos de quienes *carecen de la condición de empresarios y profesionales*. La Ley 22/2003, Concursal, se ha revelado como un «traje» demasiado grande, rígido, inadecuado y caro —y por ello inasumible— para resolver las situaciones de insolvencia de sujetos como el ciudadano trabajador por cuenta ajena, el funcionario, las familias en crisis económica, incluso los pequeños empresarios y

profesionales, entre otros. De hecho, este se ha revelado como un principio político-legislativo equivoocado ya que parece tener los días contados dada la anunciada regulación de un modelo de concurso *especial* pensado para no empresarios y no profesionales; ello no deja de ser un acierto que, por otra parte, confirma la especialidad necesaria y propia que exigen los institutos jurídicos reguladores de la insolvencia de los empresarios y la disfuncionalidad de los intentos de su *generalización* como el realizado, acaso precipitadamente, por la Ley 22/2003, Concursal. La unidad de sistema y de procedimiento no ha determinado que el concurso de acreedores continúe siendo un instituto en función de las empresas inadecuado para resolver las situaciones de insolvencia de otras clases de sujetos cuya actividad poco o nada tiene que ver con la de tráfico organizado en forma de empresa definitiva del empresario mercantil. (ii) Asimismo, el principio de unidad legal que informa la Ley 22/2003, Concursal, tampoco se ha revelado adecuado para tramitar y resolver los concursos de las *microempresas* (según vienen caracterizadas por el *Plan General de Contabilidad* según RD 1517/2007) e, incluso, es posible que tampoco lo sea para las *pequeñas empresas*, concursos estos en los que con mayor frecuencia suele darse la situación del denominado «concurso sin masa» ya desde el momento de su misma declaración. La Ley 22/2003, Concursal, aun dentro del procedimiento abreviado, es también un «traje» inadecuado, grande y caro para tales clases de empresarios insolventes. (iii) Por otra parte, en lado opuesto del ámbito general de aplicación de la Ley 22/2003, Concursal, se observa que la misma tampoco parece adecuada para resolver *realmente* las situaciones de insolvencia de las que podríamos denominar *grandes empresas privadas de interés público* (Rojo) así como para solucionar las crisis de las empresas que operan en el sistema financiero (especialmente las entidades de crédito y las sociedades cotizadas). Y es que, como ha sucedido históricamente a lo largo de los siglos XIX y XX, el sistema concursal ordinario —centrado exclusivamente en las soluciones o convenio o liquidación— casa mal con la crisis de esta clase de empresas en cuanto las mismas proporcionan un número importante de puestos de trabajo los que, por ser un bien común, conviene conservar, además de que en ellas existen no meros socios propietarios o de control cuyos créditos hubieran de pasar al orden de la subordinación crediticia, sino que en ellas existen *inversores de ahorro* centrados no en obtener ni desempeñar posiciones de control empresarial sino en colocar su ahorro en una situación de seguridad en su recuperación, obtención de una rentabilidad económica y un mayor o menor grado de liquidez que procure el acceso fácil a su convertibilidad en dinero efectivo. Obsérvese que respecto de las situaciones de insolvencia de las *entidades de crédito* ya existe una sobrada experiencia en España que arranca ya en 1922 con la crisis del Banco de Barcelona (causa directa de la LSP de 1922, como es sabido), así como en la gran y casi general crisis de la banca española de los años 80 previa a la integración de España en la CE, recientemente renovada como consecuencia de gran crisis financiera internacional que en España se ha intentado paliar mediante el R.D.-Ley 9/2009 (RCL 2009, 1284), de 26 de junio, de

*reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, que crea el denominado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Se percibe claramente, una vez más, que las entidades de crédito no pueden ser declaradas en concurso de acreedores dados sus efectos sobre la credibilidad y eficiencia del sistema financiero de un Estado y dada la necesidad de proteger a los depositantes de ahorro en tal clase de entidades, lo cual aconseja la aplicación de soluciones como la ya expuesta si se trata de crisis generalizadas u otras como la intervención de las mismas por el Banco de España si se trata de crisis singulares y, acaso, la persuasión a las mismas por parte de éste para que formalicen operaciones de concentración entre ellas que las haga capaces de afrontar situaciones de crisis económica general o, acaso, de adaptación obligatoria de su dimensión a las condiciones del mercado y de la competencia. Por lo demás, habla por sí mismo a favor de lo expuesto el hecho de que se ha impuesto la promulgación de normas concursales especiales en este temario (vid. Disposición Adicional 2ª Ley 22/2003, Concursal) o de la adaptación de ciertas normas concursales a ciertos sectores de interesados en tales entidades (como, por ejemplo, el caso de las reformas habidas en el ámbito de los valores del mercado hipotecario, Ley 2/1981 (RCL 1981, 2)). La Ley 22/2003, Concursal, pues, no responde realmente al predicado principio de unidad legal y de sistema que proclama. Se trata de una norma cuyo ámbito funcional es el representado por la pequeña y mediana empresa susceptibles de ser identificadas prioritariamente, aunque no de forma excluyente, con arreglo a los criterios dimensionales que proporciona el RD 1517/2007 por el que se aprueba el *Plan General de Contabilidad*.*

El segundo de los principios político-legislativos informadores de la Ley 22/2003, Concursal, es relativo a la función o funciones del concurso. Este principio podría formularse así: el concurso de acreedores se concibe como *instituto con función mixta: por una parte, se persigue con el mismo el saneamiento financiero-patrimonial de la empresa en crisis y, por otra, el concurso también pretende la legítima satisfacción de los derechos de los acreedores del concursado; pero en este orden de funciones, la función sanatoria o favorecedora del saneamiento financiero y patrimonial de la empresa concursada prevalece sobre la función satisfactoria de los acreedores del concursado* (cf. nº VI Exposición de motivos Ley 22/2003, Concursal). En consonancia con ello, el régimen legal del concurso de acreedores, sin perjuicio de su función satisfactoria de los derechos de los acreedores del concursado, parece inclinarse de forma prevalente más hacia la *función sanatoria* o de fomento del mantenimiento de las unidades productivas en crisis económica si es que las mismas son viables y permiten, por tanto, la conservación del empleo y de la contribución de la empresa concursada al bien común una vez saneada su situación patrimonial crítica. De esta forma, desde la contemplación de la exposición de motivos de la Ley 22/2003, Concursal, y del propio régimen legal del mismo (destáquese la regulación del convenio anticipado y su especial promoción tras la reforma del régimen de éste según RD-Ley 3/2009) el *convenio* parece que

estar investido de cierta prevalencia legal sobre la liquidación de la empresa como soluciones ambas del concurso y tal función prevalente parece que habría de instruir el funcionamiento y actuación de los órganos de éste, esto es, del juez del concurso y de la administración concursal. Sin embargo, y contra lo expuesto, la *praxis* habida en estos años parece confirmar que este principio ha sufrido también una relativa *frustración* dado que la gran mayoría de los concursos de acreedores tramitados según la Ley 22/2003, Concursal, se «solucionan» mediante *liquidaciones interminables* (ALCOVER) acompañadas de no infrecuentes fenómenos de parasitismo derivados de ciertos modelos de ejercicio de la administración concursal, situaciones que ya han hecho añorar a algunos los derogados regímenes de la quiebra y de la suspensión de pagos. Resulta que el convenio sanatorio es la solución de menor aplicación real si se la compara con la liquidación de la entidad insolvente quizá debido a la falta de una suficiente «cultura concursal» (BELTRÁN) en nuestra *praxis* habitual todavía bastante influida por los modelos del derogado sistema concursal en gran parte decimonónico y que respondía a otros intereses y principios a veces equidistantes de los teóricos que informan la Ley 22/2003, Concursal.

El principio de *flexibilización y agilización del procedimiento concursal* se pretendía como otro de los fundamentos político-jurídicos de la Ley 22/2003, Concursal. Se afirmaba la urgencia de regular el régimen procesal del concurso según un principio de simplificación de su tramitación procesal como exigencia de la finalidad propia del concurso cual es la de obtener una solución adecuada a la situación económica anómala del concursado (sea convenio, sea liquidación) en el *mínimo tiempo posible* ya que, en este temario, el transcurso del tiempo suele jugar en contra de casi todos los sectores de interesados que convergen en el seno del concurso. Se pretendía, admitirse, eliminar el «laberinto sin fin» al que suelen estar abocados los procedimientos concursales como especie de enfermedad crónica propia de los mismos como ya se denunciara bastante antes de la Codificación decimonónica (SACADO DE SOMOZA). Mas este loable principio informador parece también haber sufrido una igualmente relativa frustración a consecuencia, sobre todo, de los siguientes factores: (i) La dura prueba a la que vienen siendo sometidos los juzgados de lo mercantil por la situación de severa crisis económica generalizada que se empieza a manifestar en España a finales del año 2007 y que continúa desplegando sus efectos en la actualidad y los seguirá desplegando, según los cálculos más objetivos (OCDE, BCE y BE), hasta pasado el año 2011, al menos. Es posible que la fase aguda de la crisis generalizada haya pasado o esté finalizando pero, probablemente, el número de solicitudes de concursos no remita significativamente y se normalice hasta dentro de unos años más (la media en España está en torno a los 2000 y 3000 concursos declarados por año desde el año 2008, en comparación con los pocos cientos que se dieron por año entre finales de 2004 y finales de 2007). *La consecuencia directa de ello ha sido el defectuoso funcionamiento de los juzgados de lo mercantil no por incompetencia sino por colapso*. Ello muestra que el con-

curso, aun bajo un régimen legal teórico de flexibilidad y agilidad procesal, *no es compatible con épocas de crisis económica aguda y generalizada* sino, más bien, un síntoma importante de las mismas, afirmación que de algún modo es avalada por la actividad y solicitudes de los diferentes agentes económicos y sociales al demandar la adaptación de las políticas económicas gubernamentales a la situación económica de crisis general a fin de procurar el saneamiento y la subsistencia de la empresas, el mantenimiento del empleo, la mayor eficiencia del modelo tributario y la más eficiente gestión de los servicios públicos. El concurso de acreedores es, por tanto, un instituto en función de la resolución de situaciones de insolvencias de empresas *en situación* pero no es funcional para resolver situaciones de crisis empresariales cuando la gran causa de las mismas es *externa* y máxime cuando la causa radica en una situación *general* de crisis económica y financiera susceptible de afectar a las empresas en general. (ii) La aludida saturación de los juzgados de lo mercantil provocada por el ingente número de concursos de acreedores declarados y en tramitación desde finales de 2007 (unida a otros factores) determina, además, dos fenómenos perversos adicionales contradictorios con las finalidades y funciones propias del concurso: el alargamiento en el tiempo de los concursos declarados, en primer lugar, lo cual perjudica a todos los interesados en el mismo (salvo, acaso a algún sector al que después se alude) y, en segundo lugar, el comprensible retraso judicial ante la declaración de los concursos solicitados —cuya reducción en el tiempo era uno de los fines perseguidos por el legislador de 2003— con el consiguiente perjuicio para todos los sectores de interesados implicados en ellos.

Otro de los aludidos principios inspiradores de la Ley 22/2003, Concursal, fue el del *fortalecimiento de las competencias y facultades del juez del concurso en función del adecuado y correcto impulso y solución de éste en la protección de los intereses del concursado, de sus acreedores y demás interesados legítimos*. Este principio está estrechamente ligado o combinado con otro también esencial cual es el de la *necesaria organización de un órgano profesional de administración de la empresa y/o patrimonio del concursado, supeditado al control del juez del concurso* y como órgano auxiliar de éste y de la empresa concursada cuyas funciones se sitúan más en el orden de la auténtica administración y gestión de la empresa en concurso en función de su *continuidad y productividad* con prevención sobre la función de mera y simple *intervención y fiscalización de la actividad empresarial del concursado* como era más propio del sistema anterior propio de la sindicatura de la quiebra y de la intervención en la suspensión de pagos. Tampoco cabe predicar el éxito a esta sin duda compartible combinación de principios, también como consecuencia del aludido colapso judicial provocado por la crisis económica general causa de la multiplicación geométrica de los concursos declarados desde finales de 2007 unido a ciertos aspectos del régimen de la administración concursal. La saturación que padecen los juzgados puede inclinarse a los jueces de lo mercantil (que siguen siendo pocos en España en función de las materias cuyo conocimiento les

asignó la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578) con ocasión de su creación en 2003) hacia una comprensible dejación del curso de los concursos en manos de la administración concursal —basada en la confianza y competencia que se presupone a los profesionales que han de formar este órgano—, de forma que el control *de facto* y la marcha del concurso resulta traspasada desde quien debe ejercer tales facultades —el juez— hacia los administradores concursales decayendo así la eficacia del principio inspirador de la Ley 22/2003, Concursal, en el sentido de que, contra lo que era propio de los sistemas derogados, el concurso no es controlado y dirigido por el Estado a través del juez del concurso sino nuevamente por los administradores concursales, sucesores, *latu sensu*, de los extintos síndicos, comisarios e interventores de la quiebra y la suspensión de pagos. No cabe eludir uno de los posibles efectos perversos de lo afirmado. Tal situación es propicia para generar indeseables situaciones de mayor o menor parasitismo, disimuladas o evidentes, por parte de la administración concursal, lo que ya ha hecho afirmar la conveniencia de «funcionarizar» este órgano al modo como sucede, por ejemplo, con la medicina forense (PACHECO GUEVARA). Piénsese al respecto que los administradores concursales: (i) tienen derecho a percibir aranceles fijos con cargo a la masa mientras dure el concurso, aranceles que se configuran como deudas de la masa, sin que se regulen o establezcan plazos máximos de duración aun cuando los mismos pudieran ser flexibles y bajo control del juez, en función de las condiciones y circunstancias propias del concursado y de la marcha del propio concurso; (ii) los administradores concursales tienen derecho a percibir tales aranceles sin necesidad de acreditar resultados prósperos o adversos de su gestión empresarial de la empresa concursada —como sí deben acreditarlos los administradores ordinarios— (sea directa o por intervención) gestión empresarial que, no pocas veces, se limita a tareas de intervención que, bajo pretexto de evitación de eventuales responsabilidades civiles, se cumplen de forma más rígida y exigente de lo que quizá sería conveniente a los intereses de la empresa concursada y también de sus acreedores, con rechazo, a veces expreso, a ejercer la tarea de administrar en efecto o, siquiera, a participar activamente en la administración de la empresa concursada en función no sólo de la conservación de la misma sino en función de coadyuvar efectivamente a su saneamiento financiero y patrimonial y a que el concurso se solucione de la forma más satisfactoria para la empresa y para sus acreedores; (iii) no faltan, por último, casos flagrantes, aunque sean los menos, en los que cierto modelo de administración concursal actúa *de facto* como simple órgano de liquidación a sueldo «fijo» al que parece interesar procurar la máxima extensión temporal del concurso y no la solución del mismo cualquiera que sea ésta y ante el cual ni el juez ni el concursado ni los acreedores parecen disponer de medios eficaces para solucionar la situación.

En el orden de la debida protección a los derechos de los acreedores, se afirmaban los principios de *simplificación del sistema de privilegios en los créditos de los acreedores concursales, de protección adecuada del crédito salarial y de clarifi-*



*caución de la posición de los titulares de créditos contra la masa tras la declaración del concurso.* Este conjunto de principios, también de validez indudable, parece adolecer de una regulación legal que reconozca todavía un exceso de privilegios, algunos de discutible compatibilidad con el sistema de economía de mercado como es el caso de los privilegios directos e indirectos reconocidos al crédito público y del velado trato de favor otorgado a las entidades de crédito (aunque no sean mencionadas expresamente) tras la nueva Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal, norma de carácter más macroeconómico y paraconcursal que concursal, según se verá después, introducida por el R.D.-Ley 3/2009 como medida general anticrisis pero que no parece del todo compatible con la vocación de solución del crisis de empresas en singular propia del concurso de acreedores. En conexión directa con tal conjunto de principios era necesario adoptar medidas en función de la agilización, clarificación y mejora técnica de los sistemas y técnicas de *reintegración* de la masa activa del concurso, funcionalidad que puede haberse visto escorada, aunque sea en parte, a favor, sobre todo, de las entidades de crédito por virtud de la aludida nueva Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal, sobre lo que después se insistirá.

## II. ANOTACIONES SOBRE LA INFLUENCIA EN LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS DE LAS REFORMAS INCIDENTES EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SEGÚN R.D.-LEY 3/2009

Puede anotarse, en primer lugar, que el régimen legal del presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia) sigue planteando problemas de determinación al igual que se planteaban con el régimen previgente según el Código de Comercio de 1885. Ello es debido, por una parte, a la insuficiencia técnica de los criterios legales establecidos ante la distinción entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente, sobre todo si se atiende a que las consecuencias prácticas entre una y otra calificación no son desdénables, especialmente para el concursado y sus administradores en el caso de que, como es lo más común, se trate de una sociedad mercantil. Es cierto que ambas modalidades de insolvencia pueden ser nitidamente distinguibles ante casos claros en los que sea evidente la sanidad patrimonial de la empresa en crisis aunque esta padezca una situación financiera delicada pero transitoria que, por tanto, determine la prevalencia en tales casos de la función *sanatoria* del concurso; del mismo modo que puede que haya casos en los que la deteriorada situación patrimonial y financiera de la empresa determine un estado de insolvencia irresoluble que aconseje a los órganos del concurso apostar desde el primer instante por la función *satisfactoria* de los derechos de los acreedores, también propia del concurso. Pero la insuficiencia técnica de la norma sigue permitiendo supuestos, en cierta medida más frecuentes de lo deseable, en los que la situación financiero-patrimonial de la empresa en crisis raye o limite entre la insolvencia actual y la inminente hasta el punto de no ser posible su clara discriminación

según los criterios técnicos suministrados por la Ley. Se trata, por ello, de un aspecto que merecería una mejora de la técnica legal. Por otra parte, está el tema de la también insuficiente claridad ante la delimitación técnico-legal de los denominados «hechos externos» reveladores de la situación de insolvencia, algunos de ellos heredados del Código de Comercio de 1829, en cuanto que los mismos pueden no ofrecer suficiente *seguridad* al acreedor interesado en instar la declaración de un concurso necesario, por lo que su solicitud puede no sólo ser fallida o desestimada sino que, además, puede producirle perjuicios en forma de costas procesales y de preparación de la solicitud, ello incluso a pesar de la aplicación del art. 20.1 Ley 22/2003, Concursal, que, con razón, viene siendo aplicado en este aspecto por la jurisprudencia según un principio de *favor creditoris* pero es incuestionable que en este ámbito se da lo que se ha venido a denominar como una situación de *asimetría de información* entre la que dispone el deudor sobre sí mismo y la muy insuficiente de la que disponen sobre él sus acreedores de derecho privado (Rojo), situación que juega precisamente en perjuicio de estos últimos. A ello hay que añadir el problema de la discutible compatibilidad con el principio constitucional de igualdad ante la Ley entre acreedores públicos y acreedores privados que se contiene en este temario relativo al incumplimiento de las obligaciones que el deudor tiene con los primeros, en determinados plazos, como signo de insolvencia, aspecto que es de casi imposible conocimiento por parte de los acreedores privados del deudor en posible estado de insolvencia, máxime si no se trata de acreedores profesionales (como las entidades de crédito) sino de los acreedores ordinarios propios de una considerable parte de toda clase de actividad empresarial.

El principio de flexibilización y agilidad procedimental del concurso se pretenda relativo también a los trámites o procedimiento relativo a la *declaración* del mismo. Se pretendía alcanzar la máxima celeridad procesal entre la fecha de solicitud de la declaración en concurso y la fecha de declaración del mismo o bien de la desestimación de la solicitud, ya fuere aquélla curada por el deudor o por sus acreedores. La realidad ha venido mostrando que tal propósito legal de promover la agilización en la declaración del concurso, atendiendo a condiciones de normalidad en el ámbito económico general—esto es, fuera de etapas de crisis como la actual—puede extenderse entre un mínimo de unos 45 días y hasta 100 o más días dependiendo del nivel de saturación del juzgado que haya de conocer del mismo y del nivel de complejidad de la *litis* que se plantee en esta fase primera del concurso.

La reforma de la Ley 22/2003, Concursal, según R.D.-Ley 3/2009, de 27 de marzo, ha introducido algunas modificaciones en la Ley 22/2003, Concursal, incidentes directa o indirectamente en el régimen de la *declaración del concurso*. Algunas de tales medidas son constitutivas de lo que podríamos denominar «medidas anticrisis» o paliativas del tratamiento de una situación económica crítica general, por las que se trata de combinar dos órdenes legales opuestos o que operan en planos diferentes y, por tanto, de difícil conciliación: el de la vocación del concurso como instituto en función del

tratamiento y solución de situaciones de insolvencia de empresas *singularmente* consideradas, con medidas arbitradas no en función de defectos técnicos en la regulación preexistente que, por tanto, precisasen una reforma correctora, sino que se trata de reformas cuyo sentido es el de adaptar ciertos aspectos del régimen legal de la declaración del concurso a la situación económica actual caracterizada por la crisis económica *general* por todos conocida en función de intentar maquillar en ciertos sentidos los efectos político-estadísticos de la crisis. Es decir, se insertan en el régimen del concurso de acreedores ciertas normas cuya función no tiene relación directa con las funciones sanatoria y satisfactoria propias del concurso sino que la función directa de las mismas es la de evitar o bien la de reducir los efectos visibles y cuantificables estadísticamente de la situación de crisis general mediante la evitación de solicitudes de concurso o mediante la articulación de medidas dirigidas a facilitar el retraso en el cumplimiento del deber legal de solicitar la declaración del concurso que incumbe al concursado y, especialmente, a sus administradores en el caso de que se trate de una persona jurídica.

El R.D.-Ley 3/2009 ha incidido así de forma considerable en la situación del deudor en estado de insolvencia, tanto si ésta es actual como inminente, por virtud de lo establecido en los nuevos artículos 5.3 y 15.3 Ley 22/2003, Concursal, así como por virtud del contenido de la Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal, titulada como «*Acuerdos de refinanciación*». Ello, al tiempo, en conexión directa con la reforma del régimen legal de la *propuesta anticipada de convenio* según la nueva redacción dada al art. 105.1 Ley 22/2003, Concursal. Cabe afirmar, en síntesis, que antes de la reforma de los preceptos aludidos y de la introducción de la citada Disposición Adicional 4ª, el deudor insolvente tenía el deber legal de solicitar su declaración en estado de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, presumiéndose *iuris et de iure* tal conocimiento en el caso previsto por el art. 5.2 Ley 22/2003, Concursal. El incumplimiento por el deudor del citado deber legal de solicitud de su propio concurso estaba y sigue estando tipificado como causa de calificación *culpable* del concurso con la consiguiente imputación de responsabilidad contra los administradores de la entidad concursada por virtud de lo establecido por el art. 165.1ª Ley 22/2003, Concursal.

Por virtud de las reformas citadas según R.D.-Ley 3/2009, resulta que el abanico de posibilidades de las que ahora dispone el deudor insolvente ante su eventual deber de solicitar su propia declaración en concurso de acreedores se amplía de forma considerable pudiendo llegar hasta la exclusión del deber. El deudor insolvente pasa de una situación legal en la que, prácticamente, contaba con una sola opción —la del deber legal de solicitar su declaración en estado de concurso— a contar ahora hasta con *cuatro posibles opciones* y entre algunas de ellas puede disponer de facultades alternativas de elección. (i) Por una parte, porque la reforma de la Ley 22/2003, Concursal, según R.D.-Ley 3/2009 introduce la regulación de un sistema especí-

fico que propicia la obtención por el deudor insolvente de un convenio o acuerdo preconcursal o paraconcursal con, al menos, una parte de sus acreedores, acuerdo este susceptible, si se logra en las condiciones legales exigidas, de alejar en el tiempo o bien de resolver de forma definitiva su situación de insolvencia y de, por tanto, excluir o desactivar la obligación que sobre el mismo pesaba de solicitar el concurso *ex art. 5.1*, así como de desactivar las consiguientes posibles responsabilidades derivadas del incumplimiento de tal deber. Este acuerdo preconcursal reglado se regula de forma idónea para proteger de forma segura y adecuada los intereses de los acreedores del deudor parte en el mismo en cuanto que su contenido financiero-patrimonial y los actos dirigidos a su ejecución o cumplimiento (incluidas las posibles *garantías* que se hayan constituido en función de asegurar su cumplimiento) *no podrán ser rescindibles en aplicación del artículo 71.1 Ley 22/2003, Concursal*, si, a pesar del convenio, tuviere lugar la ulterior declaración en concurso del deudor, siempre y cuando el acuerdo preconcursal hubiere respetado los requisitos formales y de fondo que la propia Disposición Adicional 4ª regula y exige como presupuesto de tal *inmutabilidad* en una eventual ulterior sede concursal a favor de los acreedores favorecidos con tales garantías.

El deudor insolvente dispone de las opciones alternativas de *comunicar o de no comunicar* la negociación de esta clase de acuerdo preconcursal al juez de lo mercantil que resulte competente del eventual conocimiento de su eventual ulterior concurso de acreedores de acuerdo con las reglas establecidas por el art. 10 Ley 22/2003, Concursal. (i) Si el deudor se decide por comunicar al juzgado la simple existencia de tal negociación dirigida al logro de un acuerdo preconcursal que se ajuste a las condiciones de la Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal, —*simple negociación*, se subraya, que, por tanto, no tiene por qué culminar en el acuerdo que se pretende ni en ninguna otra clase de *resultado*— tiene entonces la opción de hacerlo, si así lo considera de interés, como supuesto o modalidad *ambivalente* de negociación de una posible *propuesta anticipada de convenio* *ex art. 105.1 Ley 22/2003, Concursal*, que, en su caso, será presentada por el deudor comunicante junto con la ulterior solicitud de concurso voluntario en función de la cual se halla negociando ya con sus acreedores tal posible *propuesta anticipada de convenio*. Esta opción y, en particular, sus efectos, no dependen del éxito o fracaso de la negociación entablada por el deudor con sus acreedores a iniciativa o no de él. Es decir, los efectos legales favorables para la posición concursal del deudor comunicante de la existencia de tales simples negociaciones comunicadas al juez no tienen relación alguna con el posible éxito o fracaso de las mismas. Conviene apuntar en este aspecto que la reforma que introduce el actual art. 5.3 Ley 22/2003, Concursal, restringe esta opción del deudor solamente al supuesto en que el mismo se halle en estado de insolvencia *actual*. Pero tal disposición carece de explicación y, sobre todo, de eficacia real pues cabe observar, por un lado, que no se entiende bien tal restricción a tal grado de insolvencia, esto es, por qué no

se extiende también al supuesto de insolvencia inminente ya que el subtrato del supuesto permite amparar ambos tipos de insolvencia; por otro, se ha de observar que la eficacia real de la restricción aludida puede ser inocua si se consideran los no infrecuentes supuestos en los que, como antes se ha expuesto, no resulta posible afirmar nítidamente si la clase o grado de insolvencia en la que incurre el deudor es de carácter actual o inminente. Por otra parte, esta restricción del presupuesto objetivo se entiende menos aún si se interpreta en conexión con el art. 5.1 Ley 22/2003, Concursal, que, al no haber sido reformado, sigue sin distinguir entre una y otra clase de insolvencia, lo cual no deja de representar una cierta incongruencia entre este art. 5.1 y el 5.3 Ley 22/2003, Concursal.

(ii) Pero en el caso de que el deudor-negociador con sus acreedores de una posible solución paraconcursal a su situación económica crítica se decida a utilizar la opción que le ofrece el nuevo art. 5.3 Ley 22/2003, Concursal, y, por tanto, *comunicar* al juez la simple existencia de la negociación, se despliega de forma automática a su favor un efecto legal favorable a su posición. En tal caso, el deudor va a disponer, *ministerio legis*, de un plazo más amplio para cumplir su eventual deber legal de solicitar su declaración en concurso si ello fuera necesario ya que a los dos meses de los que disponía inicialmente para el cumplimiento de ese deber legal, se van a sumar tres meses más durante los que puede negociar la supuesta *propuesta anticipada de convenio* o el ambivalente posible *acuerdo extrajudicial de refinanciación ex Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003*, Concursal, a presentar, además de disponer de *un mes más después de vencidos los indicados tres meses*. En suma: el deudor comunicante al juez de la existencia de una negociación con sus acreedores de una eventual *propuesta anticipada de convenio* y/o posible *acuerdo extrajudicial de refinanciación* puede disponer de un plazo de hasta *seis meses* de duración, contados desde la fecha de su comunicación al juez, para cumplir su deber legal de solicitar su declaración en concurso de acreedores si es que finalmente existiera vencido tal plazo sin, en principio –salvo mala fe–, incurrir en responsabilidad concursal alguna los administradores de la entidad comunicante ni demás consecuencias legales derivadas del incumplimiento del citado deber.

(iii) Por otra parte, conviene anotar que el régimen expuesto se completa con otra eficaz medida a favor del deudor que actúa como especie de «retaguardia» de su particular situación. Esta medida consiste en que la simple comunicación judicial de la que tratamos tiene *efectos obstructivos* respecto de las eventuales acciones ejercitadas por los acreedores dirigidas a obtener la declaración en concurso de su deudor (así lo dispone el nuevo art. 15.3 Ley 22/2003, Concursal). Esto es, queda vedada la declaración de un concurso necesario mientras los plazos legales ampliados otorgados al deudor no hayan transcurrido sin que su situación de insolvencia haya encontrado medios de solución fuera del concurso.

(iv) Asimismo, el nuevo pretendido «sistema» exige aclarar la situación en la que habría de quedar el deudor comunicante de las negociaciones si,

finalmente, se ve abocado a solicitar su declaración en concurso voluntario. Se dispone al efecto que si finalmente fuere el propio deudor comunicante el que presentase su solicitud de declaración en estado de concurso, acompañando o no la pretendida *propuesta anticipada de convenio* que haya negociado o cuya negociación haya fracasado, entonces la *fecha y los efectos* de la declaración del concurso se retrotraen a la fecha en la que el deudor comunicó al juez la existencia de negociaciones con sus acreedores de cara a obtener una *propuesta anticipada de convenio*. Esto es, el concurso declarado tendrá el carácter de *voluntario* con los efectos propios del mismo según la Ley 22/2003, Concursal, desde la fecha de la comunicación cursada al juez según lo establecido por el nuevo art. 5.3 Ley 22/2003, Concursal, disposición que es susceptible de plantear a la administración concursal no pocos problemas en relación con la rescisión de la actividad contractual y obligacional que haya podido realizar el deudor en concurso durante el tiempo transcurrido desde que efectuó la comunicación al juez, tiempo que, como vimos, puede llegar a alcanzar los seis meses de duración.

Puede comprobarse, de este modo, cómo puede tener lugar una cierta *simbiosis legal o posible confluencia*, por efecto de la reforma, entre el nuevo régimen de promoción legal de la *propuesta anticipada de convenio* ex art. 105.1 Ley 22/2003, Concursal, y la también nueva regulación del *acuerdo extrajudicial de refinanciación* según la Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal. Ambas medidas pueden darse y actuar de forma autónoma o separada pero también cabe la interconexión o simultaneidad entre ambas si es que el deudor se decide por comunicar al juez la existencia de la negociación dirigida a la conclusión de un *acuerdo extrajudicial de refinanciación* que, finalmente, resulte ser una negociación fallida de una *propuesta anticipada de convenio* ya que ambas son entre sí intercambiables o equivalentes a estos efectos.

De este modo, puede concluirse que, en la actualidad, por efecto de la reforma operada por el R.D.-Ley 3/2009, el deudor insolvente dispone de las siguientes opciones o facultades ante la eventual decisión u obligación, en su caso, de solicitar su *declaración en estado de concurso voluntario*.

- a) El deudor insolvente puede optar, en primer lugar, por solicitar directamente su declaración en concurso voluntario e intentar lograr un convenio con sus acreedores en el seno del mismo si es que se considera que esta es la solución más viable y se acepta según los requisitos legales establecidos. Esto es, el deudor puede ajustarse al régimen anterior a la reforma ante el cumplimiento de su deber legal de solicitar su declaración en concurso.
- b) El deudor insolvente puede optar, en segundo lugar, por iniciar negociaciones con sus acreedores a fin de intentar cerrar con ellos un *acuerdo paraconcursal de refinanciación* con arreglo a lo establecido por la Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal. Si el pretendido acuerdo es finalmente alcanzado, ello puede permitirle desactivar la obligación legal que pudiera tener de solicitar su propia declaración en concurso según le exige



el art. 5.1 Ley 22/2003, Concursal, aunque, nótese, tal acuerdo preconcursal o paraconcursal no tiene por qué tener como efecto necesario la solución de la situación de insolvencia en la que pueda encontrarse el deudor ya que, nótese, la propia Disposición Adicional 4.ª Ley 22/2003, Concursal, contempla expresamente la eventualidad de que el concurso de acreedores pueda ser declarado incluso tras haber sido concluido o alcanzado el acuerdo extrajudicial de refinanciación ajustado a los requisitos de tal norma y, en particular, algunos de los efectos que tal declaración puede no tener sobre las garantías constituidas en función de la refinanciación convenida.

c) El deudor insolvente puede optar, en tercer lugar, por comunicar al juez competente el inicio o la existencia de negociaciones dirigidas a la conclusión de un ambivalente *acuerdo extrajudicial de refinanciación* porque éste, al tiempo, pueda hacer las veces de una eventual *propuesta anticipada de convenio*. Con ello, el deudor consigne activar la aplicación de los nuevos arts. 5.3 y 15.3 Ley 22/2003, Concursal, y, por consiguiente, el despliegue de los siguientes efectos a su favor por virtud de los mismos: a') el deudor puede retrasar hasta en seis meses la fecha de su deber legal de solicitar su declaración en concurso de acreedores sin incurrir sus administradores en eventual responsabilidad concursal y demás efectos derivados del incumplimiento de tal deber; b') si, finalmente, el deudor hubiere de solicitar su declaración en concurso de acreedores dado el fracaso total o parcial de sus negociaciones comunicadas al juez, resulta entonces que su concurso tendrá, en principio, el carácter de voluntario y su fecha y efectos serán retrotraídos a la fecha de la comunicación judicial de la apertura o existencia de las referidas negociaciones en función de la obtención de un acuerdo de orden preconcursal o paraconcursal con sus acreedores.

d) El deudor insolvente tiene, finalmente, la opción de no efectuar comunicación alguna al juez competente a pesar de haber entablado negociaciones efectivas dirigidas a alcanzar un *acuerdo extrajudicial de refinanciación* con sus acreedores con arreglo a la Disposición Adicional 4.ª Ley 22/2003, Concursal. En este caso, en el supuesto de que tales negociaciones fracasasen –piénsese al respecto que el acuerdo extrajudicial de refinanciación exige, para su aprobación, el refrendo del proyecto de acuerdo por el 60% del pasivo del deudor (pero sin que su cuantía total sea objeto de control por ninguna instancia externa)– el deudor insolvente puede entonces entablar una nueva negociación dirigida ya a obtener una simple *propuesta anticipada de convenio* (la cual sólo requiere la aceptación inicial por el 10% del pasivo) y comunicar al juez la existencia de la misma a los efectos previstos por los arts. 5.3 y 15.3 Ley 22/2003, Concursal, según han sido sucintamente expuestos.

Expuesta esta serie de nuevas alternativas y facultades de las que dispone el deudor insolvente ante el deber legal de solicitar su declaración en concurso que le impone el art. 5.1 Ley 22/2003, Concursal, parece conveniente una

explicación, si es que ello es posible, de las funciones político-legislativas que parece perseguir (y acaso justificar) este tan nuevo y como extraño orden de la obligación del deudor de solicitar su declaración en concurso.

a) En primer lugar, el sistema de la nueva Disposición Adicional 4.ª Ley 22/2003, Concursal, reguladora de los *acuerdos de refinanciación* paraconcursales, resulta calificable como una clara medida anticrisis que se pretende de orden general y cuya política subyacente es *evasiva/elusiva del deber legal impuesto al deudor de solicitar su declaración en concurso de acreedores cuando concurra el presupuesto objetivo* legalmente establecido. El legislador no modifica ni altera el contenido y régimen del presupuesto objetivo –esto no sería adecuado ni funcional– sino que introduce medidas legales «justificativas» del incumplimiento de tal deber cuya auténtica *mens legislatoris* parece tener como objetivo lograr la ralentización del número de concursos declarados en función de, por un lado, intentar paliar el colapso judicial antes aludido y, por otro, intentar maquillar las cifras macroeconómicas reveladoras de la realidad o, en su caso, del agravamiento de la crisis general; es decir, bajo estas medidas puede subyacer el objetivo de lograr una simple política de imagen favorable al Ejecutivo y no, por tanto, unas medidas dirigidas a promover mejoras propiamente dichas al régimen de las situaciones de insolvencia de los deudores *singularmente considerados* como finalidad del concurso. El subyacente del legislador parece responder al propósito de evitar el concurso del deudor insolvente (sea éste actual o inminente) por predominantes razones de orden estadístico y de saneamiento de los juzgados de lo mercantil, al margen, por tanto, de la función propia del concurso. Al efecto, se introducen tácticas (más que técnicas) de fomento o promoción de la conclusión de convenios de carácter paraconcursal entre el deudor insolvente y sus acreedores, especialmente si éstos tienen, en su mayoría, el carácter de acreedores profesionales, esto es, se trata de entidades de crédito las cuales, como es sabido, son las grandes acreedoras en el seno de los concursos ante una severa crisis financiera como la que actualmente se atraviesa y, por tanto, las que normalmente dispondrán del poder fáctico preciso ante la conclusión del acuerdo extrajudicial de refinanciación pretendido. En efecto, el régimen legal del *acuerdo de refinanciación* según la referida Disposición Adicional 4.ª Ley 22/2003, Concursal, deja traslucir el auténtico propósito político del legislador. Se persigue vencer la normal reticencia de cualquier entidad de crédito ante la novación de los créditos de los que es acreedora mediante la prórroga o aplazamiento de sus condiciones de vencimiento y exigibilidad, o bien mediante la ampliación de las mismas; se percibe en el trasfondo una especie de pacto tácito o expreso entre poder político y poder económico propio del sistema financiero en general, poder económico que, en contraprestación, recibe de parte del poder político un considerable trato de favor en el orden paraconcursal a través de las medidas establecidas por virtud del ya citado R.D.– Ley 9/2009 (RCL 2009, 1284), de 26 de junio, de *reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*, principalmente el denominado

*Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*. En el orden de las obligaciones propias de la entidad de crédito ante el mantenimiento de su coeficiente de recursos propios es obvio que la entidad o entidades de crédito que acepten este tipo de *acuerdos de refinanciación* posiblemente se hallen obligadas, en la mayor parte de los casos por virtud de la propia normativa técnica y de supervisión que les vincula, a exigir la constitución de garantías o la ampliación de las existentes como condición para cerrar tales clases de acuerdos, dada la crítica situación de su deudor al precisar éste la refinanciación de su pasivo, pero también es cierto que con esta normativa, las entidades de crédito *refinancadoras* en el régimen de la Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal, evitarán el cumplimiento de la obligación de provisionar el 25% de la deuda viva que mantengan con deudores declarados en concurso de acreedores que les impone la Circular 4/2004 del Banco de España.

Esta constitución de garantías en la *más que probable conciencia y conocimiento por parte de la entidad o entidades de crédito refinancadoras, como acreedores profesionales —o del acreedor de que se trate— del estado de insolvencia del deudor* que las otorga, resulta ser objeto de especial protección por la Ley 22/2003, Concursal, la cual, en este caso, opta por la disposición de medidas superprotectoras de esta clase de acreedores, superprotección que opera en detrimento de los restantes acreedores carentes de capacidad negociadora y, menos aún, de capacidad obstativa del alcance de acuerdo de refinanciación preconcursal o paraconcursal según el caso, al no disponer de un 60% del pasivo ni aisladamente ni en grupo de clases de acreedores. La «técnica» legal dispuesta al efecto es tan simple como burda: crear una *nueva clase de crédito privilegiado y blindado legalmente* contra su, en otro caso, segura anulación por efecto del ejercicio de las acciones de rescisión *ex art. 71.1 Ley 22/2003, Concursal*. Se dispone así la ineficacia de la acción de rescisión de tales garantías constituidas bajo tales condiciones preconcursales en el caso de que, a pesar del acuerdo extrajudicial de refinanciación alcanzado, *el concurso fuere finalmente inevitable y declarado judicialmente*. En definitiva, no es del todo cierto, como puede haber sido afirmado, que este nuevo régimen trate de articular un sistema equilibrado de protección de los intereses del deudor en situación de precurso (o de efectivo concurso) y sus refinanciadores (entidades de crédito con carácter general) mediante la disposición de una serie de «escudos protectores» a favor de estos últimos (las garantías otorgadas por el deudor en fase crítica que devienen luego legalmente inatacables en sede de ulterior concurso mediante ejercicio de la acción rescisoria). Parece más cierto que la medida superprotectora dispuesta por la reforma pueda estar al margen del principio constitucional de igualdad ante la Ley en la medida que, ante una situación preconcursal, determinados acreedores con capacidad financiera suficiente como para poder *refinanciar* el 60% o más del pasivo del deudor —sólo puede pensarse por ello en las entidades de crédito como acreedores profesionales de esta clase de negocio— pueden detraer de la masa activa del probable futuro

concurso de acreedores del deudor *refinancado*, en detrimento de sus acreedores ordinarios, la práctica totalidad de la misma mediante la constitución de garantías sobre los bienes que la componen por cuya virtud se dé lugar a la creación de créditos privilegiados con privilegio especial que, además, resultan legalmente inatacables mediante la acción rescisoria. No obstante ello, se ha de observar que el *acuerdo de refinanciación* debe producir un resultado imperativo. El efecto o resultado de esta clase de acuerdos es procurar *viabilidad financiera* efectiva a la empresa *refinanciada*. Fuera de ese resultado, debe mantenerse la posibilidad de anulación del acuerdo y sus garantías por el juez del eventual futuro concurso del deudor a consecuencia del ejercicio de la correspondiente acción rescisoria por parte de la administración concursal. El acuerdo extrajudicial de refinanciación ha de acreditarse por tanto, según su contenido efectivo, que no se trata de una mera maniobra en perjuicio del resto de los acreedores sino que, incluso aunque fracasase porque finalmente se solicite y declare el concurso del deudor, el acuerdo era apto en función de dotar de suficiente viabilidad financiera al deudor de acuerdo con las circunstancias imperantes al tiempo de la conclusión del mismo. Nótese al efecto que, por una parte, la regulación no impone límites al contenido del acuerdo de refinanciación (ampliación de crédito, novación de las condiciones de los existentes, constitución o ampliación de garantías, adjudicaciones en pago de deudas, etc.); por otra, se exige que el acuerdo ha de ir acompañado de un informe de experto independiente nombrado por el Registrador mercantil en el que éste se pronuncie sobre los extremos legalmente dispuestos; se trata de un modelo de «muralla china» de orden legal a favor de las entidades de crédito parte del acuerdo cuyas consecuencias desde el orden de la responsabilidad civil deben ser muy bien medidas y valoradas por parte del citado experto; por último, se exige que el acuerdo de refinanciación, junto con el informe del experto, se formalice en instrumento público al que se han de unir los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos legales exigibles al acuerdo (formales y de fondo), lo cual permite, al menos, dotar de seguridad respecto de la fecha de su conclusión y su contenido en función de las consecuencias posibles para el deudor y para los acreedores refinanciadores antes enunciadas.

b) En segundo lugar, la reforma pretende *fomentar* el recurso a la fracasada *propuesta anticipada de convenio* según el régimen inicial de la Ley 22/2003, Concursal. Pero, en realidad, parece estarse, asimismo, ante otra fórmula anticrisis de orden *general* en cuanto susceptible de solucionar el concurso de forma rápida o abreviada en función de aligerar el colapso de los juzgados de lo mercantil y cuyo trámite y efectos, como se vio, puede combinarse con el acuerdo extrajudicial de refinanciación según Disposición Adicional 4ª Ley 22/2003, Concursal. Al efecto, la reforma realiza dos actuaciones: a) se reducen de forma considerable los requisitos legales exigibles a la propuesta anticipada de convenio en cuanto que, del 20% anterior a la reforma, basta ahora la adhesión del 10% del pasivo para su admisión a trámite una

vez se solicite el concurso voluntario; al no realizar distinción alguna la Ley 22/2003, Concursal, en este tema, se plantea la duda de si en tal porcentaje se incluyen los acreedores subordinados; parece que éstos han de quedar excluidos como idóneos a tal efecto ya que los mismos permanecen excluidos del derecho a participar mediante su voto ante la propuesta de adhesión y aprobación al eventual convenio definitivo que hubiera de solucionar el concurso (cf. art. 124 Ley 22/2003, Concursal.); b') se elimina la eventual causa de responsabilidad de los administradores de la entidad concursada por omisión de su deber de solicitar el concurso en tanto la *propuesta anticipada de convenio* esté siendo negociada bajo cumplimiento del simple requisito de comunicación al juez competente de la existencia de negociaciones dirigidas a la misma, caso en el cual, como se vio, el deudor dispone de un plazo máximo de seis meses para solicitar el concurso tanto si la negociación de su propuesta tiene éxito como si no lo obtiene. Una simple comunicación al juez de la existencia de una simple negociación con los acreedores cuyos términos y contenidos mínimos objetivos y subjetivos no se precisan, tiene dos efectos legales muy favorables para el deudor insolvente y especialmente para sus administradores: la ampliación considerable del plazo para cumplir el deber legal de solicitar la declaración en concurso voluntario ex art. 5.1 Ley 22/2003, Concursal, y la exclusión de la responsabilidad de los administradores por el agravamiento del riesgo soportable por los acreedores debido al incumplimiento de tal deber legal ex art. 165.1º Ley 22/2003, Concursal. La comunicación al juez competente del inicio o de la existencia de negociaciones dirigidas a la obtención de una *propuesta anticipada de convenio* se configura como *facultad* a favor del deudor insolvente. Conste que lo que se exige a éste, en caso de que opte por ejercitar esta facultad, es una simple comunicación de la existencia o inicio de tales negociaciones. La norma no exige la aportación al juez de mayor documentación ni prueba de la existencia de las negociaciones que haya de acompañar a la antedicha comunicación. Ni tan siquiera es preciso aportar el precontenido de la eventual *propuesta anticipada de convenio*, aunque sea a título de mero borrador. Ello evidencia más, si cabe, que, en rigor, no estamos ante medidas de orden concursal en sentido propio sino ante «soluciones» de orden de política de imagen del Ejecutivo ante la estadística derivada de la situación de crisis económica generalizada.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la liquidación anticipada», *RDCP*, nº 11/2009, págs. 75 ss.
- ALONSO ESPINOSA, F.J.: «La declaración del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, Concursal», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Olivencia Ruiz*, vol. I, Madrid, 2005, págs. 917 ss.

ANTÓN, J.: «Los problemas en la declaración del concurso necesario», en BELTRÁN, E./PRENDES, P.: *Los problemas de la Ley Concursal (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia)*, Madrid, 2009, págs. 79 ss.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La defectuosa concepción del presupuesto objetivo», en BELTRÁN, E./PRENDES, P.: *Los problemas de la Ley Concursal (I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia)*, Madrid, 2009, págs. 69 ss.

OLIVENCIA RUIZ, M.: «Concurso y tiempos de crisis», *RDCP*, nº 11/2009, págs. 23 ss.

PINIL LÓPEZ, E.: «Requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», *RDCP*, nº 11/2009, págs. 35 ss.

PULGAR EZQUERRA, J.: «Refinanciaciones de deuda y solicitudes de concurso: sobreseimiento y comunicación ex art. 5.3 Ley 22/2003, Concursal.», *RDCP*, nº 11/2009, págs. 45 ss.

SÁNCHEZ CALERO, J.: «La reforma de la propuesta anticipada de convenio», *RDCP*, nº 11/2009, págs. 85 ss.