

LA EVOLUCIÓN DEL MODERNO DERECHO DE INSOLVENCIA EN ESPAÑA

Ibon Hualde López

Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, claustro de profesores, recién graduados, alumnos, familiares, amigos todos.

Cuentan de un almirante que había acuñado fama por vencer todas las batallas en las que participaba; y cuentan también que, al entrar en combate, este experimentado militar extraía de su bolsillo un pequeño papel apergaminado por el paso del tiempo, lo desplegaba con cuidado y lo leía detenidamente antes de impartir las órdenes oportunas. Este ritual era repetido por nuestro protagonista siempre que intervenía en una batalla, habiéndose generado una gran curiosidad en la tripulación por conocer el contenido del documento. Cuando llegó el final de los días de ese viejo lobo de mar, sus más cercanos colaboradores le acompañaban en el lecho de muerte; y no pudieron reprimirse a abalanzarse sobre el cuerpo ya sin vida del almirante para, sin ánimo expropiatorio alguno, hurgar en sus bolsillos y saciar esa curiosidad alimentada por el transcurso de los años. Una vez conseguido el preciado pergamino, ninguno de ellos podía dar crédito a la lectura que se encontraron ante sí: babor-izquierda, estribor-derecha.

Pues bien, algo en apariencia tan simple como es ubicar correctamente la izquierda y la derecha parece no haberlo tenido claro el legislador cuando, allá por el año 2003, acometió la reforma de nuestro Derecho concursal, que es la rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto dar tratamiento a la insolvencia de empresas y particulares. Y esto lo digo a la vista de las múltiples modificaciones que ha padecido la Ley Concursal desde que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004; modificaciones de las que pretendo dar breve cuenta a lo largo de mi exposición, después de hacer una mera referencia a la situación existente en España con anterioridad a aquella reforma.

Baste recordar que, antes de la llegada de la Ley Concursal, coexistían distintos procedimientos concursales, cuya aplicación dependía básicamente de dos factores. En primer lugar, la naturaleza del deudor en estado de insolvencia, comerciante o no comerciante; y, en segundo lugar, el carácter de su insolvencia, provisional o definitiva. Así, para el deudor comerciante se encontraban previstos dos procedimientos diversos, la suspensión de pagos y la quiebra; y para el no comerciante otros dos, la quita y espera y el concurso de acreedores. Tanto la suspensión de pagos, para el comerciante, como la quita y espera, para el no comerciante, estaban dirigidos a tratar la situación de iliquidez o insolvencia provisional que atravesaba el deudor, en la medida que el activo era superior al pasivo; y su objetivo era la obtención de un convenio con los acreedores. En cambio, elemento común a la quiebra, para el comerciante, y al concurso de acreedores, para el no comerciante, era la insuficiencia de los bienes para hacer frente a la totalidad de los créditos de los acreedores, es decir, el pasivo era superior al activo; y el objetivo al que tendían era la liquidación ordenada del patrimonio concursal para repartir las resultas entre los acreedores en proporción a los créditos de su titularidad.

No obstante, en el ámbito del deudor comerciante no era extraña la promoción de expedientes de suspensión de pagos cuando aquel se encontraba en situación de desbalance patrimonial; situación que quedaba encubierta bajo la figura de la insolvencia provisional o iliquidez por medio de prácticas como el aumento artificial del valor de los activos. Hay que partir del hecho de que la aplicación de la suspensión de pagos estaba condicionada a la acreditación de la superioridad del activo respecto al pasivo, para lo que bastaba la presentación de un estado de situación, el cual podía ser manipulado por el deudor con el fin de dar una imagen distorsionada de su realidad

patrimonial. Con posterioridad, el conocimiento por el órgano judicial de la situación de desbalance podía o no desatar la apertura de la quiebra. Todo esto con la finalidad de esquivar los efectos mucho más gravosos que se derivaban de dicho procedimiento, entre ellos la inhabilitación, la intervención de las comunicaciones y el arresto, que podía terminar con el quebrado en la cárcel.

Paralelamente, también era posible que un deudor solvente fuese declarado en quiebra, cuyo presupuesto objetivo era el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones. Desde luego, el hecho de que aquel hubiera cesado en los pagos no significaba, por fuerza, que estuviese en estado de insolvencia. Pero el deudor solo podía demostrar su solvencia una vez recaído el auto de declaración de la quiebra, en el trámite de oposición al mismo. Y es que tal declaración se producía *inaudita parte debitoris*, es decir, sin citación ni audiencia del quebrado, lo que fue muy criticado por la doctrina concursalista debido a las graves consecuencias que podía comportar para sus derechos. La relativa facilidad para obtener la declaración de quiebra llevaba a que con frecuencia este procedimiento se utilizase como instrumento de amenaza o de chantaje. La razón que justificaba la privación al deudor del derecho de audiencia con anterioridad a esa declaración radicaba en evitar su fuga o la distracción de sus bienes y documentos. A diferencia de lo que ocurre en la actual regulación concursal, no resultaba necesaria una actividad cognoscitiva previa del órgano judicial dirigida a verificar la situación de insolvencia del deudor para su declaración en quiebra.

La Ley Concursal, inspirada en el principio de unidad de disciplina, da ahora tratamiento a la insolvencia de cualquier sujeto, terminando con la dualidad de regímenes existentes en la regulación anterior en función de que el deudor tuviese o no la cualidad de comerciante. Además, con ello se pone fin a la problemática que traía causa de la imprecisa delimitación del concepto de «comerciante». Junto al principio de unidad de disciplina, la Ley Concursal asume el principio de unidad de sistema y establece un único proceso, llamado «concurso de acreedores», susceptible de dar respuesta a toda clase de insolvencia mediante dos soluciones de carácter alternativo: el convenio y la liquidación, siendo el primero la solución preferida por el legislador. Y, con independencia de que el proceso concursal se dirima por la vía del convenio o la liquidación, siempre existe una fase común, en la que tiene lugar la determinación de la masa activa y pasiva concursal. Finalmente, a los principios de unidad de disciplina y de sistema se une el principio de unidad legal, que supone que la integridad del ordenamiento jurídico concursal se contenga en un solo código legal. Así se elimina la dispersión normativa del régimen concursal derogado, donde se encontraba vigente una multiplicidad de preceptos ubicados en diferentes textos legales que realizaban remisiones encadenadas de unos a otros, algunas de ellas incluso a nuestro Código de Comercio de 1829, con la consecuencia de que, hasta hace pocos años, continuasen en vigor en España normas de la época de la navegación a vela.

Sin embargo, la Ley Concursal se promulgó en un contexto económico muy distinto al que se avecinaba y tuvo que llegar la crisis económica para constatarse la inadecuación de muchas de sus disposiciones, que han tratado de ser corregidas a golpe de continuas reformas. El concurso de acreedores se perfila como un proceso demasiado largo y costoso, pese a su superioridad técnica sobre el sistema anterior. La primera reforma se produjo en el año 2009. En líneas generales, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, trató de imprimir celeridad en la tramitación de los concursos extendiendo la aplicación del denominado procedimiento abreviado, más ágil que el ordinario e inicialmente previsto para empresas de escasa entidad, a otras de mayor tamaño; introdujo un primer instrumento alternativo al concurso de acreedores llamado «acuerdo

de refinanciación», dirigido a la ampliación significativa del crédito disponible del deudor o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de unas nuevas en sustitución de aquellas; y abrió la posibilidad de anticipar la liquidación a la fase común, sin necesidad de esperar a la fase sucesiva en casos en los que la mejor solución era liquidar.

Pero las estadísticas correspondientes al año 2011 desvelaban conclusiones desalentadoras, entre ellas la excesiva prolongación en el tiempo de los concursos de acreedores. Y es que la media de duración solo de la fase común era de casi un año y tres años la de todo el proceso concursal. Carece de sentido que un concurso de acreedores dure tanto, máxime si la solución comporta el cobro de una mínima parte de la deuda, o nada, porque los gastos procesales han consumido el poco activo existente. Asimismo, la inmensa mayoría de los concursos, más de un 90%, terminaba en liquidación. Con ello quedaba denostado el convenio, que el legislador había intentado estimular con medidas como la propuesta anticipada de convenio, cuya tramitación se produce en la fase común; propuesta anticipada que tenía una aplicación real ínfima, ya que únicamente un 5% de los convenios se lograba por esta vía. ¿Dónde se encuentra entonces la supuesta preferencia del convenio para el saneamiento de empresas enfermas cuando en la generalidad de los concursos de acreedores no resta sino darles entierro a través de la liquidación?

Otro problema era el de los concursos sin masa, en los que no hay bienes; y aquellos en los que los créditos contra la masa, que son fundamentalmente los que genera el desarrollo del proceso concursal y se abonan con carácter prededucible, se «tragaban» el poco activo existente, demostrando que la regulación resultaba muy compleja para tratar empresas insolventes. Además, la mayor parte de los concursos de acreedores, un 80%, se tramitaban como procedimientos abreviados, de forma que la excepción se convertía en regla general. Esto hacía preguntarse si, en ese buque en el navegábamos en busca de la solución a la insolvencia, no estábamos matando moscas a cañonazos. ¿Para qué una normativa tan complicada si casi siempre desembarcamos en la liquidación con grandes costes de tiempo y dinero? ¿No seguimos teniendo, igual que en la quiebra, un proceso ineficiente que muchas veces solo sirve para generar más gastos que el patrimonio existente?

La reforma derivada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, intenta remediar tales carencias para lograr un proceso más rápido y eficiente. La Exposición de motivos de esta ley indica que «no es una reforma radical de la Ley Concursal ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada». Aun con todo, se trata de la reforma de mayor calado que ha sufrido la Ley Concursal desde que cobró vigor; y sus «puntos clave» podrían ser sintetizados en los siete siguientes:

En primer lugar, se intenta profundizar en los acuerdos refinanciación como alternativas al concurso de acreedores, introducidos en la reforma de 2009. En resumen, ahora su negociación es susceptible de evitar que el deudor incumpla el deber de solicitar el concurso; y también que durante un cierto plazo los acreedores obtengan la declaración de concurso. Asimismo, cumpliéndose algunos requisitos, son acuerdos que escapan de la posibilidad de rescisión; y los ingresos de tesorería que generen son objeto de un mejor trato en caso de concurso posterior. En segundo lugar, se pretende el abaratamiento del proceso concursal gracias a su simplificación y agilización. Para ello se promueve la anticipación de la liquidación, de modo que esta fase puede abrirse en cualquier momento y aprobarse casi de inmediato un «plan de liquidación» para

procederse mucho antes a la enajenación de los bienes. Se impulsa un verdadero procedimiento abreviado, cuya aplicación es discrecional para el juez con base en la complejidad del concurso, sin derivarse de la mera falta de superación de determinados límites económicos; y ya no se caracteriza solo por acortarse los plazos a la mitad, sino que goza de una regulación específica. En tercer lugar, dentro del concurso se favorece el convenio, pudiendo contener modificaciones estructurales como fusiones o escisiones; y se incentiva esta solución al no formarse la sección de calificación, si la propuesta de convenio no es especialmente gravosa para los acreedores. En cuarto lugar, se busca una mayor profesionalización de la administración concursal, que es un órgano necesario y auxiliar del juez semejante a la antigua sindicatura de la quiebra. Con la reforma, su composición pasa de tres a un único miembro; y se admite que el administrador concursal sea una persona jurídica. Pero se exige «formación concursal» previa y aseguramiento. En quinto lugar, se reglamenta el denominado «concurso del concurso», supuesto en el que la masa activa es insuficiente para pagar los propios gastos procesales. Esto trae consigo la conclusión del concurso de acreedores, incluso desde su inicio mismo; y, además, que el pago de los créditos contra la masa se efectúe con una prelación específica, no según la regla del vencimiento. En sexto lugar, se opera una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados. Y, en séptimo lugar, se refuerza el régimen de los concursos conexos, sobre todo respecto a los grupos de sociedades, con una normativa *ex novo* relativa a la acumulación de concursos de varios deudores.

Junto a estos cambios operados en la «línea de flotación» del proceso concursal, la ley de reforma de 2011 realizó una multitud de modificaciones menores, de fondo y forma, si bien se dejaron sin resolver otras cuestiones problemáticas. Entre ellas la posibilidad, conocida en el Derecho norteamericano como *fresh start*, de que los particulares queden exonerados tras la terminación de su concurso de las deudas pendientes de pago. Con referencia a tal cuestión, aquella ley se limitaba a hacer un brindis al sol en una sonrojante disposición adicional única, que simplemente compelia al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe para mejorar la situación de las personas físicas y familias en dificultades para satisfacer sus obligaciones, en especial, las garantizadas con hipoteca.

No obstante, algunas resoluciones judiciales se habían hecho eco de este problema. Por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010, recaído tras la declaración de concurso voluntario de un matrimonio. Una vez consumadas las correspondientes operaciones de liquidación, incluida la venta de la vivienda habitual, quedó satisfecha la totalidad de los créditos contra la masa, así como los créditos concursales privilegiados y casi la mitad de los ordinarios. Siguiendo el citado auto, la paradoja que se da es que, concluido el concurso por falta de activos, pervive la deuda y no se puede proceder a la extinción de la personalidad del deudor persona física, teniendo lugar tal conclusión sin que se haya superado el presupuesto objetivo del concurso de acreedores, la insolvencia. Ello tendría que determinar la obligación de los cónyuges de presentar de inmediato una solicitud de reapertura del concurso con el fin de hacer frente a la deuda pendiente de pago; y, reabierto el concurso, los deudores quedarían sometidos a todas sus fases, aun a sabiendas de que el patrimonio de estos ha dejado de existir. De una manera un tanto peregrina, el juez compara la situación de estos cónyuges con la de un personaje de la Odisea llamado Sísifo, rey de Éfira, «obligado a empujar una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada, sometido a la frustrante expectativa de que, al alcanzarse la cima de la colina,

la piedra siempre rodaba hacia abajo, y Sísifo tenía que empezar de nuevo desde el principio».

En tales circunstancias, el órgano judicial invocaba el contenido del artículo 178.2 de la Ley Concursal, que señala que, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares. Pues bien, la interpretación por la que se aboga en el reseñado auto es que los acreedores a los que se refiere este precepto no son los titulares de créditos concursales, que quedarían extinguidos, sino extraconcursoales, es decir, créditos contra la masa, como los únicos que perviven tras la finalización del proceso concursal; interpretación que conecta, afirma textualmente, «con el objetivo, *de lege ferenda*, de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les aboque a una situación de exclusión social».

Esta resolución, sin embargo, hace tambalear el régimen general de la responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil, que tiene como trasunto concursal el mencionado artículo 178.2 de la Ley Concursal; y realiza una interpretación errónea de este precepto, puesto que de su literalidad no cabe inferir restricción alguna a la posibilidad que tienen los acreedores con créditos pendientes de cobro de incoar un proceso de ejecución singular tras la terminación del concurso de acreedores. Por un lado, porque responsabiliza al deudor del pago de los «créditos restantes», cuyo ámbito no puede quedar limitado a los créditos contra la masa, sino que debe abarcar la totalidad de los créditos, con independencia de su naturaleza concursal o extraconcursoal; y, por otro, porque la referida posibilidad de promover ejecuciones singulares se atribuye a «los acreedores» de un modo genérico y no exclusivamente a un grupo de estos.

En el fondo, en el presente caso el juez está utilizando el proceso concursal para la consecución de fines alternativos a la satisfacción de los créditos de los acreedores, asumiendo funciones propias del legislador, lo que también ha trascendido a otros ámbitos, por ejemplo, las ejecuciones hipotecarias. Así, el auto de 17 de diciembre de 2010 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra resolvió, de forma pionera, que la entrega al banco ejecutante de la vivienda objeto de la garantía real era suficiente para saldar íntegramente la deuda hipotecaria, admitiendo algo equivalente a la dación en pago. En definitiva, semejante utilización del proceso como instrumento de políticas sociales, por muy loables que estas sean, supone una grave injerencia del Poder Judicial en la actuación del Poder legislativo, perdiéndose de nuevo la noción de dónde se encuentra la izquierda y la derecha.

Hubo que esperar hasta la reforma de 2013 para que se diese entrada en la Ley concursal a lo que se ha venido a llamar «segunda oportunidad», concediéndose al deudor persona física la posibilidad de quedar libre de deudas, aunque las mismas no se cubran con el activo existente, y recomenzar su actividad desde cero. No obstante, para ello se establecían en esta primera reglamentación unos umbrales de obligaciones muy elevados. Esa reforma, operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, además de regular la figura del emprendedor de responsabilidad limitada y la nueva Sociedad Limitada de Formación Sucesiva, volvió a modificar algunos aspectos de los acuerdos de refinanciación; e introdujo un segundo instrumento alternativo al concurso de acreedores, el «acuerdo extrajudicial de pagos», entendido como un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas inicialmente previsto solo para empresarios, personas físicas o jurídicas, con un procedimiento flexible tramitado en breves plazos

ante el registrador mercantil o el notario, quienes designan a un mediador encargado de procurar un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores.

Con posterioridad el Gobierno nos sorprendió con el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que da una vuelta más de tuerca a los acuerdos de refinanciación, una vez constatada la dificultad para alcanzar esta clase de acuerdos derivada no tanto de la falta de entendimiento entre las partes, sino de la rigidez de la normativa entonces vigente. Se trata ahora de mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación con determinadas posibilidades como los fraccionamientos de pago, las quitas y la capitalización de la deuda. El contenido de dicho Real Decreto-Ley fue poco después ampliado por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que, junto a otros cambios, extendió los principios del anterior Real Decreto-Ley ideados para el convenio preconcursal al convenio concursal. Más tarde la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, convalidó aquel Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, con ciertas innovaciones en el ámbito de la administración concursal, mientras que el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, fue convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de septiembre de 2014. La Ley 9/2015, de 25 de mayo, consolidó las medidas instauradas por este último Real Decreto-Ley e implantó algunas nuevas tendentes a flexibilizar la transmisión de la empresa del concursado o de sus unidades productivas.

Además, el año 2015 nos trajo el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero. En lo esencial esta norma flexibiliza el régimen de la ya aludida segunda oportunidad, instituido en la reforma de 2013, con la intención de convertirlo en un mecanismo susceptible de ser utilizado en la práctica. Para ello se suavizan los umbrales de obligaciones que debe cumplir el deudor con el fin de verse exonerado del pasivo pendiente de pago. Asimismo, se flexibiliza el régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos, introducidos en la misma reforma de 2013, para mejorar su eficacia y facilitar la reestructuración de deudas de manera ágil y sencilla; y ahora también los particulares, no solo los empresarios, pueden acceder a esos acuerdos. Finalmente, la Ley 25/2015, de 28 de julio, consolida en la Ley Concursal las novedades de ese Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, con algunas modificaciones en su contenido.

Sin embargo, estas erráticas reformas tampoco han supuesto un texto perfecto, que logre soluciones razonables para problemas normales por completo. Ejemplo de ello es que, con fundamento en la estricta legalidad, en un concurso de acreedores la administración concursal fijó para una persona física una cantidad mensual en concepto de alimentos de 75.000 €; y eso que, ya entonces, tales alimentos debían cubrir «las necesidades indispensables del concursado». O que una famosa entidad de ingeniería industrial obtuviese, a través de un acuerdo de refinanciación, el perdón del 97% de su deuda por la mayoría de los acreedores; perdón que fue extendido obligatoriamente a los acreedores disidentes, en una suerte de «expropiación», sin un proceso judicial previo y sin garantía de una especie de «justiprecio», aunque luego un juzgado de lo mercantil dejó sin efecto el reseñado acuerdo para quienes lo impugnaron. En definitiva, las reformas no evitan que la aplicación real de la Ley Concursal siga dando resultados poco razonables o, al menos, sorprendentes para quien les habla.

Afortunadamente, la existencia de un Gobierno en funciones hizo frenar las ansias reformistas que el legislador concursal ha mostrado en los últimos años. Pero la calma no ha durado demasiado, poco más de los 316 días que se mantuvo ese Gobierno en funciones, por cierto, cifra récord en la democracia española, solo superada antes por Bélgica y Camboya. Y es que con fecha 6 de marzo de 2017 tuvo lugar la aprobación de la propuesta de texto refundido de la Ley Concursal. Este nuevo texto refundido, cuyo

devenir todavía es desconocido, sin limitarse a refundir viene a expandir la normativa concursal, que triplicaría su contenido pasando de tener 243 artículos a un total de 751.

Termino ya. A la luz de las consideraciones vertidas a lo largo de mi intervención, convendrán conmigo en que la reforma concursal es la antítesis de lo que cabe esperar de una reforma legal en cualquier ámbito. La Ley Concursal es el texto que, en el espacio de tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, más veces ha sido modificado en la historia de nuestro país. Según reconoce la Comisión General de Codificación, la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Sin embargo, empresas y consumidores, que son los destinatarios últimos de las normas y los usuarios de una Administración de Justicia en cuyo seno esas normas deben ser aplicadas, merecen un mejor servicio; y están en su derecho a exigir que la reforma de una materia tan sensible como el Derecho de insolvencia se lleve a término de una manera debidamente meditada y debatida. Parece que el legislador concursal desconocía el rumbo a seguir en esta tempestad continua que ha supuesto la crisis económica y, en lugar de mantener la nave firme en su «derrota» o trayectoria con un propósito definido, ha ido dando continuos bandazos, sin tener claro aquello de, ¿recuerdan ustedes?, babor-izquierda, estribor-derecha.

Muchas gracias. Eskerrik asko.