

## **El mundo concursal en su nuevo embate legislativo y a la luz del debate parlamentario.**

### **1. Razón de ser de un trabajo en continua evolución. Sumario.**

El presente trabajo se incardina en una serie de reflexiones y apuntes, que a la luz del debate abierto en el entorno de la necesaria reforma de la Ley Concursal española se están realizando por nuestra parte desde el 2009, la literatura producida por la doctrina no es muy abundante, y cuando lo miramos desde la óptica económica o contable es realmente escasa, salvando aquí meritorias excepciones. Por su parte, la reflexión en el seno de la Comisión creada a los efectos de presentar alternativas a la pésima situación actual, es o inexistente o desde luego desconocida para el público en general. Tres son, al menos, los focos de atención que a nuestro juicio merecen prioridad y énfasis en la Reforma, a saber, los acuerdos de refinanciación o las propuestas anticipadas de convenio deben incardinarse procesalmente en el propio mecanismo concursal, siendo los jueces quienes deberán tutelar el proceso. Además en estos casos debe aparecer ya la figura del administrador concursal del área económica. En segundo lugar, todo el proceso debe ser drásticamente acortado en tiempo y en trámites. Y, en tercer lugar, hay que resolver la actuación profesional de los administradores concursales, tanto en su retribución como en sus funciones y competencias.

Como venimos diciendo estamos ante un foro abierto donde tan importante es la argumentación de las tesis defendidas como el orden de oportunidad, y en este sentido el calendario del debate parlamentario es cuestión de días, empezará con el año si se cumplen las previsiones del gobierno, y para ser útiles, aquí debemos estar y allí deberemos incidir.

### **2. El dilema a resolver: entre la justicia y la cuestión práctica.**

Las crisis de las empresas cuando derivan en situaciones de insolvencia, sea transitoria o definitiva, plantean un escenario dicotómico tanto para los mercados como por ende para las legislaciones encargadas de regular el correcto funcionamiento de los mismos. Por un lado aparece el problema del incumplimiento de las obligaciones contraídas y consecuentemente la necesidad de proteger a los ilícitamente perjudicados que son los acreedores, ya sean proveedores, prestamistas, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los propios trabajadores. Por otro nos enfrentamos a aquello de que vale la pena perder que más perder, ya que la desaparición de una empresa a menudo conlleva la pérdida de un proceso productivo en el que se incluyen muchas facetas inmateriales, organizativas y de *know how*, que introduce perjuicios económicos adicionales a los ya importantes factores de envilecimiento de los activos en funcionamiento.

Así que estamos ante un cierto dilema que enfrenta el principio justicia y seguridad jurídica, con el de eficiencia económica. En el fondo se trata de articular procedimientos excepcionales. Por lo que respecta a los implicados en el conflicto, que acomoden la situación, por ello todas las legislaciones de los países desarrollados se ocupan del problema aceptando que es mejor buscar un cierto equilibrio práctico. Sucintamente podríamos decir que existen dos formas de enfocar el problema según los modelos que analicemos, según se ponga el acento en la protección de los acreedores o en la propia empresa. El mundo anglosajón tiende a preocuparse más en los acreedores, mientras que modelos como el francés piensa más en loan de propia empresa. Alemania empezó fijando posiciones parecidas a las británicas, si bien desde su última gran reforma de 1999 ha ido fijándose más en la importancia de la refluotación productiva.

La profunda crisis económica internacional ha ejercido un importante papel en el contexto de la sociedad civil en el sentido y a favor de objetivar las razones de las crisis individuales, obligando con ello a los legisladores a revisar en profundidad sus posiciones programáticas en pro de facilitar soluciones de viabilidad productiva. Ello puede explicar, al menos en parte, la buena acogida que tienen las soluciones concursales en nuestros entornos próximos, como Inglaterra, Alemania o Francia, y se matiza aquello de solo en parte porque la evidencia empírica de periodos de bonanza, por ejemplo 2004-2007, también dan unas estadísticas donde las empresas con dificultades se mostraban proclives a soluciones de intervención judicial.

### **3. El caso español como singularidad diferente respecto de los demás.**

Sin embargo el caso español es claramente diferente al resto de experiencias contrastadas, ya que la vía concursal solo se utiliza en situaciones extremas y siempre en última instancia, y ello ha sido así tanto en las épocas de bonanza como en la actual crisis. Se observa como la mayor parte de las veces se gestiona un asunto procesal donde el trasunto de fondo está más en los formalismos y técnica jurídica que en el devenir económico acometido. En la práctica el modelo construido adolece de flexibilidad, limitando de forma considerable la capacidad de actuación de todos los operadores, ya sean los empresarios, los jueces, los administradores concursales, o incluso los acreedores.

Cuando las leyes son sometidas a profundas modificaciones aparece entre los especialistas, y a veces en el propio contexto de la sociedad civil, un foro de análisis, críticas y propuestas que trascienden al final el carácter más o menos práctico. En realidad no es tan relevante como pueda parecer, simple a vista, que el texto definitivo difiera sustancialmente de la propuesta gubernamental. En el fondo la verdad es que el seguimiento de las diferentes soluciones en liza, así como el participar en el debate, de una forma u otra, suele resultar de gran utilidad, así como también es relevante no descartar la capacidad, por pequeña que sea, para influir en el texto definitivo.

A su vez, si de lo que se está hablando es de una cuestión tan técnica y específica como la Ley Concursal, lo dicho adquiere mucha mayor entidad. En efecto, estamos ante una regulación que aúna dos cuestiones en principio de difícil maridaje: el mundo económico, práctico y de agilidad y el inherente a la seguridad jurídica de procedimiento judicial. Los profesionales del Área Económica participamos de ambas esferas de actuación, ya que por un lado actuamos en y para las empresas en crisis desde la óptica de incorporar impulsos de eficiencia en su devenir cotidiano y, por otro, todo ello se debe hacer de esa posición extraordinaria y excepcional en la que las reglas de juego del mercado, de la contractualidad realizada, se ven seriamente conculcadas, por lo que para que ello sea posible se hace imprescindible hacerlo desde un marco jurídico especial, que es precisamente la normativa

### **4. La propuesta presentada como solución errada al problema.**

El 29 de mayo del 2010 el Ministerio de Justicia a través de la Sección Especial de Derecho Concursal de la Comisión General de Codificación de su Secretaria General Técnica, presentó su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, en realidad en febrero ya había construido un Borrador, y sobre esta base el Gobierno ha diseñado el correspondiente Proyecto de Ley para su correspondiente discusión parlamentaria por vía ordinaria.

Entre las razones para presentar una iniciativa legislativa de la envergadura de la que nos ocupa, quizás hay una de consenso: todo el mundo está profundamente decepcionado de los resultados de la Ley del 2003. En un principio la norma fue un importante avance respecto de sus antecedentes de 1922 y reminiscencias anteriores, aquí aún había que remitirse en no pocas circunstancias al primigenio Código de Comercio de mediados del siglo XIX. El panorama era además de disfuncional un mundo cerrado de supuestos especialistas profesionalizados en el mundo de las suspensiones de pagos y quiebras, frente a un colectivo judicial ajeno a estos menesteres.

La creación de juzgados especializados, en la actualidad hay 44 juzgados de lo mercantil, y la unidad procesal, han sido avances imprescindibles para reenfocar un tema tan espinoso como el concursal en España. La crisis económica ha puesto a prueba las bondades y también las carencias de la solución. Cuatro datos recientes y algunos trabajos sobre el primero año de gran crisis, el tercer trimestre del 2010 y el 2009 respectivamente, pueden ayudar a clarificar las carencias, insuficiencias y también defectos de la regulación.

#### **5. La realidad tal y como nos la muestran los hechos. Algunas estadísticas de referencia.**

El muy completo Informe que el mundo registral ha realizado de las situaciones concursales junto con las series del Instituto Nacional de Estadística nos dicen que existe una fuerte correlación entre el derrumbe del sector inmobiliario y las crisis empresariales, un 30% del censo es directamente imputable a ese sector, por lo que probablemente se sobrepasara el 50% si sumamos al conjunto inducido, ya que no olvidemos que el mundo inmobiliario, en sentido amplio ha llegado a acercarse en términos de PIB a todo el sector industrial.

Más del 65% de las empresas concursadas son pequeñas o muy pequeñas empresas, menos de diez trabajadores y menos de dos millones de euros de activos, el 15% del colectivo son personas físicas, y quizás lo que es igual de significativo apenas el 7% de los concursos son ordinarios, más de 10 millones de pasivo.

Los resultados no pueden ser peores, rara vez se consigue que las compañías que se ven inmersas en el proceso consiguen una solución de viabilidad, de hecho menos del 10% del total lo consiguen. Por otro lado la Reforma introducida por el Real Decreto Ley del 2009 respecto de las vías de solución anticipadas al convenio, o incluso al propio convenio, modificación del Artículo 5.3 de la Ley Concursal, o el mecanismo incorporado en virtud de la Disposición Adicional 4ª, respecto de los acuerdos de refinanciación han resultado totalmente baldíos. Por lo que respecta a la solución registral, se cuentan con los dedos de las manos las empresas que han recurrido a este mecanismo, mientras que respecto de la búsqueda del convenio anticipado, además de no haber prosperado prácticamente ninguno, podría pensarse que el mismo ha producido efectos perversos en la búsqueda de la viabilidad empresarial de compañías en crisis.

#### **6. Propuestas en positivo. Algunas líneas de reforma desde la óptica del análisis económico.**

El hecho de que de diecinueve miembros que componen la Comisión de estudio de la Reforma haya ocho catedráticos de derecho mercantil y cuatro Abogados del Estado, y un solo miembro del Área Económica, que por cierto no ostenta ninguna referencia institucional, y que da la sensación de estar allí más por su experiencia concursal que por su conocimiento de la economía y contabilidad, es suficientemente ilustrativo del papel que se le asigna precisamente a esa esfera del mundo concursal.

A continuación enunciamos nueve modificaciones concretas a tener en cuenta en la proyectada reforma:

**Primera.** Incorporar a la tutela judicial y con la intervención de los administradores del Área Económica las reestructuraciones financieras y los convenios anticipados.

**Segunda.** Modificación de la Ley 30/2007 de contratos del Sector Público y demás legislación estatal autonómica o local a fin de que la declaración de concurso no impida a las empresas contratistas con el Sector Público la continuación de su actividad, evitando que tal situación sea causa de prohibición para la contratación con el mismo.

**Tercero.** El informe de la Administración Concursal se referirá –masa activa y pasiva- a la fecha de declaración del concurso.

**Cuarto.** Identificación explícita de los Estados definitivos de las masas activa y pasiva del concurso, inventarios, relación actualizada de créditos contra la masa e informe reducido del estado patrimonial.

**Quinto.** En los casos de reestructuraciones financieras o solicitud de convenio anticipado, el nombramiento de expertos independientes lo realizará el juzgado competente, que serán dos miembros del Área Económica los cuales, ocuparan la función de administradores concursales en su caso, también por esta Área Económica.

**Sexto.** Se admitirán a trámite convenios de acreedores con plazos de pago superiores a 5 años y quitas mayores al 50% de acuerdo con los imperativos circunstanciales que procedan.

**Séptimo.** El convenio podrá incluir daciones en pago a un acreedor o grupo de acreedores de centros de trabajo, bienes o ramas de actividad, con traspaso total o parcial de los bienes correspondientes y de los trabajadores afectos a la misma.

**Octava.** Se establecerá un mínimo de retribución pro concurso para cada una de las fases, común, convenio y liquidación. El estado garantizará la percepción de los derechos mínimos de la administración concursal por fase y concurso.

**Novena.** La administración concursal no precisará la comparecencia en forma (letrado y procurador) en los recursos e incidentes concursales.

Estas primeras aproximaciones no tienen carácter exhaustivo y como se observa de su lectura se han realizado en un tono abierto que requiere, a la hora de concretarlas en un texto legal, su correspondiente concreción. También se ha huido de otras muchas modificaciones necesarias de la Ley que, en otro contexto que ahora nos ocupa, deberían inexcusablemente ser abordadas.

Diciembre de 2010.