



José Oriol Llebot Majó

DIALOGI[®]
europaei

Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias

Sistemas jurídicos a debate

Introducción

Manuel Olivencia Ruiz



Victoria Martínez Aured
Emblema D.e. IV Sesión Girona
[17x17] Colección Privada

Tapiz de la Creación (detalle)
una de las joyas del “Tesoro
de la Catedral” de Girona

En ocasión del encuentro
se realizaron
12 reproducciones únicas
compuestas a mano
con técnica mista sobre papel
por Mattea Rosa Quaranta

OMNIUM NOMINE

(...) *E qui si dànno altri principi d'etimologia (...), per le quali si distinguono l'origini delle voci natie da quelle che sono d'origini indubitate straniere, con tal importante diversità: che l'etimologia delle lingue natie sieno istorie di cose significate da esse voci su ques'ordine naturale d'idee, che prima furono le selve, poi i campi colti e i tuguri, appresso le piccole case e le ville, quindi le città, finalmente l'accademie e i filosofi (sopra il qual ordine ne devono dalle prime lor origini camminar i progressi); e l'etimologie delle lingue straniere sieno mere storie di voci le quali una lingua abbia ricevute da un'altra (...)*

Giambattista Vico [Nápoles, 23.6.1668 - Nápoles, 23.1.1744]

La scienza nuova ovvero Principi di Scienza Nuova di Giambattista Vico - d'intorno alla comune natura delle nazioni, Nápoles (y «in un gran numero di luoghi, Corretta, Schiarita e notabilmente Accresciuta»), 1725, II reimpresión, 1730; III reimpresión, 1744

(...) *no hay nacion que se escape de algún original defecto, aun las más cultas, que luego censuran los confinantes ó para cautela ó para consuelo. Victoriosa destreza corregir, ó por lo menos desmentir estos nacionales desdoras; consíguese el plausible crédito de único entre los suyos, que lo que menos se esperaba se estimó más. (...)*

Baltasar Gracián y Morales [Belmonte de Calatayud, 8.1.1601 - Tarazona, 6.12.1658]

El arte de prudencia - Oráculo manual. (Aforismo 9), Huesca, 1647, primera edición

(...) *Plus les peuples se communiquent, plus ils changent aisément de manières, parce que chacun est plus un spectacle pour un autre; on voit mieux les singularités des individus (...)*

Charles-Louis de Secondat, barón “de La Brède et de Montesquieu” [La Brède, 18.1.1689 - París, 10.2.1755]

Esprit des lois, volumen XIX, Cap. VIII - Ginebra, 1748

Vetus verbum est: Leges, inquit, bonæ malis ex móribus procreantur.

Ambrosius Theodosius Macrobius, Saturnalorium, Lib. III, cap. XVII, 10

Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias

Sistemas jurídicos a debate

JOSÉ ORIOL LLEBOT MAJÓ

DIRECTOR

DIALOGI®
europaei

Sobre la convergencia en los valores, principios,
reglas y prácticas del derecho de la economía
Facultat de Dret, Universitat de Girona

AMBROSINI, STEFANO	JACQUET YESTE, TEODORA
ARNAU RAVENTÓS, LÍDIA	MAFFEI ALBERTI, ALBERTO
CABANAS TREJO, RICARDO	LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL
CAIAFA, ANTONIO	OLIVENCIA RUIZ, MANUEL
CATERINO, DANIELA	PERRINO, ANGELINA-MARIA
CORDÓN MORENO, FAUSTINO	PESTANA DE VASCONCELOS, MIGUEL
COSTA, CONCETTO	PULGAR EZQUERRA, JUANA
DEL LINZ, MANUEL	QUIJANO GONZÁLEZ, JESÚS
DEL NEGRO, GRAZIA	REIFNER, UDO
GIANNELLI, GIANVITO	SANCHO GARGALLO, IGNACIO
GUTIÉRREZ GILSANZ, ANDRÉS	SARCINA, ANTONIO
MARTÍNEZ MULERO, VÍCTOR	VELLA, FRANCESCO



TEXTOS
español

ASESORÍA LINGÜÍSTICA
EuriConv [European Research Institute]

EQUIPO DE TRADUCCIÓN

Maffei Alberti, Alberto	[por Martínez Mulero, Víctor]
Pestana de Vasconcelos, Miguel	[por Sarcina, Antonio]
Costa, Concetto	[por Gutiérrez Gilsanz, Andrés]
Caiafa, Antonio	[por Jacquet Yeste, Teodora]
Ambrosini, Stefano	[por Gutiérrez Gilsanz, Andrés]
Vella, Francesco	[por Jacquet Yeste, Teodora]
Giannelli, Gianvito	[por Peñas Moyano, María Jesús]
Perrino, Angelina-Maria	[por Jacquet Yeste, Teodora]
Caterino, Daniela	[por Peñas Moyano, Benjamín]
Del Linz, Manuel	[por Peñas Moyano, Benjamín]

© TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS PARA TODOS LOS PAÍSES
2016 EuriConv - Italia (Lecce)

ISBN 978-88-98717-06-4

Ninguna parte de esta publicación puede ser fotocopiada, reproducida, almacenada en un sistema de recuperación, o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio –electrónico, mecánico, reprográfico, digital– excepto en la medida en que esté expresamente permitido por la Ley.

Todas las aportaciones de nuestros autores son gratuitas.

Made in Europe 2016 by EuriConv

ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	pag.	XXI
<i>Prefacio</i>		
José Oriol Llebot Majó - Juana Pulgar Ezquerra - Antonio Sarcina	»	XXV
<i>Bienvenida e inauguración por la Rectora de la Universidad de Gerona</i>		
Anna Maria Geli de Ciurana	»	1
<i>Introducción</i>		
El déficit de las leyes concursales nacionales ante la globalización		
MANUEL OLIVENCIA RUIZ		
1. Introduccion del tema	»	5
2. La globalización	»	5
2.1. Análisis semántico del término	»	5
2.2. Alteración de las categorías espacio y tiempo	»	6
2.3. La tesis de Friedman: la “explanación” y las “tres globalizaciones”	»	6
2.4. La reacción del Derecho	»	6
3. La crisis económica y la globalización	»	7
3.1. El mal de la crisis: etiología y epidemiología	»	7
3.2. La reacción del Derecho ante la crisis	»	7
3.3. Las especialidades mercantiles	»	8
3.4. La marcha por etapas	»	8
4. Crisis e insolvencia	»	11
4.1. Derecho excepcional para un fenómeno excepcional	»	11
4.2. El Derecho español de la insolvencia en tiempos de crisis	»	12

Sesión Primera

PERFILES DE DERECHO EUROPEO DE INSOLVENCIAS

El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

1. Introducción	»	15
2. Las primeras reformas de 2009	»	16
3. La reforma de 2011: especial consideración	»	17
3.1. Las claves de la reforma	»	17
3.2. El resultado: aspectos principales	»	19
3.2.1. La Administración concursal	»	20
3.2.2. Los acuerdos de refinanciación	»	22

3.2.3. Las implicaciones societarias del concurso	»	24
3.2.4. Otros aspectos significativos	»	27
4. Las reformas posteriores de la Ley Concursal, <i>de iure condito</i> y <i>de iure condendo</i>	»	29
4.1. La reforma de 2013	»	29
4.2. Las reformas de 2014	»	30
4.3. La reforma de 2015	»	34

La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano

ALBERTO MAFFEI ALBERTI

1. Premisa	»	39
2. La administración extraordinaria	»	40
3. Los instrumentos alternativos al concurso	»	42
4. El plan certificado de saneamiento	»	43
5. Los acuerdos de reestructuración de la deuda	»	44
5.1. El nuevo acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y el acuerdo de moratoria	»	48
6. El convenio [<i>“concordato preventivo”</i>] con continuidad de la actividad empresarial	»	51
7. La continuación de la actividad en seno al concurso [<i>i.e.</i> , <i>“procedura liquidatoria”</i>]	»	56
8. Concluyendo	»	57

El saneamiento preconcursal del deudor en el ordenamiento portugués

MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS

1. Introducción	»	61
2. El <i>“Código da Insolvência e da recuperação de empresas”</i> (CIRE)	»	61
3. La reforma del CIRE	»	62
4. El <i>“processo especial de revitalização”</i> (PER)	»	63
4.1. Ámbito de aplicación	»	63
4.2. Interrelación entre el PER y el procedimiento concursal	»	65
4.3. Modalidades de PER	»	65
4.3.1. Acuerdo en el marco del procedimiento judicial	»	65
4.3.2. Acuerdo extrajudicial	»	68
4.4. La tutela especial de la financiación y de sus garantías (<i>fresh money</i>)	»	68
5. Algunas cuestiones específicas	»	69
5.1. La financiación proporcionada por los socios	»	69
5.2. Los créditos públicos: créditos de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social	»	70
6. Observaciones finales	»	71

El derecho “concursal” en la sociedad del crédito: “concurso” responsable

UDO REIFNER

1. Insolvencia en la sociedad del crédito	»	73
2. El concurso del concurso	»	77
3. Del derecho concursal a la reorganización de la deuda	»	83
4. El crédito responsable: un nuevo principio del derecho concursal	»	88
5. Colofón	»	90

Sesión Segunda

PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE INSOLVENCIAS: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español

FAUSTINO CORDÓN MORENO

- | | | |
|---|---|----|
| 1. Introducción | » | 93 |
| 2. El Real Decreto Ley 3/2009 | » | 94 |
| 3. La Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal | » | 95 |
| 4. La Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización | » | 96 |
| 5. Las Leyes 17/2014 y 9/2015 | » | 98 |

La conservación de la empresa en el sistema español

TEODORA JACQUET YESTE

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. La conservación de la empresa como finalidad del concurso de acreedores | » | 103 |
| 2. La finalidad conservativa en el sistema español y sus reformas | » | 105 |
| 3. Los riesgos de la finalidad conservativa respecto a la función concursal | » | 110 |
| 4. La conservación de la empresa y los problemas de financiación del deudor | » | 112 |

La conservación de empresas en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español

ANDRÉS GUTIÉRREZ GILSANZ

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. Procedimientos de enajenación unitaria de empresa liquidatoria en la Ley Concursal | » | 115 |
| 1.1. Introducción | » | 115 |
| 1.2. La enajenación unitaria de empresa al margen de las soluciones del concurso: el art. 43, LC | » | 117 |
| 1.3. Contenido del plan de liquidación | » | 118 |
| 1.4. Reglas supletorias | » | 120 |
| 2. Efectos de la enajenación unitaria de empresa liquidatoria concursal tras las últimas reformas | » | 122 |
| 2.1. Efectos sobre los créditos | » | 122 |
| 2.2. Efectos sobre las deudas | » | 123 |
| 2.2.1. Deudas tributarias | » | 123 |
| 2.2.2. Deudas laborales | » | 124 |
| 2.2.3. Deudas con la Seguridad Social | » | 125 |
| 2.3. Efectos sobre los privilegios especiales | » | 127 |
| 2.4. Efectos sobre los contratos | » | 128 |

La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)

JOSÉ ORIOL LLEBOT MAJÓ

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. Planteamiento. El problema de los costes asociados a la duración del procedimiento concursal | » | 131 |
|---|---|-----|

2. La enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento como solución no prevista del concurso	»	132
3. La viabilidad y el régimen especial de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento	»	133
4. El significado del criterio material que rige la autorización de la enajenación anticipada de una unidad productiva	»	134
5. La forma de llevar a cabo la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento	»	135
6. Los efectos de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento	»	137
7. La oferta de compra vinculante de una unidad productiva en funcionamiento prevista en el plan de liquidación	»	139
8. La enajenación de unidades productivas en funcionamiento y el final del Derecho concursal	»	140

Sesión Tercera

PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE INSOLVENCIAS: OTROS PERFILES DE RELEVANCIA

Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo

JUANA PULGAR EZQUERRA

1. Extinción de sociedades: liquidación societaria y concursal	»	145
2. El control de la veracidad de la insuficiencia / inexistencia de activo en el marco de la liquidación societaria	»	151
3. La problemática de la extinción de sociedades sin activo en sede concursal	»	156
3.1. Sobre la insuficiencia de masa activa como causa de conclusión del concurso de acreedores	»	156
3.2. La matización del efecto extintivo conectado a la conclusión del concurso por liquidación o inexistencia de activo	»	159
3.3. La cancelación registral de oficio como contenido de la resolución judicial de conclusión del concurso por insuficiencia de masa	»	162
4. Sobre la subsistencia de responsabilidad tras la conclusión del concurso vs. extinción de la persona jurídica	»	165
4.1. La <i>discharge impropia</i> vinculada a la extinción de la persona jurídica	»	165
4.2. El tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenido tras la cancelación registral en sede concursal	»	167
4.2.1. Tratamiento del pasivo sobrevenido	»	167
4.2.2. La aparición de activo tras la conclusión del concurso sin masa: la reapertura del concurso	»	168
5. El procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil 2014”	»	169

Concursos conexos de sociedades en el seno del mismo grupo

IGNACIO SANCHO GARGALLO

1. Tramitación conjunta de concursos de sociedades de un mismo grupo en la originaria Ley Concursal	»	173
1.1. Declaración y acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo	»	173
1.2. Efectos legales de la tramitación conjunta de los concursos	»	176

2.	Levantamiento del velo para la “consolidación patrimonial”	»	178
2.1.	Intereses afectados por la consolidación	»	178
2.1.2.	Justificación de la consolidación a través del levantamiento del velo	»	179
2.1.3.	Supuestos y requisitos	»	180
2.1.4.	Procedimiento	»	180
3.	Regulación de los concursos conexos en la actual Ley Concursal (tras la reforma de la Ley 38/2011)	»	181
3.1.	Presupuesto subjetivo común en caso de sociedades del mismo grupo: noción de grupo de sociedades	»	181
3.2.	Presupuestos específicos de la declaración conjunta de concurso	»	183
3.3.	Presupuestos específicos de la acumulación de concursos	»	184
3.4.	Efectos de la tramitación conjunta de los concursos	»	185
4.	Consolidación de masas	»	186
4.1.	Alcance de la consolidación	»	186
4.2.	Presupuestos de la consolidación de masas	»	188
4.3.	Procedimiento para acordarlo	»	189
4.4.	Efectos y consecuencias dentro del concurso	»	191
5.	Tratamiento de los procedimientos de insolvencia de sociedades de un mismo grupo en la proyectada reforma del Reglamento europeo de Insolvencia 1346/2000	»	192
5.1.	Estado de la cuestión antes de la reforma	»	192
5.2.	Alcance de la reforma	»	194
5.2.1.	Ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1)	»	194
5.2.2.	Relación entre procedimientos de insolvencia principal y secundarios	»	195
5.2.3.	Cooperación y coordinación entre procedimientos principales de sociedades del mismo grupo abiertos en distintos países	»	197

Situación de la garantía real en el concurso

RICARDO CABANAS TREJO

1.	Presentación	»	201
2.	Las características de la garantía real	»	201
3.	La transmisión en el concurso del bien sujeto a la garantía	»	203
4.	La realización de la garantía	»	203
5.	El valor de la garantía	»	205
6.	Ejecución separada	»	206
7.	La fase de liquidación	»	208
8.	Garantía real y convenio concursal	»	213

La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso

VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO

1.	Planteamiento	»	219
2.	Función de la exoneración y relación con la función concursal	»	221
2.1.	Exoneración de pasivo y consumidor	»	222
2.2.	Exoneración de pasivo y empresario individual	»	225
3.	La regulación de la exoneración de pasivo en el ordenamiento español	»	228
3.1.	Antecedentes normativos	»	228
3.2.	La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la reforma operada por la L. 25/2015	»	231

3.2.1. Presupuestos y requisitos de acceso al beneficio	»	232
3.2.2. Un sistema con dos modelos de exoneración provisional	»	234
4. A modo de conclusión	»	237

Sesión Cuarta

PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA ITALIANO DE INSOLVENCIAS

El *concordato preventivo*: solicitud anticipada [“en blanco”], supuestos de abuso y problemas conexos

CONCETTO COSTA

1. Evolución reciente de la disciplina	»	243
1.1. A partir del <i>Decreto sviluppo</i> de 2012, <i>succ. mod. integr.</i>	»	244
2. Principales novedades y sus corolarios, referidas a la solicitud anticipada (“en blanco”)	»	246
3. Crítica de la regulación <i>de iure condendo</i>	»	248
4. Una primera aproximación al régimen vigente y sus efectos	»	251

Efectos del *concordato* sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa

ANTONIO CALAFA

1. Excursus, a modo de introducción	»	253
1.1. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 675/1977	»	254
1.2. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 223/1991	»	255
1.3. ... Hasta la ley de la reforma [2012]	»	258
2. En particular, el destino de la relación de trabajo después del despido colectivo y por causa objetiva justificada	»	260
3. <i>In fine</i> , las modificaciones recientes (2014/2015)	»	268
4. Conclusiones	»	270

Los acuerdos de reestructuración de deudas

STEFANO AMBROSINI

1. Introducción	»	273
1.1. Acerca de los créditos financieros de “considerable” entidad	»	274
2. La exclusión del instituto del ámbito de la concursabilidad	»	275
3. El tratamiento de los acreedores que no se adhieran al acuerdo y el problema de la constitucionalidad de la norma	»	277
3.1. La producción de intereses durante la espera	»	280
4. La presentación y la publicación del acuerdo. La posible anticipación de sus efectos	»	281
5. El procedimiento de <i>automatic stay</i> . Los efectos de la presentación del acuerdo (o de la solicitud de <i>concordato</i>)	»	283
6. El informe y la declaración del experto	»	285
6.1. La prededucción del crédito del experto	»	287
7. La regulación de la homologación: una ocasión desperdiciada por el legislador en las diferentes reformas	»	288

Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento

FRANCESCO VELLA

1. Consideraciones generales	»	291
2. El proceso de formación de la ley de sobreendeudamiento	»	292
3. La naturaleza jurídica de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento	»	292
4. Presupuesto subjetivo de aplicación de los procedimientos	»	293
5. Presupuesto objetivo: el estado de “sobreendeudamiento”	»	297
6. Las causas de inadmisibilidad de los procedimientos	»	298
7. El órgano de composición de la crisis	»	299
8. El acuerdo de reestructuración de las deudas, el plan del consumidor y el procedimiento de liquidación	»	300
9. La exoneración del deudor	»	303

Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento

GIANVITO GIANNELLI

1. Introducción: ámbito de aplicación	»	305
1.1. El presupuesto objetivo	»	306
1.2. El presupuesto subjetivo: el empresario agrícola	»	310
2. El consumidor y el profesional	»	312
3. El socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas	»	315

El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso

ANTONIO SARCINA

1. Caracterización del contexto europeo	»	317
2. La experiencia italiana	»	323
2.1. La senda hacia el reconocimiento del consumidor	»	328
3. Un plan “alternativo” de revitalización <i>ad hoc</i>	»	331
4. Análisis del procedimiento	»	333

Crisis del crédito y sobreendeudamiento civil: ineficiencias y responsabilidad

ANGELINA-MARIA PERRINO

1. Sobreendeudamiento e influencias del derecho del <i>common law</i> ...	»	341
1.1. ...también sobre el legislador comunitario	»	341
2. Relevancia de la <i>discharge</i> , en general...	»	343
2.1. ...en el derecho del <i>common law</i>	»	344
3. Las influencias de la <i>discharge</i> del <i>common law</i> sobre el sistema del <i>civil law</i>	»	345
3.1. En particular: el caso francés...	»	346
3.2. ...y el alemán	»	346
4. Al fin, el caso italiano	»	347
4.1. Las distonías de los tres módulos previstos por la ley italiana: respeto al espíritu negocial...	»	348
4.2. ...y al rol del tribunal	»	349
5. La incongruencia del organismo de composición de la crisis	»	352

Comunicaciones**Declaración de concurso y anulación de actos del deudor por vicios del consentimiento**

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. Introducción | » | 355 |
| 2. La ocultación de información como supuesto de dolo invalidante del consentimiento | » | 355 |
| 2.1. La ocultación maliciosa de información y el error que provoca | » | 355 |
| 2.2. Acción de impugnación por dolo y declaración de concurso. Pretensión restitutoria y pretensión indemnizatoria | » | 357 |

Gestión/administración del patrimonio del deudor en la disciplina italiana para el sobreendeudamiento: historia de una ausencia

DANIELA CATERINO

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. El problema | » | 361 |
| 2. El marco normativo: desposesión, viabilidad, conveniencia | » | 363 |
| 3. Los actos legítimos | » | 367 |
| 4. La continuación de la actividad de empresa [no concursada] | » | 368 |
| 5. Conclusiones | » | 370 |

Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano

MANUEL DEL LINZ

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. El registro de los organismos de composición de la crisis de sobreendeudamiento [OCC] | » | 373 |
| 2. El procedimiento de inscripción del organismo [OCC] | » | 374 |
| 3. Las obligaciones impuestas al organismo [OCC] de gestión de la crisis | » | 375 |
| 4. Los complejos requisitos para desarrollar la actividad de gestor de la crisis | » | 376 |
| 5. Los primeros pronunciamientos sobre la nueva disciplina del sobreendeudamiento | » | 377 |
| 6. Nuevas perspectivas fiscales para los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento | » | 382 |

Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social

GRAZIA DEL NEGRO

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. Aproximación al tema | » | 383 |
| 2. El sobreendeudamiento de los particulares | » | 385 |
| 3. La exclusión social | » | 388 |
| 4. Para la reflexión | » | 389 |

In fine**Post scriptum**

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

» 395

NOTA DEL DIRECTOR

A fin de ordenar temáticamente el volumen, la organización de la secuencia de las argumentaciones presentadas no siempre sigue el orden de las sesiones congresuales.

Con relación a las palabras extranjeras, igual que para las españolas, es posible que se pueda haber incurrido en redundancias, duplicaciones o descuidos, exclusiones o imperfecciones. Por otro lado, son susceptibles de ser valorados de manera distinta los criterios utilizados, el método y la selección de fuentes.

Entre corchetes y en las notas al pie de página se muestran los comentarios y en alguna ocasión las traducciones del editor.

La cursiva se utiliza normalmente para transcribir los títulos de libros y artículos, de acuerdo con las convenciones de estilo aquí adoptadas, así como partes de textos o frases en el idioma original y/o de uso común. También, de manera ocasional, para señalar líneas discursivas o para destacar, en forma de ejemplo o comentario, expresiones centrales del análisis en desarrollo.

Las contribuciones se dividen en apartados numerados y titulados (en negrita) y en subapartados (en cursiva). Por ejemplo: **1. Introducción 2. Ámbito de aplicación 2.1. Sub-ámbitos de aplicación.**

Los trabajos citados en las notas o en el texto indican al autor (en versalita), el título (en cursiva), el lugar y el año de edición, y, normalmente, el número de la página inicial del trabajo así como el de la específicamente citada por el autor, en su caso, seguido por la contracción “ss.”.

Para las obras traducidas, tras el título en español (en cursiva), se indica el año de publicación de la edición original. Así, por ejemplo: HANN, C. - HART, K., *Antropologia economica. Storia, etnografia, critica* (2011), trad. it. de E. Guzzon, Torino, 2011.

Para los ensayos en obras colectivas, tras el nombre del autor (en versalita) se indica, precedida por una coma, el título del trabajo (en cursiva), la locución entre comas “en (AA. VV.)”, el título de la obra colectiva (en cursiva) seguido por una coma; el nombre de los editores, directores o similares (carácter normal y sin inicial del o de los nombres) con la locución entre paréntesis: “ed.” o “dir.”, seguido por una coma; el lugar de la edición, seguido por una coma; el año de publicación, seguido por una coma; el número de la página inicial de los escritos o de una o más páginas específicas a las que hace referencia el escrito, en su caso, y la siguiente locución: “ss.”. Así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 88 ss.

Para los artículos de revistas, además del autor (en versalita), se indica el título (en cursiva), seguido por la fórmula “en”, seguido por el título de la revista (abreviado y en cursiva), seguido, en su caso, por el número de la misma, el año, el número de página inicial del escrito o de una o más páginas específicas a que hace referencia el autor, en su caso, seguido por “ss.”. Así, por ejemplo: LUTTER, M., *Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken*, en ZIP, 2003, 737 ss.

Las resoluciones relevantes (jurisprudencia, acuerdos extrajudiciales y similares) están indicadas en la siguiente formulación breve: órgano emisor (de manera abreviada), fecha y

número, si está disponible, de la resolución (por ejemplo, Trib. Napoli, 22.12.2007, n. 312). Las resoluciones de las autoridades extranjeras están indicadas de la forma siguiente: autoridad judicial (de manera abreviada) y fecha de la sentencia, sin el número cronológico ni el de repertorio de su registro (por ejemplo, SAP Zaragoza, 19.3.2008).

Dichas resoluciones, si presentan comentarios, anotaciones *o similares*, estarán seguidos por la locución “con nota (nt.) de” o “con comentario de”, etc.; nombre del autor (en versalita); título de la anotación o contribución (en cursiva), precedido y seguido por una coma, título de la revista (en cursiva), seguido por una coma; número de la revista, seguido por una coma; fecha, seguida por una coma; número de página(s), seguido, en su caso, por: “ss.”. Así, por ejemplo: App. Bologna, 23.3.2005, n. 46, en *Guida al diritto*, 2007, 80 ss.

Las obras con título y eventual subtítulo, en las citaciones subsiguientes a la primera se indican brevemente, seguidas por la locución “*cit.*” entre dos comas [o también se utilizan las fórmulas *op. ult. cit.* o *Id.* en el caso de que se refiera a la última obra citada en orden cronológico por un autor]. Por ejemplo, en la primera citación, LUTTER, M., *Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allerm: Vorstandsvergütung und ihre Schranken*, en *ZIP*, 2003, 737 ss. En citaciones posteriores, LUTTER, M., *Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, cit.*, 737 ss.

Las referencias a los trabajos presentes en el volumen indican el autor (en versalita), el título (en cursiva), y la locución *ante* o *infra*, según se encuentre antes o después respecto del mismo texto.

Los pasajes citados en otras fuentes, se ponen entre comillas latinas («...»). En caso de los trabajos italianos traducidos al español, los pasajes han sido traducidos por los asesores de EuriConv y figurarán en cursiva.

Para citar el volumen: (AA.VV.), *Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate*, Llebot Majó (dir.), EuriConv, Lecce, 2016.

Abreviaturas

§	párrafo(s)
AA.VV.	Autores Varios
AdL	Anteproyecto de Ley
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal
AP	Audiencia Provincial
ap. (aps.)	apartado(s)
App.	Corte d'appello (Tribunal de segunda instancia en Italia)
art.	artículo
arts.	artículos
Auto AP	Auto emitido por la Audiencia Provincial
Auto JM	Auto emitido por el Juzgado Mercantil
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (código civil en el ordenamiento alemán, <i>m.m.</i>)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
cap.	capítulo(s)
Cass.	Corte di Cassazione (Tribunal Supremo en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
Cc	Código civil
CCD 2008	Directiva 2008/48/CE - Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.4.2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE
Ccom	Código de comercio
CE	Comunidad europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CESE 2002	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002/C 149/01) sobre «El sobreendeudamiento de los hogares»
CESE 2008	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19) sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia»
CESE 2013	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2013/C 271/17) sobre «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020»
CESE 2014	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2014/C 311/06) sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen explorativo)
cfr.	confróntese
circ.	circular
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (Ley concursal en el ordenamiento portugués)
cit.	citado
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
co.	Comma, párrafo en el ordenamiento italiano
cod. civ.	Codice civile (Código Civil en el ordenamiento italiano)
cod. cons.	Codice del consumo (Código del consumo en el ordenamiento italiano)
cod. pen.	Codice penale (Código Penal en el ordenamiento italiano)
cod. proc. civ.	Codice di procedura civile (Ley de Enjuiciamiento Civil en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
Const.	Constitución (española)
Coord.	Coordinado / Coordinador
Corte cost.	Corte costituzionale (Tribunal Constitucional en Italia, <i>m.m.</i>)
Cost.	Costituzione (Constitución italiana)
CSC	Código de Sociedades Comerciais (Código de comercio en el ordenamiento portugués, <i>m.m.</i>)
d.d.l.	disegno di legge (Anteproyecto de ley en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
d.l.	decreto legge (decreto ley en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
d.lgs.	decreto legislativo ([real] decreto legislativo en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
d.m.	decreto ministeriale (decreto ministerial en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
d.p.r.	decreto del Presidente della Repubblica (real decreto en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
DC	Derecho Concursal español
Decreto del fare	d.l. 69/2003, convertido en la l. 98/2013 (en el ordenamiento italiano)

Decreto sviluppo	Decreto de desarrollo, d.l. 83/2012, convertido en la l. 134/2012 (en el ordenamiento italiano)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dir(s).	director(es) / dirigido por
disp.	Disposición(es)
disp.ad.	Disposición(es) adicional(es)
disp.f.	Disposición(es) final(es)
disp.t.	Disposición(es) transitoria(s)
doc.	documento
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRAE	Diccionario de la lengua española
ed(s).	edición / editor(s)
EEUU	Estados Unidos de América
esp.	especialmente
ET	Estatuto de los Trabajadores
et a.	et amplius
fasc.	fascicolo (expediente judicial en Italia)
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
GU	Gazzetta Ufficiale (Boletín Oficial en Italia)
i.e.	id est
Id.	Idem / Ibidem
INE	Instituto Nacional de Estadística
INPS	Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Instituto Nacional de Previsión Social)
InsO	<i>Insolvenzordnung</i> (Código de insolvencia en el ordenamiento alemán, <i>m.m.</i>)
IVA	impuesto al valor añadido
JM	Juzgado Mercantil
l.	legge (Ley en italiano)
l. 3/2012	ley de 27.1.2012, n. 3, sobre «Medidas en materia de usura y de extorsión, y también en materia de composición de la crisis por sobreendeudamiento»
l. 3/2012, succ. mod. integr.	ley de 27.1.2012, n. 3, y sus sucesivas modificaciones y reformas
L.	Ley
LC	Ley Concursal
LCoop.	Ley de Cooperativas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LF	Legge Fallimentare (Ley concursal en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
LGT	Ley General Tributaria
Lgt	Lei geral tributária (Ley general tributaria en el ordenamiento portugués, <i>m.m.</i>)
LH	Ley Hipotecaria
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
m.m.	mutatis mutandis
n.	número
nn.	números
nt.	nota
nts.	notas
OCC	Organismo de composición de la crisis de sobreendeudamiento (en el ordenamiento italiano)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [=OCDE]
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development [=OCDE]
op. cit.	obra citada
op. loc. cit.	obra anteriormente citada
op. ult. cit.	obra últimamente citada
p.e.	por ejemplo
pár.	párrafo(s)
PER	Processo especial de revitalização (Procedimiento especial de revitalización en el ordenamiento portugués)
PIB	Producto Interno Bruto
pp.	páginas
r.d.	regio decreto (real decreto en el ordenamiento italiano, <i>m.m.</i>)
RAE	Real Academia Española

ABREVIATURAS

RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
ReCE 2014	Recomendación/Propuesta de la Comisión Europea de 12.3.2014, sobre «Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial»
Reg. UE	Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo
Reg. Insolvencia	Reglamento CE 1346/2000
Reg. Ins.mod.int.	Reglamento CE 1346/2000, modificado e integrado
Res.	Resolución
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
secc.	Sección(es)
SL	Sociedad Limitada
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SS	Seguridad Social
ss.	siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SU	Sezioni Unite, Corte di Cassazione
succ. mod. integr.	successive modificazioni ed integrazioni (sucesivas modificaciones y reformas, con referencia a la normativa italiana)
t.	tomo(s)
TFUE	Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
trad. it.	traducción al italiano
Treccani	Enciclopedia Giuridica Treccani
Trib.	tribunal
TrET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TrLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TrLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht
tub	testo unico in materia bancaria e creditizia, 385/1993, succ. mod. integr. (código en materia bancaria y crediticia en el ordenamiento italiano)
tuur	testo unico imposta sui redditi, d.p.r. 917/1986, succ. mod. integr. (código de impuesto sobre la renta en el ordenamiento italiano)
UE	Unión Europea
últ.	último
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (CNUDMI en inglés)
vid.	véase
vgr.	por ejemplo
vol.	volumen
WP	Working Paper

Revistas, publicaciones *et similia*

ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
AGE	Analisi Giuridica dell'Economia
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
Am. Bankr. L. J.	American Bankruptcy Law Journal
Am. L. Econ. Rev.	American Law and Economics Review
BBTC	Banca borsa titoli di credito
Contratti	Contratti (I)
Corr. giur.	Corriere Giuridico
Dig. civ. sez. comm.	Digesto civile sezione commerciale
Dir. banc.	Diritto della banca e del mercato finanziario
Dir. fall.	Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali

Dir. lav.	Diritto del lavoro
Dir. prat. lav.	Diritto e pratica del lavoro
Eur. dir. priv.	Europa e diritto privato
Fall.	Fallimento e le altre procedure concorsuali
Fallimentarista	Fallimentarista (II)
Fallimento	Fallimento (II)
Fisco	Fisco (II)
Foro it.	Foro italiano
Giorn. dir. lav. rel. ind.	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. dir.	Giurisprudenza e diritto
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giureta	Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente
Giust. civ.	Giustizia civile
Giust. civ. mass.	Giustizia civile. Massimario
Giusto proc. civ.	Giusto processo civile (II)
Il Civilista	Il Civilista. Officina del diritto
Il Sole	Sole 24 ore (II)
Ind. L. J.	Indian Law Journal
JLH	Journal of Legal History
J. Finance	Journal of Finance
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
Kansas L. Rev.	Kansas Law Review
Lav. inf.	Lavoro e informazione
Mass. giur. lav.	Massimario di giurisprudenza del lavoro
Mat. storia cult. giur.	Materiali per una storia della cultura giuridica
Not. giur. lav.	Notiziario di giurisprudenza del lavoro
Nuova giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata (La)
Nuove leggi civ.	Le nuove leggi civili commentate
Nuovo dir. soc.	Il nuovo diritto delle società
ODCC	Osservatorio del diritto civile e commerciale
Orient. giur. lav.	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
Oxford J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Phil. Fed. Bus. Rev.	Business Review - Philadelphia Federal Reserve Bank
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Resp. civ.	Responsabilità civile e previdenza
Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica di diritto privato
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. dott. comm.	Rivista dei dottori commercialisti
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro
Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. soc.	Rivista delle società
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
Small Bus. Econ.	Small Business Economics
Società	Società (Le)
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Yale L. J.	Yale Law Journal

Prefacio

La obra que aquí presentamos es un reflejo del diálogo internacional que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gerona con ocasión de la celebración de la IV Sesión de los “Dialogi europaei...”. Las aportaciones que entonces se presentaron a debate son publicadas aquí enriquecidas y actualizadas, incluyendo las últimas reformas en materia de insolvencia, impulsadas desde Europa e introducidas paralelamente en Italia y España.

El encuentro partía de la necesidad de debatir sobre una de las más urgentes consecuencias de la crisis financiera internacional, como es el deterioro progresivo de la situación patrimonial y financiera bien de las empresas, bien de los deudores no empresarios y/o personas físicas, en el conjunto de los países europeos. Cuestión que pone a prueba los distintos sistemas concursales vigentes y sus finalidades, desde la perspectiva de la actual y urgente exigencia de fomentar la revitalización del sujeto jurídico endeudado.

Con el fin de analizar la reciente regulación del derecho de la insolvencia, en desarrollo creciente y de hecho cada vez menos “concursal”, se presenta el volumen titulado *Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate*.

La aplicación reiterada y creciente de los procedimientos concursales propiciada por la crisis financiera ha puesto al descubierto la presencia de deficiencias y contradicciones entre la persecución de una serie de objetivos por los legisladores de los distintos países europeos, especialmente en lo referido a la conservación de las empresas, y los textos de las leyes concursales.

Las deficiencias y contradicciones existentes han llevado a la doctrina mercantil de los distintos países europeos a proponer modificaciones en dichas normas, y a los legisladores nacionales a aprobar reformas que afectan a diversos aspectos de las leyes concursales vigentes con objeto de facilitar y hacer viables las finalidades perseguidas, promoviendo, a veces, nuevas finalidades, especialmente la exoneración de deudas del deudor persona natural (o física). Los actuales procesos de reforma en los ordenamientos español e italiano son un ejemplo paradigmático de esta situación.

Así, en España, desde el primer RDL 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal –que, fundamentalmente, incorporó medidas para facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia– se han ido sucediendo las reformas de la LC/2003: mediante la L. 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; la L. 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC, que profundiza en la alternativa de los acuerdos de refinanciación así como, entre otras medidas, introduce la posibilidad de anticipar la liquidación; la L. 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalidado posteriormente por la L. 17/2014, de 30 de septiembre, que reincide en la mejora (sic) del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación; el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; y, por último, el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, del que resultó la L. 25/2015, de 28 de julio.

A su vez, en Italia, desde la introducción de la primera reforma orgánica del derecho

concursal por d.lgs. 5/2006 –que, entre otras importantes innovaciones, introdujo soluciones de naturaleza privada, posteriormente sujetas a revisión, enfocadas en la revitalización de la empresa en crisis–, se han ido sucediendo otras profundas reformas en 2007, en 2009 y otra vez en 2012 por el llamado *Decreto sviluppo* (d.l. 83/2012, convertido en l. 143/2012), que ha vuelto a modificar la LF, así como modificado y refundido por el *Decreto del fare* (d.l. 69/2013, convertido en l. 98/2013): se han introducido significativas modificaciones del sistema concursal encaminadas a reforzar aún más los instrumentos de resolución de la crisis de la empresa alternativos al sistema concursal, aclarando algunas dudas interpretativas suscitadas por la aplicación del acuerdo de reestructuración previsto en el art. 182-*bis*, LF, y del plan certificado de saneamiento [*i.e.*, “*piano attestato*”] *ex* art. 67, LF, posteriormente a su introducción y de las diversas modificaciones introducidas por las reformas de 2005 y 2007. De nuevo en 2014, a través del denominado *Decreto competitività* (d.l. 91/2014, convertido en l. 116/2014) que, entre otras, introduce una novedad en materia de prededucción de los créditos ocasionados como consecuencia de la presentación de la solicitud (anticipada) de *concordato preventivo* “en blanco” de conformidad con el art. 161, co. 6, LF. Y finalmente, por el *Decreto giustizia per la crescita* (d.l. 83/2015, convertido en l. 132/2015).

En este contexto, el propósito de este volumen es elaborar y desarrollar propuestas doctrinales de modificación de los ordenamientos jurídicos vigentes en los distintos países representados, así como analizar algunas de las reformas incorporadas en las legislaciones sobre el tratamiento de las insolvencias a propósito de la crisis financiera internacional, con objeto de poner de manifiesto su coherencia con respecto a las finalidades perseguidas con las mismas y con los fundamentos teóricos del ordenamiento jurídico en materia de insolvencia.

Consideramos esta tarea como especialmente oportuna dadas las distintas realidades económicas europeas y la búsqueda de la satisfacción inmediata de las concretas necesidades que podrían comprometer la unidad fundamental de los principios del Derecho de insolvencias dentro de la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos.

Nos sentimos especialmente orgullosos por la confianza y el compromiso demostrado por parte de todos los autores que, a lo largo del proceso de gestación de esta obra, no han escatimado esfuerzos para estar al tanto de las novedades legislativas y seguir actualizando y enriqueciendo sus aportaciones.

Enviamos un agradecimiento especial a los profesores del área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Gerona, por el apoyo a lo largo de todas las fases de gestación del volumen, así como por la confianza y cercanía mostrada.

Finalmente, deseamos que todas las personas que han participado y trabajado juntas en este desafío planteado, sientan que están contribuyendo a establecer vías de acción importantes para nuestros sistemas jurídicos. Esperamos que esta experiencia pueda ser la base de una alianza duradera, que conduzca a nuevas iniciativas provechosas en el contexto comunitario de Convergencia jurídica; haciendo así de los *Dialogi* un lugar privilegiado para el florecimiento y el desarrollo de las ideas.

J. Oriol Llebot Majó - Juana Pulgar Ezquerra - Antonio Sarcina
[*Organizing Committee*]

Bienvenida e inauguración

Es un verdadero honor para mí, en calidad de representante de la Universidad de Gerona, poder contar con la presencia de científicos de tanto prestigio en su área de conocimiento e investigación, que se han desplazado aquí desde otras ciudades europeas para poder contrastar su trabajo con el de otros eminentes colegas. Mi más sentido agradecimiento para todos.

Nos acoge el campus de Montilivi, y en cuanto salgan de aquí les invito también a visitar otras joyas de nuestra ciudad, como el Rectorado de esta universidad, ubicado en el antiguo palacio renacentista conocido como *Les Àligues*. Además, no pueden prescindir de la visita a la Catedral, que guarda el *Tapiz de la Creación*, un bordado del siglo XI con escenas sobre la creación. Es un gusto ver que uno de sus detalles, el del “Dies solis”, haya sido elegido como emblema de esta edición de los *Dialogi*.

Los temas aquí propuestos me han despertado un gran interés, una simpatía total, con el discurso y con el mensaje que aquí se está dando. Vivimos momentos muy difíciles en nuestro país, España, pero también en otros países europeos. Es una situación de crisis y de dificultad donde todos somos llamados a dar nuestra propia contribución, cada uno desde su ámbito específico. Y donde aún más se precisa intercambiar experiencias, conocimientos, lecciones aprendidas, propuestas para salir adelante, seguir avanzando en un proceso de trabajo hacia una sociedad del bienestar, hacia una sociedad que pueda responder a las necesidades de las personas, las familias y las empresas.

Las empresas, con su variada morfología jurídico-organizativa, son un elemento clave en el proceso de productividad de cualquier país. No podemos vivir sin empresas activas en la labor de producir, transformar, devolver a su entorno un *plus* de valor, conocimiento y dignidad del que todos puedan beneficiarse. En este sentido, es importante que las leyes que definen la relación de la empresa con su entorno y con la sociedad, permitan la viabilidad de aquellas que se ajusten a las normas de la convivencia ética, de aquellas que están comprometidas en producir recursos y resultados para que las sociedades humanas puedan avanzar de forma sostenible. En este sentido, en el actual estado de tensión que nuestro tejido económico-productivo está sufriendo, creo que las leyes en cuanto “reglas”, sean importantes para una discriminación positiva de aquellas empresas que, a pesar de padecer dificultades de ajustes y desajustes, merezcan seguir produciendo y trabajando, también como acto de responsabilidad hacia sus propios trabajadores y la sociedad en su conjunto.

En el complejo y denso entramado de estructuras, organizaciones, normas y –nunca hay que olvidarlo– seres humanos, que conforman aquel espacio físico, social, comercial, institucional, que conocemos como Unión europea, considero la comparación entre los distintos ordenamientos un paso necesario. Me atrevería a decir “necesariamente sistemático”, para compartir conocimientos y trasladar a otros contextos soluciones que en otros países hayan dado buenos resultados. Estoy plenamente convencida de que el compartir objetivos comunes creará unas sinergias capaces de aportar cambios importantes, y que el desafío de este siglo será el de generar una armonía entre la diversidad, basada en la solidaridad entre países y seres humanos. El derecho es uno de los pilares de nuestras sociedades y constituye una base importante para orientar y dar sentido a los esfuerzos que las personas cumplen en la organización social.

El papel de la ciencia es el de alentar a las personas, dar esperanza, no deprimirlas. Si no fuera así, ¿para qué serviría perseguir el conocimiento? Es como si en el *davinciano* “Hombre de Vitruvio”, la figura anatómica fuera funcional para destacar las cualidades de la circunferencia y del cuadrado que la encogen. Pero como sabemos, es más bien el contrario.

En mi parecer, tomando el *Vitruviano* como metáfora, nunca debemos de olvidar que el hacer técnico y científico tiene en la decisión humana su punto de arranque; hay que juntar voluntades para marcar una inversión de tendencia respecto a la costumbre de confiar en aquellos procedimientos consolidados cuyos “efectos colaterales” afectan a la dignidad humana o a la vida misma.

Con esta convicción, quiero agradecer una vez más a todos por el gran compromiso de ir más allá de los análisis, aventurándose en el terreno de las propuestas concretas de soluciones.

Felicito a los autores por esta magnífica obra, y felicito a *Dialogi* por todo el trabajo que realiza en aras de la mejora de los derechos de los ciudadanos y en el terreno de la empresa. Animo a todos a continuar el gran trabajo empezado, para que las propuestas debidamente puestas a debate se consoliden en nuestro mundo globalizado. Hay que investigar, innovar, reflexionar, buscar tendencias positivas emergentes y volver al diálogo para acompañar su desarrollo.

Gracias a todos por su participación en este importante e interesante proyecto.

Anna Maria Geli de Ciurana
Rectora de la Universidad de Gerona

Introducción

Manuel Olivencia Ruiz

El déficit de las leyes concursales nacionales ante la globalización

1. Introducción del tema. - 2. La globalización. - 2.1. Análisis semántico del término. 2.2. Alteración de las categorías espacio y tiempo. - 2.3. La tesis de Friedman: la “explanación” y las “tres globalizaciones”. - 2.4. La reacción del Derecho. - 3. La crisis económica y la globalización. - 3.1. El mal de la crisis: etiología y epidemiología. - 3.2. La reacción del Derecho ante la crisis. - 3.3. Las especialidades mercantiles. - 3.4. La marcha por etapas. - 4. Crisis e insolvencia. - 4.1. Derecho excepcional para un fenómeno excepcional. - 4.2. El Derecho español de la insolvencia en tiempos de crisis.

[...] Hay, sí, un Derecho excepcional de la insolvencia para tiempos de crisis, con medidas adecuadas a la situación (moratorias; incremento de los órganos jurisdiccionales y de sus medios, humanos y materiales; reducción de plazos y trámites, etc.); pero no debe confundirse la reforma del Derecho concursal con la producción del Derecho excepcional. [...] Así, en lugar de responder con medidas extraordinarias, urgentes y transitorias, se dictan normas para una situación anormal que alteran el sistema normal de tratamiento de la insolvencia; se convierte en permanente lo que por su naturaleza es transitorio.

[...] Las prisas legislativas provocadas por la crisis (tardías, pero reiteradas) no constituyen un buen ejemplo del tratamiento de la insolvencia en esta situación económica. [M. Olivencia Ruiz]

El déficit de las leyes concursales nacionales ante la globalización

SUMARIO: 1. Introducción del tema. - 2. La globalización. - 2.1. Análisis semántico del término. 2.2. Alteración de las categorías espacio y tiempo. - 2.3. La tesis de Friedman: la “explanación” y las “tres globalizaciones”. - 2.4. La reacción del Derecho. - 3. La crisis económica y la globalización. - 3.1. El mal de la crisis: etiología y epidemiología. - 3.2. La reacción del Derecho ante la crisis. - 3.3. Las especialidades mercantiles. - 3.4. La marcha por etapas. - 4. Crisis e insolvencia. - 4.1. Derecho excepcional para un fenómeno excepcional. - 4.2. El Derecho español de la insolvencia en tiempos de crisis.

1. Introducción del tema

El tema de este Encuentro nos convoca al debate de una difícil cuestión que relaciona economía y Derecho, crisis financiera y respuesta jurídica a los conflictos de intereses que aquella envuelve, adecuación racional entre ambos planos a través de reformas legislativas que salven las deficiencias puestas de manifiesto en la realidad y permitan soluciones de justicia.

La ponencia inaugural que se me ha encomendado, y he aceptado como un honor, añade al planteamiento de la cuestión un factor espacial, la *globalización*, y avanza ya un resultado en la confrontación del Derecho vigente con los retos que el fenómeno globalizador lanza; un *déficit*, un descubierto jurídico, que refleja la incapacidad del Derecho para satisfacer las nuevas exigencias que la globalización le plantea.

2. La globalización

2.1. Análisis semántico del término

En un desarrollo lógico del tema, hemos de ocuparnos, en primer lugar, de la globalización. Se dice que es el “tema de nuestro tiempo”. Es verdad; pero yo añado: “y de nuestro espacio”, porque ese fenómeno ha cambiado las categorías fundamentales por las que transcurre la vida de la humanidad, el tiempo y el espacio.

¿Qué es la *globalización*? El análisis lingüístico del vocablo nos descubre que este sustantivo significa acción y efecto de un verbo *-globalizar-* formado por el sufijo *-izar*, que en español, como sus equivalentes en otras lenguas (*-iser*, en francés; *-izzare*, en italiano) significa dar a algo la forma o carácter del concepto que expresa la raíz del verbo: españolizar, europeizar, italianizar, latinizar.

Globalizar es dar al mundo forma de globo. Pero el mundo siempre la ha tenido, es una esfera, en geometría y en astrofísica, aunque la humanidad tardase en conocerlo y, más aún, en reconocerlo.

Pero hay otra acepción de la raíz *globo*, expresada mejor por su adjetivo *global*, que es “en conjunto”, “en total”. Y es esa acepción la que corresponde al vocablo *globalización*

en nuestro contexto. Es la acción y el efecto de *globalizar*, de dar al mundo una forma total, integrada. En eso consiste el actual fenómeno de la *globalización*.

2.2. *Alteración de las categorías espacio y tiempo*

El progreso científico y técnico, la revolución de las comunicaciones y las telecomunicaciones, al permitir la transmisión inmediata –“en tiempo real”– de datos, imágenes y sonidos, al aumentar la velocidad en el transporte de los cuerpos físicos, han cambiado las categorías de espacio y tiempo, han acelerado la sucesión de acontecimientos –“pasan más cosas en menos tiempo”– y han reducido los espacios al límite mínimo de la “aldea global”. Un mundo “globalizado” es un mundo total, integrado por partes antes ignotas entre sí, distantes, ahora conocidas, cercanas, interdependientes. “El mundo en las yemas de los dedos”, porque basta pulsar en un teclado para comunicar con el último rincón de la tierra, si es que quedan aún últimos rincones. Me refiero más a la geografía política, humana, que a la física.

2.3. *La tesis de Friedman: la “explanación” y las “tres globalizaciones”*

Prefiero la idea de globalización a la de “explanación” de Thomas Friedman¹, con la que el periodista norteamericano pretende dar la imagen de un mundo convertido en un plano de igualdad, en el que todos los habitantes colaboran y compiten sin obstáculos ni trabas. Me inclino por la metáfora de la “aldea global”, como expresión del empequeñecimiento de las distancias y de la aceleración del tiempo. Como también discrepo de su metáfora de las tallas en las que envuelve “las tres globalizaciones”. Según Friedman, la primera, en 1492, con el descubrimiento geográfico del nuevo mundo, éste pasó de la talla L a la M. La segunda es la de los descubrimientos científicos y técnicos, que parte de la revolución industrial del XVIII, la aplicación del vapor a los transportes (navegación, f.c.), para llegar al siglo XXI, con las nuevas energías, la electrónica, la cibernética y la exploración espacial. De la M se pasa a la S.

En el 2000 señala Friedman, irrupción del ser humano en la competencia, y con ella, el paso de la S a la mínima.

La metáfora no me parece feliz. Los descubrimientos geográficos ensancharon el mundo. El límite del *non plus ultra* se traspasa, el *Mare Nostrum* deja de ser un coto cerrado y se abre al horizonte de un Nuevo Mundo. La circunnavegación de Magallanes-Elcano (1519-1522) “globaliza” la tierra en términos de geografía física, y la humanidad ensancha un “hábitat” con el descubrimiento del plantea en que mora.

Son los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas los que reducen el mundo a las dimensiones de una aldea, el núcleo mínimo de convivencia en sociedad. Las distancias se acortan o se suprimen, el espacio se reduce.

2.4. *La reacción del Derecho*

En función de esos movimientos responde la evolución del Derecho. Con la “primera

¹ FRIEDMAN, T.L., *The world is flat: a brief history of the twenty-first century*, New York, 2005.

globalización”, la de los descubrimientos geográficos, el Derecho se expande. Es el caso español, que lleva al Nuevo Mundo nuestro Ordenamiento jurídico y promulga nuevas normas (“leyes de Indias”). La herencia de aquella expansión se conserva en la comunidad iberoamericana de naciones, una familia jurídica cuyos ordenamientos nacionales pertenecen a un mismo sistema. El Derecho se expande como un factor cultural más, con las ideas, las creencias, las tradiciones.

Por el contrario, con la “segunda globalización”, el Derecho se empequeñece, se queda encerrado en las fronteras nacionales, en los viejos límites de la soberanía, mientras las relaciones jurídicas se expanden y, muy especialmente, las mercantiles, con un crecimiento exponencial frente al que los ordenamientos nacionales se muestran insuficientes, “deficitarios”. Ciertamente es que la globalización no es meramente un fenómeno comercial, como pretende la definición del DRAE, referida exclusivamente a las empresas y los mercados, pero es cierto que el icono del Mercurio con pieles aladas se ha hecho realidad.

3. La crisis económica y la globalización

3.1. *El mal de la crisis: etiología y epidemiología*

En esas dimensiones globales hay que situar el fenómeno de la actual crisis económica. La crisis es un fenómeno patológico en la Economía. Como toda enfermedad, responde a unas causas, a una “etiología”. Los “virus” de la presente crisis son de muy diversas cepas: las hipotecas *subprime*, los productos financieros contaminados, el abuso del crédito, que desemboca en fallidos y en insolvencia.

Pero el riesgo de una economía globalizada es el de la facilidad en la transmisión de la enfermedad. Los “virus” circulan por los amplios cauces de la comunicación y no hay fronteras que los detengan; transmiten el mal, lo contagian. La enfermedad se manifiesta en una serie de síndromes: morosidad en los pagos; incumplimiento de las obligaciones, e insolvencia, el más grave efecto de la crisis en los patrimonios.

La enfermedad, contagiosa, se extiende en el espacio; del brote singular se pasa al contagio y, sucesivamente, a la epidemia y a la pandemia, hasta afectar a otros países.

Además, la peor consecuencia del mal, la insolvencia, se transmite de un patrimonio a otro en un “efecto dominó”, cada deudor puede contagiar a su acreedor y hacerlo insolvente.

3.2. *La reacción del Derecho ante la crisis*

Ante tales males, la reacción del Derecho resulta insuficiente; en primer lugar, porque se encierra en fronteras nacionales, con perspectivas localistas, cortas para fenómenos que tienen dimensión global, como la economía en que se produce. Las reacciones nacionales son, por su naturaleza, plurales y diversas, distantes de la unidad o de la armonía que exige el tratamiento adecuado del mal.

La visión geográfica del mundo ha cambiado en nuestras leyes desde aquella división que ofrecía el Ccom/1829 entre las tierras situadas «más acá o más allá del Rhin y los Alpes», o «de este lado o del otro de los cabos Hornos y Buena Esperanza» (arts. 1.110-1.111).

Tras la globalización, ya no existen límites geográficos en las relaciones jurídicas, que

se multiplican en número y en importancia, especialmente, mas no solo, las económicas, y dentro de éstas, las contractuales. Se produce con ello una dispersión espacial de elementos patrimoniales, créditos y deudas situados en países distintos, bienes y derechos reales, dispersos, activos y pasivos repartidos. No hace falta que se trate de un gran patrimonio para que se produzca esa diseminación. El patrimonio es, con frecuencia, una “universalidad universal”, un todo repartido en el espacio. De ahí la aparición de un nuevo concepto que no siempre coincide con el domicilio del titular: el “centro de los principales intereses”, que refiere las relaciones jurídicas a un lugar determinado por la situación del poder de dirección de los elementos económicos más relevantes. Se trata, en definitiva, de centralizar lo disperso.

Pero la reacción del Derecho ante el fenómeno de la globalización es tardía e insuficiente. El Derecho va siempre detrás de los hechos, muchas veces a remolque de ellos, a la zaga de la realidad cambiante. Aquí no se da la aporía: Aquiles supera en velocidad a la tortuga y se distancia de ella. No significa eso que la tortuga no dé pasos de progreso; avanza pausadamente, a su ritmo.

3.3. *Las especialidades mercantiles*

Sin duda, ese ritmo es más rápido en materia mercantil. Siempre se ha caracterizado al Derecho mercantil por su “tendencia a la internacionalidad”, y si ello es cierto desde sus orígenes se debe a que la materia regulada (el comercio en el momento de su nacimiento) no conoce fronteras. Su regulación, por tanto, no puede encerrarse en los límites políticos de una comunidad (ciudad o estado), sino que ha de adecuarse a las dimensiones espaciales de la realidad económica objeto de regulación.

Esa “tendencia a la internacionalidad”, que lo es a la “uniformidad” de las normas reguladoras, acentúa su exigencia en la globalización. La tendencia a un “mercado global” reclama un “Derecho global” que lo regule; al menos, o en un principio, una armonización entre los diversos Derechos nacionales reguladores. La nota originaria, congénita, característica del Derecho mercantil acusa un nuevo impulso en la época de la globalización.

3.4. *La marcha por etapas*

a) Convenios internacionales

Naturalmente, esa marcha hacia la globalidad jurídica, además de lenta, es gradual, por fases o etapas. Se parte de los Derechos nacionales, en los que la creación legislativa del Derecho es fruto de la soberanía nacional, la potestad suma pero atrapada en los límites de las fronteras territoriales. En ese punto de partida, sólo a través de convenios o tratados internacionales, firmados por los Estados en ejercicio de su soberanía y a través de los cuales se obligan a introducir nuevas normas en sus ordenamientos jurídicos, se puede caminar lentamente hacia normas uniformes.

b) Uniones regionales: la UE

De ese punto de partida se pasa, también a través de tratados internacionales, a la integración de los Estados en áreas supranacionales, “regionales”. El ejemplo es el de la actual UE. Los Estados miembros se agrupan y ceden parcelas de su soberanía, una cesión que, lejos

de debilitarlos, se hace con el propósito de fortalecerse, unidos, frente a los retos de la realidad. El Derecho se unifica a través de tratados y reglamentos, o se armoniza, por parcelas, a través de directivas que los Estados miembros se obligan a introducir en sus ordenamientos jurídicos mediante su trasposición a normas nacionales.

Ese modelo de la UE ofrece claros ejemplos de evolución, de los que conviene examinar el relativo, precisamente, a la insolvencia. El intento de armonizar los procedimientos de insolvencia se ensayó, inicialmente, mediante un convenio que fuese suscrito por todos los Estados miembros. El intento fue víctima de la enfermedad de las “vacas locas”, porque la reacción que ésta provocó llevó al Reino Unido a negar su firma. Finalmente, el texto desembocó en un Reglamento, promulgado el año 2000, ahora en vigor.

Actualmente, se prepara una revisión del Reglamento por la Comisión europea. Su comunicación al Parlamento, de fecha 12.12.2012, informa sobre los resultados de su aplicación y la propuesta de modificación. La Comisión señala especialmente la realidad actual de la “crisis económica y social”, frente a la que considera una “prioridad política” la reacción del Derecho, y apunta concretamente a la insolvencia como el efecto grave de la crisis. En el bienio 2009-2011, una media de 200.000 empresas europeas al año han caído en insolvencia; el 25%, con elemento extranjero; el 50%, en los 5 primeros años de vida, y con una pérdida de 1.7 millones de puestos de trabajo anuales.

La Comisión basa la necesidad de la reforma en que el Reglamento no armonizó los Derechos nacionales, mientras que la tendencia moderna en éstos es la de salvamento de empresas y concesión de una segunda oportunidad a los insolventes.

c) Escala global: UNCITRAL

Modelo a escala mundial del fenómeno que venimos examinando es el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). Creada con la finalidad de unificar o armonizar el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL cumple esa misión por parcelas concretas (compraventa, letra de cambio, etc.) y a través de métodos diversos, desde el más directo de la preparación de convenios internacionales, sometidos después a conferencias diplomáticas o a la Asamblea General de la ONU, hasta el indirecto de las leyes modelo o modelos de leyes que tienen como destinatarios a los legisladores nacionales, o las simples “guías” orientativas.

UNCITRAL tardó en incorporar a su agenda el tema de la insolvencia, sobre todo por la objeción de que su naturaleza no es estrictamente mercantil sino preferentemente procesal, más que pública, de orden público, estructurada en procedimientos judiciales de muy variada condición. Eso explica que UNCITRAL no se ocupara de la insolvencia hasta pasados los veinticinco primeros periodos de sesiones anuales. Fue con ocasión del Congreso conmemorativo del XXV período de sesiones (Nueva York, 1992), celebrado bajo el lema *Hacia un Derecho Mercantil uniforme en el siglo XXI*, cuando se presentó la propuesta de abordar el tema de la insolvencia.

Si bien UNCITRAL siempre se ha considerado cómoda en el tratamiento de temas de relaciones jurídico-privadas obligacionales y contractuales, por el carácter predominantemente dispositivo de las normas reguladoras y el amplio ámbito de la autonomía de la voluntad, los efectos concursales sobre la materia adoptan un signo imperativo que prevalece en los distintos ordenamientos a través de normas muy diversas.

El cuadro de Derecho comparado es, pues, demasiado variopinto para reconducirlo a unidad y la tarea armonizadora o unificadora se hace especialmente difícil.

No por pereza en afrontarlo, sino por un simple cálculo de eficiencia, de relación entre el esfuerzo requerido y los resultados esperados, UNCITRAL vino rehusando el tema de la insolvencia hasta el Congreso de 1992. Objetivo de éste fue, además del examen de lo ya realizado en los primeros veinticinco años, contemplar las necesidades previsibles para los veinticinco siguientes. Veinte se han cumplido ya de aquel Congreso, una perspectiva que permite juzgar el acierto de sus previsiones y de los trabajos de la Comisión en este último período.

Entre los aciertos cuento, desde luego, el de haber sugerido la inclusión del tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL. El debate de Nueva York no ocultó, sin embargo, las dificultades de la materia. Se dijo que el tratamiento jurídico de la insolvencia era el ejemplo de que los temas más difíciles de unificación y armonización son los más necesitados de ella. Se descartó, desde luego, el propósito de una unificación total, limitando la propuesta a aspectos concretos de la problemática jurídica. Uní mi voz en aquel Congreso a la de quienes defendieron la importancia del tema, para concluir que UNCITRAL debería abordarlo, al menos con un carácter modesto y realista, a fin de identificar aquellas cuestiones de especial relevancia sobre las que se pudieran formular soluciones uniformes.

Pero ni en los momentos de mayor optimismo pudimos prever los partidarios de incluir el tema en la agenda de UNCITRAL las dimensiones que alcanzarían sus trabajos en este tema. No sólo se venció la prolongada y dura resistencia al tema, sino que, al abordarlo, UNCITRAL le ha dedicado una atención y ha obtenido unos frutos que superan las más favorables predicciones.

En 1995, a los tres años de aquella propuesta, la Comisión encargó a un Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia la elaboración de un marco legal modelo en esta materia; sólo dos años después, en su 30º período de sesiones (Viena, 1997), UNCITRAL aprobaba una *Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza* y una Guía para su incorporación, recomendadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 52/158, de 15 de diciembre del mismo año.

Pero no pararon ahí los trabajos de UNCITRAL en este tema. Dos años más tarde, en el 32º período de sesiones (Viena, 1999), al considerar una propuesta de Australia, inicialmente enfocada a la elaboración de una Ley Modelo sobre la insolvencia de las sociedades mercantiles, la Comisión reconoció la importancia del tema y señaló que el régimen jurídico de la insolvencia se había convertido en factor decisivo para las clasificaciones de protección del crédito en cada país; no obstante, en los debates se volvió a invocar la dificultad de establecer un modelo legislativo en esta materia, en la que las soluciones están vinculadas a opciones de política jurídica muy divergentes, por lo que prosperó la opinión de que debía dejarse a los Estados un margen de flexibilidad en sus decisiones. La Comisión encargó al Grupo de Trabajo que preparara una propuesta de viabilidad; así lo hizo en el período de sesiones celebrado en diciembre de 1999.

La Comisión, en su 33º período de sesiones (Nueva York, 2000), a la vista del informe del Grupo de Trabajo, encomendó a éste la elaboración de un documento que describiese los objetivos fundamentales y características esenciales de un sólido régimen legal de la insolvencia, las relaciones entre empresas y una guía legislativa con soluciones flexibles y posibles, sus ventajas e inconvenientes. Se acordó que el Grupo de Trabajo tuviese en cuenta la labor en esta materia de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la INSOL (Federación Internacional de Profesionales en materia de insolvencia) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la

IBA (*International Bar Association*).

La Comisión, en su 36º período de sesiones (Viena, 2003), aprobó, en principio, el texto de la *Guía*, para someterlo a observaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales interesadas antes del 37º período.

El Grupo de Trabajo, en su período de sesiones de Nueva York, marzo-abril 2004, concluyó la labor. La Comisión, en su 37º período de sesiones (Nueva York, junio 2004), aprobó la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* y recomendó a los Estados su utilización, para evaluar la eficacia económica de sus respectivos regímenes y para revisar o promulgar la legislación relativa a la insolvencia.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2.12.2004, aprobó la Resolución 49/40, en la que expresó a UNCITRAL el reconocimiento por haber aprobado la Guía y recomendó a los Estados su toma de consideración.

4. Crisis e insolvencia

4.1. Derecho excepcional para un fenómeno excepcional

Los textos de UNCITRAL sobre insolvencia responden a la globalización, al intento de armonizar un Derecho global para un fenómeno global. La crisis económica es una complicación añadida, accidental, extraordinaria, coyuntural, ajena a aquellos trabajos y, en definitiva, un factor de agravación y de propagación de la insolvencia; pero el Derecho de la insolvencia no es un Derecho anti-crisis. Los institutos concursales no se diseñan en el Derecho nacional para épocas de crisis, como el mapa hospitalario no se diseña para tiempos de epidemia. El Derecho concursal contempla el supuesto del deudor insolvente, en escala de microeconomía; no se propone luchar contra la crisis con medidas jurídicas.

Cierto es que la insolvencia en tiempos de crisis requiere medidas específicas, pero, como el fenómeno que las motiva, con un carácter excepcional y transitorio. Los acontecimientos extraordinarios (guerra, epidemia, catástrofes naturales, crisis) reclaman normas jurídicas con igual carácter; urgente, como la exigencia que plantean aquéllos, transitorio, como su duración, excepcional, respecto del Derecho “normal” o “regular”.

Hay, sí, un Derecho excepcional de la insolvencia para tiempos de crisis, con medidas adecuadas a la situación (moratorias; incremento de los órganos jurisdiccionales y de sus medios, humanos y materiales; reducción de plazos y trámites, etc.); pero no debe confundirse la reforma del Derecho concursal con la producción del Derecho excepcional. Es un error introducir modificaciones con vocación de permanencia en el sistema concursal “normal” con la finalidad de responder a las circunstancias de la crisis. Así, en lugar de responder con medidas extraordinarias, urgentes y transitorias, se dictan normas para una situación anormal que alteran el sistema normal de tratamiento de la insolvencia; se convierte en permanente lo que por su naturaleza es transitorio.

Es cierto que la crisis afecta gravemente a la insolvencia: el instrumento exponencial de deudores insolventes; el número de procedimientos judiciales; la dificultad de incrementar soluciones sanatorias para empresas viables; las restricciones crediticias al salvamento, incluso por dificultades económicas de las entidades de crédito.

4.2. *El Derecho español de la insolvencia en tiempos de crisis*

Las soluciones que en el Derecho español se están dando al tratamiento de la insolvencia en época de crisis no son satisfactorias. Además de tardías, se han orientado preferentemente en modificaciones de la LC que han alterado la estructura y el equilibrio del sistema de 2003. El centro de gravedad se ha trasladado del procedimiento concursal a una fase preconcursal en la que se pretende evitar el procedimiento a través de mecanismos extrajudiciales, contractuales, de “refinanciación”, *fresh money* y acuerdos de pago, con el riesgo de que de no alcanzarse éstos, en lugar de evitar el concurso, se retrasa éste hasta el límite inevitable de la liquidación tardía.

Las modificaciones de la LC se orientan, además, en una línea de protección de determinados sectores (crédito público, entidades financieras) que altera el principio de la *par condicio creditorum*. Ejemplo de esa orientación es el reciente RDL 6/2013, de protección a los titulares de determinados productos, cuya disp.f. 3ª modifica el art. 36.4, L. 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en el sentido de que «Los créditos transmitidos a la SAREB no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso de deudor, aun cuando la SAREB fuese accionista en la sociedad deudora (...). La SAREB ostentará, respecto de los créditos por ella adquiridos después de la declaración de concurso, derecho de adhesión a la propuesta de convenio (...) así como derecho de voto en la junta de acreedores».

El tema de la calificación encierra, a mi juicio, una vulneración del art. 89.2, LC, que no reconoce privilegios y preferencias fuera de la LC, para evitar la dispersión legislativa en esta materia y reconducirla a la unidad legal que preside el sistema.

El tratamiento de los créditos adquiridos tras la declaración de concurso supone una modificación “extravagante” de la LC que altera igualmente el sistema.

Las prisas legislativas provocadas por la crisis (tardías, pero reiteradas) no constituyen un buen ejemplo del tratamiento de la insolvencia en esta situación económica.

SESIÓN PRIMERA

Perfiles de derecho europeo de insolvencias

Jesús Quijano González

El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas

1. Introducción. - 2. Las primeras reformas de 2009. - 3. La reforma de 2011: especial consideración. - 3.1. Las claves de la reforma. - 3.2. El resultado: aspectos principales. - 3.2.1. La Administración concursal. - 3.2.2. Los acuerdos de refinanciación. - 3.2.3. Las implicaciones societarias del concurso. - 3.2.4. Otros aspectos significativos. - 4. Las reformas posteriores de la Ley Concursal, *de iure condito* y *de iure condendo*. - 4.1. La reforma de 2013. - 4.2. Las reformas de 2014. - 4.3. La reforma de 2015.

Alberto Maffei Alberti

La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano

1. Premisa. - 2. La administración extraordinaria. - 3. Los instrumentos alternativos al concurso. - 4. El plan certificado de saneamiento. - 5. Los acuerdos de reestructuración de la deuda. - 5.1. El nuevo acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y el acuerdo de moratoria. - 6. El convenio [“*concordato preventivo*”] con continuidad de la actividad empresarial. - 7. La continuación de la actividad en seno al concurso [*i.e.*, “*procedura liquidatoria*”]. - 8. Concluyendo.

Miguel Pestana de Vasconcelos

El saneamiento preconcursal del deudor en el ordenamiento portugués

1. Introducción. - 2. El “*Código da Insolvência e da recuperação de empresas*” (CIRE). - 3. La reforma del CIRE. - 4. El “*processo especial de revitalização*” (PER). - 4.1. Ámbito de aplicación. - 4.2. Interrelación entre el PER y el procedimiento concursal. - 4.3. Modalidades de PER. - 4.3.1. Acuerdo en el marco del procedimiento judicial. - 4.3.2. Acuerdo extrajudicial. - 4.4. La tutela especial de la financiación y de sus garantías (*fresh money*). - 5. Algunas cuestiones específicas. - 5.1. La financiación proporcionada por los socios. - 5.2. Los créditos públicos: créditos de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social. - 6. Observaciones finales.

Udo Reifner

El derecho “concursal” en la sociedad del crédito: “concurso” responsable

1. Insolvencia en la sociedad del crédito. - 2. El concurso del concurso. - 3. Del derecho concursal a la reorganización de la deuda. - 4. El crédito responsable: un nuevo principio del derecho concursal. - 5. Colofón.

[...] (E) *s cierto que la secuencia de reformas, aún no agotada, ha generado una notable sensación de inseguridad normativa, de provisionalidad y de notable confusión incluso sobre las disposiciones vigentes en cada momento, como tendremos ocasión de analizar [...]. Es, por tanto, aún incierto el resultado final de esta iniciativa de reforma que acabamos de mencionar; teniendo en cuenta [...], en el transcurso del plazo de presentación de enmiendas recientemente concluido, el número de las presentadas [...]. Lo que conduce a una preocupada reflexión final sobre la conveniencia de que el marco jurídico-concursal español alcance cuanto antes esa ansiada estabilidad; porque no habrá otra forma de proporcionar la necesaria seguridad jurídica que requiere el tratamiento de situaciones tan delicadas como las que afectan a deudores insolventes y a acreedores expectantes por saber cuál será la regulación definitiva de las opciones a que puedan acogerse, o simplemente por saber cuáles serán las normas vigentes en cada momento, o qué régimen les podrá ser aplicado. Es cierto, en fin, que la evolución de la crisis económica ha tenido muchas variantes que necesitaban respuesta legislativa; pero también lo es que las reformas superpuestas sobre una normativa concursal que se concibió como modernizadora hace tan solo diez años, son ya demasiadas en número y en intensidad.* [J. Quijano González]

[...] (E) *l legislador se encuentra con graves dificultades a la hora de afrontar los problemas que se derivan de la crisis empresarial. No se puede negar la existencia de progresos en este ámbito pero no siempre se ha trabajado con una dirección unívoca siguiendo una línea precisa.* [...]

(L) *as [...] herramientas concursales no se caracterizan precisamente por ser claras en sus intenciones.* [...]

De manera particular, el legislador no se manifiesta capaz de evitar el efecto cadena provocado por la insolvencia de una empresa [...]. Es obvio que en una economía de mercado no se puede evitar la insolvencia de las empresas más débiles pero en cualquier caso deben ser analizados los elementos que permiten minimizar los efectos negativos que se derivan de tales insolvencias. [...]

(S) *e debe ser muy cauteloso al transferir de un país a otro determinadas reglas concursales, teniendo en cuenta que lo que está en evidencia es el dato normativo en su conjunto [...]. (S) i el fin es el de salvaguardar la actividad de empresa, considerándola una riqueza para la colectividad, el completo cuerpo normativo no debería crear obstáculos que la penalicen.* [A. Maffei Alberti]

[...] (S) *e deduce fácilmente que la ausencia de un instrumento de saneamiento ad hoc en una etapa preconcursal, destinado específicamente a las empresas en una situación económica de dificultad o de insolvencia inminente representaba una laguna en el ordenamiento jurídico portugués.* [...] *Desde luego, no podemos negar que existan aspectos criticables en lo que respecta a la configuración de este procedimiento, pero hay que tener en cuenta que nos encontramos ante la primera experiencia de este tipo, y que son posibles y deseables las mejoras que puedan venir a ser introducidos. En este ámbito tiene especial importancia la implementación y desarrollo de institutos homólogos en otros países de Europa, como España, y Alemania.* [...] (H) *ay siempre que tener en cuenta que ni las mejores leyes concursales y preconcursales producen milagros.* [M. Pestana de Vasconcelos]

[...] *Son los preceptos y las intervenciones de la Ley y del Estado los que deben garantizar que los bancos trabajen por el bien público general gestionando el creciente número de crisis financieras que sufren personas, estados y empresa.* [...] *Un estado democrático y social y su aparato legal no pueden matar, liquidar, excluir ni esclavizar a los deudores. La igualdad de derechos debe implicar igualdad de oportunidades, incluso en situación de impago. Esos derechos amparan también a la familia del deudor; sus empleados, redes y socios; incluso, van más allá y se aplican al conjunto de la sociedad y al interés público.* [...] *¿Pero puede el derecho concursal realmente cumplir esa misión? El hecho de situar el interés público, los aspectos sociales y las nuevas oportunidades de desarrollo económico futuras en un punto inicial de no retorno en el cual se señala a una persona como insolvente, hace que el impacto de la ley sea mínimo.* [...] *La normativa sobre la reorganización de la deuda debe integrarse en el derecho del crédito que, a su vez, debería incorporar los valores de la protección del deudor en los procedimientos de insolvencia a su principio de actividad crediticia responsable que, al mismo tiempo, da cobertura al concurso responsable.* [U. Reifner]

El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Las primeras reformas de 2009. - 3. La reforma de 2011: especial consideración. - 3.1. Las claves de la reforma. - 3.2. El resultado: aspectos principales. - 3.2.1. La Administración concursal. - 3.2.2. Los acuerdos de refinanciación. - 3.2.3. Las implicaciones societarias del concurso. - 3.2.4. Otros aspectos significativos. - 4. Las reformas posteriores de la Ley Concursal, *de iure condito* y *de iure condendo*. - 4.1. La reforma de 2013. - 4.2. Las reformas de 2014. - 4.3. La reforma de 2015.

1. Introducción

No deja de resultar sorprendente que una ley todavía reciente en su ámbito, como lo es la LC, haya sido tan intensamente modificada en varias ocasiones desde entonces. Su Exposición de Motivos afirmaba con énfasis que «esta Ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español», como en efecto lo era sustituir en bloque el viejo Derecho Concursal español por un modelo homologable con las tendencias modernas, ya bastante generalizadas en el Derecho comparado¹. Más allá incluso de lo que la propia Ley suponía, tanto en el plano sustantivo como en el procedimental, la decisión de poner en marcha una Jurisdicción Mercantil especializada (los Juzgados de lo Mercantil fueron creados por la LC/2003, modificando la Ley Orgánica del Poder Judicial), con el fin preciso de aplicar la nueva disciplina, amén de las otras competencias que se le atribuyeron en materia mercantil, dibujaba un “amable horizonte” de estabilidad normativa, pleno de modernidad y de buenas expectativas. Eran aquellos, además, momentos de bonanza económica, de manera que la inicial escasez de solicitudes de aplicación del nuevo modelo concursal no permitió apreciar su real utilidad, ni en cuanto a la eficacia de sus objetivos (conservar la empresa y dar prioridad al convenio para la satisfacción de los acreedores, y acudir a la liquidación como solución cuasi extrema), ni en cuanto a la duración del procedimiento, ni en cuanto al coste directo o indirecto que su desarrollo pudiera conllevar.

Los acontecimientos posteriores son también de sobra conocidos. La virulenta crisis económica (financiera, inmobiliaria, industrial, empresarial, crediticia y de deuda), desatada progresivamente a partir del otoño de 2008, puso en dura prueba el incipiente modelo concursal español². Es cierto que una mejor dotación de los Juzgados de lo Mercantil, tanto en

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en Italia con título: *La riforma spagnola del 2011 del diritto concorsuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza*, en *Dir. fall.*, 6, 2013, 931-950. Se incluye aquí de nuevo una versión actualizada que abarca el análisis de las importantes modificaciones legislativas introducidas en España.

¹ Y así ocurrió: la disciplina de la “quiebra”, anclada en los Códigos del siglo XIX (el Ccom/1885 convivía a este fin con la parte del Código de 1829 que seguía vigente por la mediación de la LEC/1881), y sólo actualizada sustancialmente por la Ley de Suspensión de pagos de 1922, quedó derogada formalmente, sin perjuicio de su aplicación transitoria, al aprobarse la nueva LC orientada por los señalados principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, cuyo alcance como bases orientadoras del nuevo modelo es de sobra conocido.

² Remito a la abundante estadística acumulada en este tiempo (especial interés tiene, sin duda, la que cada

número y despliegue territorial, como en medios personales y materiales, hubiera podido paliar el problema. Pero también lo es que los recursos disponibles no lo han facilitado y, especialmente, que muchos aspectos de la configuración y del régimen del concurso en la LC/2003 no estaban pensados para una emergencia de tal magnitud. A título de ejemplo, recuérdese que la disposición de instrumentos preconcursales (al margen de lo que pudiera suponer la anticipación de la solicitud de concurso voluntario en casos de insolvencia inminente) no estaba contemplada entonces (tanto los acuerdos de refinanciación, como las adhesiones prematuras a una propuesta anticipada de convenio, proceden de incorporaciones posteriores), que el procedimiento abreviado tenía un alcance limitado en origen, o que el sobreendeudamiento de personas naturales carecía, y carece, a pesar de las últimas importantes reformas en esta materia³, de un tratamiento especializado.

No es, por todo ello, extraño que desde 2009 hasta ahora se hayan sucedido numerosas reformas de la LC: la primera de 2009 y posteriormente las de 2011, 2013, 2014 y 2015. Cada una de ellas buscaba adecuar y adaptar la Ley a la evolución de los acontecimientos económicos, generales o sectoriales (el sector financiero en particular ha experimentado profundas reformas propias has eliminar en la práctica las Cajas de Ahorro y concentrar por reducción el número de entidades bancarias); pero también es cierto que la secuencia de reformas, aún no agotada, ha generado una notable sensación de inseguridad normativa, de provisionalidad y de notable confusión incluso sobre las disposiciones vigentes en cada momento, como tendremos ocasión de analizar.

En este trabajo para los *Dialogi* se analizarán cada una de las reformas, pero destacando especialmente la que se produjo en 2011; por el proceso de preparación que la precedió, por su alcance en un momento álgido de la crisis, por la profundidad de la modificación legal que implicaba, esta reforma es, sin duda, la más significativa de todas las que se han sucedido, por lo que merece una especial atención en esta exposición.

2. Las primeras reformas de 2009

En el contexto indicado se produjo la primera, y amplia, reforma de la LC por medio del RDL de 27.3.2009 [RDL 3/2009], justificado en la urgencia y en la necesidad de una revisión selectiva del texto originario. El Derecho Concursal histórico del siglo XIX y principios del XX había estado vigente, prácticamente incólume, durante un siglo, resistiendo frente a sucesivos intentos de reforma en profundidad, y una LC reciente, y casi inédita en su aplicación, resultaba ya profundamente modificada antes de que hubieran transcurrido cinco años desde su entrada en vigor. Tan simple constatación proporciona una idea aproximada de los acontecimientos sobrevenidos en aquella primera fase de la crisis económico-empresarial.

La Exposición de Motivos del citado RDL 3/2009 argumentaba precisamente que el entorno económico en que se elaboró la LC era notablemente distinto del actual y tal circuns-

año es publicada por el Consejo Nacional de Colegios de Registradores) pero baste recordar que en torno al 90% de los procedimientos concursales abiertos desde entonces han terminado en liquidación, invirtiendo así con creces el fin deseable de la institución, o que todavía en 2011, año en que optimistas pronósticos aventuraban una reducción paulatina de las solicitudes de declaración del concurso, su crecimiento alcanzara el 11% respecto al año anterior, con el consiguiente efecto de saturación en las instancias judiciales competentes; porcentaje que siguió creciendo en 2012 y 2013 y sólo ha empezado a descender levemente en 2014.

³ [*Amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso, infra.*]

tancia había puesto ya de manifiesto la inadecuación de las previsiones normativas de entonces. Sugería la conveniencia de someter a revisión en el futuro, y con mayor profundidad, la Ley y enumeraba los aspectos (regular la refinanciación como instrumento preconcursal, agilizar trámites y disminuir costes del proceso concursal, y mejorar la posición de los trabajadores en el concurso) que iban a ser objeto de esta primera reforma, que alcanzó ya a unos cincuenta artículos del texto de 2003, a lo que se añadían tres Disposiciones Adicionales y ocho Transitorias, adornado todo ello con una enfática invocación a la seguridad jurídica que se pretendía ofrecer a los agentes socio-económicos afectados por la normativa concursal ya en aplicación.

Concretamente, los bloques sistemáticos en que se concentró la reforma eran los siguientes: la publicidad concursal, donde se instrumentaba un Registro Público insuficientemente desarrollado después y se habilitaban vías informáticas a ese fin; la administración concursal, donde se precisaban algunos asuntos relativos a la composición y retribución (la “cuenta de compensación” prevista al efecto sigue pendiente de regulación); la reintegración de la masa y, en ese contexto, los acuerdos de refinanciación, exentos de revocación si se celebraran con determinados requisitos; el reconocimiento y graduación de créditos, aclarando dudas y colmando lagunas; el convenio, donde se introducían significativas novedades en cuanto a su tramitación, aprobación y oposición; la liquidación, singularmente para facilitar su anticipación en ciertos supuestos; y las normas procesales, distribuidas a lo largo del texto legal, pero con especial incidencia en lo relativo al uso del procedimiento abreviado.

Con ocasión de la ratificación del RDL 3/2009 en el Pleno del Congreso de los Diputados del 23.4.2009 se hizo explícita la voluntad de acometer una reforma más amplia de la LC, no sometida a los límites de la urgencia. Ese es precisamente el origen del proceso que desembocaría en la reforma de 2011, que aquí consideramos. Pero conviene subrayar que este proceso operó sobre la realidad normativa ya alterada por el citado RDL, del que en buena medida trae causa. Como hemos de ver, aspectos principales de la última reforma tienen sentido contemplados desde el texto resultante en 2009, mucho más que desde el texto originario de 2003.

No mucho tiempo después, la Ley de 3.11.2009 [L. 1/2009], para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, introdujo nuevas modificaciones en la LC, en elevado número, pero con menor alcance sustantivo, pues se trataba de proyectar sobre el procedimiento concursal la nueva posición del Secretario Judicial, con una nueva orientación de sus funciones y de la relación con el Juez y los demás intervinientes en el concurso. Ello no obstante, esta reforma se aprovechó también para ajustar algún otro aspecto, como, por ejemplo y sin mucha fortuna, el alcance de la competencia del juez del concurso, previsto en el art. 8, LC, que posteriormente ha sido nuevamente retocado para aclarar los equívocos surgidos en materia de acciones de responsabilidad.

3. La reforma de 2011: especial consideración

3.1. *Las claves de la reforma*

Atendiendo al compromiso adquirido con ocasión de la aprobación del RDL de 27.3.2009 [RDL 3/2009], el Ministerio de Justicia solicitó a la Comisión General de Codificación que constituyera un Grupo de Expertos o Sección Especial con el encargo expreso de elaborar

un Anteproyecto de reforma de la LC. Integrado por 17 miembros de diversa procedencia (profesores, jueces, abogados, economistas), abordaron la tarea con una doble orientación: efectuar un repaso integral del texto entonces vigente (la LC de 2003, ya doblemente reformada en el sentido indicado), de modo que todo su contenido estuvo expuesto al debate, pero preservando el modelo de partida, expresado en los conocidos principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. El ap. II del Preámbulo del Proyecto de Ley resultante haría luego expresiva mención de tal encuadre: «La reforma de la Ley Concursal que ahora se lleva a cabo no es una reforma radical de la misma 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. Ello no impide que la reforma pueda considerarse global, pues introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica, como colmar las lagunas de la Ley. En suma, supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley de 2003, del Derecho comparado y de su evolución». Nada mejor que esta declaración de intenciones para valorar el alcance y significado de la tarea emprendida. El Grupo de Expertos trabajó intensamente durante el periodo que va de mediados de 2009 a mediados de 2010, de manera que en mayo de este año tuvo preparada una primera versión del Anteproyecto de reforma, sucesivamente revisada luego, hasta que, en diciembre de 2010, el Ministerio de Justicia difundió el texto y lo sometió a informe de diversas instituciones. A resultas de estos informes⁴, el Anteproyecto experimentó algunos cambios, ciertamente no sustanciales, en su versión de marzo de 2011, que es cuando el Consejo de Ministros decidió remitirlo al Congreso de los Diputados como Proyecto de Ley, comenzando así su andadura parlamentaria.

El BOCG, Congreso de los Diputados, de 1.4.2011, publicó el texto y abrió el primer plazo de enmiendas, sucesivamente prorrogado hasta que el 7.7.2011, una vez cerrado definitivamente el plazo, el mismo Boletín las difundió en número de 238. A la vez, el proyecto fue enviado a la Comisión de Justicia para que lo tramitara con competencia legislativa plena y quedó formada en su seno la Ponencia encargada al efecto. Durante ese tiempo, la Ponencia escuchó en comparecencia parlamentaria un buen número de opiniones de distintos sectores: profesores y jueces que habían formado parte del Grupo de Expertos, representantes sindicales, patronales, financieros, etc. Sus análisis, favorables o críticos, orientaron en buena medida la preparación de enmiendas que, como era previsible, alcanzaron prácticamente a todos los bloques de preceptos afectados por la reforma, con especial incidencia en los temas objeto de mayor interés y polémica. La composición de la administración concursal y el estatuto de sus miembros, los acuerdos de refinanciación, las novedades en materia de reconocimiento y clasificación de créditos, la tramitación del convenio y de la liquidación, el tratamiento de los créditos públicos, los aspectos laborales del concurso, el procedimiento abreviado y las normas procesales, las implicaciones societarias y de responsabilidad de administradores, las peculiaridades del concurso de entidades deportivas, entre otros, concentraron el esfuerzo principal. Pero también se ofrecieron alternativas de preconcursalidad o medidas frente al sobreendeudamiento⁵, temas que la reforma no consideraba suficientemente, tal vez porque en-

⁴ Algunos de especial interés por su alcance analítico y crítico, como por ejemplo, los emitidos por el Consejo Económico y Social, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo General de la Abogacía, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Asociación Española de Banca, las principales Centrales Sindicales y Organizaciones patronales, diversos Colegios Profesionales, etc.

⁵ [*Amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *cit.*, *infra*.]

tendió que rebasaban el límite de la no alteración sustancial del modelo concursal establecido.

La citada Ponencia ultimó con celeridad la preparación del correspondiente Informe, en el que consta la aceptación y transacción de buena parte de las enmiendas, de modo que la Comisión de Justicia pudo aprobar su Dictamen a final del mes de julio de 2011 y remitir el texto al Senado. Para entonces era ya un hecho cierto que la legislatura terminaría con la disolución del Parlamento en el mes de septiembre y la convocatoria de elecciones generales para el 20 de noviembre. De modo que el tramo final del trayecto parlamentario del Proyecto de Ley estuvo ciertamente afectado por la urgencia, la premura y la voluntad de culminar una reforma que, de haberse pospuesto a la nueva legislatura, hubiera entrado en evidente incertidumbre de tiempo y de oportunidad debido a la fatal caducidad del texto y a la necesidad de nueva presentación para recorrer desde el inicio el camino ya avanzado. Cabe reconocer, pues, que el paso del Proyecto por el Senado fue fugaz y accidentado: de nuevo se presentaron enmiendas en número elevado (157 en concreto), de las que muchas se aprobaron sin tener suficientemente en cuenta que reproducían otras, que no habían prosperado en el Congreso, y que en ocasiones no resultaban coherentes con el texto previamente aprobado y remitido para segunda lectura. El Proyecto hubo de volver al Congreso que, como es constitucionalmente preceptivo, debe ratificar los cambios introducidos, o bien rechazarlos para volver a dicho texto, tarea esta que ocupó las últimas horas del tiempo parlamentario hábil. En efecto, la aprobación final, corrigiendo los desajustes que principalmente afectaban a la administración concursal y a los acuerdos de refinanciación, entre otras materias, se produjo en el Pleno del Congreso de los Diputados el 22 de septiembre, última sesión de la legislatura y, prácticamente, como último punto del orden del día. El Diario de Sesiones de esa jornada da buena cuenta del evento.

Una posterior corrección de errores solventó el que afectaba al art. 18, referido a la oposición que puede formular el deudor. Otros, como es el caso de los que afectan a los arts. 28, cuyos aps. 3 y 5 presentan una redundancia parcial, 55, o 172 y 172-*bis*, cuyo respectivo ap. 4 es coincidente, necesitarían de una voluntad legal expresa, lo mismo que determinadas consideraciones del Preámbulo, no suficientemente coordinadas con el texto legal de referencia finalmente aprobado.

Es probable que el proceso descrito permita apreciar con realismo las claves que la reforma perseguía y que explican su alcance. Sin que ello suponga un orden de prioridades determinante, flexibilizar y agilizar el procedimiento, aligerar requisitos, plazos y costes, anticipar resultados del concurso, potenciar los acuerdos de refinanciación y la propuesta anticipada del convenio como instrumentos preconcursales, fueron, entre otras, las motivaciones principales.

Al análisis de su plasmación normativa se dedican las siguientes páginas de este texto.

3.2. *El resultado: aspectos principales*

Como ya se ha indicado, la reforma de la LC introducida por la L. 37/2011, tiene una dimensión notable: cuantitativamente, alcanza aproximadamente a la mitad de los 230 artículos del texto precedente, aunque hay que tener en cuenta además los nuevos preceptos que incorpora, como *bis*, *ter*, etc., sin modificar la numeración anterior, así como las nuevas Disposiciones adicionales, finales, transitorias o derogatorias, tanto de la propia Ley de reforma, como añadidas al texto anterior; cualitativamente, prácticamente todos los aspectos que

integran el régimen concursal están afectados, en mayor o menor medida, y algunos de los que pueden considerarse más significativos lo están de forma destacada.

Por obvias razones de dimensión y objeto, se consideran aquí de manera especial los cuatro aspectos que, en mi criterio, fueron más relevantes en el contexto de la reforma: la administración concursal; los instrumentos preconcursales y, singularmente, los acuerdos de refinanciación; las implicaciones societarias del concurso; y el procedimiento abreviado. Hay, sin duda, otros aspectos que merecen consideración⁶.

3.2.1. *La Administración concursal*

El régimen del órgano administrativo del concurso es ciertamente uno de los asuntos principales más afectados por la reforma, si se observa que el conjunto de las materias que lo componen ha sido objeto de modificación sustancial. La propia composición del órgano, su funcionamiento, los requisitos de acceso, el nombramiento y las demás cuestiones del estatuto personal de los administradores concursales, el recurso a auxiliares delegados, las funciones y atribuciones, etc., han experimentado cambios significativos, con la finalidad declarada de dotar a la administración concursal de mayor agilidad y, en la medida de lo posible reducir el coste que supone para el propio concurso.

El Proyecto de Ley presentado al Congreso avanzaba más tímidamente en la pretensión de simplificar la estructura y funcionamiento de la administración concursal: conservaba el modelo de composición tripartita (abogado, economista, acreedor), eliminaba requisitos de acceso (los cinco años de ejercicio efectivo en el caso de los profesionales) y, sobre todo, abría la posibilidad expresa de que «personas jurídicas que integren a ambos tipos de profesionales» pudiesen ser directamente nombradas como administrador concursal, sustituyendo simultáneamente a los dos profesionales, con la única y genérica condición de que «garanticen la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal». Tal posibilidad no era, sin embargo, extraña: el art. 30, LC, ya contemplaba la hipótesis de que personas jurídicas fueran designadas para el cargo, debiendo entonces nombrar una persona natural representante, con la misma cualificación profesional. Lo novedoso es que, ahora, la persona jurídica debería integrar a ambos profesionales, sustituyendo a ambos en la condición de administrador concursal, de lo que hubiera resultado un órgano bímembre, compuesto por persona jurídica profesional (el Proyecto pensaba obviamente en las sociedades profesionales, como así lo confesaba el ap. VII del Preámbulo) y por acreedor. Sin embargo, el art. 30 proyectado requería en esos casos la designación de dos personas naturales representantes, cada una con la respectiva condición profesional del art. 27, para el ejercicio del cargo, circunstancia que no se compaginaba bien con la pretensión invocada.

La tramitación parlamentaria introdujo en este punto una radical novedad: tomando en consideración el criterio que ya estaba en la LC para los procedimientos abreviados (art. 27.2.3 y art. 191.2), mayoritariamente utilizados en la práctica, y llevando al extremo los objetivos de simplificación y agilidad, optó inicialmente por un modelo de administración concursal unipersonal o de único miembro profesional, con libre elección de abogado o economista en la designación judicial, desapareciendo el miembro acreedor y manteniendo la posibilidad de nombramiento de persona jurídica que, ahora, sólo debería nombrar una per-

⁶ [Vid. QUIJANO, J., *Post scriptum, infra.*]

sona natural representante, profesional en cualquiera de las dos condiciones.

El nuevo modelo, no obstante, incorporó alguna flexibilidad en trámites posteriores como consecuencia de enmiendas aceptadas y de transacciones diversas hasta llegar al texto final. En efecto, se contempló de nuevo la hipótesis de administración concursal bímembre, con nombramiento obligatorio de acreedor, para los casos de “concurso ordinario de especial trascendencia” (art. 27.2.3), categoría ésta que quedó definida con criterios cuantitativos en el nuevo art. 27-*bis*, aunque, si bien se observa, el último apartado de este precepto permite extender el nombramiento de acreedor como administrador concursal, sólo para la Administración Pública o entidad vinculada o dependiente, en «concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique», circunstancia que habrá de apreciar el juez, de oficio o a instancia de parte, sin necesidad de que concurran los elementos cuantitativos que hacen un concurso ordinario de especial trascendencia.

De este modo se han terminado superponiendo dos hipótesis de administración concursal bímembre, de distinta naturaleza: la del concurso ordinario de especial trascendencia, legalmente tasada, en que el acreedor a nombrar (art. 27.2.3) ha de ser un acreedor cualificado (titular de crédito ordinario o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe), posición que podrá corresponder también a la representación legal los trabajadores en su conjunto, por medio de profesional, si sus créditos alcanzan ese nivel, o a la Administración Pública, a través de empleado público con la consiguiente cualificación profesional; la del concurso con causa de interés público, de libre apreciación por el juez, en que el acreedor a nombrar es exclusivamente la Administración o entidad equivalente.

Por lo demás, en el tramo final de la tramitación se recuperó, por enmienda en el Senado, el requisito de cualificación profesional, notablemente intensificado: además de los cinco años de experiencia efectiva en el ejercicio de la profesión, se exige ahora “formación especializada en Derecho Concursal”, para el caso del abogado, y “especialización demostrable en el ámbito concursal”, para el caso del economista, titulado mercantil o auditor de cuentas. En el caso de la persona jurídica se precisa que debe integrar, al menos, un profesional de cada condición.

Los demás aspectos relacionados con la composición y el nombramiento han experimentado también notables cambios, aunque en ellos la variación entre el Proyecto y la Ley es menos significativa. En primer lugar, permanecen, con algún matiz, los supuestos especiales de nombramiento en los concursos de entidades emisoras de valores, empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y de seguros, etc., que ya estaban contemplados en la LC/2003 (art. 27.2.1 y 2), a los que se ha añadido, también como supuesto especial, el de los concursos conexos, previstos en los arts. 25, 25-*bis* y 25-*ter*, donde cabe designar una administración concursal única, con auxiliares delegados (art. 27.5). En segundo lugar, y aquí con importantes novedades, se desarrolla el procedimiento de designación (art. 27.3 y 4), a partir del ya conocido sistema de lista de profesionales y personas jurídicas disponibles, orientado por un principio abierto de “distribución equitativa de designaciones” que, no obstante, y a pesar de seguir vigente la regla de rotación del art. 28.2 (tres concursos en dos años y en el mismo juzgado), admite ahora excepciones relevantes en el propio art. 27.4.1 y 2, que permite designaciones discrecionales de concretos administradores, por razón de experiencia y conocimientos, y designaciones obligadas, en concursos ordinarios, a favor de quienes ya hayan intervenido en otros concursos ordinarios o, al menos, en tres concursos abreviados, salvo decisión judicial distinta y motivada. Finalmente, en este punto, se ha habilitado un

cauce de queja al Decanato judicial, cuya efectividad habrá que comprobar con el tiempo, en relación con el funcionamiento de la lista de disponibles (art. 27.6).

El estatuto personal de los administradores concursales ha experimentado también cambios de interés, como, por ejemplo, en los dos temas más directamente relacionados con el nombramiento, como lo son el régimen de incompatibilidades y la aceptación del cargo. En materia de incompatibilidades y prohibiciones destacan las excepciones a favor de las personas jurídicas en cuanto a la aplicación de la regla de rotación y en cuanto a la vinculación profesional (ésta no tiene mucho sentido en el supuesto de administración unipersonal) en el art. 28.2 y 4. En relación con la aceptación (art. 29), además de la obligación de facilitar al juzgado la dirección postal y electrónica a las que efectuar la comunicación de los créditos, hay que añadir la de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, importante aspecto que ha sido posteriormente desarrollado por RD de 21.9.2012. La norma reglamentaria detalla el alcance subjetivo y objetivo del deber de aseguramiento y la forma de comunicarlo y acreditarlo, a la vez que fija las cuantías de la suma asegurada en los diversos supuestos y la duración y delimitación temporal de la cobertura; igualmente, precisa el contenido de la garantía equivalente, alternativa al seguro, que debe ser constituida por entidad de crédito y en forma solidaria. Probablemente el aspecto de mayor interés sea el hecho de que la disposición reglamentaria ha aclarado un extremo que en la reforma legal ofrecía equívoco: allí se hablaba de la obligación de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil como presupuesto para la aceptación del cargo; la expresión reiterada del RD («acreditar la vigencia de un contrato de seguro») evidencia que la distinción clásica entre tomador y asegurado ha sido tenida en cuenta, como no podía ser de otra manera, tratándose de un tipo de seguro no ajeno al régimen general de la vigente Ley del Contrato de Seguro de 1980.

Los demás aspectos (retribución, ejercicio del cargo, responsabilidad, cese) se han adaptado, con algunas imprecisiones, al modelo de administración unipersonal: así, ha desaparecido la regla de identidad en la retribución, olvidando que cabe la posibilidad de dos administradores cuando hay acreedor, como también ha desaparecido la ausencia de retribución si el acreedor es una Administración, o la solidaridad del antiguo ap. 2 del art. 36, cuando lo cierto es que si hay ejercicio conjunto de las funciones, en caso de dos administradores, seguía teniendo sentido la mención.

Por fin, es notable el cambio en lo que atañe a la designación de auxiliares delegados en el art. 32, donde ahora se distingue entre nombramiento potestativo y obligatorio, éste en supuestos no suficientemente delimitados. También lo es el cambio de criterio en materia de recursos (art. 39), ahora disponibles contra las resoluciones de nombramiento, recusación y cese de administradores concursales y de auxiliares delegados.

3.2.2. *Los acuerdos de refinanciación*

Los acuerdos de refinanciación habían entrado en la LC a través de una disp.ad.IV incorporada por vía de urgencia con ocasión de la reforma producida por el RDL de 27.3.2009. Tal incorporación se limitaba a definir dichos acuerdos (debían suponer ampliación significativa del crédito disponible o modificación de las obligaciones del deudor, prorrogando el plazo de vencimiento o estableciendo otras obligaciones en sustitución de las contraídas) y a exigir su vinculación a un plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo, a establecer los requisitos (suscripción por tres quin-

tos del pasivo del deudor, informe de experto y formalización en instrumento público) para obviar la rescisión concursal del art. 71.1, LC, tanto de los acuerdos en sí mismos como de los negocios, actos, pagos y garantías derivadas, si finalmente se declaraba el concurso, y a atribuir, en ese caso, legitimación exclusiva para ejercer acciones de impugnación (única vía de control reconocida) a la administración concursal. En cierto modo, se confiaba en que la celebración de un acuerdo de refinanciación permitiera superar la insolvencia por medio de la anticipación, pero no se les reconocía expresamente el carácter ni los efectos propios de un instrumento preconcurso.

La reforma de 2011 comienza, en primer lugar, por ese reconocimiento: el nuevo art. 5-*bis*, LC, permite ahora al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, circunstancia que antes sólo se preveía respecto de la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Hecha tal comunicación en tiempo y forma, el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario no será exigible (el art. 5 contemplaba un plazo de dos meses al respecto), pero transcurridos tres meses de la comunicación el deudor debe solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación u obtenido adhesiones suficientes para tramitar la propuesta anticipada de convenio, todo ello a no ser que para entonces ya no se encontrara en situación de insolvencia. Así mismo, el nuevo ap. 3 del art. 15 reformado impide admitir a trámite solicitudes de concurso necesario una vez presentada la citada comunicación y durante los tres meses previstos en el art. 5-*bis*.

En segundo lugar, el contenido de la disp.ad.IV mencionada ha pasado ahora a formar parte del arts. 71.6 y 72.2, para integrarse sistemáticamente en el ámbito de las acciones de reintegración. Quedan así protegidos de la rescisión tanto los acuerdos de refinanciación como los negocios, actos, pagos y garantías derivadas, como ya venía ocurriendo, siempre que concurran los fines y los requisitos que la citada Disposición estableció, aunque en dos de los tres requisitos se han introducido matices de interés (la regla de cálculo de mayoría cualificada de pasivo en los acuerdos de grupo y el mayor desarrollo del contenido del informe de experto (con mención de las eventuales reservas o limitaciones que pueda recoger), cuya designación ha de hacer el registrador mercantil a su prudente arbitrio. El hecho de que el art. 72.2 contemple la legitimación exclusiva y excluyente de la administración concursal para «ejercer acciones rescisorias y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación», no debe suponer contradicción al respecto: más allá de «las acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho» (aceptadas con carácter general en el art. 76.7), las rescisorias que menciona sólo cabrán en este caso si el acuerdo de refinanciación no estuviera adornado de los fines y los requisitos señalados, y así debería entenderse la aparente antinomia entre el 71.6 y el 72.2.

En tercer lugar, tiene máximo interés el tratamiento concedido a los nuevos ingresos de tesorería resultantes de un acuerdo de refinanciación, esto es, el denominado *fresh money*: la mitad es crédito contra la masa (art. 84.2.11); el resto, la cuantía no reconocida en esa primera condición, es crédito con privilegio general (art. 91.6). Sin perjuicio de las especiales y novedosas reglas que pueden afectar al pago de créditos contra la masa (así, la del art. 84.3, que fija el orden y el margen limitado de alteración, y la del 176-*bis*.2, en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa), e incluso de las restricciones que el propio n. 11 del art. 84.2, establece para los ingresos de tesorería realizados por el deudor o por personas especialmente relacionadas en ciertos supuestos, es evidente que el citado tratamiento resulta

objetivamente ventajoso y no estará exento de vivo debate. También lo es que opera en un contexto de riesgo (si no hubiera riesgo, lo más probable es que no hubiera sido necesaria la refinanciación) en el que puede tener sentido un cierto estímulo a las decisiones de ampliar el crédito y de conceder nuevos ingresos de tesorería que pueden ayudar a superar la situación de dificultad del deudor en el marco de un plan de viabilidad. El tiempo y la estadística ilustrarán sobre la utilidad, y la justicia, de una medida que, en todo caso, debe entenderse en el complejo entorno para el que está pensada.

Finalmente, la vaciada disp.ad.IV se ha rellenado de nuevo con un contenido de primera importancia, como lo es la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, aspecto que no había sido contemplado en la reforma inicial y cuya ausencia era insistentemente objetada como un inconveniente para potenciar los efectos de dichos acuerdos. De manera similar a como la aprobación judicial del convenio concursal extiende sus efectos a los acreedores, con los matices que contemplan los arts. 134 para los créditos privilegiados y 135 para los obligados solidarios con el deudor y sus fiadores y avalistas, la homologación extiende los efectos de la espera pactada en el acuerdo de refinanciación, con el apoyo del 75% del pasivo titularidad de entidades financieras, a los demás acreedores financieros no participantes o disidentes, siempre que sus créditos no estén dotados de garantía real. Precisamente esta restricción, lo mismo que la general que hace del acuerdo un instrumento de uso exclusivo por los acreedores financieros (concepto que, además, hay que construir a partir del de “entidad financiera”, en relación a la sujeción a supervisión), es discutible por la limitación que supone.

Por lo demás, la disp.ad.IV resuelve el problema de la competencia para homologar, previa solicitud del deudor, que no puede reiterarla hasta pasado un año, y desarrolla la publicación y el procedimiento, en el que tal vez se hubieran debido precisar más los trámites y requisitos de formación de la voluntad de los acreedores y de la eventual impugnación del acuerdo. Los otros asuntos esenciales, la paralización de las ejecuciones singulares (y su relación con el plazo de espera, limitado a tres años) y la declaración y efectos del incumplimiento (que deja expedita la declaración del concurso necesario o la iniciación de ejecuciones singulares) abren también diversos interrogantes interpretativos respecto a su alcance en la variada casuística que puede presentarse. Por su parte, la nueva disp.ad.V añade el detalle de la aplicación de aranceles a la escritura pública que formalice el acuerdo de refinanciación. En todo caso, la expresa regulación de la homologación, sin perjuicio de los detalles que la práctica y la experiencia habrán de ir aclarando, debe ser vista como un elemento de confianza y de seguridad que debería ayudar a hacer más eficaz el objetivo de la recuperación de empresas mediante la refinanciación acordada.

3.2.3. *Las implicaciones societarias del concurso*

Es de sobra conocido que la declaración de concurso de una persona jurídica motiva la aplicación de un conjunto amplio de especialidades a lo largo del procedimiento y que muchas de ellas están específicamente referidas al supuesto en que la persona jurídica es una sociedad mercantil. Sobre éstas, que genéricamente denomino “implicaciones societarias”, la reforma ha impactado con fuerza, sobre todo, aunque no sólo, en lo relativo a los efectos, funcionamiento de los órganos, alcance y ejercicio de acciones de responsabilidad, etc. Integra este apartado un compendio variado de modificaciones, de entre las que conviene

seleccionar y ordenar las más relevantes.

Están en primer lugar las reformas que atañen a los efectos de la declaración del concurso sobre los órganos de la persona jurídica concursada (art. 48), donde continúa afirmado el “principio de mantenimiento” de tales órganos, sin perjuicio de la intervención o suspensión de sus facultades a tenor del art. 40, aunque la referencia al cese de administradores o liquidadores al abrirse la fase de liquidación ha sido enviada al art. 145.3, junto al efecto de disolución de la persona jurídica, en una loable decisión de orden sistemático. Se ha aclarado, sin embargo, a propósito del derecho de asistencia y de voz que corresponde a la administración concursal en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica, la obligación de convocarlos en la misma forma, y con la misma antelación, que a los propios integrantes del órgano, añadiendo, para disipar las dudas existentes, que, en el caso de junta o asamblea universal, la constitución no es válida sin la concurrencia de la administración concursal.

Igualmente se han añadido otras precisiones del mayor interés: la necesidad de autorización o confirmación por la administración concursal de los acuerdos de junta o asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso; la aclaración, quizá no estrictamente necesaria un vez afirmado el principio de mantenimiento de órganos, de que los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso, sin perjuicio de la afectación, lo mismo que los apoderamientos existentes, por las situaciones de suspensión o intervención que, respectivamente, provocan el traslado de facultades a la administración concursal o la supervisión por parte de ésta, autorizando o confirmando los actos de administración y disposición; la posibilidad judicial de suprimir o reducir el importe de la retribución, atendiendo a las funciones persistentes y al patrimonio de la concursada, así como de atribuir a la administración concursal el ejercicio de los derechos políticos de que ésta sea titular en otras entidades, si sus intereses patrimoniales quedan afectados. Por la relación que tiene con las funciones de los administradores, conviene destacar también aquí la más matizada previsión del reformado art. 46, en materia de formulación y auditoría de las cuentas anuales, así como la aclaración del alcance de la intervención de la administración concursal al respecto.

En segundo lugar, y aunque ambas cuestiones estaban previstas, pero confusamente mezcladas, en la LC/2003, se han diferenciado con nitidez (arts. 48-*bis* y 48-*quater*) los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los socios (sea para exigirles la responsabilidad personal por las deudas sociales, en su caso, sea para reclamarles el desembolso de aportaciones diferidas o las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento) y sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora, a la vez que se han agrupado en un solo precepto (48-*ter*) los respectivos mecanismos de embargo de bienes, o de aval sustitutivo, con mención diferenciada del presupuesto correspondiente (la posibilidad fundada de insuficiencia de la masa activa, en el caso de los socios, y de condena a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en la sentencia de calificación, en el caso de los administradores y liquidadores, de hecho o derecho, y de los apoderados generales, de hasta dos años anteriores al concurso). En ambos casos es novedad la legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio ante el juez del concurso (competente conforme al art. 8.7 y 8) de las acciones, lo que, en el caso de administradores, auditores o liquidadores viene a alterar justificadamente la tradicional mecánica de ejercicio de la acción social de responsabilidad por daños causados en el patrimonio de la sociedad, que anteriormente fundamentaba una legitimación concurrente y añadida, aún sin necesidad de acuerdo previo de la junta de socios.

Por excepción prevista en el art. 51, los juicios pendientes en que se esté ejercitando

esta acción social se acumularán de oficio al concurso, si están en primera instancia y no ha finalizado el acto de juicio o la vista, continuándose su tramitación ante el juez del concurso por la vía procesal ya iniciada. De tal medida, y desafortunadamente por los riesgos que comporta para la *par conditio*, han quedado excluidas las acciones individuales de responsabilidad (art. 241, LSC), que podrán iniciarse o continuarse fuera del concurso y en la jurisdicción ordinaria, a pesar de que frecuentemente, y aunque sea bajo la forma de reclamación del daño producido en los intereses individuales del acreedor, el objeto material de la acción es el importe del crédito insatisfecho por la sociedad. Bien distinto es el tratamiento de la responsabilidad por deudas: los arts. 50.2 y 51-*bis*, determinan, por un lado, la no admisión a trámite de demandas tras la declaración del concurso, y, por otro, la suspensión de los procedimientos iniciados antes, cuando se trate del ejercicio de acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de sociedades de capital concursadas que hubieren incumplido las obligaciones impuestas en caso de concurrencia de causa de disolución, con lo que se ha dado solución a una cuestión polémica hasta el momento. Ahora ya no habrá duda de que la interrupción de la prescripción de las acciones cuyo ejercicio queda suspendido (art. 60) alcanza también a las citadas, de manera que el denominado “marco de relaciones entre las acciones de responsabilidad societaria y concursal” podrá reconstruirse sobre nuevas y diferentes bases de razonamiento.

En la misma línea, son destacables las novedades introducidas en el régimen de la responsabilidad concursal, objeto ahora de un precepto específico (art. 172-*bis*) en el contexto de la calificación del concurso y sus efectos. En la nueva formulación la responsabilidad se relaciona más claramente con la cobertura, total o parcial, del déficit, se individualiza más y, a la vez, se configura como un cauce de reintegración de la masa activa del concurso, y ya no como un instrumento de pago directo a los acreedores del importe no satisfecho de sus créditos tras la liquidación. En efecto, el texto legal, que sigue manteniendo como presupuesto la formación o la reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de calificación, permite al juez condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada, que hubieren sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura, total o parcial, del déficit. La condición de persona afectada está prevista en el art. 172.2, y es ahí donde se extiende a los dos años anteriores la cualidad de sujeto pasivo. Además, si ya hubiera calificación del concurso como culpable, pero la secc. VI (art. 167) se reabre por incumplimiento del convenio, la condena atenderá tanto a los hechos probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

Ocurre, sin embargo, que, si hay pluralidad de condenados, la sentencia, recurrible en apelación por quienes fueron parte en la calificación, debe individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno, según su participación en los hechos que fundamentan la calificación del concurso, con lo que el anterior debate sobre el alcance solidario de esta responsabilidad dejará de tener sentido, ni cabrá extender a los demás la obligación de suplir la insolvencia particular de alguno de los condenados. Como ya indicé, todas las cantidades que se obtengan se integrarán en la masa activa del concurso, en interés del conjunto de los acreedores, con lo que adquiere pleno sentido la atribución de legitimación preferente para solicitar la ejecución de la condena a la administración concursal, de modo que los acreedores que solicitaron por escrito tal ejecución, instando al efecto a la administración concursal, sólo adquirirán legitimación supletoria si ésta no lo hace en el plazo de un mes.

Vista en su conjunto, la responsabilidad concursal ha ganado en coherencia jurídica y,

previsiblemente, en eficacia. Lo que no obsta a que permanezca abierto el debate sobre su naturaleza indemnizatoria, con la consecuencia de la prueba del nexo causal entre la contribución a generar o agravar el estado de insolvencia y el daño, o sancionatoria, trayendo aquí el esquema conocido de la responsabilidad por deudas. En mi opinión, la vinculación entre calificación del concurso como culpable y condena a la cobertura del déficit, que puede no coincidir cuantitativamente con el daño, sigue inclinando la balanza hacia la tesis de la sanción civil, sin olvidar que la indemnización de los daños y perjuicios causados por parte de las personas afectadas por la calificación ya tiene su propio encaje, como pronunciamiento de la sentencia, en el art. 172.2.3.

3.2.4. *Otros aspectos significativos*

En los apartados anteriores se han descrito los asuntos objeto de la reforma que considero de mayor alcance sustantivo, y en buena medida mercantil. Pero no sería razonable obviar que hay muchos otros que merecen interés y consideración, y a ellos se hace una referencia, conjunta, selectiva y sintética, en absoluto exhaustiva, en este epígrafe.

Entre estos aspectos significativos les hay que, por su alcance, merecen referencia especial.

En primer lugar, las implicaciones laborales del concurso: en el art. 64, LC, se ha reforzado la competencia del juez del concurso en relación con los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incluyendo los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales y, entre otros detalles, se ha clarificado la posición de la representación de los trabajadores en el procedimiento concursal; en otro contexto, se han precisado cuestiones relativas al carácter de los créditos laborales, tanto si son créditos contra la masa (art. 84.2.1 y 5, donde se ha añadido una regla de preferencia en el pago en el ap. 3), como si son créditos con privilegio general (art. 91.1, donde se han incluido las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos); también se ha fijado un criterio de orden de pago en casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176-*bis*) con prelación para los créditos salariales, y se han desarrollado las condiciones de entrada del Fondo de Garantía Salarial en el concurso, a través de la subrogación que prevé el art. 84.5, y de la modificación del art. 33.3, ET.

En segundo lugar, tienen sustantividad propia las múltiples modificaciones en el ámbito procesal. Además de las que afectan a la tramitación inicial de la solicitud de declaración del concurso en los distintos supuestos (arts. 15, 16, 18, etc.) o la tramitación de incidentes y recursos (arts. 194 y 197), destacan de manera especial las novedades introducidas en relación con el procedimiento abreviado, cuyo ámbito de aplicación (art. 190) se ha diversificado en supuestos potestativos y en supuestos obligatorios, a la vez que el propio contenido del procedimiento se ha detallado notablemente en el art. 191, cuyas reglas generales se combinan ahora con las particulares, aplicables respectivamente cuando la solicitud del concurso se acompañe de propuesta de convenio (191-*bis*) o de plan de liquidación (191-*ter*).

En tercer lugar, un variado conjunto de reformas está relacionado, desde distintas ópticas, con la protección del crédito público: así, la posibilidad de continuación de procedimientos administrativos de ejecución (art. 55), si se ha dictado diligencia de embargo (ya no providencia de apremio) y siempre que los bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, quedando estos embargos administrativos exentos del levanta-

miento y cancelación que ahora posibilita el precepto; o la ampliación de las posibilidades de compensación (art. 58) aun cuando el acto administrativo que la estime sea posterior a la declaración del concurso; o las especiales condiciones de reconocimiento de créditos públicos cuando sea precisa alguna declaración o autoliquidación para su determinación (art. 86.3); o la nueva mención a créditos por responsabilidad civil derivada de delito fiscal o contra la SS, dentro de los créditos con privilegio general del art. 91.5, carácter que se mantiene en los demás casos de crédito público incluso tras la modificación de la lista de acreedores (art. 97.4.2); o, en fin, las relevantes modificaciones que se recogen en Disposiciones Finales y que afectan a la legislación tributaria (reglas de concurrencia de procedimientos y de ejercicio del derecho de abstención), a la reguladora del IVA (inversión del sujeto pasivo) y a la de la SS (transacción de derechos).

Finalmente, y en un plano más concreto, deben mencionarse, siguiendo el itinerario de la reforma, otras cuestiones de interés que me limito a enumerar, destacando el aspecto principalmente afectado por la modificación: la nueva ordenación de la publicidad concursal (art. 23) y registral (art. 24), complementadas por el desarrollo de un Registro Público Concursal (art. 198), que era tarea pendiente en el texto precedente; el régimen de los concursos conexos, donde se distingue ahora la declaración conjunta de concurso de varios deudores, la acumulación de concursos y la tramitación coordinada, sin consolidación de masas con carácter general, pero con posibilidad de hacerlo si hay confusión patrimonial y dificultad para el deslinde de titularidades de activos y pasivos (arts. 25, 25-*bis* y 25-*ter*); las nuevas reglas en materia de conservación y administración de la masa activa, especialmente para facilitar los actos de disposición instados por la administración concursal (art. 43) y las nuevas precisiones relativas al derecho a alimentos (art. 47); la reordenación sistemática y complementaria de los supuestos de paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas en el art. 56; la suspensión del derecho de retención (art. 59-*bis*) como nuevo efecto de la declaración del concurso sobre los créditos en particular; la nueva configuración de la materia de acciones de reintegración en el art. 71, donde, además de incorporarse como excepción los acuerdos de refinanciación ya mencionados, se ha modificado el carácter de la presunción de perjuicio patrimonial respecto de pagos u otros actos de extinción de obligaciones no vencidas pero que cuentan con garantía real; la presentación del informe de la administración concursal, precisando las condiciones de prórroga del plazo (art. 74) y la ampliación de su contenido a las propuestas de convenio y plan de liquidación, cuando proceda (art. 75); las novedades en cuanto a composición de la masa activa, en los arts. 76 (ejecución separada no iniciada en plazo) y 82 (exclusión de bienes de propiedad ajena sobre los que el deudor tiene derecho de uso) y de la masa pasiva (deudas de la masa ya mencionadas, en el art. 84), donde destacan las nuevas reglas de comunicación y reconocimiento de créditos (arts. 85, 86 y 87), las precisiones ya indicadas en materia de clasificación (arts. 90-93) y, de manera especial, el nuevo régimen de comunicaciones, impugnaciones y modificaciones posteriores, todo ello de gran trascendencia práctica en cuanto al objetivo de agilización del procedimiento en un momento de su transcurso frecuentemente farragoso (arts. 96, 96-*bis*, 97 y 97-*bis*); la regulación del convenio, que ha experimentado algunas reformas puntuales para ampliar la posibilidad de proposiciones alternativas (para todos o algunos acreedores, en vez de para los de una o varias clases, en el art. 100.2), acoger excepciones a la prohibición de acordar cesiones en pago o para pago (art. 100.3), concretar plazo para optar entre las propuestas alternativas (art. 102), precisar aspectos de la tramitación escrita, de la mayoría de aprobación, de la oposición y el rechazo de oficio por el juez, y, destacadamente, para

excluir de la privación de voto los créditos adquiridos tras la declaración del concurso por entidad sometida a supervisión financiera (art. 122) y para especificar las circunstancias de comienzo y alcance de la eficacia del convenio en el art. 133; el régimen de la liquidación, con importantes novedades en cuanto a su apertura, donde se distingue la solicitud por el deudor (que puede pedirla en cualquier momento y debe pedirla cuando conozca la imposibilidad de cumplir el convenio), por los acreedores y por la administración concursal (art. 142), en cuanto a los efectos de la apertura sobre el concursado, en cuanto al plan de liquidación y los informes periódicos a presentar por la administración concursal y, muy destacadamente, en cuanto a las reglas de pago de las distintas clases de créditos (arts. 154-157), donde se ha introducido una notable flexibilización que permite la cesión en pago o para pago al acreedor de bienes afectos a privilegio especial o la anticipación del pago de créditos ordinarios en ciertos casos; las condiciones de formación de la sección sexta, de calificación, especialmente en caso de convenio (art. 167), la personación y condición de parte en el expediente (art. 168), y el contenido de la sentencia (art. 172), además de las reformas ya señaladas en materia de responsabilidad concursal; y, finalmente, la completa reordenación en el régimen de la conclusión (causas y efectos) y de la reapertura del concurso (arts. 176-179), donde se han introducido reglas especiales para el supuesto de conclusión por insuficiencia de masa activa (art. 176-*bis*), que puede producirse desde la propia declaración del concurso si, ante la insuficiencia patrimonial, no sea previsible la captación de nuevos bienes por alguna de las vías previstas, lo que abre la vía para proceder de inmediato al pago de los créditos contra la masa conforme al orden establecido.

Por último, la reforma se cierra con un conjunto de Disposiciones de distinta naturaleza: algunas se añaden a la LC (así la disp.ad.II-*bis*, sobre especialidades de las sociedades deportivas en materia concursal, para reconocer la sujeción a la normativa reguladora de las competiciones y comprometer una legislación propia que debe tramitarse en el plazo de seis meses; las disp.ad.IV y disp.ad.V sobre acuerdos de refinanciación y la disp.ad.VI, que una vez más aplica el concepto de grupo de sociedades del art. 42.1, Ccom; en otras se modifican normas diversas (las ya indicadas LGT, reguladora del IVA, ET, SS o Navegación Aérea, además del art. 13, Ccom, en su referencia a la inhabilitación); una disp.ad. única, la propia de la Ley de reforma, remite las especialidades de la insolvencia (el llamado sobreendeudamiento) de personas físicas y familias a un futuro informe que podrá proponer medidas particulares para estos casos y procedimientos de solución extrajudicial; trece Disposiciones Transitorias establecen los criterios de aplicación de las reformas a concursos nuevos o en tramitación, en función del momento en que se encuentre el procedimiento y tres Disposiciones Finales sirven para adecuar las referencias a la administración concursal, para alegar el título competencial estatal que emana para la legislación mercantil y procesal del art. 149.1.6, Const., y para establecer la entrada en vigor de la Ley (el 1.1.2012 con carácter general y el día siguiente de la publicación en el BOE, 12.10.2011, en todo lo relativo a los acuerdos de refinanciación).

4. Las reformas posteriores de la Ley Concursal, *de iure condito* y *de iure condendo*

4.1. *La reforma de 2013*

Tras la reforma de 2011, desarrollada con más detalle, la siguiente reforma de importancia se produjo en septiembre de 2013, con ocasión de la llamada “Ley de apoyo a los

emprendedores”⁷. Junto a algunas modificaciones de detalle en el régimen de los acuerdos de refinanciación, que eran el único instrumento preconcursal previsto entonces, esta reforma incorporó a la LC un nuevo instrumento preconcursal, denominado “acuerdo extrajudicial de pagos”. Previsto para deudores ya insolventes de menor entidad (empresarios persona natural, profesionales, autónomos, sociedades mercantiles y otras personas jurídicas de menor tamaño, pero no para consumidores sobreindeudados), consiste en un procedimiento extrajudicial, en el que interviene un mediador, con el objetivo de que el deudor pueda llegar a un acuerdo de pagos con sus acreedores, aunque quedan excluidos de sus efectos tanto los créditos públicos como los acreedores con garantía real que no quieran adherirse voluntariamente al acuerdo. Si se alcanza acuerdo, consistente en un plan de pagos, con una mayoría del 60% del pasivo, los acreedores afectados no pueden iniciar ni continuar acciones individuales de ejecución patrimonial contra el deudor, mientras que sus créditos quedan aplazados y reducidos conforme a lo acordado (con un máximo de 3 años de espera y 25% de quita), e incluso extinguidos en todo o en parte si se acordó una cesión de bienes liberatoria, aunque los acreedores conservan sus acciones contra obligados solidarios y garantes personales del deudor. Si no se alcanza acuerdo, o si éste es incumplido, el propio mediador concursal solicitará el concurso del deudor insolvente, que se tramita como “concurso consecutivo”, con algunas especialidades. La más significativa es que, llegada la liquidación, y siempre que el concurso no fuera calificado como culpable, el deudor puede ver extinguida una parte de la deuda insatisfecha, cuando haya pagado íntegramente los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, aunque esta eventual condonación de deuda no alcanza a los créditos de Derecho público. En todo caso, no está previsto que estos acuerdos extrajudiciales de pago puedan ser judicialmente homologados, lo que también dificulta la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes. Y esta circunstancia, junto con la no afectación de acreedores con garantía real, ha hecho escasamente atractivo el instrumento preconcursal, que no ha tenido una aplicación significativa en la realidad española hasta el momento.

Esta misma reforma de 2013 también introdujo una posibilidad muy limitada de remisión de pasivo insatisfecho para personas naturales (no empresarios) que hubieran sido declaradas en concurso, finalizado con liquidación. Porque para que se produzca tal remisión, además de exigirse ciertas condiciones de “buen deudor” (concurso no culpable, deudor no condenado por ciertos delitos económicos), se requiere que el deudor haya satisfecho todas las deudas de la masa, los créditos privilegiados y el 25% de los ordinarios, lo que, sin duda, supone una exigencia excesiva en casos de insolvencia; sólo si el deudor (empresario en este caso) intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos se le “premia” con una remisión algo más generosa, pues basta con que haya satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados, aunque no haya satisfecho el 25% de los ordinarios.

4.2. *Las reformas de 2014*

La siguiente reforma tuvo lugar a través de un RDL del Gobierno, de 7.3.2014 [RDL 4/2014], de urgencia, luego tramitado en el Parlamento como Proyecto de Ley, del que resultó la Ley de 30.9.2014 [L. 17/2014], por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, aprobada con significativas enmien-

⁷ [Amplius, PULGAR EZQUERRA, J., *Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo, infra.*]

das respecto del texto inicial procedente del citado RDL⁸.

Tal como fue inicialmente diseñada en el RDL, esta reforma tenía una finalidad bien notoria: proporcionar a las empresas endeudadas nuevos instrumentos que permitieran aliviar su carga financiera, haciendo sostenible la deuda que hubieran podido acumular. El propio Preámbulo de la norma afirmaba que «muchas empresas viables desde el punto de vista operativo se han tornado inviables desde un punto de vista financiero». Se trataba, pues, de disponer de medidas, principalmente en la fase preconcursal, pero también durante el concurso, que facilitarían una reestructuración de deuda convenida con los acreedores, o con una mayoría cualificada de pasivo, de modo que pudieran extenderse a los demás acreedores financieros⁹.

A tal efecto quedó reformado en profundidad el régimen de los acuerdos preconcursales de refinanciación, tanto en su tipología, como en su tramitación, contenido y efectos. Se empezó por ampliar el efecto de la comunicación que el deudor debe hacer al juez cuando inicia negociaciones con sus acreedores, para que quede en suspenso la obligación de solicitar el concurso; ahora tal comunicación puede impedir el inicio, o la continuación, de ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor; el informe de experto, necesario anteriormente para concluir el acuerdo, quedaba ahora sustituido por un certificado del auditor de cuentas de la empresa, verificando que se habían alcanzado los tres quintos de pasivo favorables al acuerdo; el escudo protector de la no rescisión concursal, ya previsto para los acuerdos colectivos de refinanciación, se extendía ahora a otros acuerdos singulares, alcanzados individual o conjuntamente con algunos acreedores, siempre que tuvieran efectos favorables para la reestructuración de la deuda; se facilitaba la entrada de “dinero fresco” (*fresh money*), disponiendo que durante dos años la totalidad de los nuevos ingresos de tesorería, y no sólo el 50% ya reconocido, tuviera el carácter de crédito contra la masa, predecible en un eventual concurso futuro; y, sobre todo, se modificaba intensamente la famosa disp.ad.IV, LC, donde se contempla la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, que permite extender sus efectos a acreedores financieros no participantes o disidentes del acuerdo, ampliando los efectos extensibles, en función de las mayorías de pasivo obtenidas en cada caso, incluso a los acreedores con garantía real, teniendo en cuenta la parte de su crédito cubierta por el valor efectivo del bien objeto de la garantía¹⁰.

De manera más o menos directa, otras medidas, alguna de ellas ciertamente polémica, contribuían a la misma finalidad de reestructuración de deuda por medio de la capitalización o conversión de créditos pendientes en capital de la sociedad refinanciada; así, por ejemplo, se excluía a los acreedores que aceptaran entrar en el capital de la sociedad, reduciendo su deuda, de ciertas consecuencias perjudiciales para sus créditos en un futuro concurso (subordinación de sus créditos por haberse convertido en personas especialmente relacionadas con el deudor, o en sus administradores de hecho), como también a los propios administradores

⁸ Sin embargo, puede sostenerse que ha sido la normativa que ha dado un paso más decisivo e innovador en relación a la regulación y configuración de operativos acuerdos de refinanciación, alejándonos del modelo italiano inicialmente adoptado en España en esta regulación y aproximándonos al modelo de los *schemes of arrangement* del Reino Unido. Con ello, se ha adelantado en gran medida y en ocasiones ha ido incluso más allá de las previsiones contenidas en la ReCE 2014.

⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, *infra*. Por el lado italiano, vid., p.e., MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano*, *infra*.

¹⁰ [Amplius, PULGAR EZQUERRA, J., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

de la sociedad que hubieran recomendado la capitalización a los efectos del concurso culpable; por el contrario, se castigaba a los socios que hubieran impedido tal resultado sin causa razonable (votando en contra de la ampliación de capital, por ejemplo) con la grave sanción de poder ser persona afectada por un concurso culpable, y eventualmente condenados a responsabilidad concursal por el déficit entre el activo liquidado y el pasivo insatisfecho.

Todavía en la tramitación parlamentaria del RDL como Proyecto de Ley se añadieron otras reformas no previstas inicialmente, y algunas de especial importancia. Fue el caso del régimen de la administración concursal, órgano fundamental en la llevanza del procedimiento. Ya en reformas anteriores, como ocurrió en la de 2011, el estatuto de los administradores concursales se había modificado con el fin de reducir su composición y flexibilizar las reglas de su designación; de los tres miembros iniciales (un profesional del ámbito jurídico, otro del ámbito económico y un acreedor) se había pasado a un modelo unipersonal (un único miembro profesional, persona física o jurídica, y sólo excepcionalmente un acreedor cualificado, que también podía ser un representante de los trabajadores, en concursos de especial importancia por el tamaño de la empresa concursada, o un representante de la Administración Pública en concursos de interés público). Tras la reforma de 2014, pendiente aún de desarrollo reglamentario en este momento, la regla de “único miembro profesional” ya no admite excepciones de presencia de acreedor, salvo el caso de la Administración Pública. A cambio, se ha diversificado la regla de designación por turno rotatorio de los profesionales inscritos, distinguiendo concursos de pequeño, medio o gran tamaño, con el fin de que el juez pueda efectuar una designación adecuada a las necesidades de llevanza de los concursos de gran tamaño en concreto, sin tener en cuenta el turno. A la vez se han actualizado las incompatibilidades y prohibiciones para desempeñar el cargo de administrador concursal, se ha detallado más el régimen legal de su retribución, bajo los principios de exclusividad, limitación, efectividad y eficiencia, y se han precisado las causas de cese o separación del administrador concursal por incumplimiento de sus funciones. También en relación con las funciones, que estaban diseminadas a lo largo de la Ley, se ha procedido a agruparlas en un nuevo art. 33 que, con vocación exhaustiva, las enumera, agrupándolas en ocho categorías (funciones de carácter procesal, propias del deudor o de sus órganos de administración, en materia laboral, relativas a los derechos de los acreedores, de informe y evaluación, de realización de valor y liquidación, de secretaría, y otras de distinta naturaleza atribuidas genéricamente por las leyes. En todo caso, hay que advertir que este conjunto de novedades en torno al órgano de administración del concurso están pendientes de desarrollo reglamentario en los aspectos de detalle, lo que previsiblemente ocurrirá mediante la aprobación de un RD por el Gobierno en breve plazo.

No mucho tiempo después, un nuevo RDL de 5.9.2014 [RDL 11/2014], de medidas urgentes en materia concursal, procedía a una nueva reforma de cierto alcance por la importancia de los temas concursales sobre los que ha operado. Tiene como objeto principal trasladar a la regulación del convenio concursal la premisa de que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa para la economía en general y para el mantenimiento del empleo¹¹. La nueva reforma ha afectado principalmente a tres aspectos ciertamente fundamentales de la LC como lo son el convenio, la liquidación y la calificación.

En relación con el convenio, la finalidad es bien comprensible: no tenía sentido que las modificaciones introducidas en los acuerdos preconcursales de refinanciación (en su conte-

¹¹ Sobre la necesidad de continuidad de la actividad empresarial, en beneficio del mercado y de la sociedad *amplius*, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *infra*; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el sistema español*, *infra*.

nido, en las mayorías requeridas, en la extensión de sus efectos tras la homologación, etc.) no tuvieran aplicación en los convenios a que el deudor pueda llegar con sus acreedores en el seno del procedimiento concursal, de modo que el régimen de estos convenios concursales fuera más estricto o más rígido que el de los acuerdos preconcursales; de modo que el contenido del convenio y las mayorías para su aceptación por los acreedores han quedado equiparadas, en lo que se permite y se exige, a lo establecido para esos acuerdos. Pero a la vez, y aunque propiamente no sea un tema de convenio, sino de clasificación de créditos, pero con decisiva incidencia en su aprobación, se han modificado las reglas que afectan a los créditos privilegiados: ahora el privilegio especial sólo alcanza al valor efectivo de la garantía, medido por el valor razonable del bien que constituye su objeto; y los acreedores privilegiados habrán de ser ordenados en cuatro grupos (laborales, públicos, financieros y el resto) a efectos de aprobación del convenio en lo que a cada grupo interese o afecte. También en esta materia de clasificación de créditos se han vuelto a retocar las causas que hacen que un acreedor sea considerado “persona especialmente relacionada con el deudor”, que es una de las circunstancias que determinan que sus créditos queden postergados como créditos subordinados¹².

El régimen de la liquidación también se ha actualizado notablemente, tanto en lo relativo al plan de liquidación que ha de presentar la administración concursal, como en las reglas legales de aplicación supletoria, todo ello con el fin de facilitar la enajenación más adecuada de los activos de la empresa concursada en el trance de su liquidación. Seguramente la novedad más significativa en ese sentido sea la que reconoce la subrogación legal en los contratos vigentes a favor del adquirente cuando se transmiten unidades productivas de la empresa liquidada, así como la afirmación de que con la transmisión se produce la liberación de deudas, a excepción de las laborales y, discutidamente, las de seguridad social, y la cancelación de cargas cuando la transmisión se haya efectuado sin subsistencia del gravamen¹³.

En la calificación del concurso, ya modificada en la reforma anterior¹⁴, esta última se ha limitado a ajustar los supuestos y condiciones en que se abre esta sección del procedimiento concursal: bastará ahora que el convenio no sea gravoso (con quita inferior a un tercio del pasivo o espera inferior a tres años) para alguna o algunas de las clases de acreedores que antes se indicaron, aunque no lo sea para todos, para que el concurso no entre en el trámite de la calificación en el que se ventila su carácter fortuito o culpable, de modo que no se producirán entonces los rigurosos efectos que pueden derivar del concurso calificado como culpable.

Finalmente, de forma más puntual, y sin duda considerando algunos particulares acontecimientos concursales de la realidad española, esta reforma ha introducido dos medidas concretas de amplio alcance: por un lado, la acumulación de concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las administraciones públicas, con el fin de condicionar recíprocamente la aprobación de convenios presentados en los diversos procedimientos; por otro lado, la posibilidad de modificar convenios incumplidos, mediante mayorías cualificadas que permiten extender los efectos de la modificación a los demás acreedores, privilegiados, ordinarios o subordinados, pero no a los créditos públicos.

Conviene, en todo caso, advertir como reflexión complementaria, que este RDL está

¹² *Amplius*, ÁVILA DE LA TORRE, A., *La subordinación en el concurso de los créditos de las personas especialmente relacionadas*, en *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 159 ss.

¹³ [*Amplius*, LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La conservación de la empresa en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español*, *infra*.]

¹⁴ *Amplius*, esp. en relación con la casi paralela reforma orgánica del derecho concursal italiano (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, *cit.*

actualmente tramitándose como Proyecto de Ley en el Parlamento, sin perjuicio de su vigencia, lo que podría suponer que, mediante enmiendas parlamentarias, su contenido se viera aún modificado o ampliado. Es, por tanto, aún incierto el resultado final de esta iniciativa de reforma que acabamos de mencionar, teniendo en cuenta que, en el transcurso del plazo de presentación de enmiendas recientemente concluido, el número de las presentadas alcanza las 180, lo que supone que, aunque sólo una parte de ellas resulte finalmente aceptada, podrán producirse nuevos cambios de mayor o menor alcance en el contenido del citado Proyecto de Ley. Precisamente una de esas enmiendas propone que, en el plazo de un año desde que se apruebe la Ley, el Gobierno proceda a elaborar un texto refundido de la LC en el que se integren las diversas reformas que se han ido sucediendo hasta el momento, con el fin de asegurar la debida coordinación entre ellas, aclarando y armonizando su contenido si fuera necesario. Tal vez sea entonces cuando se pueda apreciar con certeza el estado real de la legislación concursal española.

4.3. La reforma de 2015

La última reforma, por el momento, se ha introducido de nuevo por un reciente RDL de 27.2.2015 [RDL 1/2015]. Su título (“mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”) ilustra bastante sobre los objetivos y el contenido de la disposición que, por ahora, y previsiblemente para un tiempo más prolongado, ha venido a cerrar el auténtico serial de reformas, a veces un tanto precipitadas y en general poco estables, que ha conocido la LC¹⁵.

Como bien se puede apreciar en la larga Exposición de Motivos que precede a la nueva norma, su intención es la de incorporar al Derecho concursal español, dando por cierto que la fase más aguda de la crisis económica y empresarial está en fase de superación, un régimen, ciertamente particular, de la llamada segunda oportunidad, combinando dos aspectos: por un lado, una *discharge* o “beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho” para deudores personas naturales, más matizado que el que tan limitadamente se introdujo en la reforma de 2013; por otro lado, una revisión general del acuerdo extrajudicial de pagos, instrumento preconcursal también introducido en 2013, pero hasta ahora sólo apto para deudores empresarios o profesionales, sean personas físicas, sean sociedades de menor tamaño, de modo que pueda ser también utilizado como procedimiento especial de reestructuración de deudas por el deudor persona natural, indistintamente sea o no empresario, mediante negociación con sus acreedores. Convendrá, pues, realizar una breve síntesis de su contenido, con el fin de valorar en qué medida ha quedado saldada la deuda normativa que, en relación con la denominada “segunda oportunidad” y con el tratamiento particular del sobreendeudamiento del deudor civil, tenía pendiente el Derecho español.

La fórmula elegida como sistema de “segunda oportunidad” se ha incorporado en un nuevo precepto de la LC, el art. 178-*bis*, que, no obstante viene precedido de la regla general que recuerda la responsabilidad ilimitada del deudor persona natural; según ella, el deudor persona natural, tras la conclusión del concurso con liquidación patrimonial, queda responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo sus acreedores iniciar ejecuciones singulares mientras no se declare un nuevo concurso o se reabra el anterior. De la regla se exceptúa,

¹⁵ *Amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *cit.*, *infra*.

precisamente, el supuesto de exoneración del pasivo insatisfecho, que requiere un conjunto de presupuestos subjetivos y objetivos, que no siempre serán fáciles de cumplir.

Debe tratarse, ante todo, de un deudor de buena fe, cuyo concurso no haya sido declarado culpable, que no haya sido condenado por ciertos delitos económicos o fiscales, que haya intentado, o conseguido, un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, aunque eso no haya evitado el concurso, pues la obtención de la exoneración exige previa conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa; además, para que se le exonere del resto del pasivo, debe haber satisfecho los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y, al menos, el 25% de los ordinarios, si no intentó un acuerdo extrajudicial, aunque este requisito económico puede sustituirse por un conjunto de circunstancias acumuladas (aceptar un plan de pagos y que su situación se publique en un Registro Público Concursal; no haber incumplido los deberes de colaboración, ni haber obtenido el beneficio en los diez años anteriores, ni haber rechazado una oferta de empleo adecuada en cuatro años). En todo caso, la exoneración no alcanza a los créditos de derecho público ni por alimentos, sino sólo a los créditos ordinarios y subordinados, y eventualmente a una parte de los privilegiados en la parte que exceda al valor de la garantía, debiendo lo no exonerado, que no devengará interés, satisfacerse en cinco años conforme a un plan de pagos; como tampoco la exoneración beneficia a obligados solidarios con el concursado, ni a fiadores o avalistas.

La exoneración, que se tramita en un procedimiento simple, con posible oposición de la administración concursal o de los acreedores, puede además ser revocada si, durante los cinco años siguientes, sobreviene alguna de las circunstancias que la hubieran impedido, si se incumple el plan de pagos, si mejora sustancialmente la situación económica del deudor, o si aparecieran bienes que permanecían ocultos. Transcurrido ese plazo sin que la exoneración sea revocada, ésta se hace definitiva, ya sin recurso posible, incluso si, aunque el plan de pagos se hubiera incumplido parcialmente, el deudor destinó al pago al menos la mitad de sus ingresos no inembargables. Visto el sistema en su conjunto, bien puede afirmarse que el modelo acogido como segunda oportunidad resultará más bien limitado en su alcance; a lo que hay que añadir que, siendo el nuevo sistema aplicable a concursos en tramitación, su extensión a concursos ya concluidos requerirá instar de nuevo el concurso, con carácter voluntario o necesario¹⁶.

El otro aspecto modificado para hacerlo aplicable a deudores que sean persona natural es el instrumento preconcursal, ya incorporado en 2013 a la LC, en sus arts. 231 ss., sólo para deudores empresarios, conocido como “acuerdo extrajudicial de pagos”. A tal efecto, el presupuesto subjetivo para poder acogerse a este procedimiento, dirigido a la reestructuración de deuda por vía extra concursal, incluye ahora a cualquier deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia, pero siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, y sin que queden afectados los créditos de derecho público, aunque sí pueden estarlo los créditos con garantía real por la parte de su importe que exceda el valor de la garantía.

El procedimiento especial se inicia a solicitud del deudor dirigida al notario, si es deudor no empresario, o al registrador mercantil, o a la Cámara de Comercio correspondiente, si lo es, sea como persona física o jurídica. Si el deudor es empresario, procede el nombramiento de un mediador concursal habilitado, que, a lo largo del procedimiento, desempeña importantes funciones de apoyo e intermediación entre el deudor y sus acreedores; en el caso del deu-

¹⁶ [*Amplius*, para un análisis crítico sobre los aspectos esenciales, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *cit.*, *infra*. Vid. también, SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso, infra*.]

dor civil, es el propio notario el que desempeña funciones similares, aunque potestativamente puede también encomendarlas a un mediador. La mera iniciación del procedimiento, con apertura de negociaciones comunicada al juez, tiene ya importantes efectos: los acreedores que vayan a verse afectados no pueden iniciar ni continuar ejecuciones patrimoniales durante tres meses, aunque sí pueden ejercitar garantías personales frente a créditos vencidos; también durante ese plazo se suspende el devengo de intereses¹⁷.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que el mediador puede ofrecer a los acreedores, con el consentimiento del deudor y acompañada de un plan de viabilidad, puede contener esperas o aplazamientos de hasta diez años, quitas, cesiones de bienes en pago o para pago, siempre que los bienes cedidos no sean necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y conversión de deuda en capital, o en otros instrumentos financieros, si el deudor es una sociedad; examinada la propuesta, los acreedores pueden presentar también otras alternativas. Para que una propuesta resulte aceptada, son necesarias mayorías del 60 o 75 %, dependiendo del contenido (esperas de hasta cinco o hasta diez años, quitas de menos o de más del 25%, respectivamente), extendiéndose los efectos a los acreedores ordinarios y a los que gocen de garantía real por la parte del crédito que exceda el valor de la garantía; para que afecte a acreedores que gocen de garantía real, por la parte del crédito que no exceda de ese valor, serán necesarias mayorías respectivamente más elevadas (65 u 80 %), que no se calculan sobre el total de pasivo, sino precisamente sobre el valor de las garantías aceptantes respecto de valor total de las garantías otorgadas, pues, de no alcanzarse, estos acreedores sólo quedarán afectados por el acuerdo si ellos mismos lo consienten votando a favor.

Alcanzado el acuerdo, si éste no se impugna o si la impugnación es rechazada, queda firme, entra en fase de cumplimiento, y ningún acreedor afectado podrá iniciar o continuar ejecuciones por las deudas anteriores, quedando los créditos aplazados, remitidos o extinguidos según el contenido aprobado. Si resultara incumplido, procederá la declaración del denominado “concurso consecutivo”, que se tramita con numerosas especialidades respecto de un concurso ordinario. Todavía en este procedimiento especial sería posible alcanzar un convenio concursal, si el deudor es empresario; pero si es civil, el concurso consecutivo se inicia ya con la fase de liquidación. Y es precisamente al concluir esa fase de liquidación, en uno u otro caso, cuando puede tener lugar la exoneración de pasivo pendiente, antes mencionada, en que se materializa la segunda oportunidad, con las condiciones y requisitos que se señalaron.

Todavía este RDL 1/2015 ha introducido otras modificaciones más puntuales en algunos aspectos de la LC (la liquidación especial por insuficiencia de masa activa del art. 176-*bis*, LC; la clasificación de créditos en los arts. 92 y 93; la valoración de las garantías del art. 94) y en otras disposiciones anteriores que tuvieron por objeto establecer medidas especiales de protección de una categoría de deudores civiles, los deudores hipotecarios, especialmente afectada por el riesgo de privación de su vivienda habitual como consecuencia del impago del crédito hipotecario obtenido para financiarla y de su ejecución, seguida de embargo y desahucio de la vivienda. Se trata del RDL de 9.3.2012 [RDL 6/2012] y de la Ley de 14.5.2013 [L. 1/2013], que venían regulando el llamado “umbral de exclusión” de deudores hipotecarios, el Código de Buenas Prácticas que las entidades financieras acreedoras podían acoger para orientar la relación con sus deudores hacia la reestructuración de su pasivo, y la delimitación

¹⁷ [*Amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *cit.*, *infra*.]

de los supuestos de “especial vulnerabilidad” que permitían medidas más favorables; aspectos todos ellos que se han modificado ahora para flexibilizar algunos de los requisitos exigidos y para ampliar durante cuatro años la suspensión del desahucio de la vivienda habitual cuando ésta se hubiera adjudicado en el proceso de ejecución del crédito hipotecario al propio acreedor y el deudor se encontrara en una de esas situaciones de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión.

Finalmente, hay que tener en cuenta de nuevo, como ya se indicó respecto del anterior RDL de 5.9.2014, [RDL 11/2014] que también éste de 27.2.2015 [RDL 1/2015] fue remitido al Parlamento para su tramitación como Proyecto de Ley, sin perjuicio de su vigencia desde la fecha de su publicación, que fue el 28 de febrero. El Proyecto de Ley es ya hoy la L. 25/2015, sobre “mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social”, publicada en el BOE de 29 de julio. Su Título I, dentro de las medidas urgentes para la reducción de la carga financiera, modifica en su art. 1, LC, en el doble asunto ya indicado: por un lado, el art. 178, al que se ha añadido un art. 178-*bis*, donde se regula el “beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho”; por otro lado, los arts. 231-242-*bis*, en los que se contemplaba el acuerdo extrajudicial de pagos como instrumento preconcursal, ahora habilitado también para el deudor persona natural, el deudor civil no empresario ni profesional, que era el que estaba excluido. En ninguno de los dos aspectos la conversión en Ley del RDL previo ha significado cambios sobre el régimen jurídico antes comentado y ése seguirá siendo, por tanto, el marco de referencia para el tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor y para poder aplicar las limitadas opciones de desendeudamiento en forma de “discharge” o de segunda oportunidad. En el trayecto parlamentario se añadieron otras enmiendas, principalmente relacionadas con la retribución de la administración concursal, lo mismo que en ésta y otras leyes posteriores se han efectuado aún modificaciones puntuales en preceptos de la LC.

Lo que conduce a una preocupada reflexión final sobre la conveniencia de que el marco jurídico-concursal español alcance cuanto antes esa ansiada estabilidad; porque no habrá otra forma de proporcionar la necesaria seguridad jurídica que requiere el tratamiento de situaciones tan delicadas como las que afectan a deudores insolventes y a acreedores expectantes por saber cuál será la regulación definitiva de las opciones a que puedan acogerse, o simplemente por saber cuáles serán las normas vigentes en cada momento, o qué régimen les podrá ser aplicado. Es cierto, en fin, que la evolución de la crisis económica ha tenido muchas variantes que necesitaban respuesta legislativa; pero también lo es que las reformas superpuestas sobre una normativa concursal que se concibió como modernizadora hace tan solo diez años, son ya demasiadas en número y en intensidad, lo que apremia a cumplir cuanto antes el compromiso de elaboración de un texto refundido de la LC que aclare definitivamente la vigencia normativa y, con ella, aporte la necesaria certeza, que es la base de la seguridad jurídica.

La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano

SUMARIO: 1. Premisa. - 2. La administración extraordinaria. - 3. Los instrumentos alternativos al concurso. - 4. El plan certificado de saneamiento. - 5. Los acuerdos de reestructuración de la deuda. - 5.1. El nuevo acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y el acuerdo de moratoria. - 6. El convenio [“*concordato preventivo*”] con continuidad de la actividad empresarial. - 7. La continuación de la actividad en seno al concurso [*i.e.*, “*procedura liquidatoria*”]. - 8. Concluyendo.

1. Premisa

El presente trabajo quizá puede partir de algunas premisas seguramente banales pero no por ello menos importantes en el estudio de esta materia.

La primera de las premisas es que la empresa, en tanto que actividad organizada, constituye un valor. Y este valor será mayor cuanto mayores y más complejas sean las dimensiones de la empresa¹.

Esta afirmación no parte tanto de la perspectiva relacionada con la posibilidad de la satisfacción monetaria de los créditos (en el sentido que continuidad de la actividad empresarial permite un mejor pago de los acreedores en comparación con el pago obtenido a través de la liquidación patrimonial) sino, en cambio, de la perspectiva que aportan los perjuicios que causa el cese de la actividad empresarial. Y con ello trato de referirme no solamente a la pérdida del empleo de los trabajadores, con las obvias repercusiones en la economía de la zona afectada², sino principalmente al complejo de relaciones contractuales que serán resueltas afectando a diferentes operadores vinculados con la empresa en crisis (proveedores habituales, sus agentes, clientes, etc.)³.

De esta primera premisa se deriva una ulterior consecuencia: la pérdida de uniformidad en la condición de acreedores. Y es que al lado de los acreedores cuyo interés primordial es el cobro del crédito surge una categoría de acreedores cuyo interés prioritario reside en la continuidad de la actividad empresarial sin que ello reciba un reconocimiento legislativo expreso⁴.

Una segunda premisa consiste en que la continuación de la actividad empresarial puede llevarse a cabo a través del mismo empresario insolvente o también a través de un nuevo

¹ [Vid., DIOGUARDI, G., *Impresa e mercato globale: gestione e implicazioni etiche*, en *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2010, 5 y esp. 8 ss.]; *ivi*, SALAS FUMÁS, V., *Responsabilità sociale corporativa tra etica e buon governo dell'impresa*, esp. 18.

² Vid. CAIAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa*, *infra*.

³ Vid. LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, *infra*; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La conservación de empresas en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español*, *infra*; PULGAR EZQUERRA, J., *Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo*, *infra*.

⁴ [Principio ahora adquirido en el derecho comunitario: vid., en relación con las nuevas bases del derecho de insolvencias, en este volumen, CORDÓN MORENO, F., *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español*, *infra*.]

sujeto que releve a aquel empresario en el ejercicio de la actividad, pudiéndose hablar, respectivamente, de un saneamiento subjetivo y de un saneamiento objetivo⁵.

Es evidente que la continuidad de la actividad puede comportar un conflicto entre, por un lado, el complejo de intereses, incluyendo los colectivos, organizados alrededor de la continuidad empresarial y, por otro lado, todos aquellos acreedores cuyo interés prioritario reside en la mejor satisfacción de sus créditos⁶.

2. La administración extraordinaria

Debemos analizar la compatibilidad entre la continuidad de la actividad empresarial y los distintos instrumentos que el ordenamiento pone a disposición de la empresa en crisis.

Dada la doble vía existente en nuestro ordenamiento, empezamos con el (o los) procedimiento(s) de administración extraordinaria. En este caso, debido a que el procedimiento atañe a las empresas de mayor tamaño, los intereses colectivos implicados en la continuación de la actividad seguramente prevalecen sobre el interés que representa la mejor satisfacción de los créditos. En cualquier caso, la continuidad de la actividad empresarial constituye uno de los presupuestos esenciales sobre los que se basa el procedimiento. Con todo, la solución al referido conflicto de intereses se encuentra en el art. 63, d.lgs. 270/1999, en materia de venta de negocios en funcionamiento. Esta norma, por un lado, establece que el adquirente se obliga a continuar con la actividad empresarial, al menos dos años, manteniendo el nivel de ocupación que existía en el momento de la venta. Por otro lado, también se establece que la valoración, a efectos de establecer el precio de la operación, debe tener en cuenta la rentabilidad (incluso si es negativa) a fecha de la operación así como la estimada a lo largo de los siguientes dos años. Por lo tanto, se desplazan sobre los acreedores los costes derivados de la continuidad de la actividad o, dicho en otros términos, la tutela de los intereses colectivos en la continuidad de la actividad empresarial prevalece sobre los intereses de los acreedores en la *mejor satisfacción de sus créditos*⁷.

Recientemente, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de ocuparse de la cuestión relacionada con el carácter imperativo, o no, de las disposiciones contenidas en el referido art. 63, d.lgs. 270/1999. La cuestión no es baladí dado que la posible nulidad de la alienación de un establecimiento mercantil en activo comporta problemas prácticos de evidente complejidad y dificultad; y la sanción de nulidad deriva de la infracción de normas imperativas⁸.

Según mi punto de vista, considero que la norma persigue favorecer la continuidad de la actividad empresarial –de alguna forma precursora de la opción escogida finalmente por el legislador comunitario y por los legisladores nacionales en fase de ajuste– pudiendo la

⁵ [Amplius, en este volumen, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

⁶ Para una visión global en relación con la exigencia de conservación de la realidad empresarial, dados los intereses en conflicto entre la empresa, y por consiguiente el mercado, y los intereses de los acreedores, y por tanto también del mercado, vid., en este volumen, *inter alia*, COSTA, C., *El concordato preventivo: solicitud anticipada [“en blanco”], supuestos de abuso y problemas conexos, infra*; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el Sistema español, infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.

⁷ Utilizando una expresión que, como veremos, es repetidamente confirmada por el legislador nacional en ámbito concursal, a pesar de la clara voluntad del legislador comunitario respecto de la primacía del interés a la conservación de la empresa. [Sobre esta opción, CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *infra*; y desde una perspectiva principalmente española, LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

⁸ [Id.]

nulidad derivar de situaciones en las que tal continuidad realmente no existe o se producen infracciones en perjuicio de la misma. Este es precisamente el punto de partida de la *Corte di Cassazione* [Tribunal Supremo en el ordenamiento italiano, *m.m.*], con referencia a una operación de compraventa de una nave industrial en la que no se ejercía ningún tipo de actividad empresarial y en la que ni siquiera existían ni las instalaciones ni la maquinaria necesaria para el desarrollo de ninguna actividad empresarial. En este caso, la aplicación, en el precio de la venta, de la deducción en concepto de rendimiento negativo relacionado con los dos años siguientes constituye la violación de una norma imperativa en la medida que no existía ni un establecimiento mercantil activo ni la perspectiva de continuidad de una actividad empresarial nunca iniciada encontrándonos simplemente delante de una compraventa inmobiliaria⁹.

En el mismo sentido, también sería nula la alienación de un establecimiento mercantil activo en la que no se establece o respeta la obligación del adquirente de continuar con la actividad, al menos, por un plazo de 2 años.

No creo, en cambio, que el art. 63, d.lgs. 270/1999, señale, como norma imperativa, un límite infranqueable en la composición del conflicto de intereses relacionado con la continuidad de la actividad y la satisfacción de los acreedores siendo en efecto nula, por otro lado, la alienación efectuada por un precio inferior respecto al establecido por la correspondiente estimación habiendo descontado ya el rendimiento negativo del bienio sucesivo¹⁰. En todo este proceso deberá tenerse presente, el art. 63, co. 3, d.lgs. 270/1999, según el cual la elección del comprador deberá realizarse teniendo presentes no solamente el precio ofertado sino también la fiabilidad del que presenta la oferta y el “plan de continuidad” de la actividad empresarial incluyendo aquí una necesaria mención al mantenimiento de los niveles de ocupación. No siendo el precio ofrecido el único parámetro para elegir al comprador, dando entrada a otros parámetros distintos referidos a la continuidad empresarial, se deduce que, en la medida que sean garantizados estos últimos, la venta podría ser realizada legítimamente a un precio inferior al efectivamente estimado aplicado el rendimiento negativo previsto a lo largo de los dos años siguientes.

Considero que todo ello pone de manifiesto que, de conformidad con el principal objetivo del procedimiento, las disposiciones previstas en el art. 63, d.lgs. 270/1999, podrían tener carácter imperativo solamente en relación con aquello relacionado con la garantía de la continuidad de la actividad de una empresa en ejercicio. En cambio, no podrían ser interpretadas como un límite infranqueable en la gestión del conflicto de intereses entre los acreedores interesados en cobrar y los interesados en la continuidad de la empresa, sobre todo teniendo en cuenta la clara opción de la legislación supranacional¹¹.

⁹ Cass., S.U., 27.5.2009, n. 12247 [*amplius*, www.ilcaso.it].

¹⁰ En este sentido, vid. Trib. Ancona, 20.9.2013, con nt. de Spiotta, *La valutazione dell'azienda in esercizio*, en *Giur. comm.*, 2014, II, fasc. 6, 1097 ss.

¹¹ Sobre la administración extraordinaria en el seno del grupo de empresas, vid., entre la extensa y variada bibliografía, DI MAJO, A., *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 303 ss.; *ivi*, SARCINA, A., *In tema di responsabilità da direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, 345 ss. [Sobre la disciplina de la insolvencia en el ámbito del grupo empresarial desde el punto de vista español, vid., en este volumen, SANCHO GARGALLO, I., *Concursos conexos de sociedades en el seno del mismo grupo, infra.*]

3. Los instrumentos alternativos al concurso

Y llegamos a los instrumentos, alternativos al concurso, que se ponen a disposición de las empresas en crisis [y en estado de insolvencia] sujetas a la LF (*ex art. 5*)¹².

Una primera consideración. El empresario normalmente recurre a estos instrumentos solamente en casos extremos y casi siempre demasiado tarde, resultando perjudicada su eficacia, podríamos inquirirnos acerca de los mecanismos legalmente previstos para incentivar o presionar al empresario en un contexto como el descrito. Tradicionalmente, la acción revocatoria era la encargada de desincentivar a todos aquellos que pretendían relacionarse con el empresario insolvente¹³. Sin embargo la vigente disciplina ha procedido a reducir de forma drástica el ámbito operativo de estas acciones y también ha reducido a la mitad la duración del periodo sospechoso así como ha excluido de la posibilidad de ser revocados todos aquellos pagos relacionados con el ejercicio de la actividad empresarial ordinaria. Esta disciplina persigue claramente facilitar la continuidad de la actividad empresarial incluso en el caso de la insolvencia del empresario (el conocimiento del estado de insolvencia permanece como uno de los presupuestos necesarios en el ejercicio de la acción¹⁴). Ahora bien, teniendo en cuenta las reformas operadas, hasta la más recientemente introducida por el d.l. 83/2015, denominado *Decreto giustizia per la crescita* [convertido en l. 132/2015]¹⁵, que han ampliado de manera notable el número de los instrumentos alternativos al concurso así como su margen de operatividad, extendiendo a todos la exención de la acción revocatoria, y considerando que la utilización de tales instrumentos corresponde de hecho al empresario, podemos dudar de la oportunidad de haber procedido a una reestructuración tan drástica de la acción revocatoria concursal. Tales dudas residen en el hecho de que la presión de los acreedores, que no correrán más riesgos si el empresario en crisis accede a utilizar alguno de estos instrumentos mientras que sí los podrían correr si no recurre a ellos, parece ser un factor determinante en la elección del empresario.

¹² En relación con el análisis inicial de la consolidación de la solución, pre y/o extra concursal, por el legislador italiano, vid. TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, *op. cit.*, 21 ss. [Desde el punto de vista español, LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

¹³ [Para una visión general de esta función desincentivante, vid. TERRANOVA, G., *Razones «de iure condendo» sobre una «ineludible» reforma en el sistema concursal italiano: en particular el problema de las acciones revocatorias*, en ADCo, 16, 2009, 199 ss. De igual forma, por el lado español, GALÁN CORONA, E., *Acciones rescisorias concursales*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, *op. loc. cit.*, 115 ss.]

¹⁴ *Amplius*, TERRANOVA, G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007. Sobre este tema, vid., también, Trib. Trani, 18.7.2013 [en www.ilcaso.it].

¹⁵ Más en detalle, en relación, por ejemplo, con las novedades introducidas para el *concordato preventivo*, se permite el pago de un porcentaje sobre los créditos privilegiados, así como la posibilidad para los acreedores de presentar un “plan” [de *concordato*] diferente respecto al propuesto por el deudor. Siempre que juntos lleguen a representar al menos el 10% del crédito total. Además, el juez podrá abrir un procedimiento competitivo para satisfacer a los acreedores, si el plan de *concordato* contempla una oferta llevada a cabo por un sujeto determinado. De la misma forma, se prevén innovaciones positivas para los sujetos en estado de crisis: así, tienen ahora la posibilidad de acceder a la financiación a través de un procedimiento simplificado, una vez presentada al Tribunal la documentación que muestra la necesidad y el destino de las erogaciones con el fin de continuar con la actividad empresarial. El Tribunal podrá igualmente autorizar la concesión del préstamo, incluso en los casos de *concordato* “en blanco”, e incluso para los casos más urgentes, sin la certificación de expertos (es decir, profesionales habilitados), previa audiencia de los acreedores principales. El propósito de estas últimas nuevas disposiciones es evidentemente facilitar, a través de un acceso simplificado al crédito, el éxito de los planes de saneamiento [revitalización] de las empresas en estado de crisis, dándoles un balón de oxígeno [Vid., en este volumen, *amplius*, COSTA, C., *cit.*, *infra*; y también GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia: il concordato preventivo dopo la riforma del 2015*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv.].

4. El plan certificado de saneamiento

Segunda consideración general. De los tres instrumentos alternativos al concurso, el plan certificado de saneamiento, los acuerdos de reestructuración y el convenio [*concordato preventivo*], los dos últimos probablemente pueden ser también utilizados desde una perspectiva liquidadora de manera que la continuación de la actividad empresarial se erige en una simple alternativa. Sobre ello hablaremos más adelante¹⁶.

El “plan certificado de saneamiento”, regulado en el art. 67, co. 3, letra d), LF, parece previsto, en cambio, para ser empleado solamente en un contexto de continuidad de la actividad empresarial¹⁷.

Parece, en efecto, que en esta dirección se orienta la norma al prescribir que el plan debe manifestarse idóneo, no solamente desde la perspectiva del saneamiento de las posiciones deudoras de la empresa, sino también desde una óptica relacionada con el equilibrio de su situación financiera.

El mismo uso del sustantivo *saneamiento* en lugar de pago para referirse a la situación deudora, parece perseguir compatibilizar la gestión de las deudas con una continuidad normal del ejercicio de la actividad empresarial. Esta interpretación queda ratificada posteriormente al referirse la ley al reequilibrio financiero, expresión que presupone la continuidad de la empresa y que tiene nulo significado desde una perspectiva liquidadora.

Esta herramienta puede ser utilizada, por lo tanto, solamente en clave de continuidad de la actividad empresarial y comporta suprimir el carácter revocatorio, mediante el ejercicio de las acciones revocatorias concursales, de aquellos actos relacionados con la ejecución del plan, cuya racionalidad debe ser certificada por un experto independiente. Y esta es precisamente la máxima expresión de la autonomía reconocida en favor del empresario, también insolvente (la revocatoria concursal, como ya ha sido dicho, presupone el conocimiento de la situación de insolvencia), en la continuidad de la actividad empresarial. Corresponde al empresario la elección del experto¹⁸, exigiendo la ley solamente su condición de independiente. No se requiere, por otro lado, la aprobación del plan por parte de los acreedores aunque lo cierto es que en la práctica el plan, por ejemplo, exigirá ser consensuado como mínimo con los principales acreedores a fin de acceder a financiación, la renegociación de los créditos o la concesión de garantías. La debilidad de este instrumento reside, por un lado, en la autonomía de la que dispone el empresario y, por otro lado, en la falta de un control de naturaleza judicial. Todo ello acaba produciendo, en el caso de que el plan no tenga éxito y se tenga que iniciar un procedimiento concursal, una especie de control judicial póstumo centrado en la revocabilidad de las acciones vinculadas al plan que termina, casi siempre, revisando su *racionalidad* y, por lo tanto, la idoneidad de la sustracción al mismo del ejercicio de las acciones revocatorias.

Y en esta valoración existe una elevada tendencia a tomar en consideración todo lo sucedido desde el momento de la certificación sobre la base de una ecuación tácita según

¹⁶ [Para una revisión crítica, hasta la actualidad del sistema, vid., en este volumen, AMBROSINI, S., *Los acuerdos de reestructuración de deudas*, *infra*, y COSTA, C., *cit.*, *infra*; y también GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, *cit.*; GUERRIERI, G., *Risanamento dell'impresa e diritto societario*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv.]

¹⁷ [Introducido por el d.l. 35/2005 (llamado *Decreto competitività*), convertido en l. 80/2005, que exonera de la acción rescisoria concursal [“*revocatoria fallimentare*”] los pagos realizados como efecto de la aplicación del plan.]

¹⁸ [De igual modo, sobre la figura y las funciones del experto en el *concordato preventivo* y en los acuerdos de reestructuración, vid., en este volumen, respectivamente, COSTA, C., *cit.*, *infra*, y AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*.]

la cual un plan fracasado equivale a un plan irracional. Sin embargo, consideramos que tal revisión debe ser realizada teniendo como punto de referencia el momento de su certificación así como los datos y previsiones de aquel momento analizados a la luz de la experiencia de las industrias viables. Y esto es aún más importante en un momento de crisis generalizada extraordinariamente prolongada en el tiempo. Pensemos, por ejemplo, en la insolvencia sobrenvenida de alguno de los deudores de la empresa.

5. Los acuerdos de reestructuración de la deuda

Diferente es el discurso para los denominados acuerdos de reestructuración de la deuda regulados por el art. 182-*bis*, LF [integrado recientemente por el d.l. 83/2015, convertido en l. 132/2015]¹⁹, que procede a ordenar los acuerdos de carácter extrajudicial, muy conocidos en la práctica en el intento de alcanzar un equilibrio entre la esfera negocial y judicial²⁰. A este respecto, el art. 182-*bis*, LF, puede ser empleado tanto en clave liquidadora como en clave de continuidad de l'actividad empresarial, quedando esta última opción reforzada por el hecho que el acuerdo (con al menos el 60% de los acreedores) puede incorporar a los acreedores privilegiados²¹. Y, como veremos en el párrafo siguiente [§ 6], tal vez el mayor obstáculo al éxito del convenio [acuerdo] concursal con continuidad de la actividad empresarial [*i.e.*, *concordato preventivo*] reside en la indiferencia sustancial del convenio hacia los acreedores privilegiados²².

El acuerdo debe ser publicado en el Registro mercantil teniendo derecho de oposición todos los interesados dentro del plazo de 30 días desde su publicación (art. 182-*bis*, LF). De manera muy lacónica, el legislador prevé que el tribunal pueda resolver de manera motivada, y en el marco del proceso, las posibles impugnaciones presentadas contra el acuerdo, resolviendo o no finalmente proceder a su homologación de manera motivada.

En la reforma recientemente planteada, se introduce la obligación por parte del deudor, de notificar, junto a la documentación requerida (*ex* art. 182-*bis*, LF), el recurso [la solicitud] a los bancos e intermediarios financieros a los que se solicita la extensión de los efectos del acuerdo.

En este contexto, es interesante valorar el margen de discrecionalidad del que dispone el tribunal en el proceso de homologación del mismo²³. En este sentido, y teniendo en cuenta que el acuerdo debe estar acompañado del informe de un experto independiente²⁴ que, una

¹⁹ [Sobre el tema, en este volumen, AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*.]

²⁰ El objetivo es el rescate inmediato de empresas en crisis: se considera mejor intervenir de inmediato, si esto ayuda al saneamiento, a través de moratorias o acuerdos de reestructuración con los acreedores financieros.

En particular, la reforma integra la regulación de los acuerdos de reestructuración que pueden concluirse si se adhieren acreedores financieros que representan el 75% del crédito respecto a la categoría de pertenencia, siempre que quede asegurado el pago total para los acreedores no financieros.

La finalidad de la operación es la de no permitir que los acreedores financieros menores puedan oponerse al cumplimiento de la operación de reestructuración acordada entre el deudor y la mayoría de los prestamistas financieros [vid., *amplius*, AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*.].

²¹ Trib. Roma, 20.5.2010, *ex multis*.

²² [Vid., *amplius*, sobre la cuestión, en este volumen, COSTA, C., *cit.*, *infra*, y AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*; y también, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, *cit.*]

²³ [En relación con el tema, *mutatis mutandis*, vid. también, referido al *concordato preventivo* y a los acuerdos de reestructuración, respectivamente: COSTA, C., *cit.*, *infra*, y AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*.]

²⁴ Trib. Bologna, 17.11.2011, *ex pluris*.

vez comprobada la veracidad de los datos aportados y la viabilidad del acuerdo concluido, comprobando a su vez la idoneidad del acuerdo para conseguir el pago íntegro de los acreedores ajenos al acuerdo dentro de los 120 días posteriores a su aprobación, si se trata de créditos vencidos, o al vencimiento de aquellos créditos aún no vencidos en la fecha de la homologación, considero que el control judicial debería quedar limitado a comprobar, entre otros aspectos formales, que, por un lado, el acuerdo alcanza el mínimo del 60% del pasivo y, por otro lado, la viabilidad del pago a los acreedores ajenos al acuerdo dentro de los plazos establecidos por el legislador. En condiciones normales, el control referido no debería alcanzar al contenido del acuerdo, que debería quedar reservado a la autonomía negocial de las partes del mismo²⁵.

Esta regla puede encontrar excepciones solamente en la medida en que el contenido del acuerdo pueda acabar afectando la posibilidad de cobro de los acreedores ajenos. Estoy pensando, por ejemplo, en un acuerdo que prevea la transformación de los créditos a corto plazo en créditos a largo plazo acompañando todo ello con la constitución de garantías pero sin que exista una provisión de nuevos fondos.

Del mismo modo, la oposición al acuerdo podrá ser impulsada solamente por los acreedores ajenos al mismo, no pudiendo afectar a todo aquello referido a la presentación y posterior aprobación del plan siempre que no afecten la expectativa de los acreedores señalados de cobrar sus créditos en los plazos fijados por el legislador.

La publicación en el Registro mercantil del acuerdo determina la prohibición de adoptar o continuar con medidas cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, estando prohibido igualmente adquirir derechos de prelación no pactados al margen del acuerdo [*“non concordati”*], *ex art. 182-bis*, co. 3, LF. Esta última cuestión parece estar referida a la prohibición de inscribir nuevas garantías. La constitución de garantías “acordadas” [*“concordate”*] en ejecución del acuerdo, pero antes de su homologación para así evitar la citada prohibición es una operación arriesgada en la medida que la desactivación de la posibilidad de ejercer acciones revocatorias contra los actos, pagos y garantías realizados o constituidas en ejecución del acuerdo empieza desde su homologación.

El hecho de que la prohibición se extienda (solamente) durante 60 días desde la publicación, plantea posteriormente problemas cuando la homologación se produzca con posterioridad al transcurso de este plazo: *ex art. 182-bis*, 3), LF. Dado que el beneficio de la prórroga automática del vencimiento de los créditos se produce solamente con la homologación (siendo, de hecho, los plazos calculados con referencia a ella), los acreedores, después del vencimiento de los 60 días, retomarán su libertad para actuar sin que se les pueda oponer aquel aplazamiento asociado solamente a la homologación.

La publicación del acuerdo no produce efectos sobre los contratos pendientes de cumplimiento. Ello significa que, si las prestaciones aún no han sido ejecutadas por las partes del contrato, tales contratos deberán ser cumplidos, también en el caso de pagos, de conformidad con su contenido dado que el aplazamiento solamente afectará a los créditos nacidos con anterioridad a la publicación de acuerdo. En este sentido, quizás puedan surgir problemas con contratos de duración con prestaciones periódicas o con prestaciones, al menos parcialmente, a cargo de un tercero. Con relación a los créditos con prestaciones ya ejecutadas será aplicable el aplazamiento y, por lo tanto, resultarán ineficaces las cláusulas que sancionen posibles incumplimientos en forma, por ejemplo, de interrupción de servicio como consecuencia de

²⁵ *Id.*

falta de pago. Más problemático se presenta el caso del préstamo ya desembolsado habiéndose pactado su reembolso y el de los intereses generados a través de un sistema de cuotas y plazos. El problema no afecta tanto a los plazos ya vencidos, afectados por el aplazamiento, como sí a los plazos que irán venciendo. Dado que la norma se refiere a los «*créditos aún no vencidos en la fecha de la homologación*» surge la duda de si el alcance del aplazamiento (120 días desde el vencimiento) se extiende a todos los créditos anteriores con independencia de las fechas de vencimiento.

También para los acuerdos de reestructuración de la deuda se prevé la posibilidad de anticipar los efectos de conformidad con la disciplina establecida en el art. 182-*bis*, co. 6, LF. En este caso no se puede hablar de una solicitud en blanco [como ocurre por el *concordato preventivo*] dado que el empresario está obligado a presentar, además de un informe actualizado sobre la situación patrimonial, económica y financiera de la empresa, una lista nominal de los acreedores y sus créditos clasificados, el valor de los bienes y los acreedores particulares de los eventuales socios comanditarios, una propuesta de acuerdo acompañada de una declaración del empresario según la cual existen negociaciones sobre la misma con acreedores que representan al menos un 60% del total del pasivo y una declaración realizada por un experto independiente acerca de la idoneidad de la propuesta en relación al pago de los acreedores ajenos²⁶. Cabe señalar, sin embargo, que estando prevista en la disciplina *anticipada* la posibilidad de pasar, en el momento de la propuesta definitiva, del acuerdo de reestructuración al convenio [*concordato*] y viceversa, el empresario que desea plantear un acuerdo de reestructuración sin disponer de la documentación antes señalada podrá presentar la propuesta anticipada de convenio [*concordato*] que solamente exige el depósito del balance de los últimos 3 años y la relación de los acreedores con indicación de los créditos (aunque no estén clasificados). Pese a todo, podría sufrir el nombramiento de un interventor quedando sujeto también a un conjunto de obligaciones informativas periódicas de caras a la presentación de su propuesta definitiva.

Esta solicitud deberá ser publicada en el Registro mercantil y tendrá el efecto de suspender el ejercicio y tramitación de acciones y medidas de carácter ejecutivo o cautelar así como la adquisición de privilegios distintos de los convenidos (art. 182-*bis*, co. 6, LF). A este respecto, vale lo ya comentado acerca del levantamiento de la prohibición de pactar privilegios en el convenio aunque ello no condicione su revocabilidad. El tribunal, recibida la solicitud y habiendo verificado la correspondiente legitimación así como la conformidad a derecho de la documentación presentada, procederá a disponer la notificación a los acreedores, fijando una audiencia en la que, una vez verificada la existencia de los presupuestos para proceder a un acuerdo válido de reestructuración de la deuda, procederá a confirmar la prohibición existente ya desde la publicación de la solicitud asignando, a su vez, a la empresa un plazo no superior a 60 días para presentar un acuerdo definitivo así como el correspondiente informe a cargo del experto independiente (art. 182-*bis*, co. 7, LF). Si el tribunal detectara algún tipo de defecto o insuficiencia en la documentación presentada o la inexistencia de alguno de los presupuestos exigidos para proceder a la citada reestructuración, procederá a rechazar la solicitud quedando removidos los efectos producidos desde la publicación de la misma. Con todo, siempre existirá la posibilidad del empresario de pedir la homologación de un acuerdo definitivo.

Con toda probabilidad, la crisis de una empresa es por encima de todo una crisis finan-

²⁶ [Amplius, COSTA, C., *cit.*, *infra*, y también, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia, cit.*]

ciera razón por la cual el éxito del plan depende en buena medida de la posibilidad de obtener financiación (art. 182-*quater*, LF).

El legislador ha intervenido estableciendo el carácter prededucible (en caso de posterior concurso) de los créditos financieros estableciendo, a su vez, una variada disciplina, en función de cada momento procesal, con relación a la ejecución del acuerdo vinculado a la financiación. La prededucibilidad se encuentra fundamentalmente reconocida a la financiación efectuada a través de *cualquier modalidad* en ejecución de un acuerdo homologado (art. 182-*quater*, co. 1, 2, LF). Naturalmente, tal financiación deberá estar prevista en el acuerdo. A diferencia de lo que sucede en la normativa societaria en materia de postergación de créditos²⁷, podrá ser asimilada a la financiación proporcionada por terceros, por un 80% del total, la financiación proporcionada por los socios (art. 182-*quater*, co. 3, LF). Ahora bien, deberán ser computados de manera integral los créditos financieros de aquellas personas que son socias en ejecución de un acuerdo de reestructuración. Los créditos nacidos de este canal financiero, provengan tanto de socios como de terceros, quedarán fuera del cómputo del referido porcentaje del 60% de los créditos.

La misma disciplina se aplica también a toda la financiación obtenida en el marco de la presentación de la solicitud de homologación del acuerdo, pero la obtención de la condición de prededucibilidad de aquellos créditos estará siempre condicionada a la posterior homologación del acuerdo.

Esta misma regla, ahora se extiende también a los préstamos obtenidos en el marco de la presentación de la propuesta anticipada que contempla el art. 182-*bis*, co. 6, LF, en la medida que se erige en un medio funcional respecto a la presentación de la solicitud definitiva, condición de la homologación: de igual manera que ocurre con el *concordato preventivo*, el d.l. 83/2015 (al art. 182-*quinques*, LF, en su versión consolidada por medio de la l. 132/2015) ha introducido una importante innovación que permite al deudor, previa autorización judicial, contratar, de manera temporal [*“interinalmente”*], la financiación *ab origine* “prededucible”, siempre que resulte funcional, es decir necesaria y urgente, para la conservación de la empresa²⁸.

La solicitud tendrá que especificar el uso de los fondos y el deudor deberá presentar pruebas del daño grave e irreparable que se produciría en caso de la falta de financiación²⁹.

Un caso diferente será aquel en el que la demanda de financiación sea presentada con posterioridad al depósito de la solicitud de homologación del acuerdo o después de la propuesta anticipada. En este caso, esta demanda deberá ser comunicada al tribunal siendo acompañada del correspondiente informe del experto independiente en que, verificadas las necesidades financieras de la empresa con vistas a la homologación, certifique que la financiación en cuestión, que podrá detallarse en función de su naturaleza o de la entidad financiera, es coherente con el objetivo de proporcionar la mejor satisfacción a los acreedores. En caso de que el tribunal autorice la citada financiación, los créditos que deriven de ella tendrán la consideración de prededucibles. Se trata de lo que se ha venido a llamar créditos puente, que son todos aquellos créditos llamados a cubrir las necesidades financieras de la empresa en el periodo que transcurre entre el depósito de la solicitud, incluyendo también aquí la propuesta anticipada, y el momento en el que se produce la homologación del acuerdo

²⁷ [Para las correlaciones con el Derecho de sociedades, GUERRIERI, G., *Risanamento dell'impresa e diritto societario*, cit.]

²⁸ [Vid. COSTA, C., cit., *infra*; GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, cit.]

²⁹ [Vid. COSTA, C., cit., *infra*.]

y el inicio de su ejecución. La referencia a *mejor satisfacción de los acreedores*, expresión reiteradamente utilizada por el legislador, solamente puede ser interpretada en este preciso contexto desde la perspectiva que proporciona su funcionalidad en términos financieros con respecto al éxito del acuerdo en la medida que éste debe salvaguardar los intereses del grupo acreedor. Los beneficios proporcionados por el legislador con tal de facilitar la consecución del éxito del acuerdo se centran fundamentalmente en la substracción del ámbito objetivo de la acción revocatoria concursal de todos los actos, pagos y garantías realizados y constituidas en ejecución del acuerdo homologado. Considero que este beneficio se extiende también al pago a los acreedores ajenos al acuerdo en la medida que el acuerdo prevé la posibilidad de su pago integral, circunstancia que debe ser a su vez contemplada en el procedimiento de homologación. El pago de los créditos efectuados con anterioridad de la homologación pero con posterioridad a la presentación de la solicitud de homologación o de la propuesta anticipada podrá substraerse del ejercicio de la revocatoria concursal solamente si así lo autoriza el correspondiente tribunal.

Otro de los beneficios recientemente introducido por el art. 217-bis, LF, se refiere a la exención de las consecuencias penales del concurso preferencial (*ex art. 216, co. 3, LF*) y de concurso *tout court* (art. 217, LF) de todos los pagos y las operaciones llevadas a cabo en ejecución de un acuerdo de reestructuración de deuda homologado, y más recientemente, según el art. 236, LF, que establece la extensión a los acuerdos de reestructuración de las disposiciones penales aplicables para el *concordato preventivo*: solución que podría hacer dudar de la naturaleza jurídica de estos instrumentos³⁰.

5.1. El nuevo acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y el acuerdo de moratoria

La última y relevante novedad, como ya se ha anticipado, consiste en la introducción de dos nuevos instrumentos jurídicos: un acuerdo especial de reestructuración de las deudas aplicable siempre que al menos la mitad de la cantidad adeudada sea debida a bancos e intermediarios financieros, y adicionalmente un acuerdo de moratoria con idénticos sujetos (art. 182-septies, LF).

El legislador³¹ parte de la constatación de que en la praxis son frecuentes las “operaciones destinadas a intentar la salvación en las que el deudor no se enfrente con la generalidad de los acreedores, sino únicamente con los bancos. El éxito o el fracaso de estas operaciones no deriva únicamente de las reglas del mercado o de la ventaja económica: no son pocos los casos en los que la mayoría (muy a menudo una gran mayoría) de los bancos acreedores está de acuerdo con las propuestas de la empresa, pero algunos de ellos, usualmente a los que se adeudan créditos de menor importe, se declaran en contra, impidiendo así el éxito de la operación”.

La respuesta legislativa ha sido el nuevo art. 182-septies, LF, que articula el acuerdo de reestructuración de las deudas³².

La idea no es extraña en otros ordenamientos europeos, en los que se permiten reestructuraciones extrajudiciales basadas en acuerdos entre el deudor y los acreedores, acuerdos

³⁰ [*Amplius*, más adelante, en el siguiente epígrafe.]

³¹ D.l. 83/2015 [*i.e.*, l. 132/2015], la relación anexa.

³² [Vid., en este volumen, AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*, esp. sobre los créditos de “considerable entidad”.]

operativos y vinculantes incluso en caso de ausencia de consenso unánime entre los acreedores: véanse la “*sauvegarde financière accélérée*” francesa o el “*scheme of arrangement*” inglés.

El d.l. que se examina [en su versión consolidada, ex l. 132/2015] desarrolla la ReCE 2014³³, en la parte en la que incentiva la adopción de un plan de reestructuración, incluso cuando no participen todos los acreedores o participen determinados tipos o clases de acreedores, siempre que los otros acreedores no se vean involucrados.

La respuesta italiana mantiene una base contractual (acuerdos de reestructuración) y prevé la posibilidad de una extensión de los acuerdos extrajudiciales también a los intermediarios financieros que no se hubieran adherido, con el fin de salvar una empresa todavía sana pero golpeada por la crisis.

Esta extensión no llega a obligar a los que no se hubieran adherido a realizar prestaciones o a soportar un incremento de su riesgo: en resumen, explica la exposición de motivos del decreto-ley, la mayor parte de los intermediarios financieros puede imponer a los no adheridos únicamente la reestructuración de la deuda existente, es decir, nuevos vencimientos, modificaciones o reducciones de los tipos de interés.

Para obtener un acuerdo mayoritario es necesario un gran consenso de los propios intermediarios financieros en relación con la propuesta de reestructuración o de mora: como antes se ha señalado se prevé, de hecho, el quórum del 75% de los créditos, subdivididos según posición jurídica e intereses económicos homogéneos.

Las garantías del procedimiento para llevar a cabo las negociaciones, por otra parte, es uno de los puntos sometido a control jurisdiccional previo a la homologación de la propuesta (con la consiguiente eficacia incluso frente a los entes no adheridos), junto con la verificación de la homogeneidad de la posición jurídica, de los intereses económicos y de la posibilidad de satisfacción de los sujetos no adheridos no inferior que las que hubieran obtenido en relación a otras alternativas disponibles.

La nueva regulación se aplica también a los acuerdos, que prevén una moratoria temporal entre los acreedores financieros, destinada a permitir la elaboración de una solución que, sin perjuicio de acuerdos posteriores, resulte más idónea para resolver la crisis (los llamados “*standstill*”).

También en este caso los bancos y los intermediarios financieros que no se hubiesen adherido pueden oponerse y el tribunal verificará la existencia de las condiciones de “homogeneidad” de la posición jurídica e “intereses en las categorías”, la adecuación del procedimiento informativo sobre la naturaleza y los efectos del acuerdo, y del principio de *no creditor worse off*.

Habitualmente, en la praxis, sucede que los acreedores nombren un *advisor* propio que negocie con el deudor, de la forma más unanime posible, un acuerdo de reestructuración de las deudas de acuerdo con el art. 182-*bis*, LF, lo que, recuérdese, es un contrato de naturaleza privada y no un procedimiento concursal, por lo que es vinculante exclusivamente para los

³³ El objetivo de la recomendación comunitaria es garantizar a las empresas sanas pero con dificultades financieras, cualquiera que sea su lugar de establecimiento en el seno de la Unión, el acceso a un marco nacional en materia de insolvencia que les permita reestructurarse en una fase precoz, de modo que se evite la insolvencia, maximizando el valor total para los acreedores, empleados, propietarios y para la economía en general. Otro objetivo es conceder una segunda oportunidad en toda la Unión a los emprendedores honestos que devienen insolventes.

[Sobre el un nuevo acercamiento del Derecho comunitario al concurso de las empresas y a la insolvencia, vid., en este volumen, CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *infra*; COSTA, C., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*; SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso*, *infra*.]

acreedores adheridos. Muchas veces, por lo tanto, sucede que algunos acreedores financieros se desvinculan de las negociaciones, obteniendo beneficios indebidos (en virtud del pago integral para los acreedores extraños al acuerdo, tal y como está previsto en el art. 182-*bis*, LF) a costa del sacrificio económico de otros bancos o intermediarios financieros acreedores.

Así, el nuevo acuerdo de reestructuración recogido en el art. 182-*septies*, LF se ha introducido para evitar tales distorsiones, consintiendo al deudor solicitar que los efectos del acuerdo suscrito con los acreedores financieros se extienda también a los acreedores no adheridos que pertenezcan a idéntica categoría, siempre que hayan sido informados del inicio de las negociaciones y se les haya ofrecido la oportunidad de participar de buena fe, y siempre que los créditos de los bancos y los intermediarios financieros adheridos representen el 75% de los créditos de dicha categoría. La norma precisa, adicionalmente, que los acreedores a los que el deudor puede pedir la extensión de los efectos del acuerdo sean considerados sujetos adheridos al acuerdo con el fin de alcanzar el umbral del 60% señalado en el apartado primero del art. 182-*bis*, LF.

A la vista de lo precedente, más que un acuerdo de reestructuración de las deudas, el nuevo instrumento jurídico se asemeja más a un mini acuerdo preventivo, en virtud de la existencia del principio de mayoría y de la supresión [*“falcidia”*] de una cuota de acreedores disidentes, característica típica de los procedimientos concursales.

Con el fin de evitar que algunos acreedores financieros se aprovechen impunemente de la situación, el nuevo artículo dispone específicamente que no se tengan en consideración la *“ipoteca giudiziale”* [embargo preventivo, *m.m.*] inscrita por los bancos o por los intermediarios financieros en los noventa días anteriores a la fecha de publicación del “ricorso” [de la solicitud, *m.m.*] en el registro de las empresas.

Finalmente, el nuevo art. 182-*septies*, LF disciplina las obligaciones de publicidad y los procedimientos necesarios. En particular, se prevé la obligación de notificar la “solicitud” y la documentación señalada en el art. 182-*bis*, LF, a los bancos y a los intermediarios financieros a los que se les solicite la extensión del acuerdo, con el plazo para oponerse desde la fecha de notificación de la “solicitud”. El tribunal procederá a la homologación una vez comprobado que las negociaciones se han desarrollado de buena fe, que los bancos y los intermediarios financieros a los que el deudor haya solicitado la extensión del acuerdo tengan posiciones e intereses económicos homogéneos respecto a los adheridos, que hayan recibido completa y cumplida información sobre la situación patrimonial, económica y financiera del deudor, así como sobre el acuerdo, sus efectos y que se les permita participar en las negociaciones. Adicionalmente, los sujetos obligados a adherirse deberán considerarse satisfechos, basándose en el acuerdo, al menos respecto de otras alternativas concretas aplicables.

La finalidad que han llevado a la introducción del nuevo acuerdo de reestructuración está también en el fundamento del segundo instrumento jurídico recogido en el art. 182-*septies*, LF, el acuerdo de moratoria temporal de los créditos en relación con los bancos e intermediarios financieros.

También en este caso se trata de una novedad que deriva de situaciones surgidas de la praxis, por cuanto sucede a menudo que, en la fase inicial de la negociación de los instrumentos jurídicos para la solución alternativa a la crisis de la empresa, no todos los acreedores financieros se hayan adherido a los acuerdos de moratoria suscritos por la mayoría de los acreedores.

Ahora, el nuevo instituto permite al deudor extender los efectos de la moratoria también en relación los bancos y con los intermediarios financieros no adheridos si los mismos han

sido informados del inicio de las negociaciones y se les ha permitido participar de buena fe, siempre que un profesional, con los requisitos previstos en art. 67, co. 3, letra d), LF, verifique la idoneidad de la posición jurídica y de los intereses económicos entre los acreedores interesados en la moratoria, con posibilidad para el acreedor no adherido y obligado a la adhesión de oponerse en el término de treinta días desde la notificación del acuerdo alcanzado.

La norma precisa, finalmente, que debe tratarse de un mero *pactum de non petendo* y no de un acuerdo *standhill*, ya que el acuerdo no puede obligar a los acreedores no adheridos a realizar nuevas prestaciones, o a conceder avales o a mantener avales ya existentes, quedando específicamente entendido que por nueva prestación no se entiende la obtención de la concesión del goce de bienes objeto de arrendamiento financiero ya estipulados.

Para garantizar la efectividad de la operación se prevé la integración del marco sancionador penal.

El art. 10, d.l. 83/2015 modifica el art. 236, LF, extendiendo la relevancia penal, prevista solo para el *concordato preventivo* y la administración controlada, a las hipótesis de ilícito relacionadas con los nuevos institutos de reestructuración del crédito con intermediarios financieros y acuerdo de moratoria: se prevé que el emprendedor que, para obtener la homologación de la reestructuración o el consenso de los intermediarios financieros al acuerdo de moratoria, se haya atribuido actividades inexistentes o haya simulado créditos en todo o en parte inexistentes, esté penado con prisión de 1 a 5 años.

Se extienden a “reestructuración” y a “acuerdo” los delitos de “*bancarotta fraudulenta*”, “*bancarotta semplice*” [concurso culpable, *m.m.*], simulación de crédito o alzamiento de bienes, venta de votos.

Se extiende, finalmente, a la reestructuración del crédito con intermediarios financieros y al acuerdo de moratoria, el procedimiento sancionador de la falsedad documental.

6. El convenio [“*concordato preventivo*”] con continuidad de la actividad empresarial

El art. 186-*bis*, LF, establece una normativa específica para el convenio con continuidad de la actividad empresarial. Los medios de comunicación se refieren a este tipo de convenio como una especie de *invento* del legislador cuando, en realidad, este tipo de convenio siempre ha existido en el ordenamiento italiano desde 1942 regulado, eso sí, por la normativa general y no por una ley especial. Era conocido como convenio [*concordato*] financiero o como convenio [*concordato*] con pago de porcentaje y quedaba reservado para aquellos empresarios que, dignos y meritorios, estuvieran en condición de garantizar el pago integral de los acreedores privilegiados y de un porcentaje no inferior al 40% de los ordinarios³⁴.

Lo cierto es que este tipo de convenio ha estado en la práctica casi olvidado en beneficio de la otra modalidad de convenio, que prevé la cesión de bienes a los acreedores. Todo ello es consecuencia del hecho de que los acreedores privilegiados, en este modelo de acuerdo, deberán ser pagados íntegramente y sin dilaciones y de manera inmediata con posterioridad a la homologación del convenio. La proliferación continuada de privilegios y la inderogabilidad de la regla en materia de pago integral a los acreedores privilegiados han convertido en particularmente dificultoso para un empresario en crisis acceder a niveles de liquidez suficientes

³⁴ Vid., *amplius*, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, *op. cit.*, esp. TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, 21 ss.; y para la comparación con el sistema concursal español, GIANNELLI, G., *Le soluzioni giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, 27 ss.

para hacer frente a los citados porcentajes de pagos. La identificación del convenio con la cesión de bienes a los acreedores ha conducido a alguien incluso a negar la legitimidad del convenio con continuidad de la actividad empresarial (que, si se lleva a cabo por el mismo empresario, conlleva la conservación de los bienes destinados a la continuidad de la actividad) en base al contenido del art. 2740, cod. civ., según el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros³⁵. Se olvidan de que el segundo epígrafe del mismo artículo admite limitaciones de esa responsabilidad universal en los casos previstos en la ley. Y el efecto *desendeudador* del convenio, unido a las reglas sobre su carácter obligatorio y vinculante para todos los acreedores anteriores, constituye, según mi parecer, uno de los casos de limitación de la responsabilidad patrimonial previsto en la ley.

La continuidad de la actividad empresarial se puede llevar a acabo por el mismo empresario en crisis pero también puede ser el resultado de la cesión de la actividad empresarial a un tercero o incluso la cesión del establecimiento mercantil en ejercicio a una o más sociedades que hasta pueden haber sido acabadas de constituir³⁶. Si esta pluralidad de soluciones demuestra un cambio de eje en la perspectiva utilizada, que pasa de centrarse en el empresario para pasar a centrarse en la empresa en ejercicio, la disciplina prevista parece ser coherente solamente con la primera de las hipótesis citadas (la continuación de la actividad a cargo del mismo empresario) planteando un conjunto de dudas con relación a los otras dos hipótesis existentes³⁷.

En primer lugar, el legislador prevé que el plan que el deudor debe presentar, adjunto a la propuesta de convenio, debe contener, además de una descripción analítica de los costes e ingresos que se prevén asociados a la continuidad de la actividad empresarial, los recursos financieros necesarios y la forma de cubrirlos. Si todo ello es perfectamente coherente con la hipótesis de la continuidad de la actividad a cargo del deudor, no lo es cuando la propuesta prevé la cesión del establecimiento mercantil a un tercero. En este caso, en el patrimonio del deudor se computará solamente el precio asociado a la cesión y todo lo que acaezca en la continuación de la actividad posterior a la cesión estará vinculado exclusivamente con la persona del cesionario del establecimiento mercantil.

Y en este contexto, debería haberse previsto una obligación, a cargo del cesionario, de presentar un plan empresarial referido específicamente a la continuación de la actividad. O, mejor dicho, se debería haber previsto expresamente que, cuando el deudor presente una propuesta de convenio que prevea la cesión a un tercero del establecimiento mercantil, tal propuesta debería estar acompañada por un plan de continuidad de la actividad redactado por el cesionario que reúna todas la indicaciones exigidas al deudor cuando él mismo es el que intenta dar continuidad a la actividad empresarial.

Aún más complejo es el escenario en el que se transfiere el establecimiento mercantil a una o varias sociedades, incluidas aquellas acabadas de constituir. Y es que el legislador se refiere a la *entrega* implicando todo ello también la transmisión de acciones o participacio-

³⁵ [Principio fundamental de Derecho patrimonial en Italia (que corresponde al art. 1.911, Cc español) de la responsabilidad del deudor frente a sus acreedores con todo su patrimonio presente y futuro. Principio que representa al mismo tiempo uno de los obstáculos más repetidos para la disciplina dirigida a empresarios o profesionales, o a consumidores personas físicas, en España identificada como ley de “segunda oportunidad”: sobre este tema, *amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso*, *infra*.]

³⁶ [Vid., *amplius*, desde el punto de vista español, en este volumen, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

³⁷ [Id.]

nes. También en este caso será la sociedad adquirente y no el deudor originario, la responsable de la continuidad empresarial. La cesión a diversas sociedades presupone por lo tanto el desmembramiento del establecimiento mercantil original pudiéndose hablar de *continuidad* solamente en el caso de que lo que se transmita constituya una línea de negocio. Si, por ejemplo, se cede el establecimiento mercantil a una sociedad y una cartera de bienes inmuebles a otra, solamente en el primer caso podría hablarse de *continuidad*³⁸.

El hecho es que el legislador, en materia de convenio, y a diferencia de lo que acaece en materia de administración extraordinaria, no tiene como prioridad la continuidad de la actividad empresarial sino «*la mejor satisfacción de los acreedores*». Y, en efecto, el art. 186-*bis*, co. 2, letra b), LF, prevé que el informe del experto independiente deberá certificar, a parte de la veracidad de los datos empresariales y la viabilidad del plan, que la continuidad de la actividad empresarial será, destaque, coherente con el objetivo de proporcionar la mejor satisfacción a los acreedores. La asociación entre intereses colectivos y continuidad de la actividad empresarial se producirá en la medida que se pueda producir la mejor satisfacción de los créditos pecuniarios. Se producirá, por lo tanto, una valoración contrastada de la satisfacción proporcionada por continuidad de la actividad empresarial y, por otro lado, la satisfacción que proporcionaría cesar en la actividad y proceder a liquidar el activo.

El legislador precisa por otro lado algo que parece obvio: el convenio que dé continuidad a la actividad empresarial es compatible con la liquidación de los bienes no funcionales con el ejercicio de aquélla.

Esta precisión, sin embargo, hace surgir interrogantes de no poca importancia dado que incorpora en el convenio con continuidad una fase que es típicamente liquidadora. En este contexto, se deberá determinar si también a esta fase se le aplica la disciplina del convenio con continuidad o si, en cambio, deberán ser aplicadas las reglas previstas para el convenio liquidador. Pensemos, por ejemplo, en las garantías hipotecarias que gravan bienes inmuebles innecesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Debemos establecer si este crédito deberá ser satisfecho en el año de la homologación o con posterioridad a la fecha de venta de los inmuebles. Personalmente, me inclino por la segunda opción dado que la ausencia del carácter funcional del bien descrito respecto al ejercicio de la actividad empresarial determina el tratamiento de esta cuestión bajo una disciplina coherente con la continuidad de la actividad empresarial.

Pero analicemos ahora los *beneficios* que el legislador dispone con tal de agilizar el convenio [*concordato preventivo*] con continuidad.

De conformidad con el art. 182-*quinquies*, co. 4, LF, el deudor que tiene presentada una solicitud de este tipo de convenio puede pedir al tribunal que le autorice a pagar créditos anteriores derivados de la adquisición de bienes o la prestación de servicios. El tribunal, habiendo estudiado la información aportada en tal sentido, podrá conceder la autorización cuando tales pagos se vayan a efectuar con recursos financieros que no generen una obligación de restitución o, si esta obligación existe, esté subordinada a la prioritaria satisfacción de los acreedores. Fuera de estas dos hipótesis, la posible autorización del tribunal requerirá un informe emitido por parte de un experto independiente en el que sea certificado el hecho de que las prestaciones que se van a pagar son esenciales para la continuidad de la actividad empresarial siendo a su vez coherentes con el fin último de garantizar la satisfacción de los acreedores. Esta última precisión, preocupación constante del legislador, parece en realidad

³⁸ [Id.]

superflua en la medida que la consecución de la satisfacción de los acreedores deriva, como declara el art. 186-*bis*, co. 2, letra b), LF, de la continuación de la actividad empresarial.

En algún caso, se pueden plantear problemas derivados de la previsión legislativa según la cual la autorización al pago de los acreedores anteriores puede ser planteada también por aquel deudor que había presentado una solicitud con la reserva prevista en el art. 161, co. 6, LF. Y es que, de hecho, la solicitud anticipada no contiene (aún) pronunciamiento alguno sobre el acuerdo de liquidación o el convenio con continuidad de la actividad, siendo incluso posible presentar, siempre dentro del plazo fijado por el juez, un acuerdo de reestructuración de la deuda. En este último caso, no existen demasiados problemas en la medida que fundamentalmente serviría para substraer al ejercicio de la revocatoria estos pagos consintiendo su realización antes del vencimiento del plazo previsto para el pago de los acreedores ajenos al acuerdo. Diferente deberá ser la perspectiva empleada en el caso de que se opte por una opción liquidadora, en detrimento de la continuidad de la actividad empresarial.

En este caso, la autorización para el pago de los acreedores anteriores haría escapar a algunos acreedores, y a expensas del resto, de las normas del concurso en base a un presupuesto (el carácter necesario del pago para dar continuidad al proyecto) desactivado por la opción liquidadora.

Quizá podría argumentarse que, dado que la elección corresponde al deudor, éste, pidiendo la autorización para proceder al pago de los acreedores anteriores, procede a decantarse en favor de la continuidad de la actividad empresarial, anticipando el momento procesal de su elección. También podría ser defendida la posibilidad de que el tribunal condicione su autorización a la posterior elección por parte del empresario deudor de la continuidad de la actividad empresarial. Pero todas estas soluciones son cuestionables³⁹.

Otro *beneficio* destacable es la posibilidad de pagar a los acreedores con privilegio especial en el plazo de, hasta, un año desde de la homologación del convenio. El legislador no ha tenido la valentía de romper con el mito de la intangibilidad de los créditos privilegiados, prendas o hipotecas, y se limita a prever una moratoria de hasta un año impuesta a estos acreedores a los que, por otro lado, no se les reconoce el derecho de voto. Ya ha sido precisado que el pago deberá ser efectuado con anterioridad en el caso de que se proceda efectivamente a la liquidación de los bienes y derechos gravados y no necesarios para el ejercicio de la empresa. Las mismas reglas servirán en el caso de que los derechos de prelación no sean suficientes según lo que prevé el art. 160, co. 2, LF.

Por último, el art. 186-*bis*, co. 3, LF, reitera que los contratos en curso de ejecución a fecha de la presentación de un eventual recurso, no se resolverán en caso de obertura del correspondiente procedimiento, siendo inválidos los pactos en contrario y siendo aplicables estas reglas también a los contratos públicos. Ahora bien, para la continuidad de los contratos públicos será necesario un informe del experto independiente que acredite la conformidad del contrato con el plan así como una capacidad racional del contratista en concurso para proceder a su cumplimiento. No queda afectada la disciplina general en materia de resolución o suspensión de los contratos en ejecución prevista por el art. 169-*bis*, LF.

La participación de empresas en situación de convenio con continuidad en (nuevos) procesos de adjudicación de contratos públicos queda condicionada no solamente al (habitual) informe del experto independiente sobre la conformidad y compatibilidad del contrato y también a la capacidad de la empresa para cumplirlo sino, sobretudo, a la existencia de un aval

³⁹ [Id., esp. respecto al tratamiento de las deudas pendientes en el supuesto de enajenación de la unidad productiva objeto de concurso.

o garantía consistente en la declaración de otro empresario, poseedor de todos los requisitos exigidos para la adjudicación del contrato, mediante la cual éste se compromete a garantizar la ejecución del contrato substituyendo a la empresa adjudicataria inicial en casos de que no se encuentre en condición de cumplir con el contrato.

El tribunal puede proceder a la revocación de la admisión del procedimiento operada, en el sentido del art. 173, LF, cuando la actividad de la empresa protagonista del mismo cesa o resulta *manifestamente dañosa* para los acreedores. Esta última disposición no deja lugar a dudas. El legislador añade una ulterior hipótesis revocatoria fundada substancialmente en las pérdidas que podría provocar la continuación de la actividad empresarial a lo largo del ejercicio. Esta rúbrica no nos parece oportuna. Y es que, al contrario de lo que sucede en el caso de la continuación provisional de la empresa quebrada, donde las pérdidas inciden directamente sobre la posibilidad de satisfacción de los acreedores, en este caso la modalidad y cronología de los pagos a los acreedores están previstas en la propuesta de convenio. Se debería, por lo tanto, haber hecho referencia al hecho que los resultados del ejercicio de la actividad de la empresa sean capaces de afectar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, delante de los acreedores, en la propuesta de convenio. En definitiva, trato de afirmar que la continuidad de la actividad empresarial puede legítimamente comportar, en un periodo inicial del procedimiento, pérdidas siendo ello compatible con el plan que acompaña la propuesta de convenio así como con la modalidad de satisfacción de los acreedores que ha sido proyectada. La referencia directa al daño a los acreedores no solamente no es correcta sino que puede provocar peligrosos equívocos y una errónea interpretación del significado de la continuidad provisional de la actividad.

El legislador precisa que en el caso de aplicación del art. 173, LF, queda a salvo la facultad del deudor de modificar la propuesta de convenio. Ahora bien, más que de modificar la propuesta, se debería haber hablado de plantear una nueva propuesta en la medida que ello comportaría pasar de un convenio con continuidad a un convenio liquidador.

La disciplina de la financiación no sufre variaciones con la continuidad de la actividad empresarial, sirviendo también aquí lo que ya habíamos comentado a propósito de los acuerdos de reestructuración de la deuda. Por lo tanto, los préstamos obtenidos en el marco de la presentación de una propuesta, también en su modalidad anticipada, de convenio son prededucibles siempre que se encuentren previstos en el plan y siempre que tal prededucción se encuentre expresamente prevista en la correspondiente resolución judicial. Igualmente son prededucibles los créditos obtenidos en ejecución del convenio [*“concordato”*]. En ambos casos la prededucibilidad es común, en relación al 80% del importe total, incluso en caso de financiación aportada por los socios. De forma extraña, esta última disposición no es aplicable a la financiación posterior a la presentación de la propuesta de convenio (aunque fuese anticipada), en la que la prededucibilidad está condicionada a la elaboración, por parte de un experto independiente, del informe que acredite que esta financiación es coherente con las necesidades financieras de la empresa hasta la homologación e implica la mejor satisfacción de los acreedores.

Se puede plantear una duda acerca del alcance concreto de la prededucción de los préstamos, limitándola solamente al procedimiento de concurso o ampliándola, también, a las situaciones de convenio. Esta pregunta no es posible en relación a los préstamos obtenidos en ejecución del convenio en la medida que presuponen la homologación y, por lo tanto, la terminación del procedimiento. En cambio sí que se puede plantear en relación a la financiación obtenida en el marco de la presentación (o después de ésta) de la solicitud de convenio, anti-

cipada también. La única mención legislativa a tal efecto hace referencia precisamente a este último caso. Una de las condiciones que fija el legislador para autorizar el endeudamiento es el informe del experto independiente que acredite que con tal endeudamiento se atienden las necesidades financieras de la compañía hasta la homologación, comportando ello la imposibilidad de reembolsarse los préstamos durante el procedimiento. La ejecución provisional de la resolución de homologación debería considerar irrelevante las impugnaciones planteadas en base al art. 183, LF.

Más inciertas se presentan las soluciones referidas a los créditos obtenidos en el contexto de la presentación de la solicitud. Aquí surgen dudas sobre si el reconocimiento de la prededucción de estos créditos, y también para los obtenidos con anterioridad a la presentación de la solicitud, sirve no solamente para el caso de concurso sucesiva sino también en caso del procedimiento de convenio, consintiendo su pago antes de una eventual homologación. Considero procedente una solución negativa, que es la más coherente con el buen fin del procedimiento de garantizar unos necesarios niveles de liquidez.

Considero, en cambio, que la prededucción sí debe operar en la fase de ejecución del convenio. Ello significa, con relación a los créditos obtenidos en ejecución del convenio o después de la presentación de la correspondiente propuesta, incluida la anticipada, la posibilidad de obtener un reembolso integral de los créditos en los plazos convenidos, incluso si son anteriores al año de la homologación; con relación a los créditos obtenidos en el marco de la presentación de la propuesta, anticipada incluida, podemos concluir su substracción a las reglas del concurso, aunque sean créditos anteriores y, por lo tanto, la posibilidad de su pago íntegro, después de la homologación, y en los plazos pactados.

7. La continuación de la actividad en seno al concurso [*i.e.*, “*procedura liquidatoria*”]

La continuidad de la actividad empresarial, de alguna manera, también se encuentra tutelada en la modalidad de procedimiento concursal con un componente más liquidador: el concurso. No me refiero tanto al ejercicio provisional como a aquél que además de provisional se realiza mediante el arrendamiento del establecimiento mercantil. Este ejercicio provisional es por naturaleza propia temporal y, además, condicionado por la falta de liquidez que caracteriza a las empresas insolventes. En la gran mayoría de casos, el ejercicio provisional tiene su origen en la propia declaración de concurso. Y es, en efecto, consustancial a cualquier posibilidad de dar continuidad a la actividad el hecho de evitar las interrupciones prolongadas, más allá de la, por sí misma perturbadora, declaración de concurso. El presupuesto para que la declaración de concurso proceda a ordenar la continuación provisional de la actividad reside en los graves daños que su interrupción podría causar y «*en la medida que no cause perjuicio a los acreedores*». Esta fórmula es bastante curiosa por la relación entre los conceptos de daño grave y perjuicio. Se podría argumentar que la exigencia de daño grave se refiere al patrimonio afecto a la concurso y que el perjuicio a los costes necesarios para eliminar el daño. En otros términos, se podría sostener que el legislador confronta, por un lado, los costes necesarios de continuar con la actividad y, por otro lado, el incremento de valor que proporciona tal continuación. Estamos pensando, por ejemplo, en la necesidad de completar procesos productivos que, de no finalizarse, ponen en peligro casi la totalidad del valor del producto en proceso de producción. En este tipo de supuestos, la regla es relativamente sencilla: se trata de confirmar que los costes asociados a la ultimación del proceso

productivo no sean superiores al valor que representa la venta de los productos fabricados⁴⁰.

Sin embargo, es posible una segunda interpretación con un alcance más amplio en la que el concepto de *daño grave* estaría referido al conjunto complejo de intereses colectivos asociados al mantenimiento de la actividad empresarial. Desde esta óptica, el perjuicio de los acreedores debería ser contrastado a través de dos elementos. Por un lado, el valor derivado de la cesión del establecimiento mercantil en activo y, por otro lado, el valor derivado de una eventual liquidación, complementado por las eventuales pérdidas producidas por la continuación de la actividad hasta el momento de la cesión del establecimiento mercantil. En este contexto, cobra especial importancia un estadio intermedio como es la que representa un posible arrendamiento de establecimiento mercantil, posibilidad regulada recientemente por el legislador y que permite mantener activo el establecimiento mercantil asumiendo un tercero los costes que se derivan de ello. Es destacable, en este contexto, poner de manifiesto que en la elección del arrendatario del establecimiento mercantil se debe tener presente, además del importe del precio del arrendamiento, las garantías prestadas y la capacidad para dar cumplimiento al plan de continuidad de la actividad empresarial teniendo, por otro lado, presente la conservación de los niveles de ocupación. Mientras que los primeros parámetros señalados son en su conjunto funcionales con respecto al objetivo de tutelar los intereses de los acreedores, el último hace referencia a uno (la tutela del empleo) del todo extraño a los intereses de los acreedores. Y en este sentido, no hacemos nada más que reproducir casi de manera literal el contenido del art. 63, co. 3, d.lgs. 270/1999, en materia de venta de establecimiento mercantil en ejercicio en situación de administración extraordinaria. En la concurso, a diferencia de los que sucede en la situación de administración extraordinaria, los intereses generales derivados de la continuidad de la actividad no han conseguido prevalecer sobre los intereses de los acreedores como así lo confirma la disciplina que regula una posible cesión del establecimiento en ejercicio. En cualquier caso, se preferirá la liquidación singular de los activos cuando ello permita una mejor satisfacción de los acreedores. De forma adicional, y con relación a la disciplina de la venta, ha desaparecido completamente cualquier referencia a la defensa de la ocupación, siendo vendido el establecimiento al mayor de los precios ofrecidos.

8. Concluyendo

Como emerge del análisis previo, el legislador se encuentra con graves dificultades a la hora de afrontar los problemas que se derivan de la crisis empresarial. No se puede negar la existencia de progresos en este ámbito pero no siempre se ha trabajado con una dirección unívoca siguiendo una línea precisa.

El único de los procedimientos concursales que ha partido de una premisa fundamental, susceptible de ser compartida o no pero bien definida, ha sido el procedimiento de administración extraordinaria en el que, como hemos podido comprobar, el objetivo principal es la continuidad de la actividad empresarial.

Ciertamente, las otras herramientas concursales no se caracterizan precisamente por ser claras en sus intenciones. En cualquier caso, y como ya ha sido dicho, tanto el plan certificado como los acuerdos de reestructuración de la deuda o el convenio son instrumentos

⁴⁰ [*Amplius*, en este volumen, JACQUET YESTE, T., *cit.*, *infra*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *infra*.]

que solamente serán activados a instancia del deudor surgiendo un interrogante acerca de los elementos que pueden influirle en el momento de decantarse por alguno de ellos. En cualquier caso, es manifiesto que cada intento de superar una crisis tendrá una probabilidad de éxito proporcional a la idoneidad o carácter tempestivo, o no, de la herramienta escogida para gestionarla. Ya hemos apuntado que, de forma tradicional, en esta elección pesará la concurrencia o no de la posibilidad de sufrir el ejercicio de la acción revocatoria concursal y con él la impugnación de la validez de cualquier acto realizado por un tercero con el empresario insolvente, incentivando a este último a escoger alguno de los instrumentos alternativos a la concurso para poder continuar con su actividad empresarial. Y es que es una característica común a las tres alternativas analizadas hace referencia a su capacidad para escapar al ejercicio de la acción revocatoria concursal contra los actos realizados dentro del ámbito definido por la regulación de cada una de ellas, haciéndose evidente, en un contexto como el señalado, un interrogante acerca de lógica que subyace detrás de una decisión tan drástica como es la referida a la desactivación de la acción revocatoria concursal.

Un segundo elemento que queremos poner de manifiesto, dado que la crisis empresarial es (casi) siempre una crisis de liquidez (siendo muy habitual que el empresario tome consciencia de su situación de crisis solamente cuando ésta ha deteriorado su liquidez), es la cuestión relacionada con la financiación. Y en este tema el legislador ha intervenido estableciendo, a parte de la exención de la acción revocatoria, la prededucibilidad, tanto en el ámbito de los acuerdos de reestructuración como en el de los convenios, de los créditos concedidos tanto en el marco de la correspondiente propuesta de convenio, anticipada inclusive, como en el curso del procedimiento de aprobación o de ejecución del mismo.

Otro de los elementos que puede facilitar la idoneidad en la elección de una alternativa a la concurso es la posibilidad de quedar amparado por un escudo protector con carácter previo a la presentación de una propuesta definitiva, en un intento de dar al empresario el tiempo técnicamente necesario para recopilar toda la documentación exigida con relación a la presentación de su propuesta. Más allá de un uso interesadamente distorsionado de esta posibilidad, acaecido inmediatamente después de su entrada en vigor y con anterioridad a la reciente reformada operada, la denominada propuesta anticipada parece un instrumento útil y coherente.

Pero el verdadero problema de fondo continúa estando representado por la manera de gestionar y resolver el potencial conflicto entre los intereses generales vinculados con la continuidad de la actividad y los intereses de los acreedores en satisfacer sus derechos. Un primer e importante paso ha sido el representado por cambiar el eje de la perspectiva utilizada que deja de estar centrada en la figura del empresario para centrarse ahora en la empresa, reconociendo en este sentido que la continuidad de su actividad puede (de hecho, en la mayoría de los casos ocurre así) alcanzarse mediante la transferencia del establecimiento a un tercero. El hecho es que la continuidad de la actividad empresarial, como ya indicamos, se erige en un presupuesto necesario para proceder a la certificación del correspondiente plan, siendo específicamente regulada en la disciplina del convenio a pesar de no ser tomada explícitamente en consideración en la ordenación de los acuerdos de reestructuración de la deuda, que no establece diferencias entre un escenario de liquidación y uno de continuación de la actividad empresarial cuando habría sido del todo oportuno proceder a tal diferenciación para privilegiar la continuación de la actividad empresarial. Incluso en materia de convenio [*concordato*] con continuidad de la actividad empresarial, por otro lado, no se hace referencia a que la empresa recupere su vitalidad y eficiencia. El plan en cuestión simplemente será certificado

desde la perspectiva de su funcionalidad con respecto a la satisfacción de los acreedores y no en relación la recuperación de viabilidad operativa de la empresa.

El legislador acostumbra a recorrer a la utilización del concepto de «*mejor satisfacción de los acreedores*». Y parece que se refiere claramente al pago de los créditos de carácter pecuniario. De esta manera, se obvian aquellos intereses, que calificábamos como generales, vinculados a la continuación de la actividad empresarial, pese a que también se identifican unos daños menores (aquellos derivados de la continuidad empresarial en comparación a los derivados de la liquidación) a pesar de que, en realidad, no sirven para satisfacer a los acreedores desde diferentes perspectivas. De manera particular, el legislador no se manifiesta capaz de evitar el efecto cadena provocado por la insolvencia de una empresa, insolvencia que puede a su vez causar la insolvencia de otras empresas acreedoras de la primera. Es obvio que en una economía de mercado no se puede evitar la insolvencia de las empresas más débiles pero en cualquier caso deben ser analizados los elementos que permiten minimizar los efectos negativos que se derivan de tales insolvencias. Con relación al empleo, considero que el ordenamiento ha tratado de conseguir estos resultados. Con relación a la tutela de los acreedores, impidiendo a su vez que se produzca un efecto cadena, qué alternativas podrían ser contempladas? Se podría pensar, por ejemplo, en una institución que concediera créditos blandos por un importe equivalente al crédito congelado destinado a los acreedores más débiles. Esta intervención quizás no neutralice las pérdidas económicas pero sí que seguramente tendrá algún tipo de repercusión a nivel financiero. Por otro lado, se podría pensar también en que institucionalmente se procediera a la adquisición, quizás con un descuento pero siempre pagando de manera inmediata, de los créditos de los acreedores más débiles. Se intervendría, fuera a nivel financiero fuera a nivel económico. No soy ajeno a las connotaciones quiméricas de mis afirmaciones en un contexto en el que el propio Estado tiene dificultades para pagar sus propias deudas. Lo cierto en cualquier caso es que la opción legislativa a favor de una especie de tercera vía, equidistante entre la tutela de los intereses generales comprometidos en la continuidad de la actividad empresarial y la tutela de los acreedores en el propósito de maximizar sus expectativas de satisfacción de sus créditos, en realidad, no tutela de manera eficaz ni la primera ni la segunda familia de intereses.

Rebus sic stantibus, si hay un punto que me parece que emerge con claridad en la problemática surgida de la crisis de la empresa, creo que hay que identificarlo en la difícil búsqueda de un punto de equilibrio entre la tutela del crédito, por un lado, y la preservación de la actividad de la empresa, por otro.

Esta problemática es complicada por una serie de factores convegentes. Por lo que respecta a la empresa, el desarrollo de la economía ha dado lugar al surgimiento de un cada vez más complejo centro de imputación de las relaciones contractuales, obviamente tanto más relevantes cuanto mayores son las dimensiones de la empresa.

De ello se desprende que la cesación de una actividad de empresa termina por involucrar cada vez a un mayor número de sujetos y puede producir también un efecto en cadena dada la estrecha conexión que puede existir entre la empresa en crisis y otras empresas auxiliares o asistentes. El mismo fenómeno implica también, visto desde la parte de los acreedores, el hecho de que, desde el punto de vista económico, no existe una figura unitaria de acreedor. Quiero decir que es cada vez más abundante la categoría de los sujetos que, siendo acreedores, tienen un interés prevalente en la continuación de la actividad por parte de la empresa en crisis, dado que la cesación de su actividad provocará un daño mayor que aquel que se derive de la falta de percepción del crédito. Se piensa, por ejemplo, en los proveedores habituales

que han adaptado sus empresas a la necesidad de la empresa después devenida insolvente o en los clientes habituales o exclusivos que sufrirán un gravísimo perjuicio cuando no puedan contar ya con ese producto en particular. La contraposición entre intereses de los acreedores e intereses en la continuación de la actividad corre el riesgo de ser demasiado simplista y de no tener en consideración las dimensiones reales de los intereses en juego.

Otro punto que debe enfatizarse es que la cesación de una actividad de empresa constituye, de por sí, un evidente daño para la colectividad dado que desaparece una actividad que contribuye a determinar el PIB de un país o de una región. Ciertamente la continuación de una actividad en pérdidas no produce riqueza pero aquí se introduce un segundo aspecto del problema. No son numerosos los casos en los cuales la empresa es de por sí obsoleta y por tanto no vital. En la mayoría de los casos la preservación de la actividad implica el paso del núcleo productivo organizado a un nuevo empresario, fenómeno que se puede definir también como saneamiento objetivo esto es saneamiento que prescinde de la figura del empresario original. En la gran mayoría de los casos, al menos en la experiencia italiana, la supervivencia de la actividad está precisamente ligada al traspaso del núcleo productivo organizado a un nuevo empresario y este traspaso debe ser facilitado porque se trata de conservar una riqueza para la economía del país. En este contexto el concurso y la disgregación total de la actividad debe ser considerado el último recurso cuando no sean posibles soluciones alternativas. Se debe además considerar que cuando cesa la actividad también la posible satisfacción de los acreedores se presenta cuando menos aleatoria y problemática. Ahora el empresario no utiliza la propiedad sino que utiliza instrumentos contractuales que le consienten la disponibilidad de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la actividad, de modo que en muchos casos, cuando la actividad cesa, queda bien poco por liquidar siendo precisamente el mayor valor el constituido por la organización; desaparecida esta en muchos casos no queda casi nada.

Una última consideración: se debe ser muy cauteloso al transferir de un país a otro determinadas reglas concursales, teniendo en cuenta que lo que está en evidencia es el dato normativo en su conjunto. Piénsese únicamente, por ejemplo, en la legislación laboral o en el tema del crédito bancario. Quiero decir que si el fin es el de salvaguardar la actividad de empresa, considerándola una riqueza para la colectividad, el completo cuerpo normativo no debería crear obstáculos que la penalicen.

El saneamiento preconcursal del deudor en el ordenamiento portugués

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El “*Código da Insolvência e da recuperação de empresas*” (CIRE). - 3. La reforma del CIRE. - 4. El “*processo especial de revitalização*” (PER). - 4.1. Ámbito de aplicación. - 4.2. Interrelación entre el PER y el procedimiento concursal. - 4.3. Modalidades de PER. - 4.3.1. Acuerdo en el marco del procedimiento judicial. - 4.3.2. Acuerdo extrajudicial. - 4.4. La tutela especial de la financiación y de sus garantías (*fresh money*). - 5. Algunas cuestiones específicas. - 5.1. La financiación proporcionada por los socios. - 5.2. Los créditos públicos: créditos de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social. - 6. Observaciones finales.

1. Introducción

En un contexto de crisis económica y financiera, la ley 16/2012, ha introducido importantes modificaciones en el Derecho concursal portugués y, especialmente, en el “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”¹ (CIRE). Al margen de otras reformas puntuales, la principal novedad de la reforma llevada a cabo en Portugal es la creación de un instrumento de saneamiento del sujeto en situación de dificultades financieras en una etapa preconcursal. Esto fue posible, por un lado, gracias a la introducción de un procedimiento *ad hoc* de Reestructuración (arts. 17-A a 17-I, CIRE) y, por otro lado, gracias a la introducción de un Sistema de Revitalización Empresarial por Vía Extrajudicial (SIREVE).

El presente trabajo persigue analizar el primero de estos nuevos instrumentos de saneamiento empresarial, el “*Processo especial de revitalização*” (PER), que se puede traducir por Procedimiento Especial de Reestructuración, prestando especial atención a su aplicación a los sujetos que desempeñan una actividad empresarial, supuesto ampliamente utilizado en Portugal desde su promulgación.

De forma sucinta, en la primera parte de este trabajo se analizará la estructura del régimen vigente antes de la reforma llevada a cabo y, después de explicitar sus incongruencias, nos centraremos, a lo largo de la segunda parte de este trabajo, en el contenido específico de la reforma prestando especial atención a las dificultades hermenéuticas y operativas de la nueva disciplina.

2. El “*Código da Insolvência e da recuperação de empresas*” (CIRE)

La introducción en el ordenamiento portugués de un código de insolvencia basado en el modelo de la *Insolvenzordnung* representó una ruptura con la tradición normativa

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en Italia con título: *Il risanamento pre-insolvenziale del debitore nel diritto portoghese: la (nuova) procedura speciale di rivitalizzazione (P.E.R.)*, en *Dir. fall.*, 5, 2013, 714-733. Se incluye aquí de nuevo una versión actualizada que abarca el análisis de las modificaciones legislativas introducidas en Portugal.

¹ Aprobado por el Decreto Ley 53/2004, y modificado en sucesivas ocasiones.

portuguesa en esta materia².

El legislador, contrariamente a lo que ocurría en el pasado, terminó reconociendo una amplia discrecionalidad a los acreedores, identificados en la Exposición de Motivos del Código de Insolvencia como los “propietarios económicos de la empresa”, a los que se les otorga la posibilidad de elegir, entre la liquidación o bien el saneamiento del deudor insolvente o de la empresa incluida en la masa lo que implica, en este último caso, la necesidad de adoptar un detallado plan de insolvencia de inspiración alemana (*Insolvenzplan*).

Si la opción elegida era el saneamiento, existía –como existe– un largo intervalo temporal entre la declaración de insolvencia y la necesaria homologación del plan. De hecho, la junta de acreedores convocada para deliberar y votar el plan solo podría realizarse después de que se hubiese realizado previamente la junta de acreedores para valorar el informe presentado por el administrador concursal (art. 156, CIRE), entre cuarenta y sesenta días después de la declaración judicial de insolvencia (art. 36.1, CIRE) y después de que hubieran expirado los plazos para recurrir la declaración judicial de insolvencia y también para impugnar la lista de acreedores (art. 209, n. 2, CIRE).

Más allá de los buenos propósitos, no se tenía en cuenta que la realidad económica acaba siempre imponiéndose. Una vez declarada la insolvencia, y en el marco del procedimiento concursal, es extremadamente difícil la continuidad de la actividad empresarial, porque el deudor queda inmediatamente excluido de la red de relaciones económicas y comerciales, y no podrá acceder al mercado del crédito. Cuanto mayor sea el intervalo temporal entre la declaración de insolvencia y la homologación de un plan, más improbable es que el saneamiento tenga éxito. En ese sentido, el Derecho no puede, evidentemente, eludir la realidad económica en la que va a ser aplicado.

Es cierto que en el seno del Instituto de Apoyo a la Pequeña y Mediana Empresa (IA-PMEI) estaba previsto un mecanismo extrajudicial de carácter preconcursal, el denominado procedimiento extrajudicial de conciliación (PEC), pero esta modalidad de procedimiento no alcanzó el éxito esperado.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo que sucintamente acabamos de exponer, parece evidente que el sistema concursal portugués ha estado tradicionalmente aquejado de un determinado déficit normativo en lo que respecta a la ausencia de mecanismos e institutos de saneamiento en una fase específicamente preconcursal. Dicho de otro modo, no existía un instrumento que lograra permitir el saneamiento preconcursal de un deudor que estuviese en una situación económica difícil o de insolvencia inminente. Lo que causaba daños claros al sector productivo.

3. La reforma del CIRE

La reforma del CIRE del 2012 tuvo como propósito garantizar la consecución del objetivo de promover el saneamiento de la empresa. Este objetivo se manifiesta abiertamente en la modificación introducida por la reforma al art. 1, CIRE. En la redacción de la norma anterior a la reforma, el saneamiento de la empresa era entendido como un simple medio de satisfacción de los derechos de los acreedores, no teniendo cualquier prevalencia sobre la liquidación. En la actual redacción de la norma, la finalidad del procedimiento consiste en la

² Para un análisis exhaustivo de los motivos de la reforma, PESTANA DE VASCONCELOS, M., *O novo regime insolvencial da compra e venda*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III, 2006, 521 ss.

satisfacción de los acreedores a través de un plan de insolvencia basado en “el saneamiento de la empresa que integra la masa”. Solamente cuando esto no sea posible, se podrá recurrir a la liquidación.

Sin embargo, esta alteración, más allá de designar plan de saneamiento (“plano de recuperação”) el plan de insolvencia que tenga como objetivo la recuperación de la empresa (ex art. 192.3, CIRE), no ha sido acompañada por una modificación del régimen que permitiese alcanzar tal objetivo. Por eso, queda casi sin relevancia práctica. Por consiguiente, continúan siendo los acreedores en la prosecución de sus intereses quienes determinan el destino de la empresa incluida en la masa.

4. El “*processo especial de revitalização*” (PER)

El PER se encuentra previsto y regulado en el CIRE (Cap. II, Título I, arts. 17-A a 17-I) como consecuencia de la reforma introducida en este Código por el decreto ley 16/2012³.

Se trata de un procedimiento especial judicial con carácter de urgencia (art. 17-A.1 y 3, CIRE) concebido para permitir que cualquier deudor, en situación económica difícil o en situación de insolvencia inminente que sea susceptible de recuperación, inicie negociaciones con sus acreedores a fin de alcanzar un acuerdo de saneamiento (art. 17-A, CIRE).

4.1. *Ámbito de aplicación*

El texto de la ley se refiere genéricamente a la figura del “deudor” sin restricción alguna, lo que significa que se remite a la noción de deudor del art. 2, CIRE⁴. Se trata de una noción amplísima. En efecto, deudor puede ser una persona natural o jurídica, o mismo un simples patrimonio autónomo (art. 212.1.h, CIRE). Quedan excluidas las personas jurídicas públicas y los entes públicos empresariales (art. 2.2.a, CIRE). Quedan también excluidos, entre otros, las empresas aseguradoras, los bancos, las sociedades financieras, entes que son regulados en normativas sectoriales. Sin embargo, el CIRE puede aún ser aplicable a estos últimos entes, en la medida en que no sea incompatible con los regímenes especiales previstos para ellos (art. 2.2.b, CIRE).

El plan se aplica solamente a los deudores que se encuentran en una situación económica difícil, o en situación de insolvencia inminente, susceptibles de recuperación (art. 17-A, CIRE).

El Código no ofrece una definición de insolvencia inminente, y continua sin hacerlo. En este contexto, teniendo en cuenta la proximidad del CIRE a la *Insolvenzordnung* (que fue su principal modelo inspirador), es, creemos, posible recorrer a la definición de insolvencia inminente, prevista en normativa alemana [§ 18 (2), *InsO*]. El deudor quedará en insolvencia

³ Para más información, PESTANA DE VASCONCELOS, M., *Modificaciones recientes en el Derecho Concursal portugués*, en *RDCP*, 18, 2013, 437 ss.; CARVALHO FERNANDES, L. - LABAREDA, J., *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, ed. II, Lisboa, 2013, 139 ss.; MENEZES LEITÃO, L., *Manual de direito da insolvência*, ed. IV, Coimbra, 2012, 309 ss.; DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, M., *Manual de direito da insolvência*, ed. IV, Coimbra, 2012, 261 ss.; SEERRA, C., *Processo especial de revitalização*, contributos para uma “rectificação”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, 2012, 715 ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Madrid, 2012, 146 ss.

⁴ DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, M., *Manual de direito da insolvência*, cit., 262.

inminente cuando previsiblemente no podrá cumplir sus obligaciones cuando sean exigibles⁵.

Respecto a la noción de situación de dificultad económica, esta debe entenderse como aquella coyuntura en la que un sujeto se encuentra «con graves dificultades para cumplir regularmente con sus obligaciones», en particular «por la falta de liquidez o de la imposibilidad de acceder a crédito» (art. 17-B, CIRE).

Si el deudor ya se encuentra en situación de insolvencia, no podrá recurrir al PER.

El CIRE, por influencia del ordenamiento alemán, prevé, como explicaremos a continuación, dos situaciones de insolvencia.

La primera, clásica, deriva de la imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones exigibles (art. 3.1, CIRE).

La segunda –inspirada en la *Überschuldung* del § 19 de la *Insolvenzordnung* (endeudamiento excesivo) en su versión original⁶– consiste en la patente desproporción entre pasivo y activo, que deberán ser calculados mediante aplicación de las normativas contables. Ella se aplica solamente a las personas jurídicas o patrimonios autónomos en que no exista responsabilidad personal e ilimitada de otra persona por sus deudas (art. 3.2, CIRE). Tienen aquí un particular importancia las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.

Sin embargo, la ley permite proceder a una revisión del cálculo del pasivo y del activo utilizando un conjunto de criterios sistemáticamente enunciados en el art. 3.3, CIRE. Cobra aquí importancia la financiación por los socios de la sociedad de responsabilidad limitada (por ejemplo, en forma de préstamos), cuando tenga carácter permanente o duradero (denominada “*suprimento*” de acuerdo con el art. 243.1, CSC)⁷ que quedará expresamente excluida en el proceso de determinación del pasivo.

De esta manera, si, aplicando estos criterios, el activo supera al pasivo, no podrá afirmarse que existe una situación de insolvencia.

Así pues, *prima facie*, se encontraría en situación de insolvencia y, por lo tanto, no podría acceder al PER, aquella sociedad mercantil con un pasivo claramente superior al activo, admitiéndose en este caso la posibilidad de aplicar un procedimiento específico de cálculo y determinación del pasivo y del activo en el sentido del art. 3.3, CIRE.

No obstante la redacción del art. 3.3, CIRE, considero⁸ que no existe en esta norma una causa de declaración de insolvencia efectivamente distinta de aquella prevista en el n. 1 del mismo artículo, respecto a la imposibilidad de que el deudor cumpla con sus obligaciones exigibles.

En efecto, una sociedad mercantil puede tener un pasivo notoriamente superior al activo como consecuencia de estar pasando por un ciclo económico desfavorable sin que ello, *per se*, signifique que ella quede excluida del crédito y, en tal supuesto, que ya no pueda cumplir regularmente con sus propias obligaciones exigibles. No se puede decir en esta situación que la sociedad sea insolvente.

Por lo tanto, habrá que interpretar esta norma en el sentido que la sociedad está insolven-

⁵ Sobre la insolvencia inminente en Derecho alemán: JAUERNIG, O. - BERGER, C., *Zwangsvollstreckungs und Insolvenzrecht*, ed. XXIII, München, 2010, § 54, 227; HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, ed. III, Köln, 2003, 140 ss.

⁶ Según las intenciones originales del legislador, debería haberse tratado de un modelo prácticamente igual al del instituto alemán homólogo.

⁷ Sobre los “*suprimentos*”, *infra*, n. 5.1.

⁸ Para esta interpretación del art. 3, n. 3, CIRE, que seguimos en texto de muy cerca, vid. PESTANA DE VASCONCELOS, M. - CAEIRO, P., *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, en *Infrações económico-financeiras. Estudos de Direito e de Criminologia*, Coimbra, 2013, 500 ss.

te, si el pasivo resulta claramente superior al activo y, por esa razón, no podrá a corto plazo⁹ cumplir con sus obligaciones exigibles. Solamente en este caso podrá un acreedor, probando los dos elementos referidos, solicitar la abertura del concurso.

Se trata, desde mi punto de vista, de un caso especial de insolvencia inminente que posibilita al acreedor solicitar, con ese fundamento, la abertura del concurso. De esta manera, se incorpora a la normativa portuguesa una figura particular de insolvencia inminente, junto con la insolvencia *tout court*, concebida como un instrumento extraordinario de tutela de los intereses de terceros acreedores.

En suma, podemos afirmar que si el deudor está en condición de cumplir con las obligaciones exigibles, independientemente de que el pasivo de su empresa supere claramente al activo, no podrá ser considerado insolvente pudiendo, por lo tanto, acogerse al PER, siempre y cuando cumpla el presupuesto fundamental de encontrarse en una situación económica difícil (o de insolvencia inminente¹⁰).

Por último, es el necesario que el deudor sea “recuperable”. La verificación de este presupuesto depende únicamente de una declaración escrita y firmada por el deudor de que reúne las condiciones para ser recuperable (art. 17-A, n. 2, CIRE), no siendo necesaria su comprobación por un informe de un experto.

4.2. *Interrelación entre el PER y el procedimiento concursal*

En términos generales, el PER no se puede considerar un instrumento alternativo al concurso, excepto en lo que atañe a la insolvencia inminente (art. 3, n. 4, CIRE), en cuyo caso el deudor podrá elegir entre acogerse al PER o decantarse por la declaración de insolvencia. En caso de que ya se haya dado inicio al procedimiento concursal, el deudor solamente podrá optar por el PER, siempre y cuando no exista ya la declaración de insolvencia.

4.3. *Modalidades de PER*

Se distinguen dos modalidades de PER, en función de que el acuerdo respecto al mismo se obtenga en el marco de un procedimiento judicial o en negociaciones particulares entre las partes, que venga después a ser homologado por el tribunal (acuerdo extrajudicial homologado).

4.3.1. *Acuerdo en el marco del procedimiento judicial*

El procedimiento judicial se inicia con la manifestación de voluntad del deudor y al menos de un de los acreedores, por medio de una declaración escrita, firmada por todos, de iniciar negociaciones en orden a alcanzar un plan de recuperación (art. 17-C.1, CIRE).

⁹ Así: CASSIANO DOS SANTOS, F. - DUARTE FONSECA, H., *Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, en *Cadernos de Direito Privado*, 29, 2010, 23; CARVALHO FERNADES, L. - LABAREDA, J., *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, cit., 74, nt. 19.

¹⁰ Caso el pasivo sea patentemente superior al activo normalmente se estará en una situación económica difícil o de insolvencia inminente. Pero no es necesario que así sea. En este último caso, el deudor no podrá recurrir al PER.

Con esa declaración (aportando, igualmente, una declaración escrita y firmada en la que se acredite que concurren las condiciones necesarias para su recuperación, según lo dispuesto en el art. 17-A.2, CIRE), el deudor deberá comunicar al tribunal competente para declarar su insolvencia que ha iniciado negociaciones con vista a su recuperación. A continuación, el juez deberá, de inmediato, nombrar al administrador judicial provisional (art. 17-C.3.c, CIRE), y deberá comunicar este hecho al deudor.

Tras haber sido notificado del nombramiento del administrador provisional, el deudor deberá comunicar, mediante carta certificada, a todos los acreedores que no hayan firmado la mencionada manifestación de su voluntad del art. 17-C.1, CIRE) del inicio de las negociaciones, invitándoles a participar (art. 17-D.1, CIRE). En caso de incumplimiento, el deudor o sus administradores de jure o de hecho, cuando el deudor sea una persona jurídica, podrán ser demandados solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados a sus acreedores (art. 17-D, n. 11, CIRE).

Tras la publicación en el portal “Citius” del acto judicial de nombramiento del administrador provisional, los acreedores disponen de un plazo de veinte días para proceder, mediante un escrito dirigido al correspondiente administrador, a la comunicación de los créditos de los que son titulares frente al deudor. A lo largo de los cinco días siguientes, el administrador elaborará, a su vez, una lista provisional de los créditos admitidos, que será depositada en la secretaría del juzgado y se hará pública también a través del portal “Citius” (art. 17-D.2, CIRE).

La lista de acreedores podrá ser impugnada en el plazo de cinco días, disponiendo el juez del mismo plazo para pronunciarse y decidir respecto a posibles impugnaciones, en ausencia de las cuales la lista se convierte en definitiva (art. 17-D.3 y 4, CIRE).

Los acreedores que decidan participar en las negociaciones en curso lo declaran deudor por medio de una carta certificada (art. 17-D.7, CIRE).

Junto con los acreedores, participará también en las negociaciones el administrador provisional que deberá orientar y fiscalizar las negociaciones y su regularidad, asegurándose que las partes no practican actos dilatorios o inútiles (art. 17-D.9, CIRE). Además, podrán participar expertos si los intervinientes lo entienden necesario, teniendo los costes de esta participación que ser soportados por quien los indicó, a menos que en el Plan que venga a ser aprobado se estipule de otra manera.

Los términos de las negociaciones son aquellos acordados por las partes, a falta de acuerdo, los definidos por el administrador judicial provisional (art. 17-D.8, CIRE), debiendo siempre, en cualquier caso, ser cumplidos los principios orientadores aprobados por la Resolución del Consejo de Ministros n. 43/2011.

Por razones obvias relacionadas con la transparencia, el deudor deberá desde el inicio de las negociaciones comunicar, tanto al administrador, como al conjunto de acreedores, cualquier información relevante a fin de asegurar el correcto desarrollo del proceso de negociaciones (art. 17-D.6, CIRE). De esta manera, se garantiza que todas las partes dispongan de una imagen fiel de la situación económico-financiera de la empresa. En ese sentido, la cantidad de información no es tan importante como la calidad de la misma; en cualquier caso, esa información deberá ser oportuna y pertinente a fin de garantizar realmente la consecución de los objetivos que se persiguen.

También en este caso se aplica la norma según la cual los administradores del deudor persona jurídica podrán ser demandados solidariamente por los daños y perjuicios que pudieran provocar los déficits o vicios informativos (art. 17-D.11, CIRE).

El plazo para las negociaciones es de dos meses contados desde transcurrido el plazo para las impugnaciones, pudiendo solamente ser prorrogado una vez por un mes, mediante acuerdo previo celebrado por escrito entre el deudor y el administrador judicial provisional y el deudor, debiendo ese acuerdo ser publicado en el portal “Citius” (art. 17-D.5, CIRE).

El nombramiento del administrador judicial provisional origina tres consecuencias significativas en cuanto a la tutela del deudor *(i)* *(ii)* y de los acreedores *(iii)*.

i) Impide el ejercicio contra el deudor de cualquier acción dirigida a cobrar deudas y, durante el periodo en el que tienen lugar las negociaciones, quedarán suspendidas en su tramitación las acciones en curso contra el deudor con idénticas finalidades (art. 17-E.1, CIRE).

ii) Por otro lado, todos los procedimientos concursales en los que tenga sido solicitada la insolvencia (pero aún no declarada) del deudor quedarán en su caso suspendidos desde la fecha de publicación en el portal “Citius” del nombramiento del administrador provisional y se extinguirán con la aprobación y homologación del Plan de recuperación del deudor (art. 17-E.6, CIRE).

iii) Después de esa fecha, el deudor no podrá practicar actos de particular relevancia como los definidos en el art. 161, CIRE, sin autorización escrita del administrador judicial provisional (art. 17-E.3, CIRE). Nos referimos, por ejemplo, a la venta de la empresa o de los bienes necesarios para dar continuidad a la actividad empresarial. A este respecto, entre la solicitud del deudor y la respuesta del administrador, no deberán pasar más de cinco días, transcurridos los cuales la solicitud de autorización se considerará desestimada (art. 17-E.4 y 5, CIRE).

Terminadas las negociaciones, se puede haber logrado alcanzar un acuerdo, por unanimidad o por mayoría. Es también posible que las negociaciones fracasen, no lográndose aprobar un plan de recuperación.

Vamos a analizar a continuación éstos dos casos.

El Plan de recuperación aprobado por unanimidad por los acreedores deberá ser directamente sometido al dictamen del juez a fin de obtener su homologación (art. 17-F.1, CIRE). En caso de que no se alcance la unanimidad, dicho Plan tendrá que ser aprobado por una de las mayorías previstas en el art. 17-F.3.a y b. El juez podrá computar en el cálculo de las mayorías los créditos que han sido impugnados si considera que hay una probabilidad real de que estos vinieren, más tarde, a ser incorporados en la lista de acreedores (art. 17-F.3, CIRE). La votación deberá ser realizada por escrito y los votos se remitirán al administrador provisional que será el encargado de realizar el escrutinio junto con el deudor; posteriormente, tendrá que redactar un documento con los resultados (art. 17-F.4, CIRE).

Una vez obtenida la mayoría exigida, el plan será enviado al juez, que tiene 10 días para decidir si lo homologa o si recusa la homologación, aplicando, con las debidas adaptaciones, las normas relativas a la aprobación y homologación del Plan de insolvencia en el marco del procedimiento concursal. La decisión del juez es vinculante para todos los acreedores, incluso para aquellos que no participaron en las negociaciones (art. 17-F.5 a 6, CIRE).

De concluirse sin éxito las negociaciones, se debe evaluar la solvencia del deudor. En caso de que no sea insolvente, la principal consecuencia es el cese de los efectos derivados de la abertura del PER, no pudiendo el deudor recurrir a este procedimiento en los dos años siguientes (art. 17-F, n. 6, CIRE). Si el deudor se encuentra en esta fecha en una situación de insolvencia actual, deberá ser declarada su insolvencia (art. 17-G.3, CIRE).

4.3.2. Acuerdo extrajudicial

Cabe subrayar que el PER podrá, asimismo, iniciarse con la presentación al tribunal de un acuerdo extrajudicial de restructuración ya alcanzado, firmado por el deudor y los acreedores, debiendo estos representar al menos la mayoría prevista en el art. 17-I.1, CIRE, y deberá ir acompañado de los documentos previstos en art. 17-A.2 y en el art. 24.1, CIRE.

Recibidos esos documentos, el juez nombra a un administrador judicial provisional y a continuación la secretaría del tribunal debe notificar dicho nombramiento a los acreedores que integren la lista elaborada por el deudor, y sean parte del acuerdo. Desde esa fecha, deberá también la secretaría proceder a la publicación de la lista provisional de créditos a través del portal “Citius” (art. 17-I.2, CIRE).

El nombramiento del administrador provisional produce los mismos efectos sustanciales y procedimentales *supra* referidos (art. 17-E.1, 2 y 6, CIRE).

Una vez convertida la lista de créditos en definitiva, el juez examinará en el plazo máximo de diez días el acuerdo extrajudicial. Su homologación depende de la aprobación por la misma mayoría exigida para los acuerdos alcanzados en el marco del proceso judicial, y de la no verificación de los supuestos de no homologación del plan previsto en los arts. 215 y 216, CIRE, para el plan de insolvencia en el procedimiento concursal (art. 17-I.4, CIRE).

4.4. La tutela especial de la financiación y de sus garantías (fresh money)

En el ámbito del procedimiento especial de recuperación adquiere una especial relevancia la protección del *fresh money*, instituto que permite que los acreedores refinancien al deudor, facilitando así la continuación de su actividad empresarial.

Dicha protección se basa en tres directrices principales: *i*) la prohibición de rescindir los contratos de financiamiento; *ii*) la tutela de las garantías prestadas por el deudor; *iii*) la concesión de un privilegio mobiliario general a los acreedores que concedan nuevos capitales al deudor.

i) La prohibición de rescindir los contratos de financiación: en primer lugar (art. 120, n. 6, CIRE), los contratos celebrados en el marco del PER, cuyo objetivo sea proveer al deudor de medios de financiación suficientes para permitir alcanzar su recuperación, no podrán ser posteriormente rescindidos si el deudor viene más tarde a ser declarado insolvente.

La formulación legal de esta prohibición es de amplio alcance y atañe a cualquier contrato cuyo propósito sea el de financiar al deudor. Por lo tanto, el criterio no es aquí estructural relativo a un tipo contractual específico (préstamo, líneas de crédito, descuento), sino de finalidad: financiar al deudor en crisis, independientemente de la forma que se utilice para ello. Puede incluso tratarse de una de una operación contractual compleja en la que se articulen distintos contratos.

No obstante, y a pesar de que, como se acaba de mencionar, tales contratos no sean, en términos generales, rescindibles, no se puede excluir la posibilidad de que, aplicando analógicamente las normativas en materia de garantías financieras, sean inválidos. Eso ocurrirá cuando la finalidad del contrato sea defraudar a los acreedores.

ii) La tutela de las garantías: en segundo lugar, las garantías otorgadas en el ámbito del PER por los acreedores del deudor con el propósito de concederle los medios financieros necesarios al desarrollo de su actividad, no pueden ser objeto de rescisión si viene a ser

declarada en el plazo de dos años la insolvencia del deudor (art. 17-H.1, CIRE). Nos encontramos ante la derogación de las norma generales en materia de rescisión de los arts. 120 y 121, CIRE. Sin embargo, como hemos visto, siempre será posible la declaración de nulidad de estos contratos por aplicación por analogía de la normativa de los contratos de garantía financiera cuando sean celebrados en fraude a los acreedores.

No obstante la ley hacer referencia únicamente a los contratos de garantía entre el deudor y los acreedores, considero que también se pueden incluir aquí garantías prestadas por terceros que amplíen los medios de financiación del deudor.

iii) Concesión de un privilegio general sobre los bienes muebles a los nuevos capitales: por otro lado, el acreedor que provea capital para financiar al deudor con el fin de lograr su saneamiento se beneficiará de un privilegio mobiliario general que se antepone al privilegio mobiliario de los trabajadores (art. 17-H.2, CIRE). La norma debe ser interpretada en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación también a aquellos sujetos que adquieren la condición de acreedor con posterioridad, al proporcionar al deudor nuevas vías de financiación con vistas a su saneamiento financiero.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un instrumento de tutela especial del acreedor financiero que es simultáneamente fuerte y débil. Es fuerte respecto a los privilegios de los trabajadores. Es débil porque las garantías reales prevalecen siempre sobre ello.

Por consiguiente, los acreedores que concedan crédito exigirán garantías reales no siendo para ello suficiente el otorgamiento del privilegio. No obstante, este privilegio puede resultar dañoso para los trabajadores, porque ellos no son titulares de garantías reales (ni personales). Como el privilegio de los acreedores financiadores se antepone a lo suyo, son ellos los pasan a correr el riesgo del fracaso del plan.

En cualquier caso, únicamente los acreedores que proporcionan nuevos recursos financieros a la empresa, están protegidos a través de las garantías o de un privilegio reconocido en su favor. Situación distinta es la de aquellos acreedores que aportan al deudor recursos que no son financieros, como por ejemplo, mercancías. A pesar de que persiguen las mismas finalidades que los acreedores financieros, lo cierto es que no están protegidos.

Por consiguiente, la reforma llevada a cabo prioriza fundamentalmente la protección de aquellos acreedores que aportan nueva financiación de carácter pecuniario, quedando relativamente marginados en términos de protección los restantes acreedores existentes.

5. Algunas cuestiones específicas

5.1. La financiación proporcionada por los socios

El ámbito de tutela del *fresh money* no abarca la financiación que los socios aportan a la sociedad, puesto que la ley solamente contempla la financiación proporcionada por los acreedores, según lo dispuesto en el art. 17-H, CIRE. Si hubiese sido intención del legislador ampliar esta tutela de modo que incluyera también la financiación proporcionada por los socios, habría sido necesaria una mención específica en ese sentido, dadas las acentuadas diferencias entre los dos supuestos.

Ahora bien, es evidente que los socios de una sociedad pueden convertirse en acreedores de la misma. De hecho, este es un fenómeno relativamente frecuente en el caso de las pequeñas y medianas empresas con limitados medios internos de financiamiento que necesitan de

recurrir al crédito. Sin embargo, como acabamos de señalar, la financiación aportada por los socios no puede ser concebida como una financiación asimilable a la proporcionada por un tercer acreedor.

El Código de las sociedades mercantiles (*i.e.*, *Código das Sociedades Comerciais*) contiene para la sociedad de responsabilidad limitada¹¹ un régimen específico especialmente riguroso para los préstamos realizados por los socios a la sociedad, siempre que dichos préstamos tengan carácter de permanencia (art. 243.1, CSC). La ley presume que tiene carácter de permanencia un préstamo en que el plazo de restitución del capital sea superior a un año. Estos créditos son clasificados como créditos subordinados en la insolvencia del deudor (art. 48.h, CIRE) y las garantías reales otorgadas para garantizarlos son nulas (art. 245.6, CSC).

No sería de todo adecuado que en el marco del PER los financiamientos de los socios pudiesen ser tratados como créditos privilegiados y/o garantizados. Estaría creado el incentivo para que los socios dejaran que la sociedad quedara en una situación económica difícil por falta de financiación para después concederlo en el marco del PER.

Por lo tanto, podemos colegir que la financiación externa a la sociedad otorgada en el ámbito del PER está protegida si más tarde viene a ser declarada la insolvencia del deudor, hecho que no ocurre en lo que respecta a la financiación interna que llevan a cabo los socios a través de “suprimentos”¹².

En definitiva, no queda excluida la posibilidad de que el socio pueda inyectar recursos en la sociedad con carácter de “suprimentos”. De hecho, en algunos casos esta puede ser una condición para la obtención de nueva financiación a fin de dividir el riesgo entre todos los actores implicados, pero esa financiación no beneficia del régimen del PER.

5.2. Los créditos públicos: créditos de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social

El régimen de los créditos públicos en el seno del Plan de insolvencia así como en el PER es un aspecto controversial en los ámbitos doctrinales y jurisprudenciales, ya que se trata de una cuestión que en la práctica dificulta especialmente la aprobación y la subsiguiente homologación del propio Plan de reestructuración.

La jurisprudencia dominante entendía que, en un principio, era posible que un Plan de insolvencia contemplara alteraciones, incluso contra el voto de los acreedores públicos, de los créditos públicos, porque el régimen del CIRE sería un régimen especial frente al de la Ley general tributaria (*Lei geral tributária*).

Sin embargo, contrariamente a lo esperado, el legislador procedió a establecer el carácter indisponible de los créditos públicos en el ámbito del procedimiento concursal o del PER. De hecho, la ley 55-A/2010, ha introducido en la Lgt una norma donde deja claro que el régimen de la indisponibilidad de los créditos tributarios prevalece sobre cualquier ley especial (art. 30.3, Lgt). Según la doctrina y jurisprudencia ahora dominantes, el significado de esta

¹¹ El régimen de los contratos denominados “suprimentos” se ha previsto expresamente para la sociedad de responsabilidad limitada, aunque la mayor parte de la doctrina defiende su aplicabilidad analógica a la sociedad anónima. Así, MENEZES CORDEIRO, A., *Manual de direito das sociedades, II, das sociedades em especial*, Coimbra, 2006, 279 ss.

¹² Para profundizar en las características de esta modalidad de financiación y en su régimen jurídico en Portugal: AVEIRO PEREIRA, J., *O contrato de suprimento*, Coimbra, 1997; COUTINHO DE ABREU, J.M., *Curso de direito comercial, vol. II, das sociedades*, ed. III, Coimbra, 2009, 334 ss.; MOTA PINTO, A., *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Coimbra, 2002.

norma es impedir la introducción de alteraciones en los créditos públicos en el ámbito de un procedimiento concursal o en el PER.

Teniendo en cuenta el volumen de los créditos tributarios y de la seguridad social la aprobación de un plan de restructuración es ahora más compleja. En efecto, los otros acreedores no querrán aceptar sacrificios que no sean compartidos por los entes públicos e incluso si los aceptan es posible que la recuperación no sea viable sin que esos créditos queden reducidos.

No me parece que esa interpretación no sea refutable, por un lado, y que, por otro, que esa perspectiva sea la correcta. Se trata de una visión maximalista de las finanzas públicas que no atienden a la necesidad de recuperar las empresas, esenciales para el funcionamiento de la economía. Es más, incluso desde el prisma de las finanzas públicas, el concurso de una empresa tiene efectos graves, pues reduce los valores de receta tributaria y aumenta los gastos públicos, por ejemplo, en los subsidios de paro.

6. Observaciones finales

De lo que, de forma sucinta, hemos abordado hasta aquí, se deduce fácilmente que la ausencia de un instrumento de saneamiento *ad hoc* en una etapa preconcursal, destinado específicamente a las empresas en una situación económica de dificultad o de insolvencia inminente representaba una laguna en el ordenamiento jurídico portugués.

Los institutos concursales son fundamentales para la restructuración empresarial. De hecho, como se ha mencionado, después de declarada la insolvencia, es muy difícil el saneamiento de la empresa. Por un lado, los costes reputacionales son enormes y, por otro, es muy difícil mantener la empresa en actividad durante el periodo de tiempo necesario para la aprobación y homologación de un plan de insolvencia. Por lo tanto, la incorporación al ordenamiento jurídico portugués del PER merece nuestro aplauso.

Desde luego, no podemos negar que existan aspectos criticables en lo que respecta a la configuración de este procedimiento, pero hay que tener en cuenta que nos encontramos ante la primera experiencia de este tipo, y que son posibles y deseables las mejoras que puedan venir a ser introducidos. En este ámbito tiene especial importancia la implementación y desarrollo de institutos homólogos en otros países de Europa, como España, y Alemania.

Cabe subrayar que la cuestión de la insolvencia y la gestión del saneamiento empresarial son materias de vital importancia para la economía del país. Pero, las leyes concursales y los instrumentos jurídicos concursales no deben ser sobrevalorados. El entorno jurídico general, en especial el régimen de las ejecuciones singulares, es igualmente muy relevante. Por último, hay siempre que tener en cuenta que ni las mejores leyes concursales y concursales producen milagros. La supervivencia de las empresas depende siempre de las condiciones económicas generales, del acceso al crédito y de la buena y eficiente gestión.

El derecho “concursal” en la sociedad del crédito: “concurso” responsable

SUMARIO: 1. Insolvencia en la sociedad del crédito. - 2. El concurso del concurso. - 3. Del derecho concursal a la reorganización de la deuda. - 4. El crédito responsable: un nuevo principio del derecho concursal. - 5. Colofón.

1. Insolvencia en la sociedad del crédito

El crédito es la cooperación productiva de trabajos en momentos temporales distintos. La aparición del dinero, junto con el desarrollo de la sociedad del dinero, ha permitido llevar a cabo esta cooperación a través del intercambio de un derecho futuro abstracto, por un derecho actual, susceptible de ser empleado para el consumo inmediato. La sociedad del dinero ha terminado evolucionando hasta llegar al sistema de crédito financiero mundial que conocemos hoy en día. Dado que el crédito está condicionado por un futuro impredecible, crea incertidumbres y genera riesgos. El nuevo temor en este tipo de sociedad del crédito se llama impago e insolvencia. Sin embargo, el crédito no solo es la razón de esa incertidumbre, de hecho, también es parte de su solución: los impagos en la economía real se moderan gracias a la posibilidad de refinanciar las reclamaciones pagaderas de contratos de cambio al contado. El crédito se ha convertido en una herramienta para posponer, sortear y evitar la tradicional insolvencia que surge cuando los productores o comerciantes entregan sus productos y servicios pero no pueden cobrarlos en plazo. La pobreza, que antaño se entendía como la imposibilidad de acceder a los bienes y servicios, ahora pasa a ser la imposibilidad de acceder al crédito. El fracaso de las relaciones de liquidez sinalagmáticas con multitud de acreedores puede, aparentemente, solventarse mediante la emisión de crédito por parte del sistema financiero. Sin embargo, el crédito puede resultar ser una solución falaz cuando el impago es eterno. El problema reaparece en el momento en el que el crédito debe pagarse, pero en este caso aumentado por los intereses y las comisiones. La insolvencia crediticia representa así, en la sociedad del crédito, el estado final del fracaso económico. De esta forma los bancos se han convertido en los guardianes del mercado, facilitando tanto la entrada como la salida de él. Son ellos los que tienen el control y la responsabilidad de que los mecanismos del mercado funcionen correctamente. Sin embargo, no esperamos que sea el benevolente banquero quien resuelva esos problemas y los del erario público. Y tampoco podemos esperar que lo haga en su propio interés. Son los preceptos y las intervenciones de la Ley y del Estado los que deben garantizar que los bancos trabajen por el bien público general gestionando el creciente número de crisis financieras que sufren personas, estados y empresas¹.

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada con título: *Concurso responsable: el derecho concursal en la sociedad del crédito*, en *RDCP, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 19, 2013, 313-327. Se incluye aquí de nuevo una versión actualizada que abarca el análisis de las modificaciones legislativas introducidas en la materia.

¹ Paráfrasis de la famosa cita de Adam Smith: «No es gracias a la benevolencia del carnicero, el cervicero o el panadero que esperamos nuestra cena, sino a su preocupación por su propio interés» (SMITH, A., *An Inquiry into the*

El derecho contractual apenas aporta soluciones frente a tales operaciones crediticias. Los préstamos son considerados básicamente como “compras” de crédito en las que la voluntad de las partes en el momento final del acuerdo define la relación en los años subsiguientes. El sinalagma también refleja la idea de adquisición en lugar del intercambio de servicios a largo plazo. Un banco debe facilitar una cierta cantidad de dinero a fin de obtener el derecho seguro de cobrar intereses sobre los futuros ingresos del prestatario². La CCD 2008 refleja perfectamente este concepto obsoleto, al obligar a proveer la misma información por quintuplicado y conceder un derecho de rescisión para meditarlo mejor que, en la práctica, no revisten ninguna utilidad. Los consumidores, a la hora de contratar, se centran en conseguir el acceso al crédito y no en su reembolso. En el 60% de los casos siguen estando en parte a merced del anterior acreedor, dado que deben refinanciar la antigua deuda. Como la realidad empírica es el motor de su comportamiento, sólo toman conciencia del lastre del crédito adquirido cuando llega el momento de abonar la primera o segunda cuota tras pasar el período de gracia, y toman conciencia del impacto sobre su liquidez mucho más tarde. La capacidad de renegociación mediante mecanismos favorables al usuario que permitan adecuar las soluciones a futuras dificultades no estaría disponible, ni siquiera en el caso de que el consumidor fuera capaz de prever los problemas. En definitiva, la concepción mercantilista ha eliminado por completo todas las herramientas jurídicas de la relación crédito-deuda que se proponían, de acuerdo con el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el primer borrador de 2002 en que las circunstancias de riesgo como líneas abiertas de crédito, crédito de tarjetas de crédito, préstamos a interés variable y segundas hipotecas, así como la venta forzada de subproductos, se amparaban en el principio general de crédito responsable y en los dos objetivos adicionales de la CCD 2008: la prevención del sobreendeudamiento y la protección del consumidor, ambos aspectos ya ausentes. Así, en la actualidad, elegir bien el producto sin tener en cuenta a otros acreedores y sin preocuparse por el entorno social del deudor, sólo obliga al acreedor a ser cuidadoso en un punto: denegar el crédito si hay indicios de que el usuario no puede permitírselo.

Hoy día, esta respuesta liberal al fenómeno de la insolvencia ha fracasado tan estrepitosamente ante la presente crisis que es incluso criticada por aquellos que antes la apoyaban y ahora la tildan de sobrecarga informativa. Si hay problemas, la relación se rompe. El período no contractual de servidumbre tras el impago comienza antes de que el deudor se someta al derecho concursal. Con sus dos vías de actuación, la ejecución de la deuda personal y la bancarrota colectiva, el derecho concursal surge como un remedio frente a los mayores fracasos de la economía de mercado capitalista.

Sin embargo, llega demasiado tarde, a menudo no se puede aplicar, es retrógrada, represalía en lugar de rehabilitar y mira al futuro a la luz de las pérdidas, con los derechos de propiedad aparentemente sin defectos, hacia los futuros ingresos del deudor.

Pero todo esto es sólo la teoría; en la práctica, los abogados y jueces concursales hace ya tiempo que se refieren a tiempos tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso. Hay disponible todo un abanico de medios autónomos y semiautónomos económicos

Nature and Causes of the Wealth of Nations, vol. I, 1776). ETZIONI, A., en su primer escrito (*The Moral Dimension. Towards a new Economics*, New York, 1990), analiza en profundidad este problema, y en el segundo (ETZIONI, A., *The spirit of community*, 1994), propone una endeble solución al sugerir que la ley sea sustituida por el sentimiento de pertenencia a la comunidad.

² Vid. la definición del art. 1813, cod. civ. italiano: «*Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità*», que se corresponde con el § 607, BGB, de la versión alemana vigente hasta 2002.

y jurídicos³. La bancarrota, a la que tan correctamente se refieren el latín y el alemán como *concurso* —cuando los acreedores se unen (*concurrere*)—, permitía el reparto de los activos. Dicha muerte económica fue introducida alrededor de mediados del siglo XIX. El primer cuarto del siglo XX ya fue testigo de la introducción de aspectos de consenso que permitían que las actividades del deudor no cesaran ni tras el incumplimiento de pago. Hoy día, los cuasi-contratos alternativos al concurso facilitan todos aquellos medios que el derecho de contratos niega a los deudores: la inclusión de terceros, el deber de cooperar, la consideración de las oportunidades económicas del deudor presentes y futuras, y los efectos en su entorno económico o social. El derecho concursal parece una forma social de relación crediticia a largo plazo que reemplaza al contrato al contado que todavía domina en este campo del derecho. El derecho concursal debe compensar los escollos del derecho contractual general, de manera que este último no tenga que desistir de la ficción básica de que cualquier actor del mercado puede ser procesado, dado que en cualquier momento puede disponer de dinero ilimitado⁴.

Para llegar a comprender esta evolución debe reconsiderarse el concepto de insolvencia. La denominación negativa de *in-solvencia* recuerda a quien la emplea que el derecho concursal no participa en el juego del mercado, sino que únicamente regula el fracaso de éste. En términos económicos, eso contradice la corriente actual según la cual la insolvencia es un elemento necesario y temporal del riesgo económico y de la inversión, y no el fruto de un comportamiento inmoral en sí mismo.

Como sucede con la palabra *in-solvencia*, el concepto de fracaso también está presente en francés (*faillite*), italiano (*fallimento*), alemán (*bankrott* —del italianismo *banca rotta*—) y en las palabras castellanas *quiebra*, *bancarrota* y *fallido* [concurso]. Estos términos reflejan la visión del acreedor, que cree haber perdido parte de su fortuna, pasando por alto que nunca poseyó realmente esa riqueza, sino sólo la posibilidad de reclamarla en el futuro a expensas del trabajo de otros, en lugar de ser consciente de que el valor de esa reclamación se redujo desde el mismo momento en que se contrató, debido al riesgo inherente de la operación. El siglo XIX liberalizó las reclamaciones y los ingresos de la productividad y las ganancias del usuario tal y como se entendía en el derecho antiguo, y así persiste aún en el principio de *riba* de las finanzas islámicas⁵. La productividad del capital tomado en préstamo sólo se tiene en cuenta en la actualidad cuando el “crédito” se emite en forma de pagarés o acciones cuyo rendimiento real es una participación en el incremento de su valor en Bolsa. Las relaciones de crédito bancario han perdido esta dimensión de cooperación y son tratadas como los frutos del campo, que se obtendrán independientemente de la productividad económica de los prestatarios.

Las reclamaciones de pago son derechos abstractos de propiedad a su valor nominal en moneda corriente; perviven y mueren únicamente con el deudor. El derecho concursal jamás ha admitido que esas reclamaciones hubieran tenido valor alguno, ni desde el principio del proceso, ni a lo largo de la subsiguiente evolución de la economía del deudor. Como tales, las reclamaciones sólo se ven devaluadas de hecho por la cuota de la insolvencia, mientras

³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2012; para el derecho crediticio, vid. REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, en (AA.VV.), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 5 ss. y esp. 17 ss.

⁴ Vid., más adelante, nt. 57.

⁵ “*Dios permite el comercio, y prohíbe la riba*” (Corán 2:275). *Riba* significa *incremento/crecimiento* que, de hecho, es una forma más adecuada de expresar el interés en relación al capital que aquella empleada en la ideología del siglo XIX, donde los intereses equivalen a frutos.

que jurídicamente persisten como propiedad nominal. Sin embargo, en situaciones históricas como la Conferencia de Deuda de Londres, Alemania obtuvo todo el interés condonado y su deuda se fraccionó en dos, mientras que la asimétrica devaluación en 2013 de las reclamaciones de pago contra los bancos chipriotas sirvió de ayuda para justificar el rescate a los inversores extranjeros por el Banco Central Europeo⁶. El derecho concursal resolvió el problema de las expresiones nominales de la riqueza inexistente con la heurística de la muerte económica del deudor. Mientras la productividad a la hora de utilizar crédito dejaba de ser importante, su cuidado pasaba a correr a cargo del darwinismo económico. La sólida competencia (la actividad) en (la vida) del mercado debía eliminar a aquellos cuya actividad no fuera dañina para su funcionamiento. Aquel que se sobreendeude debe ser identificado y forzado a salir del mercado en cuanto empiece a padecer el incurable mal del sobreendeudamiento: muerte de la persona jurídica, muerte económica también de la persona física, cuyas pertenencias se le arrebatan, al abrigo de la moderna legislación de bienestar social. No obstante, con la quiebra del consumidor [*i.e.*, insolvencia] la heurística tocó fondo y tuvo que reconocer que la muerte del deudor para ajustar sus movimientos de deuda era imposible. En su lugar, la doctrina de la “muerte de la deuda” ajustó las reclamaciones de pago a la vida de los consumidores⁷.

La quiebra moderna [concurso/insolvencias] aún mantiene artificialmente con vida las reclamaciones de pago vacías y económicamente muertas. Abstraídas de sus orígenes y aisladas de su futuro, las insalvables fronteras entre lo jurídicamente sustantivo y procedimental, público y privado, preventivo y compensatorio, individual y colectivo, etc., hacen que eso sea posible. Con ello se garantiza que una maraña de deuda vacía insinúe que el deudor sigue siendo responsable de ella. Prácticamente se canoniza al acreedor como el verdadero representante de una economía cabal.

La ingente cantidad de procedimientos paracontractuales con acuerdos que resultan de procedimientos de mediación, bien autónomos o bien inducidos por los tribunales, crea planes y contratos asociados a la insolvencia; sin embargo, siguen siendo percibidos como excepciones al principio superior del concurso como fracaso. Esta doctrina supone derechos para los acreedores de carácter destructivo que, contemplados en el derecho contractual, les permite relaciones crediticias a largo plazo en cualquier momento⁸.

Un estado democrático y social y su aparato legal no pueden *matar, liquidar, excluir ni esclavizar a los deudores*. La igualdad de derechos debe implicar igualdad de oportunidades, incluso en situación de impago. Esos derechos amparan también a la familia del deudor, sus empleados, redes y socios; incluso, van más allá y se aplican al conjunto de la sociedad y al interés público. A nadie capaz de trabajar o de invertir y aportar se le debería poner trabas a la hora de contribuir a la riqueza global de la nación. Fue por esa razón que, en 1934, el Tribunal Supremo de los EEUU añadió a la doctrina de la muerte un elemento importante: el principio del *fresh start* garante de la “vida después”⁹.

⁶ Sólo se tienen en cuenta las reclamaciones de más de 100.000 €. Las reglas distinguen también entre reclamaciones aseguradas y no aseguradas. Las reclamaciones no garantizadas con el Banco Laiki deben cancelarse, para el Banco de Chipre la cuota alcanzará el 40%.

⁷ REIFNER, U., *Thou shalt pay thy debts 'Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law*, en *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Niemi-Kiesilainen - Ramsay - Whitford (dirs.), Portland, 2003, 194 ss.

⁸ Se desarrollan principios de los contratos a largo plazo en el *International Project on European Social Contract Law (eusoco.eu) Hamburg/Trento*.

⁹ *Local Loan Co. vs Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934): «*da al honrado a la par que desafortunado deudor (...) una nueva oportunidad en la vida y le abre el camino al trabajo futuro, una vez liberado de la presión y angustia*».

¿Pero puede el derecho concursal realmente cumplir esa misión? El hecho de situar el interés público, los aspectos sociales y las nuevas oportunidades de desarrollo económico futuras en un punto inicial de no retorno en el cual se señala a una persona como insolvente, hace que el impacto de la ley sea mínimo. A continuación se argumenta cómo, para que el derecho concursal pierda su carácter destructivo y amenazante y sea eficaz para el desarrollo económico general, debe darse una serie de condiciones: que el derecho concursal y de crédito converjan; que se supere la brecha entre derecho público y privado; que una nueva forma de entender la relación crediticia responsable a largo plazo también defina los procedimientos concursales; y que concurso y reorganización se consideren por separado como principios opuestos.

2. El concurso del concurso

En el contexto de esta crisis financiera, el derecho concursal poco ha contribuido a prevenirla y, menos aún, a resolverla. Así, parecía que la mejor manera de contribuir a la adecuada gestión de la crisis radicaba en obstaculizar la aplicación de los procedimientos concursales.

Demasiado grande para caer, era la descripción explícita de los límites del derecho concursal cuando el Continental Illinois Bank (EEUU) se declaró insolvente¹⁰. Incluso algunas grandes empresas ajenas al sector financiero (como por ejemplo GM o Friedrich Krupp AG) se beneficiaron de esa afirmación que, finalmente, se aplicó en exclusividad al sector financiero. Hypo Real Estate y Commerzbank, en Alemania, Royal Bank of Scotland, en el Reino Unido, y Citibank en EEUU, son sólo algunos ejemplos de las numerosas exenciones a los procedimientos concursales, a las que les había precedido el rescate a los bancos durante la Crisis estadounidense de las Entidades de Ahorro y Crédito¹¹, en la que se rescató a un 25% de las entidades de ahorro y de crédito en concurso. Las crisis de los bancos escandinavos (1990 ss.¹²) y japoneses¹³ se gestionaron de la misma manera. Tras la desregulación, la intervención por parte de los estados y los mecanismos de rescate colectivos sirvieron para sortear los procedimientos concursales. Mientras las leyes concursales daban por hecho que el papel del estado era sólo el de mediador y facilitador entre deudores y acreedores, en realidad aquél ejercía de empresa matriz, condenada a rescatar a las instituciones financieras en estado de crisis/insolvencia de los males de su propia legislación concursal estatal. Tras la desregulación de las leyes de la banca y del crédito, el derecho concursal fue, simplemente, abrogado

de la antigua deuda».

¹⁰ DASH, E., *If It's Too Big to Fail, Is It Too Big to Exist?*, New York Times, 20.6.2009. Vid. también SORKIN, A.R., *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System-and Themselves*, 2009.

¹¹ 747 pequeñas entidades bancarias fueron rescatadas con unos 588 millardos de dólares estadounidenses. Su caída se debió a la desregulación del mercado de ahorros en el que *Now-accounts* ofrecían intereses más altos, que los ahorros y préstamos no podían asumir. Esas entidades refinanciaban el alto interés mediante inversiones en bonos basura, asesorados por los grandes bancos de inversiones. Se trata, básicamente, del mismo mecanismo que llevó a la crisis al sector bancario público alemán, que perdió las garantías estatales de la UE y las compensó con niveles de refinanciación más altos, invirtiendo en deuda mala procedente de los grandes bancos.

¹² ONGENA, ST. - SMITH, D.C. - MICHALSEN, D., *Distressed Relationships: Lessons from the Norwegian Banking Crisis*, CFS WP 01/2000, 1999 [www.publikationen.stub.uni-frankfurt.de].

¹³ HOSHI, T. - KASHYAP, A., *The Japanese Banking Crisis: Where Did It Come From and How Will It End?*, NBER WP 7250, 1999, *NBER Program(s)*: CF [www.nber.org/papers/w7250].

por los hechos consumados.

El Consejo de Estabilidad Financiera del G20 y la UE, en su reunión en Basilea, han convertido esa práctica en un principio legal célebre para las políticas concursales oficiales. Veinticinco “bancos sistémicamente importantes” (G-SIFIs) han quedado eternamente exentos del concurso. En esa lista están los bancos de importancia global (“G”), pero además induce a los miembros del G20 a adoptar políticas similares a nivel nacional¹⁴. De hecho, el cambio terminológico de “gran” a “sistémico” ya indica que el criterio de exclusión no es el tamaño¹⁵, sino el papel que un banco determinado juega en el conjunto de la economía. “Demasiado interconectados para caer”¹⁶ significa que su tamaño no es relevante. Ya en la Edad Media, los bancos públicos –que, además de ser instituciones de ahorro, de crédito y de pago, eran particularmente importantes como entidades públicas de beneficencia, y cuyo colapso habría destruido el sistema del bienestar social de la época–, se mantenían en funcionamiento aun cuando fueran incapaces de afrontar pagos¹⁷.

Hay también algunos deudores que son *demasiado poderosos para caer*. Las exenciones a los procedimientos concursales se aplican a los estados y a sus instituciones públicas (§ 12, InsO). También se aplica a las relaciones entre estados como un todo (impago de deuda soberana). Grecia, Chipre, incluso también Irlanda y Portugal, no están “en bancarrota” como Argentina en su día, sino que solo han sido “repudiados”. Pequeños estados como Venezuela fueron antaño perseguidos por una diplomacia beligerante por parte, por ejemplo, de Alemania (1903) y los Estados Unidos (1895). Egipto y Haití estuvieron a merced de los cañoneros ingleses y norteamericanos. No había ley. También hay exenciones para los muy deudores, como EEUU. Ellos pueden *saldar su deuda* con una moneda devaluada, lo cual pone de manifiesto el verdadero valor de las reclamaciones de pago en su contra. También Felipe II (1527-1598), cuyo imperio abarcaba medio mundo, se declaró de hecho insolvente en 1557 y, de nuevo, en 1575 y 1596¹⁸, cuando España era incapaz de pagarle a Jakob Fugger de Ausburgo “el rico” los 8 millones de reales que le debía. Fugger utilizó la nueva arma de los prestamistas privados: la exclusión; y envió un “recordatorio” en una carta a Felipe II explicando que, quizás, en futuras guerras, financiaría al bando inglés y francés¹⁹.

Algunos son *demasiado pobres para caer*, porque la liquidación de una deuda²⁰ requiere activos para los acreedores que concurren. El lema “el concurso del concurso” surgió en un momento en el que se pensaba que el derecho concursal sería el remedio universal frente a la

¹⁴ FSB, *Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions*, 4.11.2011 [www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104bb.pdf]. Su composición aparece en *Bank for International Settlements, Global systemically important banks: Assessment methodology and the additional loss absorbency requirement*, 2011 [en www.bis.org/publ/bcbs201.htm].

¹⁵ Vid. comunicado de prensa Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, *Determination of the valuations of Banco CEISS, Liberbank, Banco Grupo Caja 3, BMN and Banco Gallego*, 8.2.2013.

¹⁶ GIANSANTE, S. - MARKOSE, S.M. - SHAGHAGHI, A.R., *Too Interconnected To Fail: Financial Contagion and Systemic Risk in Network Model of CDS and Other Credit Enhancement Obligations of US Banks* [en http://ideas.repec.org/p/esx/essedp/683.html].

¹⁷ Vid. la investigación detallada de AVALLONE, P., *Bankruptcy in the Kingdom of Naples: the case of public banks, (17th to 18th century)*, en *The History of Bankruptcy: Economic, Social and Cultural Implications*, Salfley (dir.), New York, 2013, 97 ss.

¹⁸ Hubo una cuarta declaración de insolvencia en tiempos de su sucesor, en 1607.

¹⁹ Vid. KULISCHER, J., *Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit*, I, 1988, 248; EHRENBERG, R., *Das Zeitalter der Fugger*, I, 1896.

²⁰ Ese es el título del cap. 7, Ley de Insolvencias de EEUU, si bien ese mismo título permite la exoneración de la deuda en sus inicios.

insolvencia. Esto ocurrió a finales del siglo XX, cuando el sistema de préstamos garantizados con trato preferente de las garantías (§§ 47-51, InsO) redujo los procedimientos concursales jurídicos a un trasiego simbólico de insolvencias en la sociedad. Dado que el requisito mínimo para esos procedimientos es, todavía hoy, que los activos del concurso²¹ cubran, al menos, los costes del procedimiento, alrededor del 85% de los escasos procedimientos que se iniciaron en Alemania en 1992 fueron rechazados por ese motivo. El 15% restante poseía activos que no cubrían más del 3%, de media, de las reclamaciones²². El uso de “Konkurs, Concorso, Concurso” para describir el “caminar juntos” (concurrere) de los acreedores para repartirse los activos, deja de tener sentido cuando esos activos son inexistentes o, lo que es lo mismo, cuando los acreedores no pueden acceder a ellos²³.

Los esfuerzos del legislador por incrementar los activos del concurso a costa de los acreedores financieros no han sido muy eficaces; bien sea a través del debilitamiento de las garantías crediticias en el concurso, como en Alemania, bien sea facilitando moratorias amplias, como en EEUU, bien sea requiriendo a los bancos a realizar contribuciones especiales, como en Francia; bien sea permitiendo el inicio temprano de procedimientos en casos en los que ya había problemas de liquidez, en otros casos. El sistema crediticio y sus efectos colaterales han restado valor a los activos de los deudores. Hubo un tiempo en el que la visibilidad garantizada por el principio de *publicidad*²⁴ contenido en el derecho de propiedad privada, suponía la mejor forma de valorar la capacidad de crédito del deudor. Los derechos de propiedad han pasado de residir en bienes reales a hacerlo en reclamaciones de pago virtuales²⁵. La reserva de dominio o la pura transferencia legal como garantía frente al acreedor, la sustitución de bienes personales por reclamaciones de pago, acciones y participaciones al ser transferidas a personas jurídicas (fondos impersonales y sociedades), ha sustituido al *dominium directum* del antiguo derecho romano. La propiedad moderna puede así tácitamente asignarse y transferirse. La etapa final de la “era del acceso”²⁶ se alcanza allí donde el acceso al crédito reemplaza a la riqueza y determina quién es rico y quién pobre.

Algunos deudores están *demasiado muertos para caer*. Aquellos que ya habían perdido todos sus activos antes del concurso y habían sufrido la muerte económica, también escaparon a sus procedimientos. La evolución de una persona jurídica como actor protagonista en la economía del siglo XIX fue la precursora de la moderna exoneración de la deuda. Las sociedades burguesas, con su *individualismo posesivo*²⁷, permitieron la muerte de la deuda de los propietarios capitalistas al convertir la deuda en un sujeto moroso artificial²⁸. Los dueños del

²¹ § 26.1, InsO.

²² Motivos para la reforma contenida en la propuesta de ley del gobierno alemán del 15.4.1994. Bundestags-Drucksache 12/2443, 72 ss.

²³ Contiene una visión completa de la reforma de insolvencias alemana de 1992 el libro de BORK, R. *Einführung in das Insolvenzrecht*, ed. IV, 2005, 4 ss.

²⁴ El Código Civil Alemán, en su tercer volumen, sobre los bienes (*Sachenrecht*) es aún hoy un perfecto ejemplo de la ideología sobre la propiedad del siglo XIX, según la cual ésta debe ser visible para todos los acreedores, de forma que requiere bien una transacción visible, bien una inscripción registral pública. En la actualidad todavía es imposible garantizar bienes muebles que no se posean (§ 1205, BGB). Es por este motivo que ha cedido su papel en la definición de la riqueza al segundo volumen sobre contratos.

²⁵ Vid. DULCKEIT, G., *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, 1951; WIEACKER, F., *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, 1941.

²⁶ Disponible una evaluación económica en RIFKIN, J., *The Age of Access*, 2000.

²⁷ Vid. MACPHERSON, C.B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, 1962.

²⁸ Los herederos solo heredan una deuda por voluntad propia y no por ley (vid. §1990, BGB –recurso de activos insuficientes– y § 1943, BGB –derecho a renunciar a la herencia–).

capital se dividieron en dos: el amo y el esclavo. La posesión del individuo nació bajo la forma de sociedad limitada. La mortalidad artificial de esos esclavos no supuso un dilema moral para sus amos (al igual que con los esclavos de verdad de las sociedades del pasado). Sin embargo, la “matanza” artificial de personas jurídicas sobreendeudadas, a fin de librarse de la deuda tras el saqueo del *esclavo*, se convirtió en una gran fuente de fraude. La sociedad, junto con el derecho concursal son, en gran medida, herramientas para librarse de los demonios de ese infierno²⁹. El derecho concursal contiene el término *liquidar*³⁰, el mismo que se emplea para los asesinos a sueldo³¹. La liquidación quita de en medio al elemento central de la bancarrota: el deudor. Sin embargo, el concurso requiere de una deuda, un deudor y unos activos.

Finalmente, emergieron en el derecho concursal deudores que estaban *demasiado vivos para caer*. En Europa la insolvencia del consumidor se desarrolló a partir de 1984³². Exceptuando España, Italia y Bulgaria, todos los estados miembros de la UE han introducido esos planes o proyectos de ley de lo que podría llamarse la provisión de un inicio *responsable*³³. Todas esas leyes parten de la misma idea: la deuda muere, se exonera, a raíz de este procedimiento. Y con ello se permite la continuidad de la vida económica del deudor que, de hecho, es la única que tiene. Si bien sus efectos son los adecuados, su ideología es engañosa; perpetúa la idea del siglo XIX de que el usuario que utiliza capital ajeno se convierte en deudor insolvente desde el momento en que es incapaz de pagar su deuda a causa de la falta de oportunidades de inversiones productivas. Dado que así la deuda se equipara con la falta y el delito o, en la terminología cristiana, con el pecado, entonces el descargo de la deuda se corresponde con la absolución que las iglesias cristiana y protestante conceden en nombre de dios. A los acreedores, en consecuencia, se les atribuye el papel de dioses, mientras los deudores representan a los pecadores. Todos los patrones de insolvencia del consumidor transpiran esta ideología, dado que someten a obligaciones de cuasi-esclavitud a los deudores, a fin de que obtengan activos para sus dioses en un plazo concreto de tiempo. En cambio, el pecado económico de la deuda desaparece por sí mismo cuando llega el estado de crisis/

²⁹ La novela de ficción de Mary Shelley, *Frankenstein o El Nuevo Prometeo*, de 1818 (la misma fecha en que la persona jurídica emerge en economía como protagonista) y su creación de una persona artificial, se ha convertido en uno de los guiones más apreciados de la industria del cine comercial. Las historias que antaño iban sobre la relación invertida amo-esclavo, encarnadas en demonios, brujas, dioses y marcianos que al principio eran los sometidos pero después se alzaban en amos de los hombres, en nuestro tiempo tratan sobre los propios artefactos de los humanos (vid. v. GOETHE, J.W., *Der Zauberlehrling*, 1797 o el equivalente cuento de hadas inglés *The Master and His Pupil* (en la antología elaborada por Joseph Jacobs y disponible en www.authorama.com/english-fairy-tales-17.html). Esta visión es interesante para los servicios financieros ya que en muchos cuentos de hadas el dinero representaba a un dios o demonio ajeno, a quien uno podía venderle el alma, y no a un artefacto de la humanidad.

³⁰ Pervivió en aquellas leyes que regulan la liquidación de sociedades (vid., por ejemplo, §§ 145 ss., §§ 66 ss., GmbHG).

³¹ El administrador de insolvencias alemán Wellensiek, negó que hubiera un lugar para la insolvencia del consumidor en el código tradicional de insolvencias, argumentando ante el parlamento que, sabiendo muy bien como liquidar una empresa, le era imposible utilizar los mismos conocimientos para liquidar a una persona.

³² En 1984, Dinamarca, Reino Unido y Francia; en 1992, los países escandinavos y Austria; en 1994, Alemania; en 1998, Benelux; en 2003, los estados de nueva adhesión a la UE; en 2012, Grecia; e Italia, Rumanía, Lituania y Hungría lo están preparando para 2013.

³³ Estos dos conceptos fueron enunciados en HULS, N. - REIFNER, U., *Bourgoignie, Overindebtedness of Consumers in the EC Member States: Facts and Search for Solutions*, Diegem, Louvain-la-Neuv, 1994. Mientras que el nuevo comienzo impone como única condición para empezar de nuevo la cancelación de la deuda, la idea de un comienzo responsable asume que la causa de todos los problemas no es la deuda en sí, sino la exclusión del deudor de una vida productiva. Es por este motivo que resulta necesario un periodo de gracia en el cual el consejo y la ayuda sobre la deuda vayan asociados a la obligación del deudor de poner orden en sus asuntos financieros, bajo la supervisión de un fiduciario.

insolvencia; su valor nominal debe ceñirse a la realidad, lo que hace que la exoneración de la deuda y la misericordia sean supérfluos.

Aristóteles tenía una visión mucho más realista de la economía. *Oikos nomos*, la ley de la casa, partía de la base de que los seres humanos necesitan medios para comer, comunicarse y guarecerse, que producen de una manera cooperativa con los límites que marcaba el antiguo estado. El reparto de esas pertenencias para satisfacer deudas antiguas habría matado al deudor y a su familia. Las leyes de exención para los procedimientos de ejecución de deuda lo reconocieron desde el principio. El derecho concursal de consumo lo convirtió en un principio general que sustituía la muerte del deudor por la muerte de la deuda. Pero, a diferencia del sistema protestante tradicional del *fresh start* del *Chapter 7, Bankruptcy Code* estadounidense, el sistema europeo no observó que esos medios pudieran obtenerse sólo con la condonación de la antigua deuda³⁴. Sus procedimientos amplían el plazo hasta los tres y, en algunos casos, incluso hasta los siete años o más³⁵, lo cual se debe a varias razones: se penaliza el concurso como un impago, con el deber de vivir 7 años a un nivel de mínimos (la antigua “esclavitud de la deuda”), se obliga al deudor a mantener la relación con los acreedores con respecto a los distintos orígenes de las reclamaciones de pago y/o se da un plazo para que surta efecto la asistencia social y jurídica necesaria para que la vida económica del deudor vuelva a formar parte de la vida económica de la sociedad. La vieja idea de la falta y culpa del deudor se sustenta en una serie de exenciones al descargo de la deuda, en particular en lo referente a las reclamaciones delictivas, las multas y el apoyo familiar (es el caso en la mitad de los estados miembros de la UE), pero, en otros (la cuarta parte de ellos), también se aplica a impuestos y a créditos para estudiantes. De hecho, en esas leyes concursales tampoco se considera la exoneración, pero sí la adaptación de la deuda a las posibilidades productivas que el usuario de capital ajeno pueda tener en el plazo correspondiente al valor del uso del capital que tomó prestado.

Es por esto que el enfoque europeo, aparentemente más conservador, es mucho más progresista que el del *fresh start* estadounidense que simplemente expelle a los deudores de los mercados ordinarios. En muchos de los estados europeos el procedimiento está preparado para y va acompañado de asesoramiento gratuito sobre la deuda. Y tiene tres elementos: el intento como alternativa de un acuerdo amistoso sin ir a juicio; si no se logra, el procedimiento judicial comienza con el tradicional reparto de los activos del deudor, seguido de un plan de insolvencia semiautónomo y ejecutado por un juez; si eso tampoco fuera factible, el juzgado determina un periodo en el que el deudor debe pagar todo lo que pueda de su deuda.

Sin embargo, los planes no funcionan como se esperaba; a menudo contienen únicamente los mismos elementos financieros ya reflejados en el derecho concursal. Esto va aún más en detrimento del deudor porque, a diferencia de los procedimientos judiciales, los planes contractuales pueden cancelarse por impago. Además, la mayoría de los bancos ni siquiera estudian las propuestas que elaboran los asesores de deuda. Un estudio llevado a cabo en los Países Bajos y Alemania revela que la evaluación de esos planes es demasiado costosa para los acreedores; deben temerse que otros acreedores planteen objeciones. Sin la intervención del estado, el débil deudor insolvente queda a merced de los poderosos acreedores cuando

³⁴ Para más información sobre sus principios, vid. REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, cit., 5 ss.

³⁵ Austria 7, Bélgica de 3 a 5, República Checa 5, Dinamarca de 3 a 5, Inglaterra/Gales 3 años o menos, Estonia 5, Francia 8-0, Alemania de 3 a 5 (previsto), Grecia 4, Lituania de 3 a 5, Luxemburgo 7 años o menos, Países Bajos 3, Noruega 5, Polonia 5 o menos, Eslovaquia 3, Eslovenia de 2 a 5, Suecia 5 años.

llega el momento de negociar un plan adecuado de insolvencia. Su único activo es la promesa de que dará al acreedor más de lo que éste conseguiría mediante procedimientos estatales, lo que significa vivir por debajo del nivel de subsistencia con tal de seguir pagando la deuda. Sin embargo, en muchos casos, la expectativa de devolución de la deuda es nula, ya que no hay a la vista ingresos por encima del mínimo que el deudor necesita para vivir el día a día. En esos casos, los bancos prefieren ahorrarse los costes del procedimiento y dejan que decida el estado. Los legisladores no han asumido todavía que el derecho concursal tendría que ayudar al deudor a sobrevivir a la crisis financiera, y debería recordar a los acreedores que se mantengan inactivos. Las relaciones crediticias deberían adaptarse a las circunstancias del deudor. Un banco francés ha abordado este tema incluyendo en sus cuatro principios de préstamo responsable el deber de adaptarse y ayudar al deudor en situaciones de necesidad. Los siete principios de la coalición europea sobre crédito responsable (CECR) también incluyen ese deber, que aún es ignorado por la mayoría de las leyes al respecto³⁶.

El Banco Mundial, en su informe resumen³⁷, enumeró las ventajas de un procedimiento rehabilitador, incluida la ayuda que los acreedores puedan proporcionar al conjunto de la sociedad. Incluye como ventajas *«El establecimiento de valoraciones de cuentas adecuadas, la reducción de los dilapidadores costes de recaudación y del valor destruido en la venta de activos deprimidos, la facilitación de la actividad crediticia responsable y la reducción de externalidades negativas, la concentración de pérdidas en distribuidores de pérdidas más eficaces y eficientes, la reducción de los costes por enfermedad, delitos, desempleo, y otro costes sociales relacionados, el aumento de ingresos habituales por impuestos, la actividad económica maximizada, el fomento del emprendimiento, la mejora de la estabilidad, la mejor previsión del sistema financiero en su conjunto»*.

El informe, en su *Considerando 89*, explica la importancia que tales procedimientos tendrían a la hora de *reforzar la actividad crediticia responsable*: *«Cuando los acreedores facilitan créditos que luego no son pagados, incurren en costes, pero también externalizan costes en terceros. Puede que los acreedores esperen estos costes, como si fueran el resultado bienvenido de un modelo de negocios crediticio de alto riesgo-beneficio. Incluso las pérdidas a gran escala se pueden gestionar si un modelo agresivo de actividades crediticias produce ingresos sustanciales compensatorios procedentes de los deudores que “sí pueden pagar”. Los acreedores pueden reducir el impacto de su propio crédito relajado garantizando las decisiones por medio de la inclusión de un ratio de pérdidas en los costes del negocio. Pueden planificar y adaptarse, según el caso, a las pérdidas previstas, reduciendo así el efecto, pero no la frecuencia, de los impagos»*.

Sin embargo, el informe del Banco Mundial no apunta la conclusión de que la insolvencia del consumidor *es* una parte oculta de las relaciones de crédito al consumo existentes. Ello puede conducir a la necesidad de un enfoque más amplio del derecho concursal. La reciente generalización de la exoneración de deudas pendientes en todos los estados industrializados pone en evidencia que los contratos de crédito al consumo son deficientes. El valor artificialmente bajo de las reclamaciones, debido a su valor nominal sobreestimado, debe ser subsanado antes del estado de crisis/insolvencia, y no precisamente en forma de absolución eclesiástica. Los mecanismos de adaptación requieren de la intervención estatal para proteger al deudor en situación de impago cuando éste se ve abocado, en una clara situación de desventaja, a negociar con un acreedor fuerte una futura colaboración crediticia. Así, el

³⁶ Vid. www.responsible-credit.net.

³⁷ *Op. cit.*, 26 ss., nt. 20.

Banco Mundial proclama ahora un concepto que, de haberse utilizado hace 30 años, habría preparado el camino hacia un pensamiento moderno. Hoy el Banco Mundial ofrece al tercer Mundo, una vez más, un concepto, que deberían pasar por alto.

3. Del derecho concursal a la reorganización de la deuda

Luhmann define como dogma jurídico una técnica que disminuye la complejidad en la comunicación del conflicto³⁸. El procedimiento de insolvencia es el proceso de comunicación presente en los conflictos más importantes de una economía de mercado. Un sofisticado sistema de reducciones y divisiones jurídicas ha segmentado el problema en unidades manejables. Esto se ha venido desarrollando en los últimos 170 años en paralelo al auge de la sociedad del crédito que, paradójicamente, se ha desviado de los 3.500 años anteriores, en los que esos problemas eran considerados parte de la propia relación crediticia y no como una especie de delito ajeno las relaciones crediticias normales, donde el acreedor las terminaba de forma voluntaria incluso en pro de pagos adecuados y necesariamente retrasados o reducidos. Esta visión permitía que el crédito y la inversión pudieran evolucionar con independencia del entorno social y económico. El sistema concursal hizo que esta ideología fuera tolerable. Y creó la imagen abstracta de que el prestamista es bueno y el deudor, malo; el dios y el pecador.

En el derecho antiguo, el deudor era visto, bien como el usuario productivo (*locator*)³⁹, bien como el pobre (divino), al que el acreedor acomodado tenía la obligación de cuidar. El acreedor y dueño del capital se presentaba como un pecador ávido de riqueza que, a través de la caridad, podía lograr la aceptación religiosa. Según la imagen protestante del capitalismo moderno⁴⁰, el acreedor, en cambio, es glorificado como inversor productivo, honrado ahorrador y traicionado propietario de los activos, mientras que el deudor que utiliza su capital se convierte en persona culpable, de poco fiar y consumidora de riqueza a expensas de los demás. La caridad se reparte hoy fuera de las relaciones sinalagmáticas del mercado y permanece ligada a un derecho casi divino de los ricos a “perdonar a todo aquel que esté en deuda con nosotros”⁴¹.

Ese fue un paso importante para la acumulación de capital y el desarrollo de dinero productivo en las relaciones de crédito universales. Pero sigue siendo heurística. Su aplicación debe ser justificada por su utilidad económica. La crisis financiera ha puesto esto en entredicho. La creencia de que el dinero en sí crea riqueza se ha desvanecido al generalizarse el dinero privado en forma de reclamaciones garantizadas y su puesta en circulación. Tras el surgimiento de los fondos de cobertura y de irresponsables banqueros inversores, resulta menos convincente creer que la responsabilidad de las dificultades económicas reside solamente en los deudores. El discurso televisado del presidente norteamericano sobre una ejecución de hipoteca, en el que explicaba cómo esas ejecuciones pueden provocar una reacción en

³⁸ LUHMANN, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, 22 ss.

³⁹ Sobre este tema, vid. el excelente estudio sobre las relaciones crediticias a largo plazo en el medioevo de GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963.

⁴⁰ WEBER, M., *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, 1904 (trad. por T. Parsons, 1930).

⁴¹ Traducción de la biblia americana estándar de 1995 y de la versión estándar en nuevo inglés de 2001 de la oración bíblica, idéntica en la biblia alemana de Lutero pero distinta de la nueva versión internacional que reza “Perdónanos nuestras ofensas como nosotros perdonamos a quienes nos ofenden” que había sido así desde siempre en la versión francesa de la oración (vid. <http://bible.cc/luke/11-4.htm>).

cadena y destruir los mercados inmobiliarios y a las familias⁴², ha tenido su repercusión en España, donde se ha dado una moratoria a las ejecuciones hipotecarias en casos extremos⁴³. Mientras tanto, algunos policías españoles apelaron a su conciencia moral y se negaron a ejecutar desahucios, y varios jueces españoles reconocieron un principio general en los decretos gubernamentales. Desde un punto de vista jurídico dogmático están en lo cierto; según la ley vigente, están equivocados. Si estas reglas no se ajustan a los principios de la justicia, la brecha entre estado y sociedad se hará cada vez mayor.

La verdadera reforma concursal solo se puede interpretar con coherencia si se invierte la ideología del siglo XIX de que el inversor es bueno y el deudor, malo. La sociedad se ha percatado de que el deudor trabaja en la economía real que, por sí sola, decide sobre nuestra “buena vida”, tal como la definía Aristóteles y como reflejan las constituciones de Bolivia y Ecuador. Por su parte, los acreedores financieros, en sus distintas formas de fondos de cobertura y bancos de inversión, se han convertido en fuerzas destructoras de la economía mundial. Proteger al deudor implica proteger el uso productivo de nuestro capital. La necesaria contextualización de las prácticas crediticias mantendrá el motor de la economía real.

Sin embargo, el derecho concursal del siglo XIX debe aún recorrer un largo camino y superar sus innumerables particiones en unidades manejables que estructuralmente perpetúan la imagen de que el usuario del capital es un moroso y un pecador. Crisis/insolvencia y ejecución de la deuda; reglas privadas y de la administración (pública); normativas contractuales autónomas y resoluciones estatales; relaciones crediticias y procedimientos concursales; reclamaciones de pago y deudas y un derecho despiadado que no tiene en cuenta al sujeto ni lo social han creado eficaces barreras comunicativas en la ciencia jurídica, la educación y la práctica retórica, que impiden la imprescindible reforma de base.

El derecho concursal y el procesal civil ya se solapan a la hora de ejecutar las reclamaciones de pago: afectan al mismo proceso, en el mismo momento y para las mismas personas. El derecho concursal sólo añade una dimensión colectiva al tradicionalmente individualista derecho de ejecución de deuda del procedimiento civil. Este reconoce que en el proceso de ejecución de deuda, si existe insolvencia, los distintos acreedores deben competir por los activos remanentes. Los procedimientos concursales son, por tanto, una forma colectiva de ejecución de deuda. El hecho de excluir esta dimensión colectiva tiene un efecto negativo en la rehabilitación. Mientras que la ejecución de deuda observa al deudor y la validez e historia de la simple reclamación de pago, el derecho concursal se centra en los acreedores y sus pérdidas. Las reclamaciones individuales ligadas a las transacciones de la vida real, que pueden haber fallado, confluyen en un confuso conglomerado de *la deuda*⁴⁴. Parece como si los

⁴² En 2008 en EEUU se ejecutaron 3 millones de desahucios, más de 3 veces la media anterior. Independientemente de los procedimientos concursales, Obama ordenó en 2009 una moratoria de las ejecuciones hipotecarias y prometió invertir 10 millardos de dólares estadounidenses en rescatar a los propietarios de viviendas sobreendeados. Por su parte, en Europa el tema todavía se centra en ayudar a los inversores y acreedores en el marco de la estrategia del “demasiado grande para caer”. Para ayudar a los propietarios de viviendas a reestructurar sus hipotecas y rebajar los intereses fueron aprobados los siguientes planes: *Troubled Asset Relief Program; Home Affordable Modification Program and Home Affordable Refinance Program* (hay disponible un artículo crítico con este tema en www.theroot.com/blogs/bloggging-beltway/countdown-inauguration-foreclosure-crisis).

⁴³ En España se aprobó, en diciembre de 2012, justo después de que una mujer se suicidara tras la ejecución de su hipoteca, esta moratoria para familias con dos hijos y unos ingresos anuales inferiores a los 19.000 €, más de la mitad de los cuales deban destinarse al pago de la hipoteca. También pueden acogerse a ella las familias monoparentales con hijos menores de 3 años (<http://globaleconomicanalysis.blogspot>, 27.12.2012: *Social Trap in Spain: Mortgage Nightmare*).

⁴⁴ Los §§ 178 y 183, InsO, realizan esas reclamaciones –si nadie objeta– integradas en una tabla de insolvencia

cientos de problemas que llevaron a la bancarrota, se hayan fusionado en un único problema: la falta de activos. En cambio, el conocimiento sobre la historia de un conflicto ha pasado a ser la clave para su idónea solución futura. Los procedimientos concursales han sustituido ese conocimiento por una mera falacia: la crisis/insolvencia del deudor y la deuda abstracta. Las reformas concursales modernas intentan desesperadamente recuperar parte de la génesis de esa deuda mediante procedimientos concursales, permitiendo acuerdos extrajudiciales semiautónomos, junto con planes de insolvencia en los que los acreedores se organizan en grupos en función de las reclamaciones que presentan a causa de su génesis⁴⁵. La cada vez más acuciante necesidad de prevenir la bancarrota presiona para que se recolocque en forma de relaciones crediticias lo que antes eran procedimientos concursales. La última tendencia para lograrlo es el cambio hacia los “testamentos vitales”, con los que la UE obliga a los bancos a presentar un plan explicando cómo sobrevivirán sin ayuda estatal⁴⁶.

Tabla 1: Insolvencia como impago en lo sustantivo y bancarrota en el derecho procesal

	Deudor	Acreedor	Derecho Contractual	Derecho Procesal	Intervención del Estado
Individual	Ejecución de deuda, procedimiento civil ordinario		Topes de usura, interés por impago, protección por pronta terminación, crédito responsable	Leyes de exención (laboral, familiar, de ingresos mínimos); Entidades públicas y del estado no cubiertas	Normas sobre arrendamiento (ayudas sociales para evitar desahucios)
Colectivo	Entorno social, familiar del deudor (no cubierto por la norma)	Derecho Concursal	Planes de insolvencia, acuerdos preconcursales, privilegio a los nuevos ingresos de tesorería	Moratoria, exoneración de deudas pendientes, exención de activos, privilegio de arrendamiento; Privilegios del Estado	Bancos: demasiado interconectados para caer; nacionalización, garantías, subvenciones, bancos malos, soluciones políticas con Estados

El obstáculo más importante para resolver los problemas de incumplimiento e insolvencia es aquel que existe entre el derecho contractual privado y autónomo que rige sobre las relaciones crediticias, y el derecho concursal de la administración pública que regula el concurso. Históricamente, la ejecución de deuda nunca ha sido abstraída de las cuestiones normativas sobre si una deuda existió realmente, si había sido reconocida o rechazada, pospuesta o cancelada. La historia del concurso comenzó con la ejecución de deuda en una relación individual deudor-acreedor⁴⁷. La sanción por una fisura en la confianza en una economía recíproca persiguió a la figura del deudor. Asesinato, esclavitud de la deuda, las sanciones penales fueron reemplazadas por normas estatales al servicio de los modelos sinalagmáticos

que refleja la calidad de una deuda colectiva aceptada sin considerar sus fundamentos.

⁴⁵ Si bien el primer grupo de acreedores lo conforman aquellos con derechos de propiedad preferentes (§ 222 (1) 1, InsO), en la práctica, favorece a los bancos con su compromiso de crédito los cuales, de esa forma, logran un mayor peso en las votaciones, ya que estas se realizan por grupos, y los bancos son, por lo general, menos numerosos que otros acreedores.

⁴⁶ Nota de prensa de la *European Banking Authority EBA* del 27.1.2013. HUERTAS, TH. F. - LASTRA, R.M., *Living wills, Banco de España Estabilidad Financiera*, 21, 2013, 23 ss., www.bde.es.

⁴⁷ Sobre la historia jurídica vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El Concurso de Acreedores la declaración*, Madrid, 2009, 43 ss.; NOEL, F.R., *A history of the bankruptcy law*, Buffalo, en NY, 2002; SGARD, J., *Bankruptcy law, creditors' rights and contractual exchange in Europe, 1808 - 1914*, Wien, 2006. OESTERR. Nationalbank, WP 109 (www.oenb.at/de/img/wp109_tcm14-38078.pdf); MEIER, A., *Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877*, Bochum, 2003. Sobre la historia no jurídica, vid. SALFLEY, T.M. (dir.), *The History of Bankruptcy: Economic, Social and Cultural Implications*, New York, 2013; y también WARREN, C., *Bankruptcy in United States history*, Buffalo, N.Y, 1994.

de la nueva economía. El hecho de que en vez de penalizar a la figura del deudor, la sanción se aplicara sobre sus activos, ha racionalizado la ley. De esta forma, la pérdida de activos, y no la ruptura de la confianza, ha pasado a ser la única razón para ejecutar una deuda. El derecho concursal moderno, sin embargo, se afana en reactivar las relaciones crediticias y en introducir nueva confianza y solvencia en la relación entre los acreedores financieros y el deudor. Pero este proceso se ve continuamente amenazado por las viejas ideas de represalia y fraude. Las múltiples exclusiones que emanan de la exoneración de deudas pendientes en el concurso del consumidor, las sanciones penales contraproducentes para las declaraciones de crisis/insolvencia tardías, así como el derecho de los acreedores a iniciar el concurso en una fase temprana—que impide tomar medidas preventivas en el último momento—; todo ello, atestigua la pesada carga que la vieja imagen del deudor que no cumple supone para los nuevos mecanismos del derecho concursal. Los avances en la racionalización de las actitudes en el proceso de intercambio económico logrado por el derecho contractual, se ven amenazados por las exclusiones, castigos y reproches del derecho público y penal. Cuando el acreedor no obtiene dinero de una reclamación vacía, pretende que, por lo menos, el deudor reciba un castigo, incluso cuando la actividad crediticia no fue responsable y el grueso de la deuda fueran solo intereses compuestos y comisiones.

Al considerarse la insolvencia como un delito, como un comportamiento indigno, como un castigo a la holgazanería, cuando una persona comete una falta, no se aplica la exoneración de deudas pendientes. El mandato “Pagarás tus deudas”⁴⁸ sigue siendo uno de los pilares morales en un sistema jurídico que algunos querrían que facilitara la libre y racional elección en cuanto a las relaciones económicas. La inversión de la cuestión de culpabilidad en las relaciones prestamista-prestatario resulta obvia al leer el art. 48, Código de Hammurabi de hace 3.700 años: «Si un hombre contrae una deuda y el divino Adad devasta su campo o se lo lleva una riada, o, por falta de agua, no se produce cebada en el campo, en ese año no le devolverá cebada a su acreedor; que moje su tablilla y no pague el interés de ese año. [Tablilla mojada: se deshace el barro, como el “papel mojado”. El contrato desaparece]»⁴⁹. La visión de Hammurabi, al igual que la de la Biblia y la del Corán, de que una deuda es una relación humana de cooperación que requiere respeto mutuo y una gestión pública activa, solo podrá ser recuperada cuando el derecho civil vuelva a ejercer desde la neutralidad la organización del uso del capital⁵⁰.

Hammurabi observaba esa protección en el marco del derecho sustantivo. El derecho ejecutivo, tanto individual como colectivo, sitúa las limitaciones internas de una reclamación de pago jurídica en el derecho procedimental. El derecho contractual podría recuperar la perspectiva según la cual la actividad crediticia es un arriesgado intento de mantener el valor de una reclamación o incluso de aumentarlo con intereses, si pasa de ser una reclamación de dinero abstracto y su base incondicional para ejecutarla, a formar parte de un sistema en el que el verdadero valor de una reclamación se hace patente en el marco de la relación crediticia⁵¹.

⁴⁸ Vid. REIFNER, U., *Thou shalt pay thy debts' Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law*, en *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Niemi-Kiesilainen - Ramsay - Whitford (dirs.), Portland, 2003, 194 ss.

⁴⁹ El Código de Hammurabi según FATÁS, G. (www.unizar.es/hant/POA/hammtemas.pdf).

⁵⁰ Al menos desde 2002, el § 241.2, BGB, expone: «(2) Una obligación puede también, dependiendo de su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, los intereses jurídicos y otros intereses de cualquier otra parte» (“gegenseitige Rücksichtnahme”), aunque su aplicación es aún poco consistente.

⁵¹ La exoneración de las deudas pendientes corresponde erróneamente al derecho concursal, pero pertenece al contractual desde el momento en que anula la deuda y no solo su ejecución. Podría fácilmente integrarse en el derecho civil dado que el vaciamiento de las restricciones de una deuda (por ejemplo, usura, orden público, ley de

Otro obstáculo a la resolución de conflictos sostenible es la división existente entre el derecho crediticio y el concursal. La sociedad del crédito plantea un enorme avance para la resolución de incumplimientos de pago temporales mediante todas las formas de tomar prestado, al ofrecer la inherente posibilidad de compartir los riesgos de los remanentes de reclamaciones garantizadas con multitud de acreedores. Sin embargo, esta posibilidad permanece en desuso en el concurso, al menos mientras el requisito de que la relación crediticia termine siga siendo una precondition a la hora de repartir aquellos activos que suponen el núcleo de los intereses de los acreedores. La diversidad de relaciones crediticias, el comportamiento del prestamista y su actitud en el triángulo de beneficio-riesgo y liquidez son elementos cruciales para comprender los motivos de la crisis y las posibilidades de resolverla. Este punto de vista histórico debería tenerse presente en los procesos de resolución de conflictos. También deja a la vista los valores igualitarios de las reclamaciones y permite que el conflicto evolucione de acuerdo con las expectativas razonables para cada prolongación de crédito. Aunque la distinción entre los diferentes niveles de colateralización de las reclamaciones refleja únicamente el poder del prestamista, una perspectiva que, en el futuro, reemplace la aceleración de la deuda por adaptarse a su impago, convertiría en superfluas las leyes protectoras que pueden sortearse con todo tipo de mecanismos y garantías. Sin la terminación del crédito, no tendrá lugar la devastadora acción del *crash value* de la deuda colateralizada.

Todos estos factores han ampliado ya las normas relativas al derecho de crédito hasta alcanzar el ámbito del derecho concursal: la práctica de refinanciar y reprogramar, las numerosas reglas para los casos de mora, que reclaman la concesión de plazos de gracia y propuestas de adaptación, las reglas que excluyen cualquier incentivo para la terminación temprana de la deuda, al limitar el interés por impago, y permitir combinar los pagos de capital en vez de los intereses y comisiones. La intervención del estado y el “testamento vital” empujan a las partes implicadas en la relación crediticia a continuar y a preparar medidas en caso de problemas de liquidez temporales. En el ámbito del derecho contractual, bancos, prestatarios y entidades públicas han creado todo un conjunto de normas paraconcursoales en el que los intereses público y privado son coincidentes. Por otra parte, el derecho concursal ha jugado un papel antes y después de ese punto en el que el concurso convencional implicaba la muerte del deudor y el reparto de sus activos.

Esta nueva disciplina de adaptación del crédito en las primeras fases, requiere una visión integrada que aborde, en una crisis de liquidez, el problema central del desequilibrio de poder entre el acreedor y el deudor. Así, debe tratarse en el marco del derecho civil y en su tradicional protección al deudor, mientras que el derecho concursal y podría remitirse a su simple vocación procesal en el ámbito del derecho procesal civil. Este proceso podría construirse sobre un nuevo principio emergente: el de la actividad crediticia responsable. Éste ha sido incluido recientemente en el crédito al consumo. Sin embargo, dado que el concurso del consumidor representa únicamente la última fase de una relación crediticia, la actividad crediticia

contratos coercitiva) mediante techos o por su prescripción son temas recurrentes en el derecho civil. Sin embargo, la aceptación de una *imposibilidad de pago* subjetiva, incluso sin “concurso”, no ha sido nunca considerada como una razón susceptible de posponer los pagos de uno. El otro punto de vista publicado en 1979 en REIFNER, U., *Verbraucherverschuldung*, Neuwied, 1979, 148 ss., ha recibido un fuerte rechazo en el marco de la doctrina jurídica (vid. MEDICUS, *Geld hat man zu haben*, en *Archiv für Civilistische Praxis*, 18, 1988, 501). Sin embargo, al menos Medicus reconoce que, incluso hasta el final del siglo XIX Savigny asumía lo contrario. De alguna manera, el derecho contractual escandinavo ha desarrollado el principio de fuerza mayor social en casos de desempleo temporal (Finlandia), y en Francia, la Ley confirió al juez el poder de reducir deudas de manera arbitraria y, particularmente, en casos de desahucio, hasta el importe de la venta forzada de los bienes inmuebles.

responsable hacia los consumidores también representa un principio del derecho concursal.

4. El crédito responsable: un nuevo principio del derecho concursal

La actividad crediticia responsable está surgiendo en todo el mundo como un principio jurídico en el ámbito de la normativa de la banca privada⁵².

Si bien los borradores previos de la CCD 2008 hacían referencia en todas las etapas de la relación crediticia⁵³ a “actividad crediticia responsable”, el art. 8 definitivo, CCD 2008, ha abandonado ese término y parece un *remake* de las tradicionales reglas de la seguridad y solidez de los bancos. En lo que respecta a la actividad crediticia responsable, ésta solo requiere que “el acreedor evalúe la solvencia crediticia del consumidor basándose en información suficiente”. Esta perspectiva se centra en la elección inicial de un consumidor racional de optar por proporcionar suficiente protección de cara al resto de la relación crediticia. Este planteamiento estaba presente en anteriores informes de la OCDE⁵⁴, el Banco Mundial⁵⁵ y en opiniones de la Oficina del Reino Unido de Comercio Justo⁵⁶. En consecuencia, y a diferencia de la mayoría de los demás estados miembros de la UE, Alemania ha traspuesto este principio de la Directiva de derecho civil a su ley de supervisión pública bancaria en su art. 18 (2), KWG⁵⁷. Esto es contrario a las directivas de supervisión bancaria de la UE⁵⁸ que contienen ese principio de evaluación del riesgo como parte de la seguridad de los bancos y no de la de sus prestatarios. Tampoco hace falta ser más cautelosos con los créditos al consumo que con

⁵² [REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea, cit.*, esp. 20 ss.]. A la luz del sobreendeudamiento de los consumidores y pequeños negocios, transfiere del prestatario al acreedor parte de las obligaciones contractuales de las relaciones a largo plazo. Sin embargo, su significado sigue siendo poco claro. [Vid., *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento, op. ult. cit.*]

⁵³ Propuesta de la Comisión a día de 11.9.2002, COM(2002) 443 final 2002/0222 (COD) 2.4, 7: «La directiva mejorará la estabilidad al implementar una serie de provisiones sobre la actividad crediticia responsable». Art. 9 llamado *Responsible lending* explica: «Cuando el acreedor llega a un acuerdo de crédito o garantía o aumenta la cantidad total del crédito o cantidad garantizada, se da por hecho que se ha asesorado de antemano, por cualquier medio del que disponga, y donde se puede esperar razonablemente que el consumidor y, si es apropiado, el garante, puede cumplir con sus obligaciones según el acuerdo».

⁵⁴ LUMPKIN, S., *Consumer Protection and Financial Innovation: A few basic propositions*, OECD Journal: Financial Market Trends 2010 - vol. I, 5 (*Administrador principal del Departamento de Asuntos Financieros de la Dirección General de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE*).

⁵⁵ RUTLEDGE, S. - NAGAVALLI, A. - LESTER, R. - SYMONDS, R., *Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool*, The World Bank ECSPF - Finance and Private Sector Department WP 001, Agosto 2010, I.

⁵⁶ OFT, *Irresponsible lending, OFT guidance for creditors*, 2011, 36 ss.

⁵⁷ Alemania no se ha decidido ni siquiera entre derecho público y privado. El mismo artículo sobre los bancos como prestamistas puede encontrarse en la ley de supervisión de los bancos públicos (art. 18 (2), Ley Bancaria), y relativa a los prestamistas no bancarios en el art. 509, Código Civil. Más información sobre la comparativa entre distintos países (Bélgica: art. 15, *Loi sur le Crédit à la Consommation*; Reino Unido: 55 b, *Consumer Credit Act 1974*; Dinamarca: § 7 c, *Consumer Credit Act G 535/2010*; Francia: art. L311-9, *Code de la Consommation*), en ROTT, P. - TERRY, E. - TWIGG-FLESNER, CHR., *Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum öffentlichen Recht, (Assessment of Creditworthiness: Prevention of Consumer Protection by allocating it to public law)*, 2011, 163 ss.

⁵⁸ Directiva 2006/48/EC del 14.6.2006 sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (refundición), Parte 6: «La entidad de crédito no emprenderá un intercambio empresarial con una contraparte sin evaluar su solvencia» también contenida de forma implícita en todas la reglas relativas al Anexo II Clasificación de las cuentas de orden. Es decir: «que no prevean efectivamente su cancelación automática en caso de deterioro de la solvencia del prestatario».

los créditos mayores, dado que el riesgo se distribuye por igual y puede evaluarse con cierta facilidad, de forma que los créditos al consumo quedan exentos de procedimientos basados en riesgos particulares para la evaluación de requisitos de capital. El legislador alemán evidenció esta contradicción al introducir esa misma regla para las entidades no bancarias y no supervisadas, en el § 509, BGB, a falta de legislación pública en esta materia.

Tras la crisis financiera, el G20 se ha unido a esta forma de ver la actividad crediticia responsable como una forma de proteger al consumidor. Los principios de “Conducta empresarial responsable de los proveedores de servicios financieros” y de “Trato equitativo y justo a los consumidores”⁵⁹, ahora van con mucho más allá de la simple evaluación de la solvencia y deben aplicarse a todo el periodo de vida de la relación crediticia⁶⁰.

Esto es también evidente en el *Considerando 26*, CCD 2008, en cuyo art. 8 se indica que “todas las fases de la relación crediticia” deben incluirse y debe distinguirse entre “actividad crediticia irresponsable y evaluación de la solvencia”⁶¹.

El verdadero significado de actividad crediticia responsable se oculta en el art. 5.6, CCD 2008. Ese párrafo requiere que: «los prestamistas y los intermediarios de crédito faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual (...), las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del consumidor».

Es evidente que los acreedores que tienen que explicar estos aspectos, deben primero conocerlos y entenderlos adecuadamente y deben actuar de acuerdo con ellos en el momento de cumplir con los deberes contractuales de la diligencia.

Ahora, el memorando explicativo del borrador de la Directiva de Crédito Hipotecario, de marzo de 2011, retoma la actividad crediticia responsable que, incluso, fue utilizada inicialmente como título de la Directiva: «Muchos han perdido la confianza en el sector financiero y ciertas prácticas de préstamo que eran habituales tienen ahora repercusiones directas. A medida que los prestatarios han ido experimentando cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, han aumentado los impagos y las ejecuciones de hipoteca. Por ello, en el contexto de los esfuerzos de reforma financiera, se considera importante combatir la concesión y contratación de préstamos irresponsable»⁶².

Podemos por ello inferir que la actividad crediticia responsable no rige solo la conclusión de un contrato y sus servicios, sino también aquellas situaciones en las que los consumidores se declaran insolventes.

⁵⁹ OCDE, Principios de alto nivel del G20 para la protección del consumidor (“respaldados por los ministros de economía del G20 y lo gobernadores de los bancos centrales en su reunión del 14/15 de octubre de 2011”). Cfr. www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf.

⁶⁰ Todos los consumidores financieros deben ser tratados de forma equitativa, honesta y justa durante todas las etapas de su relación con los proveedores de servicios financieros. El trato justo de los consumidores debería ser una parte integral de la buena gestión y de la cultura corporativa de todos los proveedores de servicios financieros y los agentes autorizados. Es necesario prestar especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables: *amplius*, en este sentido, REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, cit., 5 ss.

⁶¹ «(26) Los Estados Miembros deben tomar medidas adecuadas para promover prácticas responsables durante todas las etapas de la relación crediticia, considerando las características específicas de sus mercados de crédito. (...) En particular, en un mercado crediticio en expansión, es importante que los acreedores no se involucren en actividades crediticias irresponsables, ni que concedan créditos sin antes evaluar la solvencia».

⁶² Propuesta de una Directiva sobre «los acuerdos de crédito relativos a la propiedad residencial»: Procedimiento COM(2011) 142 final, 2011/0062 (COD), *Exposicionde motivos 1. Contexto de la Propuesta*, 2.

5. Colofón

El concurso ha evolucionado en la reorganización de la deuda. Debería afinar la conclusión y dividirse entre un procedimiento de insolvencia/crisis [*i.e.*, concurso] convencional y otro de reorganización de la deuda. El concurso sólo debería aplicarse allí donde la deuda del deudor tenga una contraparte adecuada en sus activos. Los consumidores y los estados, los bancos y una lista de entidades económicas sistémicas, cuya permanencia en el tiempo es crucial para el conjunto de la economía y que deben sobrevivir, no pueden ser enjuiciadas sobre la base de estas ideas.

En el procedimiento de la reorganización de la deuda, las reclamaciones rápidas que tienen su origen en todo tipo de financiación o en otras formas de crédito no pecuniarias, deberían distinguirse de las reclamaciones de pago a corto plazo. En consecuencia, la reorganización podría concentrarse en aquellos actores cuya relación con el acreedor es crucial, y debería adaptarse a la nueva circunstancia. En este contexto, el deudor puede ser tratado como un usuario fallido de capital ajeno, independientemente de prejuicios morales. En el marco de esta reorganización de la deuda, el incumplimiento jurídico no es razón suficiente como para explicar la necesidad de ese procedimiento o liquidación, ni tampoco el reparto inmediato de activos es un objetivo válido; estos sólo son aspectos y posibilidades de un procedimiento que se ha creado para rehabilitar, reorganizar y adaptar la situación económica del deudor de manera que pueda volver a ser productivo.

La normativa sobre la reorganización de la deuda debe integrarse en el derecho del crédito que, a su vez, debería incorporar los valores de la protección del deudor en los procedimientos de insolvencia a su principio de actividad crediticia responsable que, al mismo tiempo, da cobertura al concurso responsable.

SESIÓN SEGUNDA

Perspectivas de reforma del sistema español de insolvencias: la conservación de la empresa

Faustino Cordón Moreno

Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español

1. Introducción. - 2. El Real Decreto Ley 3/2009. - 3. La Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal. - 4. La Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. - 5. Las Leyes 17/2014 y 9/2015.

Teodora Jacquet Yeste

La conservación de la empresa en el sistema español

1. La conservación de la empresa como finalidad del concurso de acreedores. - 2. La finalidad conservativa en el sistema español y sus reformas. - 3. Los riesgos de la finalidad conservativa respecto a la función concursal. - 4. La conservación de la empresa y los problemas de financiación del deudor.

Andrés Gutiérrez Gilsanz

La conservación de empresas en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español

1. Procedimientos de enajenación unitaria de empresa liquidatoria en la Ley Concursal. - 1.1. Introducción. - 1.2. La enajenación unitaria de empresa al margen de las soluciones del concurso: el art. 43, LC. - 1.3. Contenido del plan de liquidación. - 1.4. Reglas supletorias. - 2. Efectos de la enajenación unitaria de empresa liquidatoria concursal tras las últimas reformas. - 2.1. Efectos sobre los créditos. - 2.2. Efectos sobre las deudas. - 2.2.1. Deudas tributarias. - 2.2.2. Deudas laborales. - 2.2.3. Deudas con la Seguridad Social. - 2.3. Efectos sobre los privilegios especiales. - 2.4. Efectos sobre los contratos.

José Oriol Llebot Majó

La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)

1. Planteamiento. El problema de los costes asociados a la duración del procedimiento concursal. - 2. La enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento como solución no prevista del concurso. - 3. La viabilidad y el régimen especial de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 4. El significado del criterio material que rige la autorización de la enajenación anticipada de una unidad productiva. - 5. La forma de llevar a cabo la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 6. Los efectos de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 7. La oferta de compra vinculante de una unidad productiva en funcionamiento prevista en el plan de liquidación. - 8. La enajenación de unidades productivas en funcionamiento y el final del Derecho concursal.

[...] *Y por esta senda ha avanzado el derecho concursal español con un conjunto de reformas [...].*

[...] *(L)as innovaciones han sido bien recibidas, aunque no han estado exentas de críticas: se ha criticado la técnica legislativa utilizada, porque la vía del decreto ley, que es expeditiva, cuando va acompañada de su posterior tramitación como ley ordinaria, hace que el proceso de reforma se prolongue demasiado en el tiempo en detrimento de la seguridad jurídica; pero también, en el ámbito de los contenidos, se ha cuestionado la protección del crédito público, que contrasta con el cambio en la posición de otros acreedores, también privilegiados en el concurso, en especial de los que tienen asegurado su crédito con garantía real, que en determinadas condiciones se ven “arrastrados” por los acuerdos preconcursales y el convenio concursal. [F. Cerdón Moreno]*

[...] *(C)obra especial vigencia el debate ya clásico sobre las finalidades del concurso y, en especial, si la conservación de la empresa ha de ser una de las finalidades perseguidas en el concurso, más allá de la que le es propia y que constituye su fundamento, esto es la de proporcionar la mejor satisfacción posible a los acreedores del deudor común.*

Aunque el concurso tiene una función esencial que justifica su existencia, proporcionar la máxima satisfacción a los acreedores del deudor, el legislador podría decidirse por proteger otros intereses diferentes a los de los acreedores y perseguir otras finalidades adicionales a aquella. [T. Jacquet Yeste]

[...] *En fin, resulta necesario afirmar que el fin del concurso sigue siendo aquel por el que surgió, la máxima satisfacción de los acreedores, si bien el interés general exige que en esa consecución se tenga en cuenta tanto la conservación de la empresa, como la protección del empleo. Ello no quiere decir que el concurso pueda utilizarse para conservar empresas inviables, inviabilidad en la que puede resultar decisiva una plantilla laboral inadecuada. [A. Gutiérrez Gilsanz]*

[...] *(La) irrelevancia del Derecho concursal [...] se pone de manifiesto [...].*

[...] *(P)ues la satisfacción de los acreedores mayoritariamente al margen del procedimiento concursal que pone de manifiesto la baja tasa de concursos declarados y la satisfacción mediante la enajenación anticipada de la unidad productiva hacen irrelevantes tanto las normas referidas a la fase de convenio como también las normas que rigen la fase de liquidación del concurso ya que una vez enajenada anticipadamente la unidad productiva en la fase común únicamente son precisas las normas que establecen la clasificación y prelación en el cobro de los créditos. [J.O. Llebot Majó]*

Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El Real Decreto Ley 3/2009. - 3. La Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal. - 4. La Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. - 5. Las Leyes 17/2014 y 9/2015.

1. Introducción

La ReCE 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, se fija como objetivo «animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior»¹.

Estos objetivos constituyen verdaderas bases programáticas para los países de la UE en el proceso de unificación del derecho concursal, y a ellos responde el nuevo Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.5.2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), que prevé expresamente (*Considerando 10*) que su ámbito de aplicación deba extenderse «a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios».

Y por esta senda ha avanzado el derecho concursal español con un conjunto de reformas de LC, llevadas a cabo en los últimos años, cuya exposición constituye el modesto objetivo del presente trabajo.

Estas reformas han afectado a todo el derecho concursal, pero en especial, al ámbito pre-concursal que, prácticamente olvidado en la LC, se ha ido configurando en nuestro Derecho como alternativa preventiva al concurso de acreedores. El legislador de 2003, siguiendo la tradición jurídica española, había judicializado plenamente el concurso, incluyendo dentro de él situaciones que sin duda podían resolverse con mayor eficacia al margen del proceso, a través de convenios extrajudiciales del deudor con sus acreedores (o por lo menos, con los acreedores más significativos). Menos de seis años después de la promulgación de la LC, en la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y sobre todo, en la realizada por la L. 38/2011, de reforma de la LC/2003, y en las llevadas a cabo, mediante decreto ley, el pasado año 2014, completadas el presente año 2015, el legislador abrió la puerta a estas soluciones negociadas y extrajudiciales de carácter preconcursal, con las que se pretende incentivar la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras.

¹ En *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 74/65, 14.3.2014.

Con carácter general, las innovaciones han sido bien recibidas, aunque no han estado exentas de críticas: se ha criticado la técnica legislativa utilizada, porque la vía del decreto ley, que es expeditiva, cuando va acompañada de su posterior tramitación como ley ordinaria, hace que el proceso de reforma se prolongue demasiado en el tiempo en detrimento de la seguridad jurídica; pero también, en el ámbito de los contenidos, se ha cuestionado la protección del crédito público, que contrasta con el cambio en la posición de otros acreedores, también privilegiados en el concurso, en especial de los que tienen asegurado su crédito con garantía real, que en determinadas condiciones se ven “arrastrados” por los acuerdos concursales y el convenio concursal².

Las reformas a que hago referencia –que están produciendo una progresiva, aunque lenta, sustitución de la finalidad fundamental del concurso en el texto originario de la LC, que es la satisfacción de los acreedores, por la finalidad conservativa de la empresa, con el desplazamiento de lo privado hacia lo público que ello comporta– han sido introducidas por las siguientes normas: el RDL 3/2009; la L. 38/2011; la L. 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, y el RDL 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; el RDL 4/2014, posteriormente homologado por la L. 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; y el RDL 11/2014, homologado por la L. 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal.

2. El Real Decreto Ley 3/2009

La reforma introducida por este RDL, pretendió reducir al silencio a las numerosas voces que se habían alzado poniendo de manifiesto el fracaso de la LC, incapaz de dar respuesta a muchos de los problemas planteados en la situación de crisis económica por la que atravesaba España³. Su Exposición de Motivos –y de forma más amplia, la referencia del Consejo de Ministros que presentó la reforma– subrayaba como una de sus finalidades principales⁴ ayudar a salvar empresas viables que se encuentren en dificultades, facilitando los acuerdos de refinanciación previos al proceso concursal –que era, sin duda, la innovación más relevante y también la más esperada– e incentivando la posibilidad de alcanzar un convenio anticipado.

² La especial protección de los créditos públicos se pone de manifiesto en diversas normas: no les afecta la paralización de ejecuciones *ex art. 5-bis*, LC; el convenio no puede contener propuestas alternativas o adicionales para acreedores públicos (art. 100.2.I, LC); no pueden ser objeto de cesión de bienes en pago (art. 148.5); no cabe imponerles, con el quorum legalmente previsto, la conversión de deuda en préstamos participativos (art. 124.1.b, LC), se les excluye de los efectos de la modificación del convenio *ex disp.t.III* y *disp.t.V*, LC.

³ Estas voces provenían de diversos ámbitos y habían tenido eco dentro del mismo órgano legislativo. Así el partido “Unión Progreso y Democracia” (UPyD), presentó el 10.12.2008 una proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados, reclamando al Gobierno la remisión en el plazo de tres meses de un proyecto de ley de reforma de la LC, que incluía algunos de los cambios que posteriormente introdujo la ley que analizamos, como la implantación de las comunicaciones telemáticas y la propuesta de simplificación general de la tramitación del concurso.

⁴ Otras finalidades, expresamente mencionadas, eran las siguientes: anticipar la liquidación de las empresas cuya situación económica pusiera de manifiesto desde el principio que la liquidación iba a ser el final razonable del proceso; y agilizar –y también abaratar– el procedimiento, para frenar la degradación progresiva de la situación patrimonial y financiera de la empresa durante el proceso judicial, disminuyendo su duración y sus costes. [*Amplius*, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas, ànte.*]

Ante el riesgo de que las operaciones de refinanciación acordadas antes de que las empresas fueran declaradas en concurso pudieran ser rescindidas una vez declarado éste, el RDL establecía la no rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación, así como de los actos, negocios, pagos o garantías relacionadas con ellos, siempre que se cumplieran los requisitos previstos en la norma, que eran los siguientes: que el acuerdo fuera suscrito por acreedores cuyos créditos representaran al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del mismo; que fuera informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor; y que el acuerdo se formalizase en instrumento público.

Por otra parte, en la referencia del Consejo de Ministros dando cuenta de la reforma, a que antes hacía referencia, se señalaba como una de las finalidades a conseguir la «incentivación de la suscripción de convenios anticipados que eviten la liquidación de la empresa en concurso». La reforma buscaba facilitar que las empresas que terminaban yendo al concurso hubieran tenido la oportunidad de consensuar con sus principales acreedores un futuro convenio que impidiera su liquidación. En esta línea, prevé que no tiene el deber de solicitar la declaración de concurso el deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo hubiera puesto en conocimiento del juez competente en el plazo que establece el art. 5.1, LC. Dicho aplazamiento será de tres meses, transcurridos los cuales (el deudor) debía solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. Se preveía así un plazo para incentivar un acuerdo con los acreedores sobre el convenio anticipado, y la facilitación de la propuesta de convenio anticipado, tanto para acreedores, como para el deudor, flexibilizando el régimen de mayorías para alcanzar las adhesiones necesarias.

3. La Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal

Esta Ley, cuyo objetivo principal fue profundizar «en las “alternativas” al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación» (Preámbulo, III), introdujo en la disp.ad.IV, LC, la homologación de estos acuerdos (de refinanciación) que cumplieran los requisitos establecidos en el art. 71.6, LC, (celebración por acreedores titulares de al menos el 60% del pasivo, informe favorable de experto independiente y formalización en instrumento público) y, además, hubieran sido suscritos por acreedores que representasen al menos el 75% del pasivo titularidad de entidades financieras (disp.ad.IV.1) y no supusieran un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no los suscribieron (disp.ad.IV.3).

A tal fin, el art. 5-*bis*, LC (ya también el art. 5.3, antes de la reforma) permite al deudor –tanto en situación de insolvencia actual como inminente– poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio). En ese caso, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, aunque transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor deberá solicitar dicha declaración dentro del mes hábil siguiente, salvo que haya desaparecido la situación de insolvencia⁵.

⁵ Por otra parte, la L. 38/2011 introduce también estas dos reformas: el art. 84.2.11, LC, establece que el 50% de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de

Estos acuerdos quedaban blindados frente a las acciones rescisorias y, una vez homologados judicialmente, además de paralizar las ejecuciones individuales, extendían el efecto de la espera pactada, sin límite de tiempo, a las entidades financieras no participantes o disidentes, aunque, en el régimen de la Ley, con exclusión de los créditos asegurados con garantía real.

4. La Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización

Esta Ley mantuvo la protección a los acuerdos de refinanciación, introduciendo reformas que reducían los porcentajes de mayorías exigidas⁶ y, sobre todo, regulando el procedimiento (registral) y las previsiones a las que se ha de ajustar la designación del experto independiente que ha de verificar los acuerdos de refinanciación en un nuevo art. 71-*bis* que se incorporó a la LC. Pero, sobre todo, introdujo los denominados acuerdos extrajudiciales de pagos (nuevo Título X, LC, arts. 231-242, LC)⁷, que constituyen un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, personas físicas o jurídicas, con la intervención de un “mediador concursal”, que pasan a ser la tercera vía de precurso en nuestro Derecho junto a los acuerdos de refinanciación y la propuesta anticipada de convenio.

Se trata de un nuevo instrumento –extrajudicial– para solucionar los problemas que presenta la insolvencia, que se caracteriza por su flexibilidad y la brevedad de los plazos, y con el que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, «se persigue evitar que el fracaso empresarial se traduzca en un empobrecimiento y frustración que inhiban al empresario de empezar un nuevo proyecto». En lo que interesa a los efectos de este trabajo, quiero subrayar las siguientes características de este acuerdo extrajudicial de pagos, que aparecen resaltadas en la Exposición de Motivos de la Ley⁸:

refinanciación serán créditos contra la masa, así como los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio, en el caso de liquidación; y el art. 91.6 dispone que se considerarán créditos con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos previstos, y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa. [*Amplius*, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *cit. ante*.]

⁶ Con esta Ley, el ap. 1 de la disp.ad.IV, LC, queda redactado del siguiente modo: «1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real».

⁷ Sobre estos acuerdos, vid. CORDÓN MORENO, F., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, en *Las soluciones a la situación de insolvencia*, Hualde López (coord.), Cizur Menor (Navarra), 2014, 28 ss.

⁸ La incorporación de este novedoso procedimiento extrajudicial a la LC se completa con otras innovaciones: *i*) el reconocimiento de legitimación para solicitar la declaración de concurso al mediador concursal (art. 3.1, LC); y en concreto, cuando el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido (art. 241.3, LC); *ii*) la modificación del art. 5-*bis* y del art. 15.3.1, sobre la comunicación de negociaciones, para incorporar las consecuencias de que las mismas versen sobre un acuerdo extrajudicial de pagos, que son estas tres: 1) aceptado el cargo por el mediador concursal propuesto, el registrador mercantil o notario deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso y el secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada; 2) el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso, una vez transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, tiene ahora dos excepciones: la ya existente de no encontrarse en estado de insolvencia y la nueva introducida por la Ley de Emprendedores de que la declaración de concurso haya sido solicitada por el mediador concursal; y 3) una vez realizada la comunicación y mientras no transcurra el plazo de tres

i) Tiene un alcance limitado tanto objetiva como subjetivamente. En el plano objetivo, porque no es un acuerdo universal que incluya todos los créditos; quedan fuera los de derecho público y los asegurados con garantía real, que «únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentan su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234» (art. 231.5.II, LC). Y en el plano subjetivo, porque, a diferencia de lo que ocurre con la solución judicial (art. 1, LC), el legislador no lo ofrece a todos los deudores, sino solo a los que tengan la cualidad de empresarios y profesionales, tanto personas físicas como jurídicas.

ii) El procedimiento previsto para la adopción del acuerdo «es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación, como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo». Este “profesional idóneo e independiente” es el *mediador concursal* –unas veces llamado así y otras *negociador*–, que constituye una pieza clave, aunque con un estatuto no bien definido, a la que más adelante haré referencia, y que tiene, entre otras, la misión de «impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión».

iii) La Ley pretende dotar al procedimiento de la mayor transparencia posible, asignando a notarios y registradores mercantiles la función de «asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo».

iv) La generosidad de la Ley «en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años», que se completa con la admisión de la cesión de bienes en pago. De esta forma, se modifican sustancialmente los límites previstos en la LC para el convenio dentro del concurso, ya que según el art. 100.1 y 3, no podrán exceder de la mitad

meses previsto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal; *iii)* la incorporación de una nueva sección al Registro Público Concursal, la tercera, de acuerdos extrajudiciales, en la que se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos, y su finalización.

Una reforma importante también –relevante, aunque ajena al tema objeto de este trabajo– es la equiparación, aunque no sea completa, de los efectos de la conclusión del concurso del deudor persona física a los del deudor persona jurídica, en los casos de que la solución del concurso haya sido la liquidación, sin distinguir que se trate de un deudor empresario o profesional o de un consumidor (art. 178.2, LC), siquiera el legislador haya optado por diferenciar el régimen de unos y otros cuando el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial (lo cual sólo es factible para los primeros). Al respecto, el RDL 1/2015, introdujo un nuevo art. 178-*bis* en la LC que instaura un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural que –en palabras de su Preámbulo– se apoya en dos pilares fundamentales: que el deudor sea buena de fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa). Cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios. Alternativamente, cuando no haya podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello.

del importe de cada uno de ellos o de cinco años de espera, y se excepciona la radical prohibición de que la propuesta pueda consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores (con la excepción del supuesto previsto en el art. 155.4, LC).

v) Si el procedimiento fracasa, porque no se alcanza un acuerdo o cuando el mediador concursal constata el incumplimiento, «sirve de tránsito al concurso, con las especialidades adecuadas». Aparece así en la Ley la figura del *concurso consecutivo*, que es un proceso de liquidación directa en el que se permitirá la exoneración de deudas residuales del deudor persona física en los casos –que no parece que vayan a ser muy frecuentes– en que el concurso se califique como fortuito y exista una satisfacción parcial del pasivo.

Estos acuerdos extrajudiciales, que –como se ha dicho– parecían centrar su ámbito de aplicación en pequeñas y medianas empresas (“pymes”) frente a los acuerdos de refinanciación que parecían adaptarse en mayor medida a grandes empresas, y que han tenido hasta el momento escasa aplicación práctica, han sido objeto de una reforma importante por el RDL 1/2015. Entre las modificaciones introducidas, que tienen por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la disp. ad.IV, LC, se pueden destacar las siguientes:

i) La ampliación de la legitimación activa para instar el acuerdo extrajudicial de pagos, extendiendo su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios. Además, se regula un procedimiento simplificado para éstas, y la competencia para su tramitación se atribuye potestativamente a los Notarios (art 242-*bis*, LC).

ii) La posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados (hipotecarios especialmente) disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad. En efecto, del nuevo art. 238-*bis*, LC, se deduce: el acreedor hipotecario que hubiera votado a favor del acuerdo extrajudicial de pagos se verá afectado y vinculado por el mismo en su totalidad; el acreedor hipotecario que no hubiera votado a favor del acuerdo, no quedará vinculado ni afectado por el mismo respecto de la cuantía de su crédito que no exceda del valor de la garantía, pero en la parte de crédito que exceda del valor de la garantía quedará vinculado, como uno más de los acreedores afectados.

iii) La potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, si el deudor es empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios.

iv) La solicitud de concurso consecutivo posterior por la no aprobación de la propuesta de acuerdo o por incumplimiento o anulación de éste no abre y anecesaria y simultáneamente la fase de liquidación, como en la regulación anterior; ahora el concurso consecutivo se tramitará por el procedimiento abreviado, lo que permite una nueva oportunidad al Convenio previo a la liquidación.

5. Las Leyes 17/2014 y 9/2015

El proceso de reforma culminó con las innovaciones introducidas el pasado año 2014 mediante sendos decretos leyes y la ley de homologación del primero de ellos⁹, y ha sido

⁹ [Sobre el tema, en general, vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *cit.*, *ante*, donde se afirma que la normativa ha dado un paso más decisivo e innovador en relación a la regulación y configuración de operativos acuerdos de refinanciación, alejándonos del modelo italiano inicialmente adoptado en España en esta regulación y aproximándonos al modelo de los *schemes of arrangement* del Reino Unido; PULGAR EZQUERRA, J., *Las 10 claves de la reforma concursal 2014*

completado en el presente con la L. 9/2015, homologadora del segundo.

La L. 17/2014, que vino a consolidar las medidas urgentes adoptadas por el precedente RDL 4/2014, tiene como finalidad –en palabras de su Preámbulo, III– mejorar el «marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos».

Las principales innovaciones introducidas por esta Ley son, conforme a lo dispuesto en su Preámbulo, las siguientes:

i) Se modifica el art. 5-*bis*, LC, relativo a la comunicación del inicio de negociaciones para la refinanciación de la deuda y a los efectos de la misma, disponiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar acuerdos (de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio) pueda suspender las ejecuciones judiciales. Dice el ap. 4º de este precepto: «Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente».

«Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia».

Quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos de ejecución para la tutela de créditos de derecho público.

Se prevé, pues, que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disp.ad.IV, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51% de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación.

De esta forma, se pretende que el art. 5-*bis* fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías

(Ley 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal), en Diario La Ley, 8391, Sección Doctrina, 3.10.2014, Año XXXV, donde se analizan, entre otras, las principales novedades en materia preconcursal y concursal.]

sobre determinados bienes; aunque quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público.

ii) Igualmente, se introducen modificaciones en el régimen de los acuerdos de refinanciación. En concreto, el ap. 6º del art. 71, LC, que se refería a la no rescindibilidad de estos acuerdos, se traslada ahora a un nuevo art. 71-*bis* que tiene dos apartados principales: en el primero se mantiene en lo esencial la regulación de lo hasta ahora previsto en el apartado 6º del art. 71, si bien se clarifica su extensión, que comprenderá los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones, incluyendo las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago. Adicionalmente, se elimina la necesidad de informe de experto independiente, sustituyéndola por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción.

En el ap. 2º se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, «sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose en consecuencia un puerto “seguro” que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Se configura de este modo una posibilidad más de acuerdo entre deudor y acreedor que es más restrictiva que la del apartado 1 del mismo artículo en cuanto a los supuestos pero más laxa en cuanto a los intervinientes»¹⁰.

iii) Asimismo, y como medida para incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos de tesorería que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley. Transcurrido el plazo de los dos años desde su concesión, se considerarán crédito contra la masa en los términos indicados en el ap. 2.11º del art. 84.

iv) Lo anterior se complementa con una modificación del art. 92, que prevé expresamente que quienes hayan adquirido la condición de socios en virtud de la capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación.

v) En conexión directa con el régimen de acuerdos de refinanciación, se acomete una revisión del régimen de homologación judicial regulado en la disp.ad.IV¹¹. En particular, se amplía el ámbito subjetivo, extendiéndose la posibilidad de suscribir este acuerdo a todo tipo de acreedores de pasivos financieros, excluidos los acreedores por operaciones comerciales y –de nuevo– los acreedores de derecho público.

Asimismo, se posibilita la extensión a los acreedores disidentes o no participantes no

¹⁰ Vid. Preámbulo, IV.

¹¹ Sobre determinados aspectos procesales de la homologación de los acuerdos, vid. CARRASCO PERERA, A. - CORDÓN MORENO, F., *Ejecución de garantías reales tras el Incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal Tras la Modificación producida Por el RDL 4/2014*, en *Diario La Ley*, 8322, 2014, 1 ss.; CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones procesales sobre el procedimiento para la homologación de los acuerdos de refinanciación*, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Rojo - Campuzano (dirs.), Valencia, 2015, 1407 ss..

solo de las esperas, sino también, mediante un porcentaje de pasivo superior, de otras medidas acordadas en el seno del acuerdo de refinanciación, como es el caso de las quitas, capitalización de deuda y cesión de bienes en pago o para pago.

vi) Por último, destaca el Preámbulo de esta Ley dos elementos novedosos dentro de esta misma disp.ad.IV en relación con los acreedores que dispongan de garantía real: en primer lugar, partiendo de que lo «relevante en consecuencia no es tanto realizar una distinción subjetiva (entre acreedores con garantía real y sin ella), sino una distinción objetiva entre la parte de deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquélla que no lo está, anticipando en cierta medida lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal», se resalta como concepto determinante el de valor real de la garantía que se define de forma simple en el ap. 2º de la disp.ad.IV en unos términos totalmente coherentes con la realidad jurídica y económica de la referida garantía.

Y en segundo lugar, el legislador no pierde de vista que la garantía lo es siempre de una obligación principal y que, aunque el valor de la segunda dependa, también y entre otros, del valor de la primera, cada una conserva su esencia y características propias. «Por ello, si la deuda principal puede ser afectada en caso de no tener cobertura de garantía real por el acuerdo de una mayoría muy cualificada de otros acreedores, la deuda cubierta con garantía real debe poder ser también afectada, siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas». En concordancia con lo anterior, se prevé la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a determinados acreedores con garantía real.

A su vez, la L. 9/2015, que vino a homologar el RDL 11/2014, reforma las soluciones del concurso: el convenio y la liquidación:

i) Con respecto al primero, por una parte, elimina los límites de la propuesta de convenio de manera idéntica a la que se permite en los acuerdos de refinanciación¹²; y por otra, posibilita que el convenio vincule al crédito privilegiado cuando así lo decidan la mayoría de acreedores en cada una de las nuevas clases de acreedores laborales, públicos, financieros y el resto¹³.

Por otra parte, la Ley de reforma introduce, junto a las tradicionales quita y espera, un nuevo tipo de acuerdo entre deudor y acreedores, consistente en la capitalización de deuda, y su conversión en acciones o participaciones (arts. 92.5, 93.2.2, y 165.4, LC).

¹² Como dice el Preámbulo, I, de la Ley, esta norma tiene por finalidad extender al convenio concursal los principios establecidos por la L. 17/2014, para el convenio preconcursal: a) «considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo»; b) «acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos preconcursales» y c) «respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales (pero siempre, y tomando en cuenta la segunda premisa, de acuerdo con su verdadero valor económico)». [Vid., *amplius*, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *cit. ante*; PULGAR EZQUERRA, J., *Las 10 claves de la reforma concursal 2014 (Ley 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal)*, *cit.*]

¹³ La Ley modifica profundamente, por un lado, los arts. 100 y 124, LC, distinguiendo dos posibles contenidos del convenio según la mayoría alcanzada: cuando concurra un 50% del pasivo ordinario, quitas de hasta el 50% esperas de hasta cinco años, y conversión de deuda en préstamos participativos durante cinco años; y cuando concurra un 65% del pasivo ordinario, quitas sin porcentaje máximo, esperas de hasta 10 años, conversión de deuda en préstamos participativos durante diez años, siempre que concurra acuerdo social con las mayorías previstas en la LSC, y cesión de bienes o derechos en pago de la deuda, o cesión de unidades productivas en funcionamiento. Y por otro lado, el art. 134, que en su apartado tercero, extiende los mismos efectos a los acreedores privilegiados (ya sean con carácter general o con carácter especial), cuando concurran las mayorías cualificadas de 60% y 75%, respectivamente, para los dos bloques de opciones expuestas.

ii) La Ley propicia las liquidaciones concursales traslativas de unidades productivas en funcionamiento, ya sea en fase común o en fase de liquidación, superando la tradicional identificación entre liquidación concursal y destrucción de valor empresarial. A tal fin, introduce importantes reformas en el nuevo art. 146-*bis* y en el art. 149, que también se aplicarán a la transmisión de unidades productivas de bienes o servicios en fase común (art. 43.3, LC). Subrayo las siguientes innovaciones:

a) El art. 146-*bis*.1, LC, establece que se producirá, en supuestos de transmisión de unidades productivas en concurso, ya sea en fase común o de liquidación, una cesión forzosa, *ex lege (ipso iure)*, al adquirente “de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiese sido solicitada”. Ello también se extiende a contratos administrativos, en cuyo caso la cesión se producirá conforme al art. 226, TrLCSP, así como *ex art.* 176-*bis*.2 también a las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 146-*bis*.2, LC), salvo que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse (art. 146-*bis*.3, LC).

b) La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.4 (art. 146-*bis*.4).

c) Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el ap. 4º del art. 155 (art. 146-*bis*.5).

d) Se añade en el art. 149.2, LC, un régimen especial de enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, en supuestos en que éstos estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en su concurso, con el fin de evitar que la eventual ejecución separada en el supuesto en que operase (arts. 56 y 57, LC) pudiera bloquear la consecución de enajenaciones traslativas de unidades productivas¹⁴.

¹⁴ Puede verse un apunte en CORDÓN MORENO, F., *La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial*, en *ADCo*, 34, 2015, 91 ss.

La conservación de la empresa en el sistema español

SUMARIO: 1. La conservación de la empresa como finalidad del concurso de acreedores. - 2. La finalidad conservativa en el sistema español y sus reformas. - 3. Los riesgos de la finalidad conservativa respecto a la función concursal. - 4. La conservación de la empresa y los problemas de financiación del deudor.

1. La conservación de la empresa como finalidad del concurso de acreedores

En el contexto de crisis económica actual, que ha llevado a una importante destrucción de tejido empresarial español y a una significativa desaparición de puestos de trabajo¹, y en el que el número de concursos ha aumentado enormemente en comparación al registrado los primeros años de entrada en vigor de la LC, previos a la crisis², cobra especial vigencia el debate ya clásico sobre las finalidades del concurso y, en especial, si la conservación de la empresa ha de ser una de las finalidades perseguidas en el concurso, más allá de la que le es propia y que constituye su fundamento, esto es la de proporcionar la mejor satisfacción posible a los acreedores del deudor común³.

Aunque el concurso tiene una función esencial que justifica su existencia, proporcionar la máxima satisfacción a los acreedores del deudor, el legislador podría decidirse por proteger otros intereses diferentes a los de los acreedores⁴ y perseguir otras finalidades adicionales a aquella⁵. Si el legislador ha de proteger otros intereses o perseguir otras finalidades diferen-

¹ Respecto al número de extinciones de sociedades, en 2013 se establece un nuevo máximo histórico, 26.720 extinciones, y dado que el número de constituciones ha aumentado en menor medida respecto a años anteriores, aumenta la proporción de extinciones sobre éstas últimas al 28,5%, rompiendo la estabilidad que existía desde 2008 alrededor del 25%. Vid. *Estadística Mercantil 2013*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2014, 7. Respecto al número de desempleados, según los datos publicados por el Servicio Público de Empleo Estatal respecto a la evolución del paro registrado en los últimos 10 años, en enero de 2004 se registró un total de 2.232.560 desempleados, mientras que en marzo de 2013 la cifra había alcanzado los 5.035.243, reduciéndose los meses siguientes hasta los 4.447.711 en diciembre de 2014. Vid. www.sepe.es.

² Los concursos de acreedores de sociedades mercantiles han continuado manteniendo en 2013 unos niveles muy altos, alcanzando las 8.049 declaraciones de concurso de sociedades, registrándose en 2012 el mayor incremento de los últimos cinco y moderándose este aumento en 2013, aunque ascendiendo igualmente a un fuerte ritmo. Esta cifra contrasta con lo que sucedía desde la aprobación de la LC hasta 2007, que no se había superado el millar de concursos registrados al año o con las 2.086 registradas en 2008. Vid. *Estadística Mercantil 2013*, cit., 9 ss.

³ MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante; LLEBOT MAJÓ, J.O., La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, *infra*.

⁴ Así, el de los trabajadores en conservar su empleo, el de la Administración en recaudar impuestos o el de la sociedad en general en gozar de un mayor bienestar fruto de una mayor actividad económica. Vid., en este volumen, por todos, CALAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa, infra*; MOONEY, C.W., *A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy As (Is) Civil Procedure*, en *Wash. Lee L. Rev.*, 61, 2004, 931 ss.

⁵ Finalidades que pueden ser muy diversas: desde preservar los puestos de trabajo, pasando por proteger a los consumidores hasta proteger a la sociedad en general de la liquidación de una empresa. A título de ejemplo, podemos citar la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, que contiene en su primera parte una formulación de los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente, siguiendo los objetivos

tes a la de satisfacer a los acreedores no es, sin embargo, una cuestión pacífica, en especial cuando la protección de estos otros intereses y la persecución de estas finalidades adicionales entra en conflicto con el interés de los acreedores, pudiéndose atender a aquellos a costa de éstos, por ejemplo si a los trabajadores y a la sociedad en general les favorece la decisión de conservar la empresa concursada pero a los acreedores les beneficia en mayor medida la liquidación de la misma.

Existen dos posicionamientos opuestos respecto al papel que debe jugar el Derecho concursal y las políticas legislativas en que debe inspirarse⁶. Por un lado, están aquellos que defienden la pluralidad de finalidades del Derecho concursal, y en particular la de conservación de las empresas como objetivo independiente de la satisfacción de los acreedores del deudor común⁷. Este posicionamiento pretende evitar los efectos devastadores que la liquidación de una empresa, especialmente de una empresa de grandes dimensiones, puede acarrear para los trabajadores, proveedores y la economía en general, utilizando el concurso como una institución que sirve a la distribución de las pérdidas ocasionadas por la insolvencia del deudor. De manera que el juez del concurso, que debe ser quien pondere los intereses afectados en el concurso, debe tener en cuenta estos otros intereses a la hora de autorizar o no una determinada solución al concurso.

fijados en los *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* del Banco Mundial (2001). Estos objetivos son: dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos; obtener el máximo valor posible de los bienes; ponderar adecuadamente las ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización; tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares; lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores; garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos; establecer un marco para la insolvencia transfronteriza.

Otro ejemplo es el informe final de la *National Bankruptcy Review Commission, Bankruptcy: The Next Twenty Years* (1997), enumera las finalidades que podrían perseguir los procedimientos concursales: maximizar el valor de la empresa, preservar el empleo, rehabilitar empresas viables, promover reestructuraciones extrajudiciales, solucionar las cuestiones distributivas, promover la eficiencia, beneficiar a otras partes afectadas por la quiebra de una empresa.

Finalmente, remontándonos aún más en el tiempo, el informe del Comité Cork de 1982 (*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*), que sirvió como base para la reforma de *Insolvency Act* de 1985 y 1986 y la *Company Directors' Disqualification Act* inglesa del mismo año, analizaba los objetivos que debía perseguir un Derecho concursal moderno en Inglaterra: reforzar el sistema crediticio; diagnosticar y tratar la insolvencia inminente en una etapa temprana; prevenir los conflictos entre los acreedores individuales; realizar los bienes del concursado necesarios para satisfacer los créditos de forma rápida y poco costosa; distribuir el importe obtenido de la liquidación entre los acreedores de forma justa y equitativa, devolviendo cualquier exceso al deudor; asegurar que el proceso de liquidación y distribución es administrado de forma honesta y competente; discernir las causas de la insolvencia y aplicar medidas si la conducta del deudor o administradores no es correcta; reconocer y proteger los intereses no sólo del deudor y sus acreedores, sino de trabajadores, proveedores y otros grupos que se vean afectados por la insolvencia del deudor; preservar las empresas viables capaces de contribuir en la economía nacional. Para un análisis más detallado de las aportaciones del Informe Cork, vid. FINCH, V., *The Measures of Insolvency Law*, en *Oxford J. Leg. Stud.*, 17, 1997, 227 ss.

⁶ Este debate ha sido especialmente vivo en la doctrina concursal estadounidense. Una exposición sobre estas dos corrientes doctrinales y los diversos axiomas en los que se sustenta cada una de ellas, vid. BAIRD, D., *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, en *Yale L. J.*, 108, 1998/1999, 573 ss., y también MOONEY, C.W., *A Normative Theory of Bankruptcy Law*, cit. En nuestra doctrina, para un análisis de las finalidades del Derecho concursal, vid. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras*, Real Colegio de España, Bologna, 1986.

⁷ Entre los trabajos más destacados que recogen la discusión mencionada y se decantan por la pluralidad de finalidades del Derecho concursal, podemos señalar los de GROSS, K., *Taking community interests into account in bankruptcy: an essay*, en *Wash. U. L. Q.*, 72, 1994, 1031 ss.; WARREN, E., *Bankruptcy Policy*, en *U. Chi. L. Rev.*, 54, 1987, 775 ss. En nuestra doctrina, vid. por todos RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, Barcelona, 1998.

Por el otro, están aquellos para quienes en ningún caso puede admitirse que los intereses de los acreedores queden en entredicho para beneficiar a terceros. El concurso debería concebirse únicamente como un mecanismo de salida del mercado de las empresas ineficientes, no sólo en las etapas de crisis económicas sino también en las fases de bonanza del ciclo económico, sin que pueda justificarse su utilización para dar respuesta a otras finalidades distintas a la propia del concurso, la satisfacción de los acreedores. El concurso, pues, no ha de tender, a su parecer, ni hacia la liquidación ni hacia la reorganización, sino que ha de asegurar que de los bienes del concursado se hace el mejor uso posible. La decisión final sobre el destino de los bienes del deudor en el concurso ha de situarse, en definitiva, en manos no del juez sino de aquellos que han de asumir los costes o beneficios de aquella decisión, y estos no son otros que los acreedores ordinarios, de manera que han de ser ellos los que decidan si conservar o liquidar la empresa en función de sus intereses, lo cual, en un mercado eficiente, ha de conducir a mantener a las empresas viables económicamente aunque con crisis financiera y a liquidar las empresas inviables económicamente⁸.

2. La finalidad conservativa en el sistema español y sus reformas

El debate expuesto no es meramente doctrinal, sino también normativo, y los diversos intentos de reforma del Derecho concursal español de los últimos años no han sido ajenos al mismo⁹. Así, podemos apreciar un cambio manifiesto en las políticas que inspiraron el AdL de concurso de acreedores de 1959, cuyo art. 1 fijaba como objeto del procedimiento concursal el dar satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común¹⁰, y las que informaban el ALC de 1983, en cuya Exposición de Motivos se afirmaba que la finalidad

⁸ Este posicionamiento es defendido especialmente por la doctrina del *Law and Economics*. En especial, vid. BAIRD, D., *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, cit.; JACKSON, T., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Maryland, 2001; SCHWARTZ, A., *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, en *Yale L. J.*, 1998, 1807 ss. En nuestra doctrina, vid. principalmente BISBAL MÉNDEZ, J., *La insoponible levedad del derecho concursal*, en *RDM*, 214, 1994, 843 ss. Más recientemente, vid. OLIVENCIA RUIZ, M., *Los motivos de la reforma de la Ley Concursal*, en *RDCP*, 17, 2012, 23 ss., quien afirma que «el fin esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores y solo cabe añadirle el de continuidad de la actividad y conservación de la empresa si el deudor y los acreedores en el convenio o el interés del concurso apreciado por la administración concursal y, en definitiva, por el juez en la liquidación, lo estiman conveniente, pero siempre con la condición de viabilidad o factibilidad».

⁹ No sólo en España sino en otros ordenamientos se ha visto reflejado a nivel legislativo el debate planteado. Así, encontramos ejemplos, más allá de la evolución legislativa española, de ambos posicionamientos. En este sentido, como ejemplos normativos que toman en cuenta finalidades adicionales a la satisfacción de los acreedores en el Derecho concursal encontramos la *amministrazione straordinaria* italiana, un procedimiento concursal previsto para recuperar el equilibrio económico y financiero de las grandes empresas y conservar su patrimonio mediante la cesión de la empresa o un plan de reestructuración de la misma, o el *redressement judiciaire* francés, procedimiento destinado a la reestructuración de la empresa, el mantenimiento de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo, así como el arreglo del pasivo. Por otro lado, un ejemplo de un procedimiento concursal en que se persigue únicamente la satisfacción de los acreedores lo constituye el previsto en la *Insolvenz Ordnung* alemana, que en su art. 1 prevé que dicha finalidad podrá obtenerse ya sea mediante la realización de los bienes del patrimonio del deudor o bien mediante un plan que prevea la conservación de la empresa. Con referencia al sistema italiano, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, y esp., DI MAJO, AL., *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, 297 ss.; SARCINA, A., *In tema di responsabilità da direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, 345 ss.

¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *El Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959*, en (AA.VV.), *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Madrid, 2005, 173 ss.

básica del concurso ya no era la liquidación sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común¹¹. Esta dirección sanatoria del concurso se abandona en la Propuesta de ALC de 1996. En esta se establecía que sin perder de vista la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial del concurso, se ofrece la posibilidad de llegar a convenios de continuación.

Finalmente, la LC parecía mantenerse, en su Exposición de Motivos, en el espíritu del AdL al afirmar que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso¹², finalidad que puede alcanzarse mediante diferentes vías, ya sea el mantenimiento en funcionamiento de la actividad empresarial o profesional del deudor, ya sea la realización individual de los bienes que integran el patrimonio del deudor adscrito a su actividad. Sin embargo, en la propia LC¹³ también se explicita la preferencia por las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa¹⁴. Así, pues, a pesar de la pretendida neutralidad de la LC, se declara un sesgo conservativo, que se ha visto acentuado exageradamente, y fruto del impacto de la crisis económica en la solvencia de las empresas y en el empleo, en las diferentes reformas de la LC. En este sentido, el Preámbulo de la L. 38/2011, de reforma de la LC, justifica la reforma en los siguientes términos: «el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, se afirma, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores»¹⁵.

Este extracto de la L. 38/2011 muestra como la evolución de la situación económica española de los últimos años ha influido en la concepción del concurso y parece haberlo alejado de su concepción inicial, más neutral en cuanto a la promoción de las soluciones conservati-

¹¹ Vid. ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Madrid, 2006, 98 ss.

¹² Vid. ap. II, pár. IV, Exposición de Motivos, LC.

¹³ Vid. ap. VII, pár. V, Exposición de Motivos, LC.

¹⁴ Sobre un análisis de este principio como inspirador de la LC, vid. por todos ZABALETA DÍAZ, M., *op. loc. cit.*

¹⁵ Las últimas reformas de la LC, en cambio, no son tan contundentes al señalar la conservación de la actividad empresarial como el propósito de la LC y lo matizan vinculándola necesariamente a la viabilidad económica de la actividad. En este sentido, el RDL 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, señala en ap. I del Preámbulo que «la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo». Asimismo, la L. 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, afirma la siguiente en el ap. I del Preámbulo: «con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (...) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible, siendo obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o “despalancamiento”. Esa es precisamente la finalidad de esta Ley». De esta manera, las últimas reformas apuntan claramente a los problemas de financiación del deudor como la cuestión clave para reducir el alarmante número de liquidaciones de empresas en España, en la línea de las consideraciones expuestas en la última parte de esta ponencia. Por el contrario, la reforma operada por la L. 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal no sigue esta tendencia que vincula la conservación de la actividad empresarial a su viabilidad económica. Así, el Preámbulo de esta norma obvia de nuevo cualquier referencia a la viabilidad y declara que «las modificaciones que se introducen tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general».

vas, convirtiéndolo en un mecanismo más de entre los muchos que se han ido aprobando para luchar contra la crisis económica y evitar el cierre de las empresas y la consiguiente destrucción de empleo¹⁶. Así, y por citar sólo uno de los ejemplos más recientes, la reforma de 2011 de la LC podría situarse perfectamente en la misma línea que el RDL 3/2013, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, y que aprovecha, entre otras cosas, para prorrogar alguna de las medidas de mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas aprobadas por el RDL 10/2008, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias. Entre estas medidas se encuentra la de permitir la exclusión de determinadas pérdidas por deterioro de valor de las existencias, el inmovilizado material y las inversiones inmobiliarias para el cálculo del patrimonio neto a los efectos de la disolución de sociedades y la reducción obligatoria de capital. Todo ello a fin de evitar que las empresas incurran en causa legal de reducción de capital y, en su caso, de disolución a causa de las pérdidas. Según afirma la propia Exposición de Motivos del RDL 3/2013 para justificar la prórroga de esta medida, «dado que el proceso de consolidación bancaria va a suponer una nueva caída significativa del valor de mercado de los bienes inmuebles, se hacía necesaria la aprobación de una nueva prórroga de esta medida, para evitar que las empresas del sector inmobiliario entren en situación de concurso de acreedores», lo que les llevaría irremediabilmente a la liquidación¹⁷.

Este debate sobre las finalidades del concurso no queda en absoluto limitado al plano teórico, sino que tiene una trascendencia práctica evidente. Y es que si se constata que esta preferencia de la LC por las soluciones que entrañan la conservación de la empresa expresada en su Exposición de Motivos no es una mera declaración de intenciones sino que se traslada al articulado, son diversos los riesgos que surgirían: por un lado, el permitir o incluso favorecer la conservación de empresas inviables económicamente en un intento de preservar el empleo en detrimento del interés de los acreedores de maximizar el valor del patrimonio concursal a través de la liquidación y, por el otro, el permitir al deudor o al tercero adquirente que, al conservar la empresa en funcionamiento bajo su titularidad sin ser esa la solución óptima para el interés de los acreedores, se llegue a beneficiar a costa de éstos. De manera que persiguiendo la conservación de la empresa por los motivos expuestos, y permitiéndola en estos casos, no sólo se generarían unos costes en la sociedad que quizá no se perciben tan fácilmente como la destrucción inmediata de empleo pero que resultan igualmente perniciosos para la economía, derivados de forzar un uso no óptimo del patrimonio del deudor, sino que también se estaría incumpliendo la función del concurso.

Así que resulta oportuno detenerse a comprobar si aquella preferencia se traslada al articulado de la LC y se concretan aquellos riesgos. Y lo cierto es que esta preferencia no es sólo una declaración de intenciones del legislador sino que tiene un reflejo normativo claro. Son diversas las normas, a lo largo de la LC, donde se muestra aquella preferencia. Y es que es evidente que del conjunto del articulado de la LC se desprende una política legislativa de

¹⁶ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., *Los motivos de la reforma de la Ley Concursal*, cit., 26, quien se muestra contrario al uso de la LC como un medio más para luchar contra la crisis. Según él, la LC no es un instrumento de política económica para luchar contra la crisis, lo es de política jurídica para el tratamiento de la insolvencia del deudor, aisladamente considerado, incluso en la fase expansiva del ciclo económico. Según el autor, la LC responde al Derecho normal de tratamiento de una situación patrimonial anómala, mientras que la crisis es una situación excepcional, generalizada, extendida, que no se trata con el Derecho normal sino que exige un Derecho excepcional, extraordinario y transitorio, que no condicione los fundamentos del Derecho concursal.

¹⁷ Vid. ap. VI, pár. VII, Exposición de Motivos, RDL 3/2013.

preferencia por el mantenimiento de la empresa concursada en funcionamiento, ya sea en manos del deudor o en manos de un tercero, como opción prioritaria a la realización individual de los bienes que la integran.

En primer lugar, esta preferencia es patente en la fase común. A lo largo de esta fase no sólo se prevén medidas para asegurar la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, de manera que no se vea interrumpida por la declaración de concurso, ya se haya acordado la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor o bien la intervención. En este sentido, el juez sólo puede acordar el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones del deudor, así como el cese o la suspensión total o parcial de su actividad empresarial como excepción. También se prevén medidas de conservación de la actividad empresarial. En primer lugar, la prohibición de enajenar o gravar bienes y derechos de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación sin la autorización del juez, salvo algunas excepciones (art. 43, LC)¹⁸. En segundo lugar, la pervivencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, ya sea a cargo del concursado o de la otra parte, al momento de la declaración de concurso (art. 61.2, LC). En tercer lugar, la posibilidad de acordar el cumplimiento de un contrato aunque exista causa de resolución por incumplimiento de las partes, en atención al interés del concurso (art. 62.3, LC). En cuarto lugar, la rehabilitación de los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del deudor cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 68, LC). Igualmente, se prevé la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso (art. 69, LC). Finalmente, la posibilidad de enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento (art. 70, LC).

Todas ellas son medidas que claramente favorecen la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, no sólo durante el transcurso del procedimiento concursal sino en un momento posterior, una vez tomada la decisión sobre el destino final de los bienes que integran el patrimonio del deudor, puesto que favorecen la viabilidad de un posible convenio o plan de liquidación, que pueden contar con bienes o derechos que, sin aquellas medidas, no estarían en la masa activa del deudor y que pueden resultar necesarios para el cumplimiento de aquel convenio o liquidación.

Sin embargo, donde se observa con mayor claridad el principio de conservación de la empresa que inspira la LC es en el régimen de las soluciones al concurso, tanto en la de convenio como en la liquidación y, en especial, en el contenido del convenio y del plan de liquidación.

El convenio tiene una finalidad conservativa evidente. La conservación de la empresa como finalidad del convenio concursal encuentra su fundamento normativo en la disciplina relativa a su contenido prevista principalmente en el art. 100, LC. En efecto, el contenido del convenio concursal diseñado en la LC tiene necesariamente carácter conservativo y se dirige al mantenimiento de la empresa en funcionamiento, ya sea a través de una reestructuración

¹⁸ Sobre estas excepciones y en especial sobre la enajenación unitaria de la empresa en la fase común, vid., *infra*, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La conservación de la empresa en "concurso" por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*.

de la deuda o a través de una reasignación de las titularidades sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor, o bien mediante una enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas de la misma, siempre y cuando el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

Exponente normativo de esta preferencia por la conservación de la actividad empresarial del deudor era la regla contenida en el mismo precepto que permitía al juez autorizar la superación de los límites de contenido del convenio concursal cuando se tratase de empresas cuya actividad pudiese tener especial trascendencia para la economía y que ha sido finalmente eliminada por el RDL 11/2014. Así lo expresaba alguna resolución judicial que, al resolver positivamente la solicitud presentada para autorizar la superación de los límites del convenio previstos en el art. 100.1, LC, reconocía que la autorización buscaba facilitar, «en la medida de la posible y respetando la legalidad, la vía de convenio como forma de salvaguardar el tejido empresarial y el empleo (como una de las finalidades principales de todo el sistema concursal), tratando de evitar la otra opción legal, la liquidación, lo que no sólo perjudicaría a las partes afectadas por el concurso sino que afectaría de manera considerable a la estructura empresarial y laboral global»¹⁹.

Esta naturaleza conservativa del convenio proviene no sólo del contenido que puede presentar una propuesta de convenio sino también de la expresa prohibición de los convenios liquidatorios. Así es, el art. 100, LC, no admite los convenios que consistan en la cesión de bienes y derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor a los acreedores en pago o para pago de sus créditos ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado. De lo contrario, «el convenio se convertiría en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia», tal como se expresa la Exposición de Motivos de la LC²⁰.

Con todo, el contenido conservativo no es exclusivo del convenio. La liquidación puede llevar al mismo resultado conservativo, preferente para el legislador. El art. 148, LC, prevé el contenido del plan de liquidación: «(...) siempre que sea factible deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado. Este contenido es muy similar al previsto en el art. 100.2.2, LC, que establece como posible contenido de la propuesta de convenio la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas». Y añade el art. 149.1, LC, relativo a las reglas supletorias de la liquidación, que de no aprobarse un plan de liquidación, el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. Por su parte, el art. 155.2, LC, autoriza a la administración concursal a atender al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y evitar de esta manera la realización de los bienes y derechos afectos con el propósito de mantener a la empresa en funcionamiento.

Esta coincidencia en cuanto al contenido conservativo de las dos soluciones al concurso, fruto de la preferencia del legislador por la conservación de la empresa frente a la realización individual de los elementos que integran el patrimonio del deudor, nos permite hablar de sustituibilidad en los medios de satisfacción de los acreedores y evitar la tendencia a asociar

¹⁹ Vid. Auto JM Bilbao, n. 2, 30.12.2009.

²⁰ Vid. ap. VI, pár. VI, Exposición de Motivos, LC.

el convenio a la conservación de la empresa y la liquidación a su eliminación. Estas pasan a distinguirse, pues, no por el resultado al que llevan, que puede ser el mismo, sino por el carácter cooperativo del convenio frente a la naturaleza no cooperativa de la liquidación, si bien esta sustituibilidad no ha acabado de trasladarse a la práctica y como veremos la fase de liquidación lleva en general a la desaparición de la actividad empresarial o profesional del deudor.

También en la articulación de las fases se aprecia aquella preferencia por las soluciones conservativas de la empresa. A grandes rasgos, la articulación de la apertura de las fases de convenio y de liquidación reconoce inicialmente al deudor una amplia facultad para optar tanto por el convenio como por la liquidación, si bien en determinadas ocasiones recae sobre el deudor el deber de solicitar la liquidación²¹. Esta amplia facultad se ha acentuado con la nueva regulación del régimen de apertura de la liquidación introducida por la L. 38/2011 y del régimen de la comunicación de negociaciones del art. 5-*bis*, LC, puesto que el deudor, además de solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento del concurso (art. 142.1, LC), posee la facultad en exclusiva de presentar una propuesta anticipada de convenio desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104, LC). Y también la de presentar una propuesta ordinaria de convenio transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos (art. 113, LC). Sin olvidar que cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación ni haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio el juez debe dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio (art. 111.1, LC)²².

3. Los riesgos de la finalidad conservativa respecto a la función concursal

Esta amplia facultad que la LC concede al deudor de optar por una u otra solución al concurso, unida a los efectos negativos que la apertura de la fase de liquidación le reportaría²³, incentiva al deudor a presentar una solución conservativa, aunque no sea la que maximice el valor de su patrimonio, bien porque esa maximización se consiguiese mediante una solución conservativa diferente a la propuesta por el deudor, bien porque se consiguiese mediante la liquidación del patrimonio, y por tanto tampoco la satisfacción de sus acreedores. Y es que, si la conservación se produce en manos del deudor sin ser esa la solución que optimiza el valor de su patrimonio, éste podría apropiarse de una parte del valor de la empresa, y beneficiarse de los eventuales resultados positivos de la actividad, siendo los acreedores los que soportarían los posibles resultados adversos. Mientras que si la conservación se produce mediante la enajenación de la empresa a un tercero, sin ser, nuevamente, la opción que maximice el valor del patrimonio del deudor, el gran beneficiado de semejante solución sería no el

²¹ Según el art. 142.2, LC, el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

²² Esta apertura de oficio de la fase de convenio ha sido eliminada en el procedimiento abreviado tras la reforma de la L. 38/2011. Así, según el art. 191.6, LC, la fase de convenio en el procedimiento abreviado sólo se inicia si el deudor ha propuesto un convenio en fase común, de lo contrario se abre la fase de liquidación.

²³ Nos referimos principalmente a la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145.1, LC) y a la disolución del deudor persona jurídica si no estuviere ya acordada (art. 145.3, LC).

conjunto de acreedores sino el adquirente de la empresa al asumir el patrimonio del deudor a cambio de satisfacer los créditos del deudor extinguidos en la parte a la que alcance las posibles quitas previstas en el convenio, opción que fuera del concurso no se le presentaría y que hace atractiva la adquisición de empresas concursadas. Este riesgo se podría ver acentuado si la preferencia por la conservación influyese en la decisión del juez, por ejemplo, a la hora de autorizar la superación de los límites fijados para las quitas y esperas en caso de concurso de empresas cuya actividad tenga especial trascendencia para la economía.

Que el régimen de las soluciones del concurso previsto en la LC ampare estos resultados en la práctica podría tener, a su vez, y como ya alertábamos, consecuencias indeseables, pues llevaría a los acreedores a anticiparse a ellos aumentando el coste del crédito que proporcionan al deudor antes de la declaración de concurso y compensar así las pérdidas que puedan padecer en el concurso o bien restringiendo o incluso impidiendo directamente el acceso al crédito.

Es cierto que los acreedores tienen la opción de expresar su rechazo mediante la no adhesión a la propuesta o el voto en contra a la misma. Y en tanto que la LC no impone ninguna de las soluciones del concurso, como sí ocurría en anteriores textos legislativos²⁴, permite en definitiva a las partes seleccionar aquella solución que maximice el valor del patrimonio concursal. Y es cierto que la opción por una u otra solución, que es una decisión que corresponde principalmente a los acreedores, desde el punto de vista racional es una decisión que vendrá condicionada por el uso que maximice el valor del patrimonio del deudor y en consecuencia maximice también la satisfacción propia de los acreedores: o bien el mantenimiento de la empresa en funcionamiento, ya sea en manos del propio deudor o bien transmitiéndola a nuevos titulares, o bien la realización de los bienes que integran el patrimonio del deudor. Sucede, con todo, que algunas soluciones conservativas, especialmente la propuesta anticipada de convenio, suponen una reducción de los costes del concurso considerable que puede servir al deudor, único legitimado para presentarla, para convencer a los acreedores para aceptar la propuesta a pesar de no quedar íntegramente satisfechos sus créditos, puesto que en otro caso la parte no satisfecha de sus créditos podría ser aún mayor²⁵.

Es claro, pues, que el principio de conservación de la empresa en el que se inspira la LC acarrea una serie de riesgos que hacen cuestionar los pretendidos beneficios de conservar las empresas como objetivo del concurso. Pero este principio de conservación no sólo acarrea los riesgos referidos sino que además no ha logrado alcanzar en la práctica los resultados deseados de conservación de empresas en situación de insolvencia, de manera que las normas expuestas tendentes a favorecer las soluciones conservativas se han demostrado hasta el momento ineficaces. En este sentido, las estadísticas demuestran, año tras año, el elevado número de liquidaciones de las empresas concursadas y el correlativo escaso uso en la práctica del convenio ordinario y de la propuesta anticipada de convenio. Así, en el ejercicio 2013, cerca del 94% de las sociedades que iniciaron la fase sucesiva lo hicieron para liquidarse. Es una cifra muy similar a la observada desde el 2006. Y aún debemos añadir las cifras de convenios que llegan a incumplirse, pues no son infrecuentes los supuestos de liquidaciones que

²⁴ Si era la posición que adoptaba el ALC de 1983, cuya Exposición de Motivos era rotunda en este sentido: «la finalidad básica del concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común (...)», finalidad conservativa que se plasmaba en el instituto de la gestión controlada. Sobre la naturaleza y presupuestos de la gestión controlada y para un análisis del plan de reorganización que implicaba aquella institución, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho Concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994, 299 ss.

²⁵ Vid. LLEBOT MAJÓ, J.O., *Contratación hipotética y leyes concursales*, en *ADCo*, 28, 2013, 193 ss.

se abren después del incumplimiento de un convenio. Concretamente, un 3,6% de las fases de liquidación se iniciaron por el fracaso de un convenio aprobado. Además, del total de fases de liquidación abiertas en 2011, el 5,6% se inició por imposibilidad de alcanzar el convenio en una fase sucesiva anterior²⁶.

La explicación para esta realidad nos la vuelven a proporcionar las estadísticas. De los datos de que disponemos, se deduce que el perfil financiero de las sociedades que entran en concurso está muy deteriorado y el concurso acoge empresas con escasa viabilidad, estimándose que sólo un 5,86% de las nuevas concursadas podría alcanzar un convenio en el futuro. Expresa esta realidad el hecho de que sólo el 37,39% de las concursadas genera recursos positivos, únicamente el 5,86% de las empresas exhibe capacidad suficiente para pagar sus deudas en menos de 10 años y que la proporción de empresas concursadas con fondos propios negativos se sitúa en el 35,62%²⁷. En este sentido, parece claro que si la situación financiera del deudor está muy deteriorada puede ser resultado de la crisis económica que conlleva la inviabilidad de su actividad empresarial o profesional y por consiguiente la liquidación.

4. La conservación de la empresa y los problemas de financiación del deudor

En definitiva, los datos no hacen sino confirmar que la causa fundamental de la liquidación de las empresas es la mala calidad financiera y económica de los deudores declarados en concurso, que a su vez se debe a la declaración tardía del concurso aunque fundamentalmente a la falta de financiación del deudor concursado. Los que están en disposición de conceder nueva financiación al deudor en situación de insolvencia, entidades de crédito principalmente, no están incentivados a hacerlo debido a los riesgos que entraña semejante financiación²⁸. Y sin esa financiación el deudor que presente una crisis financiera pero con una empresa viable se ve abocado a la liquidación.

Por tanto, si lo que se pretende es aumentar las soluciones conservativas al concurso en la práctica, que eviten la liquidación de la empresa y a su vez que conduzcan a la mejor satisfacción de los acreedores, las medidas a adoptar deben dirigirse, por un lado, a evitar que el paso del tiempo deteriore aún más la situación patrimonial del insolvente, anticipando la declaración de concurso, y, por el otro, a mejorar la calidad financiera de los deudores, incentivando, por ejemplo, la financiación al deudor. Y es en esta línea que debería entenderse y valorarse positivamente la introducción, en el art. 84.2.11, LC, de la consideración, en caso de liquidación, como créditos contra la masa de los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en art. 100.5, LC. De este modo, los acreedores en disposición de conceder nueva financiación al deudor cuentan con el incentivo de que en caso de posterior liquidación se entenderán como créditos contra la masa, que contribuye a resolver la inexistencia de fuentes de financiación.

²⁶ Vid. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística Concursal Anuario 2013*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2014, 22 ss.

²⁷ *Id.*, 12 ss.

²⁸ Las cifras publicadas por el Banco de España a inicios de 2013 sobre la financiación a las sociedades no financieras residentes en España confirmaban el descenso en la concesión de financiación por parte de los bancos a las empresas. En efecto, la financiación de las sociedades no financieras había pasado de caer a una tasa del 1,65% (febrero de 2012) a hacerlo al 7,1%. Tras 23 meses consecutivos a la baja, la financiación total se sitúa en 1,12 billones, aunque el ritmo de caída se ha atemperado en los últimos meses. El descenso se explicaba, principalmente, por la caída del crédito de la banca española [cfr. www.bde.es].

La financiación del deudor concursado y, en concreto la financiación del plan de viabilidad que debe acompañar a toda propuesta de convenio, que puede provenir de acreedores del deudor que ya mantienen una relación comercial con él y que están interesados en conceder nuevos fondos ante la perspectiva de que el deudor se recupere y pueda obtener nuevos ingresos, o bien de terceros con los que el deudor no mantiene ninguna relación anterior al procedimiento concursal, difícilmente se podría obtener si el deudor no garantizase un tratamiento especial o privilegiado a los créditos destinados a facilitarla, de manera que el riesgo de prestar dinero a un deudor con problemas de solvencia debe compensarse con una expectativa razonable de cobrar el crédito antes de proceder al pago de los acreedores privilegiados o de los ordinarios, por tanto con la concesión de algún tipo de garantía o tratamiento privilegiado. Con este propósito de facilitar la obtención de nueva financiación, la LC permite que las partes acuerden en el convenio que aquellos créditos sean satisfechos antes que los privilegiados o antes de proceder al pago de los acreedores ordinarios. La calificación concreta que merezcan estos créditos queda a la decisión del deudor y sus acreedores y depende de lo pactado en la propuesta de convenio, tal como prevé el art. 100.5, LC. Pero inicialmente la LC no establecía la calificación a otorgar a estos créditos si las partes no determinaban en la propuesta de convenio nada al respecto. Esta es precisamente la calificación que viene a reconocer el legislador de la reforma de 2011 en el nuevo art. 84.2.11, LC, resolviendo de esta manera la controversia que había generado el silencio de la LC al respecto²⁹.

²⁹ Inicialmente, en la redacción originaria de la LC, ésta no preveía qué calificación otorgar a estos créditos si las partes no establecían en la propuesta de convenio nada al respecto. Esta calificación no ofrecía dudas cuando los créditos para financiar el plan de viabilidad nacían antes de la aprobación del convenio, puesto que se podían incluir en el grupo créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso previstos en el art. 84.2.5, LC, y considerarse claramente créditos contra la masa. En cambio, esta clasificación no era clara cuando los créditos nacían con posterioridad a la aprobación del convenio concursal. Algunos autores eran de la opinión que a falta de pacto sobre el tratamiento que debían recibir los créditos concedidos para financiar el plan, si bien dichos créditos no eran subsumibles en la categoría de créditos contra la masa por nacer con posterioridad a la aprobación del convenio, podían subsumirse en el ámbito de las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o por el concursado sometido a intervención con la autorización o conformidad de la administración concursal del art. 84.2.9, LC. En este sentido se pronunciaba PULGAR EZQUERRA, J., *Comentario al artículo 100*, en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003, para la reforma Concursal)*, Pulgar Ezquerro - Alonso Ureba - Alcover Garau - Alonso Ledesma (dirs.), Madrid, 2004, 974 ss., 1016 ss. Otros, en cambio, admitían la imposibilidad de encuadrarlos en las clases de créditos concursales previstas en los arts. 89-92, LC, ni en la categoría de créditos contra la masa. Era de esta opinión ILLESCAS RUS, A.V., *Comentario al art. 100*, en (AA.VV.), *Proceso concursal práctico (comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Fernández-Ballesteros (coord.), Madrid, 2004, 505 ss. Otros, por último, los asimilaban, a falta de mención al respecto en el convenio, a los créditos contra la masa pues podían equipararse a los generados por el ejercicio de la actividad profesional. Así se expresaba FERNÁNDEZ SEJÓ, J.M., *Comentario al artículo 100*, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Sagraera Tizón - Sala Reixachs - Ferrer Barriendos (coord.), Barcelona, 2004, 1215 ss.

La conservación de empresas en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español

SUMARIO: 1. Procedimientos de enajenación unitaria de empresa liquidatoria en la Ley Concursal. - 1.1. Introducción. - 1.2. La enajenación unitaria de empresa al margen de las soluciones del concurso: el art. 43, LC. - 1.3. Contenido del plan de liquidación. - 1.4. Reglas supletorias. - 2. Efectos de la enajenación unitaria de empresa liquidatoria concursal tras las últimas reformas. - 2.1. Efectos sobre los créditos. - 2.2. Efectos sobre las deudas. - 2.2.1. Deudas tributarias. - 2.2.2. Deudas laborales. - 2.2.3. Deudas con la Seguridad Social. - 2.3. Efectos sobre los privilegios especiales. - 2.4. Efectos sobre los contratos.

1. Procedimientos de enajenación unitaria de empresa liquidatoria en la Ley Concursal

1.1. Introducción

Son muchos los escritos sobre la LC, especialmente los publicados en los primeros años de vigencia de la misma, en los que se afirma que el convenio es la solución del concurso preferida por el legislador¹.

Para fundar tal aseveración se parte del carácter eminentemente conservativo del instituto, con los beneficios que ello comporta en cuanto a la consecución del fin del concurso de la máxima satisfacción de los acreedores en particular y de fines más generales como el de la preservación de los puestos de trabajo. En cuanto al derecho positivo, se alude ante todo a la *Exposición de Motivos* de la Ley, en la que el legislador menciona expresamente la solución convenida como la solución normal del concurso. Después se hace referencia tanto a previsiones legales que facilitan su obtención, como las relativas al convenio anticipado, como a aquellas que muestran que la liquidación sólo se abre en caso de inexistencia o frustración del convenio.

Sin embargo, la propia aplicación práctica de los institutos concursales ha mostrado que realmente la solución normal del concurso, en términos de frecuencia en su adopción, es la liquidación². Además, en cuanto al derecho positivo, el análisis de la Ley evidencia que

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en Italia con título: *La continuità aziendale nel concurso per mezzo della liquidazione unitaria nell'ordinamento spagnolo*, en *Dir. fall.*, 6, I, 2014, 857-874. Se incluye aquí una versión actualizada que abarca el análisis de las importantes modificaciones legislativas introducidas en la materia.

¹ Vid., en este volumen, LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, *infra*. Desde el punto de vista italiano, especialmente en comparación con el sistema español, vid.: (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 9 ss y 93 ss.

² Id., y esp. § 7, donde se afirma que «esta nueva alternativa para llevar a cabo con rapidez la enajenación de una unidad productiva en funcionamiento en la fase de liquidación del concurso no debería erigirse en un obstáculo para impedir la realización de estas enajenaciones también durante la fase común del concurso *ex art. 43.2, LC*, pues el supuesto previsto, que el deudor presente con la solicitud de concurso un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, no cubre todos los casos en los

también con la liquidación se puede lograr la satisfacción de los acreedores por medio de la conservación³ de la empresa y asimismo que la liquidación se puede abrir de forma temprana, de hecho es posible que el deudor la solicite en cualquier momento del procedimiento, no mostrando el texto legal menos incentivos técnicos para esta solución del concurso que para la convenida.

Lo cierto es que ante la insolvencia del deudor común, la verdadera opción solutoria preferida por la práctica concursal es la enajenación unitaria del patrimonio del deudor. Además, basta una lectura detenida de las partes que la Ley dedica a las soluciones del concurso para llegar a la conclusión de que el legislador es perfectamente consciente de la bondad de tal solución.

Por una parte, la Ley admite que la enajenación unitaria pueda constituir el contenido de un convenio y, en el caso de la liquidación, es la modalidad que se impone como contenido del plan de liquidación, siempre que sea factible. Además constituye la regla prioritaria en las reglas supletorias de liquidación reguladas en la Ley, hasta el punto de que si el juez decide no llevarla a cabo, debe justificar, previo informe de la Administración concursal, que la enajenación aislada de los elementos del patrimonio del deudor es más conveniente para los intereses del concurso. En fin, incluso se prevé la aplicación obligatoria del procedimiento abreviado en caso de que junto con la solicitud de concurso el deudor presente una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento. En suma, la Ley favorece e incentiva la enajenación unitaria, porque estima que es una respuesta satisfactoria frente a la insolvencia de un deudor común.

Dejando aparte la enajenación unitaria en el seno de un convenio, por no ser objeto de este trabajo, aquella puede tener lugar en sede de liquidación, por constituir el contenido de un plan de liquidación o por aplicación de las reglas supletorias, si bien no resulta descartable que en ocasiones pueda resultar necesario acudir al art. 43, LC, para llevarla a cabo, utilizando tal precepto para la enajenación de bienes en el concurso en un sentido liquidatorio, durante la fase común y al margen de las soluciones del concurso.

A continuación, en una primera parte del trabajo, se comienza el estudio de los diferentes supuestos de enajenación unitaria liquidatoria concursal precisamente por el último de los mencionados, esto es, el relacionado con el art. 43, LC, por suponer una forma atípica de solución del concurso, para después analizar la enajenación unitaria como contenido de un plan de liquidación y más tarde la que resultaría de la aplicación de las reglas supletorias de liquidación legalmente previstas. En una segunda parte se exponen los efectos de tales enajenaciones sobre los créditos, las deudas, con sus diferentes manifestaciones, los privilegios especiales y los contratos. Sobre todas las materias se han dejado sentir las últimas reformas de la LC operadas durante los años 2014 y 2015.

que efectuarla puede comportar una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores y tampoco en todos los casos el deudor estará dispuesto o podrá presentar la solicitud de liquidación para facilitarla».

³ [Sobre el enfoque actual en el derecho concursal en la UE, fundamentado en la exigencia de conservación, es decir de garantía de la continuidad de la actividad empresarial, vid., en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante*; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el sistema español, ante*.]

1.2. *La enajenación unitaria de empresa al margen de las soluciones del concurso: el art. 43, LC*

En principio, la enajenación unitaria de la empresa dentro del concurso ha de producirse como contenido de alguna de las dos soluciones concursales posibles: el convenio y la liquidación. No obstante, en la práctica es fácil observar que en ocasiones resulta adecuado para el logro de los fines del concurso que aquella se produzca cuanto antes y en concreto en la fase común del concurso, sin que deba esperarse al logro de un convenio o a que se abra la fase de liquidación.

Debe recordarse que el legislador deja exclusivamente en manos del deudor la solicitud de apertura de la liquidación en cualquier momento (art. 142.1, LC). La solicitud de apertura de la liquidación en cualquier momento no puede provenir de la Administración Concursal, salvo en el supuesto de cese de la actividad profesional o empresarial (art. 142.3, LC). Podría suceder que, declarado el concurso, existiera una oferta de compra unitaria de la empresa en funcionamiento, para la que el oferente haya establecido un plazo perentorio de aceptación, que fuera imposible lograr un convenio anticipado, por la falta en el deudor de los requisitos para su propuesta, por la imposibilidad de lograr las aceptaciones de acreedores necesarias o por la incompatibilidad temporal entre su logro y la perentoriedad de la oferta de compra y que, a pesar de todo ello, el deudor no solicitara la apertura de la liquidación. Si la Administración concursal fuera capaz de demostrar que tal venta resulta indispensable para garantizar la viabilidad de la empresa y ya que no está legitimada para solicitar la liquidación en cualquier momento y no se darían los presupuestos para su apertura de oficio, tasados en el art. 143, LC, no tendría otro remedio que acudir al art. 43, LC, relativo a las facultades de administración y disposición de la masa activa por parte de la administración concursal, el cual prevé expresamente, después de las últimas reformas, que en el ejercicio de tales facultades se pueda proceder a la transmisión de unidades productivas (art. 43.4, LC) y, o bien realizar la enajenación unitaria de la empresa exclusivamente bajo su responsabilidad, notificándosele después al juez justificando la necesidad de la medida, como permite la letra del art. 43.3.1, LC, o, siendo más prudente, lograr la autorización judicial (art. 43.2, LC) y proceder entonces asimismo a realizar una venta forzosa de la empresa, siempre en salvaguarda de los intereses del concurso.

En este último supuesto, siguiendo las normas relativas a la solicitud de autorizaciones del juez del concurso establecidas en el art. 188, LC, la solicitud de autorización habrá de formularse por escrito, dándose traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles un plazo para alegaciones y debiendo resolver el juez mediante auto susceptible de recurso de reposición.

En cuanto a la forma de la enajenación, el art. 43.4, LC, se remite expresamente al art. 149, LC, relativo a las reglas legales de liquidación que prevén la enajenación del conjunto de la empresa en sede de liquidación, estableciendo en concreto la enajenación mediante subasta, pudiendo el juez, si esa quedase desierta, acordar que se proceda a la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada (art. 149.1.1ª.II, LC). Se estaría de cualquier modo ante una subasta o una enajenación directa peculiares por tener lugar en un concurso, habiéndose de respetar la norma especial contenida en el art. 149.3, LC, que señala al respecto que se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, las cuales deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva,

así como información sobre la identificación del oferente, su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. También deberán designar de forma precisa los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta, así como el precio ofrecido, las modalidades del pago y garantías aportadas. Por otra parte, si se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías. En todo caso, en la oferta deberá informarse sobre su incidencia en los trabajadores. Además, según el art. 149.1.3ª, LC, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15% de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. Sea como fuere, las resoluciones que el juez adopte deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores (art. 149.1.1ª.III, LC).

En tal proceso de venta, el autor de la oferta originaria, que motivó la solicitud de autorización judicial, sería un postor u oferente más. La necesidad de respetar el procedimiento descrito garantizaría que las condiciones de la compra final fueran las más respetuosas con el logro de los fines del concurso. En cuanto a la dilación que podría comportar seguir dicho procedimiento, podría aminorarse estableciendo un período de presentación de ofertas de compra reducido, sobre la base de la libertad de la que dispone el juez al respecto según el mencionado art. 149.3, LC.

En fin, tras la reforma producida por el RDL 11/2014, confirmada más tarde por la L. 9/2015, la Ley prevé expresamente que si se llevara a cabo la transmisión de unidades productivas del concursado en la fase común sobre la base del art. 43, LC, resultará de aplicación el nuevo art. 146-*bis*, LC. En este se prevé que se cederán al adquirente, siempre que éste no manifieste su voluntad en contrario, los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad cuya resolución no hubiera sido solicitada, subrogándose el adquirente en la posición contractual del concursado sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Asimismo se transmitirán al adquirente las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones. En cuanto a la cesión de contratos administrativos, habrá de acudirse al art. 226, TrLCSP, según el cual el juez podrá autorizar la cesión al adquirente si ello no supone alteración sustancial de las características del contratista, si estas constituyen un elemento esencial del contrato. En todo caso, el adquirente, salvo que sea una persona especialmente relacionada con el deudor, no se subrogará en las deudas de la masa o concursales salvo las asumidas expresamente o las que hayan de asumirse por disposición legal. En este sentido se considerará que existe sucesión de empresa a efectos laborales y de la SS por remisión al art. 149.4, LC.

1.3. Contenido del plan de liquidación

La enajenación unitaria puede formar parte del plan de liquidación conforme al cual se va a desarrollar la solución liquidatoria del concurso⁴.

⁴ [Desde el punto de vista italiano, *m.m.*, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante*, según el cual el “plan certificado de saneamiento” (ex art. 67, co. 3, letra d), LF), parece previsto para ser empleado solamente en un contexto de continuidad de la actividad

En general, la Ley establece que, una vez declarada judicialmente la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal tiene la obligación de presentar al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (art. 148.1, LC).

Se trata de un proyecto no vinculante para el juez acerca de cómo se ha de llevar a cabo la ejecución colectiva del patrimonio del concursado, al que podrán formular observaciones y propuestas de modificación tanto el deudor como los acreedores, como los representantes de los trabajadores y sobre cuya aplicación decidirá únicamente el juez en atención a los intereses del concurso, pudiendo introducir modificaciones o decidiendo directamente la aplicación de las reglas supletorias establecidas en el art. 149, LC (art. 148.2 y 3, LC).

La Ley no prevé un contenido obligatorio para el plan de liquidación que ha de presentar la administración concursal. Se supone en todo caso que habrá de tratarse de un documento en el que se planifique la realización de la masa activa con la intención de que sus reglas sean las que se apliquen en la liquidación y para eso, de forma ordenada, deberán proponerse los procedimientos y los tiempos que se estiman más adecuados para la enajenación de los bienes y derechos que conforman el patrimonio del concursado.

No obstante, como principio general establecido por la Ley que debe respetarse por el plan de liquidación se encuentra el de la contemplación de la «enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos» (art. 148.1, LC). Dicho principio se deberá contemplar por el plan según la Ley “siempre que sea factible”⁵, lo cual significa, teniendo en cuenta que también existe una regla de liquidación supletoria a la que el juez podría remitirse que establece la conveniencia de proceder a la liquidación global (art. 149.1.1ª, LC), que la administración concursal debería justificar en su plan la conveniencia de optar por la enajenación individualizada de bienes o derechos⁶, en atención a los intereses del concurso.

Frente a la regla general expuesta de la obligatoria elaboración del plan de liquidación a cargo de la Administración concursal una vez abierta la fase de liquidación, cabe también la posibilidad de que el deudor, junto con la solicitud de declaración en concurso, solicite asimismo la apertura de la liquidación, debiendo presentar entonces un plan de liquidación. Si este plan presentado por el deudor contiene una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, será un supuesto de aplicación necesaria del procedimiento abreviado (art. 190.3, LC). La solicitud del deudor provocará que el juez acuerde de inmediato la apertura de la fase de liquidación y, una vez abierta, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones (art. 191-ter, LC).

Con independencia de la procedencia del mismo, Administración concursal o deudor,

empresarial. Parece, en efecto, que en esta dirección se orienta la norma al prescribir que el plan debe manifestarse idóneo, no solamente desde la perspectiva del saneamiento de las posiciones deudoras de la empresa, sino también desde una óptica relacionada con el equilibrio de su situación financiera. El mismo uso del sustantivo *saneamiento* en lugar de pago para referirse a la situación deudora, parece perseguir compatibilizar la gestión de las deudas con una continuidad normal del ejercicio de la actividad empresarial.]

⁵ Auto AP Madrid (secc. 28ª), 16.6.2010.

⁶ Así VELASCO SAN PEDRO, L., *Comentario del art. 148 LC. Plan de liquidación*, en (AA.VV.), *Comentarios a la legislación concursal*, Pulgar Ezquerria - Alonso Ledesma - Alonso Ureba - Alcover Garau (dirs.), Madrid 2004, t. II, 1329.

como contenido del plan deberá especificarse el procedimiento que se propone para la enajenación unitaria de la empresa. A este respecto, la Ley no introduce limitación alguna y el juez podrá aceptar la modalidad propuesta en el plan, introducir alguna modificación o decidir que se aplique lo establecido en las reglas supletorias, reglas que también serán de aplicación si el juez aprueba un plan en el que no se prevea procedimiento alguno para la enajenación unitaria de la empresa.

En virtud de lo previsto en el plan de liquidación aprobado por el juez, la enajenación podría tener lugar mediante subasta, si bien si se pretende dotar de mayor rapidez a la obtención de una solución al concurso en aras de la mejor consecución de sus intereses, no resulta descartable que se prevea la venta directa⁷, muy probable si ya hubiera una oferta en firme escrita vinculante, o incluso la venta por medio de una entidad especializada⁸, aunque en este caso han de tenerse muy en cuenta el gasto para la masa que significa la remuneración de la actividad de dicha entidad. No obstante, también cabría el diseño y la aprobación por el juez de un procedimiento de enajenación propio para el caso concreto de la empresa del concursado.

En cambio, si resultaran aplicables al respecto las reglas supletorias, la enajenación tendría lugar mediante subasta y si esta quedase desierta, el juez podría acordar que se procediera a la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada (art. 149.1.1ª.II, LC). Sea como fuere, la aplicación de las reglas supletorias implicará que para la enajenación unitaria se haya de fijar un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, regulándose en el art. 149.3, LC, ya mencionado, los requisitos mínimos que habrán de respetar las ofertas y pudiendo el juez, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15% de la inferior, acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, debiendo ser oídos al respecto por el juez los representantes de los trabajadores (art. 149.1.1ª.III y 3ª, LC).

1.4. Reglas supletorias

Las reglas legales supletorias relativas a las operaciones de liquidación tendrán aplicación en caso de que, abierta la fase de liquidación en el concurso, en el plan de liquidación aprobado por el juez no se prevea algún aspecto, también si aún previéndolo el juez decide que rijan tales reglas legales supletorias o, en último término, en caso de no aprobarse un plan de liquidación.

En las mismas, siguiendo la tendencia expresada por el legislador a la hora de regular el contenido del plan de liquidación, resulta prioritaria la enajenación como un todo del «conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor». De hecho el juez sólo decidirá la división o la realización aislada de los elementos componentes del patrimonio del deudor si «previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso» tal realización individualizada y separada (art. 149.1.1ª, LC).

Por otra parte, la Ley es expresa en cuanto al procedimiento según el cual se reali-

⁷ Un plan de liquidación mediante venta directa se podía leer ya en Auto AP Córdoba (secc. 3ª), 29.5.2009, asimismo en Auto JM La Coruña, n. 1, 12.12.2005, y en Auto JM Santander, n. 1, 10.12.2007.

⁸ Vid. ya el Auto AP Córdoba (secc. 3ª), 14.5.2009.

zará la enajenación de la empresa con base en las reglas supletorias. Según el final del art. 149.1.1ª,II, LC, tal enajenación conjunta se hará mediante subasta, si bien el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedara desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. Tal previsión se ha de completar además con lo establecido en el art. 149.3, LC, según el cual «en caso de enajenación del conjunto de la empresa (...) se fijará un plazo para la presentación de las ofertas de compra», con lo que se altera el régimen de las subastas judiciales previsto en la LEC así como, en su caso, el de las ventas directas.

Si no surgieran ofertas de compra unitaria de la empresa, ello motivaría que el juez hubiera de intentar que se procediera a la enajenación de la empresa previa división en unidades productivas en la medida en que esto sea posible y a falta de resultado positivo, habría de ordenar la división de la empresa y la realización aislada de sus componentes (art. 149.1.1ª, LC). Para la enajenación de unidades productivas habría de respetarse el mismo procedimiento que para la enajenación de empresa (art. 149.1.1ª y 3, LC), mientras que para las enajenaciones aisladas habrían de seguirse, dependiendo de la naturaleza de los bienes y derechos, las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio (art. 149.2.I, LC).

En cambio, si surgieran varias ofertas de compra unitaria de la empresa, el juez contaría con referencia legal expresa a criterios que pueden guiarle. En efecto, según el art. 149.1.3ª, LC, «entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, (...) y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores», debiéndose en todo caso dar previa audiencia a los representantes de los trabajadores (art. 149.1.1ª.III, LC).

La dicción legal puede motivar que llegue a pensarse que ante varias ofertas de compra de la empresa, el juez debe preferir una oferta que garantice la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, aún a costa del sacrificio del interés de los acreedores a la mejor satisfacción de sus créditos, siempre que no se imponga a éstos un sacrificio desproporcionado⁹. Se ha resaltado al respecto que no puede olvidarse que el mantenimiento de los puestos de trabajo evita los gastos ligados a la extinción de los contratos correspondientes¹⁰.

No obstante, en la práctica en muchas ocasiones la falta de viabilidad de una empresa tiene que ver precisamente con una inadecuada plantilla laboral y con la desmesurada carga en remuneraciones que ella trae consigo. Por eso efectivamente a la hora de decidir aceptar una oferta por la compra unitaria de la empresa en liquidación hay que considerar el ahorro de gastos para la masa que supone la conservación de los puestos de trabajo, pero sólo en cuanto que tales gastos puedan disminuir la satisfacción de los acreedores por deber ser satisfechos con anterioridad a otros créditos al ser considerados como deudas de la masa. El interés a conseguir por la solución del concurso es el de la máxima satisfacción de los acreedores, a ser posible mediante la conservación de la empresa y precisamente no resultará extraño que las ofertas de compra unitaria de la empresa más elevadas incluyan también mayores ajustes de plantilla. Para proteger en su caso los intereses de los trabajadores están previstas y han sido

⁹ ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Pamplona, 2006, 288; ARIAS VARONA, J., *La liquidación (II): operaciones de liquidación. Pago a los acreedores*, en (AA.VV.), *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma*, Martínez Sanz (dir.), Puetz (coord.), Madrid, 2012, 862.

¹⁰ ARIAS VARONA, J., *op. cit.*, 862; ya Auto AP Barcelona, 29.11.2007.

renovadas las normas laborales del concurso.

Así, ante todo, tras la reforma de la LC operada por la L. 38/2011, tanto en las normas relativas a la liquidación basada en un plan de liquidación, como en las que se refieren a las reglas legales supletorias de la liquidación concursal se contiene idéntica prescripción de derecho laboral tuitivo sobre el particular (art. 148.4, LC, y art. 149.1.2, LC), según la cual en el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, habrá de respetarse lo dispuesto en el art. 64, LC. Además en las propias reglas legales de liquidación se establece que la enajenación unitaria de empresa supone, a efectos laborales, que existe sucesión de empresa, con la subrogación en las obligaciones laborales y contratos de trabajo a cargo del comprador que ello supone según el art. 44, ET (art. 149.4, LC).

En fin, resulta necesario afirmar que el fin del concurso sigue siendo aquel por el que surgió, la máxima satisfacción de los acreedores, si bien el interés general exige que en esa consecución se tenga en cuenta tanto la conservación de la empresa, como la protección del empleo. Ello no quiere decir que el concurso pueda utilizarse para conservar empresas inviables, inviabilidad en la que puede resultar decisiva una plantilla laboral inadecuada. Que ello es así en la mente del legislador se demuestra con la mera lectura de la norma contenida asimismo en sede de reglas legales de liquidación según la cual en caso de enajenación unitaria liquidatoria concursal, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo (art. 149.4, LC).

2. Efectos de la enajenación unitaria de empresa liquidatoria concursal tras las últimas reformas

2.1. Efectos sobre los créditos

En la LC no existe disposición normativa alguna de carácter especial en cuanto a los efectos de la enajenación unitaria liquidatoria concursal con respecto a los créditos ligados a la empresa, ni en la regulación relativa al plan de liquidación, ni en las reglas legales de liquidación. Por eso habrá de acudir al régimen general de la cesión de créditos mercantiles contenido en los arts. 347 y 348, Ccom, según el cual para la transferencia de créditos mercantiles no endosables ni al portador no se precisa el consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia para que a partir de ese momento se entienda obligado con el nuevo acreedor y sólo se reputa legítimo el pago que hiciera al cesionario¹¹.

En orden a lograr la mejor oferta de compra posible por la empresa será muy relevante la individualización, la evaluación y la valoración de todos y cada uno de los créditos ligados a la actividad de aquella. Será entonces muy útil la referencia al inventario elaborado por la Administración concursal, o en caso de que este aún no se hubiera ultimado, al inventario presentado por el deudor. En el precio de la empresa deberá tenerse en cuenta el importe de los créditos que se transmitan, si bien a tales efectos deberán considerarse su carácter de vencidos o no, en su caso el plazo de vencimiento, su hipotética situación de impago y en último

¹¹ [Vid. *amplius*, en este volumen, LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal* (?), *infra*.]

término las posibilidades de cobro en atención a las características y situación patrimonial del deudor.

2.2. Efectos sobre las deudas

En la enajenación de empresa al margen del concurso la aplicación de las normas generales lleva a la conclusión de que sólo el consentimiento del acreedor permite la cesión liberatoria de deudas (art. 1205, Cc)¹². En cambio, en el ámbito de la enajenación unitaria de empresa en liquidación debe tenerse en cuenta que, salvo que exista disposición legal que establezca la sucesión en determinadas deudas a cargo del adquirente, la enajenación se produce en el seno de la solución liquidatoria del concurso, por lo que será con el producto de la enajenación con lo que la Administración concursal procederá a satisfacer las deudas del vendedor-empresario insolvente¹³.

En este sentido, después de la reforma de la LC operada por el RDL 11/2014, convertida en L. 9/2015, el nuevo art. 146-*bis*.4, LC, establece expresamente que la transmisión de unidades productivas, salvo que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el concursado, no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.4, LC, el cual, en sede de reglas legales de liquidación, considera que existe sucesión de empresa a efectos laborales y de la SS cuando como consecuencia de una enajenación unitaria una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria.

Por eso ha de considerarse la aplicabilidad o no en la enajenación unitaria liquidatoria concursal de las normas que en la transmisión de empresa establecen la asunción solidaria por parte de cedente y cesionario de las deudas pendientes frente a la Administración Tributaria (art. 42.1, LGT), frente a los trabajadores (art. 44.3, ET) y frente a la Tesorería de la SS (art. 127.2, TrLGSS).

Resulta claro que la falta de asunción de tales deudas por parte del adquirente supone un importantísimo incentivo para la compra de una empresa en sede de liquidación concursal.

2.2.1. Deudas tributarias

Con respecto a las deudas tributarias pendientes de la empresa objeto de enajenación unitaria concursal, basta acudir a la norma especial para resolver cualquier duda acerca de si el adquirente resulta obligado como consecuencia de la adquisición.

En efecto, el art. 42.1.c), LGT, establece que responden solidariamente de las deudas tri-

¹² Para un análisis crítico de los principios, fortalezas y debilidades de la regulación concursal en la Reforma orgánica del Derecho concursal de 2003, vid. *amplius*, también desde el punto de vista italiano, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., esp. *Sección Segunda, Effetti del concorso e classificazione dei crediti*, 93 ss.

¹³ Vid. GARCÍA CRUCES, J.A., *Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa*, en (AA.VV.), *La liquidación concursal*, García Cruces (dir.), Pamplona, 2011, 296 ss.

butarias contraídas por el anterior titular derivadas de su actividad, aquellos que por cualquier concepto sucedan en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, pero también señala como excepción la exoneración de responsabilidad de los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

Resulta evidente que el adquirente de una empresa en sede de liquidación entra dentro del ámbito de aplicación de la excepción prevista en la norma y que por tanto no asume la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias empresariales pendientes.

2.2.2. Deudas laborales

Según establece el art. 44, ET, el cambio de titularidad de una empresa no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de SS del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, considerándose que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria y añadiéndose que el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

La letra del precepto de la ley laboral fundamental es tan clara que podría entenderse superflua la norma contenida en las reglas legales de liquidación concursal, que el art. 146-*bis*, LC, declara aplicable a cualquier supuesto de transmisión de unidades productivas en el concurso, según la cual cuando como consecuencia de la enajenación unitaria en sede de liquidación «una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa» (art. 149.4, LC). Sin embargo, si la LC contiene la norma es porque, salvo que exista una disposición legal que expresamente establezca lo contrario o que el adquirente las asuma expresamente, el comprador en una enajenación unitaria liquidatoria concursal adquiere la empresa libre de deudas, con lo que la sucesión en las deudas laborales pendientes supone una excepción que persigue la protección de los derechos de los trabajadores y la norma concursal sirve para despejar posibles dudas interpretativas que pudieran surgir sobre la aplicación de la sucesión de empresa a efectos laborales en caso de enajenación unitaria liquidatoria concursal.

Tanto el precepto de la norma laboral como el concursal son transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2001/23/CE relativa a la protección de los trabajadores en caso de transmisión de empresa, que establece el principio general de la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario por las deudas laborales pendientes.

No obstante, en el art. 5, Directiva 2001/23/CE, se permite excepcionar o reducir el principio de la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario por las deudas laborales pendientes en el momento de la transmisión de empresa en caso de que esta tenga lugar en un procedimiento de insolvencia dirigido a la liquidación de los bienes del cedente, siempre que exista supervisión por parte de una autoridad pública y que se consiga la continuidad de la empresa y el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo. En concreto la

excepción puede consistir en que no se transmitan al cesionario las obligaciones laborales pendientes y que el cesionario pueda pactar con los representantes de los trabajadores cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores para que se mantengan las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa.

Lo cierto es que el legislador español al transponer la Directiva a nuestro Derecho, no ha hecho un uso completo de las posibilidades de excepción a la sucesión de empresa que permitía la norma comunitaria.

En efecto, por lo pronto las normas que se refieren a la excepción se contienen en concreto en el art. 149.4, LC, en sede de normas legales sobre la liquidación concursal, si bien por efecto del art. 146-*bis*, LC, dicha previsión se entiende aplicable a cualquier supuesto de transmisión concursal de unidades productivas. En ellas, siguiendo la Directiva, se establece la posibilidad de que para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores puedan suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo. Sin embargo, a la hora de permitir que en caso de enajenación unitaria liquidatoria concursal el cesionario pueda no asumir las deudas laborales pendientes, la norma española se muestra más restringida que la comunitaria y señala que «el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores».

Por tanto, según la norma, la liberación de deudas laborales a favor del cesionario de una enajenación unitaria liquidatoria concursal no es una liberación automática, sino que deberá ser decidida por el juez del concurso y no se trataría de una liberación total, sino que sólo se producirá en su caso respecto de aquellas cantidades que asuma el FOGASA¹⁴.

Se trata de un incentivo de tal calibre para los cesionarios que resultará frecuente que se realice una adquisición condicionada a que el juez declare expresamente la aplicación de la excepción.

En fin, debe resaltarse que sería posible que no fuera necesaria la aplicación de la excepción si sobre la base de lo establecido tanto para el supuesto de existencia de plan de liquidación, como para el caso de aplicación de las reglas supletorias (arts. 148.4 y 149.1.2^a, LC, respectivamente), se hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64, LC, para la extinción colectiva de las relaciones laborales, con lo que ni siquiera tendría sentido plantearse la sucesión de empresa a efectos laborales.

2.2.3. *Deudas con la Seguridad Social*

Igual que ocurre con las deudas laborales, en el régimen especial de la liquidación concursal, en concreto en sede de normas legales e liquidación supletorias una vez reformadas por el RDL 11/2014 asumido por la L. 9/2015 (art. 149.4, LC), que según el nuevo art. 146-

¹⁴ De acuerdo con el art. 33, ET, el FOGASA se hace responsable de los salarios pendientes de pago fijados en sentencia o acto de conciliación, administrativa o judicial, con el límite máximo de la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días pendientes de pago con un máximo de ciento veinte días, así como de las indemnizaciones reconocidas en sentencia, resolución administrativa o conciliación judicial, en los casos de despido, extinción a instancia del trabajador, extinción del contrato por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas o por fuerza mayor, hasta el límite máximo de una anualidad.

bis se deben aplicar a cualquier supuesto de transmisión concursal de unidades productivas, se establece que si como consecuencia de la cesión unitaria una entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se entiende que existe sucesión de empresa a los efectos laborales y de *Seguridad Social*, si bien, a diferencia de lo previsto para las deudas laborales, no se regula con respecto a la sucesión del adquirente en las deudas con la SS posibilidad alguna de exoneración, ni siquiera porque así lo apruebe el juez del concurso.

La responsabilidad solidaria del adquirente de una empresa con el anterior titular de la empresa o sus herederos por las prestaciones a la SS pendientes causadas antes de la cesión se establece expresamente en el art. 127.2, TrLGSS, así como en el art. 44, ET. De hecho después de la promulgación de la LC se dio nueva redacción al art. 104, TrLGSS¹⁵, según el cual la responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el art. 127, TrLGSS, se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión y en esa nueva redacción no se introdujo excepción alguna para el caso de que la sucesión en la titularidad de una empresa tuviera lugar en caso de enajenación en un procedimiento concursal. A ello se une que en el art. 24, TrLGSS, se establece la imposibilidad de que la propia SS transija o renuncie a la exigencia sobre sus derechos y tan sólo en caso de convenio concursal, porque su deudor haya sido declarado en concurso, podría someter su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables que las convenidas con el resto de acreedores. En fin, podría incluso dudarse de la competencia del juez del concurso para declarar una exoneración de este tipo¹⁶.

El legislador, al establecer con la reforma la sucesión de empresa a efectos de SS en todas las transmisiones concursales de unidades productivas ha introducido un claro desincentivo para los posibles adquirentes y se aleja de una interpretación jurisprudencial, que encuentra asimismo apoyo en la doctrina¹⁷ que, en un intento por incentivar la adquisición unitaria de empresa en sede de liquidación concursal, admitía la posibilidad de que el juez pueda decidir la exoneración del adquirente con respecto a las deudas de la SS pendientes.

En todo caso, debe quedar claro que la sucesión de empresa a efectos de la SS sólo debe producirse en relación con la sucesión laboral, esto es, el adquirente sólo asumiría las deudas con la SS relativas a los trabajadores que se mantengan en la unidad productiva que se adquiere¹⁸.

En fin, debe resaltarse que son tantas las dudas que plantea la interpretación de la Directiva 2001/23/CE y la sucesión de empresa a efectos laborales y de SS en caso de transmisión de empresa en el seno de la liquidación en un concurso, que un juzgado de lo mercantil¹⁹ las planteó como cuestión prejudicial ante el TJUE y este se ha manifestado²⁰ en el sentido de que la normativa europea no se opone a que la legislación nacional permita que las cargas de la empresa cedente y en concurso (incluyendo las cargas que resulten de contratos o relacio-

¹⁵ La redacción del art. 104, TrLGSS, se introdujo por L. 52/2003, de *Medidas específicas en materia de Seguridad Social*.

¹⁶ Vid. SAP Álava, 24.3.2011; Auto JM Santander, 14.10.2008, y Auto JM San Sebastián, n.1, 24.9.2009.

¹⁷ SIERRA NOGUERO, E., *La liquidación unitaria o fragmentaria de la empresa en concurso*, en *ADC*, 24, 2011, 88.

¹⁸ Cf. PULGAR EZQUERRA, J., *Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas*, en *Diario La Ley*, 8391, Secc. Doctrina, 3.10.2014, 31 ss.

¹⁹ Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267, TFUE, por el JM Barcelona, n. 3, mediante Auto 11.12.2013, recibido por el Tribunal de Justicia el 27.12.2013.

²⁰ Auto TJUE, sala sexta, de 28.1.2015, C-688/2013 (La Ley 542/2015).

nes laborales y deudas de SS) no se transfieran al cesionario, siempre que el procedimiento garantice una protección a los trabajadores, como mínimo equivalente a la establecida en la Directiva del Consejo 80/987/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. No obstante, señala también que nada impide al Estado miembro la previsión de que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del transmitente. En todo caso, según el tribunal, la Directiva interpretada no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

2.3. Efectos sobre los privilegios especiales

El RDL 11/2014, de reforma de la LC, dio una nueva redacción al art. 149.3, LC, para introducir de forma expresa en la Ley que el auto de aprobación de la transmisión de la empresa acordará la «cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al art. 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen». La L. 9/2015 sitúa tal norma en el art. 149.5, LC.

Ante todo, dicha cancelación de cargas, por encontrarse en sede de reglas legales de liquidación ha de considerarse un principio general a observar en toda enajenación liquidatoria y de hecho formará parte del contenido del plan de liquidación. En su virtud todos los embargos, incluso los administrativos, podrán ser levantados en el auto de aprobación de la enajenación unitaria de empresa.

No obstante, el precepto también prevé la posibilidad de que no se cancelen las cargas que se transmitan al adquirente. Se trata de una norma que tiene que ver con el intento de que la existencia de créditos con privilegio especial no obstaculice las ventas unitarias de empresa en sede de liquidación.

En efecto, después de la reforma operada por RDL 11/2014, asumida por la L. 9/2015, puede transmitirse la unidad productiva incluyendo en la misma los bienes objeto de privilegio especial, con frecuencia los de más valor e importancia para la actividad, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor titular del crédito privilegiado. Ello ocurre en dos supuestos. Ante todo en el supuesto contemplado en el art. 149.2,b), LC, esto es, cuando se transmite la unidad productiva incluyendo en la misma el objeto sobre el que recae la garantía con subsistencia del gravamen en el que el adquirente se subroga. Pero también cabe la posibilidad de que se transmita la unidad productiva incluyendo el bien objeto de la garantía con extinción de esta y sin necesidad de contar con el consentimiento individual del acreedor titular del privilegio especial (art. 149.2.a), LC).

Debe tenerse en cuenta que los acreedores titulares de créditos con privilegio especial tienen la posibilidad de ejecutar los bienes sobre los que recae la garantía objeto de privilegio al margen del concurso (arts. 56 y 57, LC). Ya que ello puede resultar un obstáculo para el logro de la mejor solución del concurso, se prevé en el art. 155.2, LC, que la administración concursal pueda comunicarles que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, salvo que estos bienes y derechos estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes

o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen, en cuyo caso ha de estarse a lo que establece el art. 149.2.II, LC.

Según este precepto caben dos posibilidades:

i) Que se transmita el bien al adquirente integrado en la empresa o unidad productiva sin subsistencia de la garantía. En este supuesto pueden darse dos situaciones: que la parte proporcional del precio obtenido en la venta de la empresa fuera igual o superior al valor de la garantía, en cuyo caso no es necesario el consentimiento del acreedor privilegiado afectado. En cambio, si dicha parte proporcional del precio global obtenido en la venta no alcanzase el valor de la garantía, será necesario que consientan con la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada que representen al menos el 75% de pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase según el art. 94.2, LC, que distingue, dentro de los acreedores privilegiados, entre acreedores laborales, públicos, financieros y resto de acreedores. La parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

ii) Cabe asimismo que se transmita el bien al adquirente integrado en la empresa o unidad productiva con subsistencia de la garantía y subrogación del adquirente en la obligación del deudor. En este supuesto no será necesario en ningún caso el consentimiento del acreedor privilegiado y su protección vendrá de que el juez viene obligado por la ley a velar porque el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

2.4. *Efectos sobre los contratos*

Demostrada en la práctica contemporánea la bondad en términos de solución del concurso de la enajenación unitaria liquidatoria de empresa, para su consecución resulta decisivo que los contratos vinculados de modo fundamental a la actividad empresarial continúen ligados al conjunto, como parte del activo, en manos del comprador. Si en general su cesión requeriría el consentimiento de la parte cedida, el hecho de ser en ocasiones parte imprescindible de un conjunto empresarial objeto de cesión para la consecución de la mejor solución del concurso, exige que su cesión deba entenderse como automática.

Desde un punto de vista general, es claro que la LC muestra una especial predilección por la enajenación unitaria de empresa como solución del concurso y que a estos efectos no se puede hablar de enajenación unitaria de empresa si a ésta se le priva de las relaciones contractuales básicas para su funcionamiento. Además la máxima consecución del interés del concurso justifica la superación de principios básicos del derecho común, en este caso de la parte relativa a obligaciones y contratos, como es el de la necesidad de consentimiento voluntario para la cesión del contrato.

Siendo consciente de todo ello, el legislador concursal, con la reforma operada por la L. 38/2011, en el marco del favorecimiento de la solución del concurso mediante la enajenación unitaria de empresa liquidatoria introdujo una norma por la que declara aplicable el procedimiento abreviado al supuesto en que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento (art. 190.3, LC) y dedica un precepto completo, el art. 191-ter, LC, a la regulación de las “especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación”. Es en este art. 191-ter,

LC, dónde el legislador contiene una norma (art. 191-*ter*.2.2, LC) según la cual «el informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva de concurso», añadiendo en el siguiente párrafo «en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva». De tales normas se deduce ante todo la importancia de los contratos en la masa activa y pasiva del concurso a los efectos de la liquidación. Por eso el administrador concursal en el inventario debe valorar los contratos ligados a la actividad del deudor concursado y los efectos que tendría su resolución en sede de liquidación concursal (art. 191-*ter*.2.2, LC). A estos efectos, según establece la Ley expresamente en el art. 191-*ter*.2.3, LC, el juez, al aprobar el plan de liquidación “podrá acordar” la resolución de aquellos contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con lo que debe entenderse que también podrá acordar no resolverlos, es decir, mantenerlos, en interés del concurso. Y, lo que es más decisivo, en caso de que el plan de liquidación contenga la enajenación unitaria de empresa, los contratos vinculados a la empresa que resulten imprescindibles para el comprador, literalmente «aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva» no podrán ser resueltos por el juez a aprobar el plan de liquidación, esto es, se transmiten al comprador automáticamente, en interés del concurso, como parte de la empresa que se adquiere²¹.

Sin embargo, tal posibilidad resulta aplicable sólo en el caso en que la cesión unitaria forme parte de un plan de liquidación presentado por el deudor junto con la solicitud de concurso.

Por eso la reforma de la LC operada por el RDL 11/2014, asumida por la L. 9/2015 introdujo un nuevo art. 146-*bis*, LC, según el cual se cederán al adquirente, siempre que éste no manifieste su voluntad en contrario, los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad cuya resolución no hubiera sido solicitada, subrogándose el adquirente en la posición contractual del concursado sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Asimismo se transmitirán al adquirente las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones. En cuanto a la cesión de contratos administrativos, habrá de acudirse al art. 226, TrLCSF, según el cual el juez podrá autorizar la cesión al adquirente si ello no supone alteración sustancial de las características del contratista, si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

²¹ En una breve pero muy interesante y temprana aproximación a la reforma de 2011, apuntaban en este sentido FERNÁNDEZ, A. - GARCÍA-ALAMÁN, B. - THERY, A. - VERDUGO, J., *Spain: Key new legislation introduced by the Insolvency Reform Law*, en *Global Insolvency & Restructuring Review*, 2012/2013, 164.

La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)

SUMARIO: 1. Planteamiento. El problema de los costes asociados a la duración del procedimiento concursal. - 2. La enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento como solución no prevista del concurso. - 3. La viabilidad y el régimen especial de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 4. El significado del criterio material que rige la autorización de la enajenación anticipada de una unidad productiva. - 5. La forma de llevar a cabo la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 6. Los efectos de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento. - 7. La oferta de compra vinculante de una unidad productiva en funcionamiento prevista en el plan de liquidación. - 8. La enajenación de unidades productivas en funcionamiento y el final del Derecho concursal.

1. Planteamiento. El problema de los costes asociados a la duración del procedimiento concursal

El procedimiento concursal no puede concluir en un instante y su prolongación en el tiempo compromete la continuidad y conservación de la actividad empresarial, menoscabando el mayor valor de la empresa o unidad productiva en funcionamiento y, por tanto, las expectativas de satisfacción de los acreedores. Este menoscabo es producto, sobre todo, de los costes indirectos del procedimiento concursal, costes asociados a la imagen de crisis y a la desconfianza en la continuidad del proyecto empresarial que provoca la declaración de concurso y las consiguientes suspensión de cobros, pérdida de ventas, abandono de posibles inversores, pérdida de motivación de los recursos humanos, así como a las tensiones de tesorería y conflictos laborales y, hasta que no se produce su reasignación, las importantes pérdidas de valor que pueden sufrir los recursos productivos por abandono o por desuso. Por tanto, no cabe duda que se puede afirmar con toda certeza que la rapidez es una de las características deseables de un buen sistema concursal¹ porque evita o reduce esos costes y evita

* Por cortesía de *EuriConv*, este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en Italia con título: *L'alienazione [cessione] anticipata della unità produttiva nell'ordinamento spagnolo: soluzione non espressamente prevista ovvero l'epilogo del diritto concorsuale?*, en *Dir. fall.*, 3-4, I, 2014, 479-492. Con posterioridad a su redacción, fueron promulgados el RDL 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, y la L. 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, el contenido de las cuales afecta parcialmente al contenido de este texto producto de la modificación que aquellas normas operaron en arts. como el 148 o el 149, LC, en materia de plan de liquidación y reglas legales de liquidación, o de la introducción por parte de aquellas mismas normas de un nuevo precepto como el art. 146-bis, LC, en materia de especialidades en la transmisión de unidades productivas. Desde la perspectiva de la normativa vigente, vid., por todos, en este volumen, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La conservación de empresas en "concurso" por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español, ànte*.

¹ Atender con prontitud los casos de crisis empresariales permite limitar las pérdidas en el tejido económico, tanto en su vertiente empresarial propiamente dicha, como en los aspectos financieros; y en definitiva, reestructurar la empresa, tutelando el empleo y el tejido económico más próximo. Vid., en este mismo sentido, VAN HEMMEN ALMANZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2011*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012, 73 ss. (en www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf).

desperdiciar el mayor valor de las unidades productivas en funcionamiento.

La reducción de los costes asociados a la duración del procedimiento concursal fue una preocupación presente en el origen de la vigente LC y por esto la LC contempla la figura de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y ss., LC)², la facultad del deudor de solicitar en cualquier momento la liquidación (art. 142.1, LC) o el procedimiento abreviado (arts. 190 ss., LC) que, entre otras, persiguen la finalidad de reducir la duración del procedimiento concursal. La consecución de esta misma finalidad ha estado presente también en las reformas sucesivas de la LC mediante el RDL 3/2009, que incorpora la figura, después suprimida, de la liquidación anticipada (art. 142-*bis*, LC) y amplía los supuestos de aplicación del procedimiento abreviado. La preocupación por que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo surge de nuevo con la reforma introducida a la LC por la L. 38/2011, favoreciendo la anticipación de la liquidación (arts. 142.1 y 191-*ter*, LC), flexibilizando la aplicación del procedimiento abreviado (arts. 190 ss., LC) o, entre otras, estableciendo el carácter imperativo del procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento (art. 190.3, LC), aspecto éste último sobre el que más adelante nos detendremos³.

2. La enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento como solución no prevista del concurso

En cambio, ni en el origen ni posteriormente, se previó expresamente en la LC la posibilidad de enajenar durante la fase común del procedimiento concursal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento, pues durante esta fase la única previsión referida a la enajenación de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso era y sigue siendo que no se pueden enajenar sin autorización del juez (art. 43.2, LC), con la única excepción inicialmente prevista de los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial del deudor (art. 43.3, LC)⁴ sujetos bien al régimen de intervención o bien de suspensión de la facultad de disposición del deudor (art. 44, LC)⁵. Y sin embargo, ya en el año 2007 la AP Barcelona dicta el Auto de 26.6.2007⁶ por el que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 18.7.2006 que desestima el recurso de reposición contra el Auto JM Barcelona, n. 3, 12.6.2006, que autorizaba la venta urgente mediante adjudicación directa a un tercero (Electro Calvet, SA) de una unidad productiva de la concursada

² Sobre la Reforma implementada a través de la L. 22/2003 y sus posteriores desarrollos, esp. en comparación con la (casi) paralela Reforma italiana del derecho concursal, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi di impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008. En relación con la evaluación posterior hasta nuestros días, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema "concursal" español en las sucesivas reformas, ànte*.

³ E cfr., sobre el tema, ID.

⁴ La L. 38/2011 incorporó dos nuevas excepciones comprensivas de los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, y los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.

⁵ Sobre la enajenación de la empresa durante la fase común desde la perspectiva de la normativa vigente, vid., por todos, en este volumen, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *cit.*, ànte.

⁶ Publicado en la *RJC*, IV, 2008, número monográfico de jurisprudencia concursal, esp. 89 ss.

(Red Élite Electrodomésticos, SA) conformada por un conjunto de 30 tiendas, 146 trabajadores y *stock*, con amparo en una interpretación flexible y pragmática del art. 43, LC. No obstante, habrá que esperar a la venta anticipada *ex art. 43.2, LC*, de la unidad productiva de la sociedad concursada Cacaolat, SA, mediante Auto de 7.11.2011, previa autorización mediante Auto de 20.7.2011, ambos dictados por el JM Barcelona, n. 6, para que esta solución no prevista expresamente en la LC alcance notoriedad y difusión⁷.

3. La viabilidad y el régimen especial de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento

En otro lugar⁸ ya tuve ocasión de exponer mi opinión contraria a los obstáculos de orden dogmático y positivo aducidos con respecto a la viabilidad de la enajenación anticipada de la empresa o de una unidad productiva en funcionamiento durante la fase común y *ex art. 43.2, LC*. Estos obstáculos se cifran en el prejuicio sistemático que consiste en afirmar que la enajenación anticipada de una empresa o unidad productiva en funcionamiento no puede constituir un impedimento a la solución del concurso mediante convenio o conllevar una realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa sin sujeción a la disciplina de la liquidación concursal. Sin embargo, dicho prejuicio descansa sobre una inexistente exclusividad de las soluciones tradicionales del concurso en orden a la consecución de la finalidad esencial del mismo y por esto, afirmaba que las que resultan inadmisibles son las consecuencias a que lleva ese prejuicio, pues, en su caso, impiden la posibilidad de que mediante la práctica de las operaciones en cuestión se consiga maximizar la satisfacción de los acreedores⁹.

En resumen, como afirmaba entonces, el art. 43.2, LC, contiene el principio que rige la

⁷ Prueba de la notoriedad y difusión alcanzada por la venta de unidades productivas en funcionamiento en el concurso a partir de la operación referida en el texto es la noticia publicada en el diario Expansión del día 6.8.2012 que bajo el título *La formula Cacaolat da alas a la salvación de concursadas en 2012* (www.expansion.com/2012/08/05/catalunya/1344195033.html) revela que la venta de la unidad productiva, si bien no en todos los casos de forma anticipada *ex art. 43.2, LC*, ha permitido garantizar (*sic*) la viabilidad a medio plazo de 7 de las 13 empresas que han levantado (*sic*) el concurso de acreedores en 2012, y cita a Cavas Hill, Tainco, Hormipresa, Cubigel, Hitecsa, Manaut y Biosca&Botey, supuestos a los que habría que añadir, entre otros, la venta anticipada de las unidades productivas de Mediapubli Sociedad de Publicaciones y Ediciones, SL, titular de las cabeceras de prensa en papel “Público” y en Internet “publico.es”, por Auto JM Barcelona, n. 9, 23.5.2012, o de las del Grupo Mecanotubo, SA por Auto de 6.9.2012 del mismo órgano jurisdiccional.

⁸ Vid. LLEBOT MAJÓ, J.O., *Enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación*, en *RDCP*, 7, 2007, 39 ss.

⁹ Más allá de los intereses de los acreedores, el proceso de “convergencia jurídica” en Europa se fundamenta en la exigencia de conservación, es decir, de garantía de la continuidad de la actividad empresarial: al respecto, vid., en este volumen, entre otros, MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ànte*; CORDÓN MORENO, F. *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español, ànte*, respecto de la armonización en ámbito procesal; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el sistema español, ànte*; MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso y su regulación en el Derecho español, infra*, respecto del deudor insolvente, es decir sobreendeudado, persona natural. Vid. también, PULGAR EZQUERRA, J., *El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español*, en (AA.VV.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas - Perales Viscasillas - Porfirio Carpio (dirs.), Madrid, 2015, 253 ss., para quien hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor incapaz de satisfacer los acreedores. Esta armonización, hasta el momento tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal.

realización de actos de disposición, constitutivos de enajenación o gravamen, de los bienes y derechos que integran la masa activa, desde la declaración de concurso y hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación. Este principio reside en la exigencia de la autorización del juez del concurso para llevar a cabo dichos actos, exigencia cuyo fundamento se halla en la finalidad de proteger a los acreedores frente al riesgo de que esos actos se realicen en perjuicio de los mismos, bien en su conjunto o bien en beneficio de uno o más y en perjuicio de los restantes, y no en atención a los intereses del concurso *ex art. 43.1, LC*. La interpretación de los datos positivos evidencia que el ámbito objetivo del art. 43.2, LC, se extiende a cualquier acto de enajenación o gravamen de cualesquiera bienes y derechos integrados en la masa activa, de modo que no existe impedimento positivo alguno para la práctica de las operaciones referidas con fundamento en dicho precepto.

4. El significado del criterio material que rige la autorización de la enajenación anticipada de una unidad productiva

Ahora bien, el silencio, sólo aparente, del art. 43.2, LC, con respecto al criterio o criterios materiales que han de guiar la resolución del juez del concurso para otorgar o denegar la autorización para la enajenación anticipada de una empresa o unidad productiva, y las lagunas existentes en ese precepto tanto sobre el procedimiento para llevarla a cabo, como sobre los efectos que ha de producir dicha enajenación, han llevado a que la jurisprudencia colme dichas lagunas de un modo que puede contrastar con la mejor satisfacción de los acreedores como finalidad perseguida y que funda la admisibilidad de la operación. En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, en nuestra opinión, el juez del concurso debe otorgar o denegar la autorización solicitada para la enajenación de una unidad productiva en función de los intereses del concurso por la aplicabilidad del art. 43.1, LC, al supuesto analizado, pues no cabe duda de que la referida enajenación es un acto de disposición constitutivo de conservación de la masa activa del concurso.

No obstante, en los casos de autorización de la enajenación de una unidad productiva *ex art. 43.2, LC*, la jurisprudencia menor viene haciendo una aplicación no fundamentada de lo dispuesto en el art. 149.1.2, LC, con respecto a las reglas legales supletorias aplicables a las operaciones de liquidación de no aprobarse un plan de liquidación, que contiene un criterio complejo para seleccionar entre distintas ofertas concurrentes de adquisición del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma, estableciendo que se consideren preferentes las ofertas que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, pluralidad de criterios que, según dicha jurisprudencia, han de apreciarse en conjunto y, por tanto, sin que ninguno deba prevalecer con carácter general sobre otro.

Pues bien, a nuestro juicio, dicha aplicación no fundamentada no la podemos compartir dada la diversidad de situaciones entre la enajenación de una empresa o unidad productiva *ex art. 43.2, LC*, o la enajenación *ex art. 149, LC*, pues en el primer caso se trata de un acto de conservación de la masa activa y en el segundo de realización de los bienes y derechos que la integran, diversidad que, a su vez, explica los diversos criterios aplicables en cada caso. En todo caso, es claro que, de acuerdo con el art. 43.1, LC, durante la fase común del concurso y en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que forman la masa activa, el deudor concursado o la administración concursal han de aten-

der a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso.

Por tanto, no es dudoso que las opciones de política legislativa plasmadas en el art. 149.1.2, LC, y que sitúan en igualdad de condiciones los intereses de los acreedores a la mejor satisfacción de sus créditos, junto a los otros intereses referidos en dicho artículo, no están presentes en el art. 43.2, LC, y por esto es preciso destacar que la conservación de los bienes y derechos de la sociedad concursada que integran la masa activa del concurso en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los mismos no reside en conservar esos bienes y derechos en su forma y sustancia en la masa activa del concurso, sino en conservar o aumentar el valor de los bienes y derechos de la sociedad concursada del modo más conveniente a los intereses del concurso, intereses que la doctrina mercantil suele identificar con los intereses de los acreedores concursales a la mejor satisfacción de sus créditos.

Ahora bien, los acreedores concursales constituyen una categoría que comprende una pluralidad y diversidad de clases de acreedores (vgr., acreedores titulares de créditos con privilegio especial o con privilegio general, acreedores titulares de créditos ordinarios o acreedores titulares de créditos subordinados) cuyos intereses están o pueden estar en conflicto en el concurso. Así, por ejemplo, mientras el interés de los acreedores con garantía real se circunscribe a la realización del bien objeto de la garantía para el cobro del crédito, los intereses de los acreedores ordinarios, por el contrario, se orientan a demorar esa realización en la medida en que el bien objeto de la garantía sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la sociedad concursada y así aprovechar el valor de uso del mismo.

En las circunstancias referidas, que son las presentes en el concurso, a nuestro juicio, corresponde al juez del concurso identificar los intereses del concurso con los intereses de aquella clase de acreedores que en cada concreto concurso y en función de la masa activa existente se sitúan como acreedores residuales¹⁰, y situarse en su posición para adoptar la resolución de otorgar o denegar la autorización, pues son éstos los acreedores que adoptarían, en cada caso, la decisión óptima, por que ésta afecta directamente al valor de sus créditos. La posición de acreedor residual en el concurso no coincide siempre en todos los concursos con la posición de los acreedores ordinarios, sino que esta posición recaerá en cada concreto concurso sobre los acreedores titulares de la clase de créditos que en función de la decisión que se adopte, bien por el juez del concurso o bien por la administración concursal, les permita mejorar la satisfacción de sus créditos sin que por razón del valor de la masa activa del concurso sea posible satisfacer a la clase siguiente en el orden de prelación o que, por el contrario, empeore la satisfacción de sus créditos sin mejorar la de ninguna otra clase de acreedores concursales.

5. La forma de llevar a cabo la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento

La segunda cuestión sobre la que si existe una laguna en el art. 43.2, LC, es la relativa al procedimiento a seguir o la forma para llevar a cabo la enajenación anticipada de

¹⁰ En el concurso de acreedores es acreedor residual el acreedor que se beneficia por el aumento del valor de la masa activa en un euro adicional. La posición del acreedor residual está, por tanto, en función del valor de la masa activa del concurso y de los créditos preferentes existentes. En otros términos, para ser el acreedor residual cualquier aumento marginal del valor de la masa activa del concurso debe beneficiarle y si el aumento es lo suficientemente grande como para satisfacer a una clase de acreedores, entonces la siguiente clase de acreedores se convierte en acreedor residual. Vid. una aplicación de esta noción en NORBERG, S.F., *Debtor Incentives, Agency Costs, and Voting Theory in Chapter 11*, en *Kansas L. Rev.*, 46, 1998, 507 ss., esp. 520 ss.

una empresa o unidad productiva, materia respecto de la que, a diferencia de la anterior, la jurisprudencia menor expresamente afirma la conveniencia de no aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 149.1.3, LC, y, por tanto, que la enajenación *ex art. 43.2, LC*, no se lleve a cabo conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. Esta posición es, no obstante la contradicción que pone en evidencia con respecto a la selección infundada del criterio material patrocinado por la jurisprudencia, la correcta, pues como concluye el fundamento de derecho segundo del razonado Auto JM Madrid, n. 2, 23.5.2005: «(E)l silencio que al respecto guarda el art. 43.2 LC lejos de representar un olvido involuntario, constituye el fruto de una opción legislativa implícita con arreglo a la cual, en el trance de elegir entre –por una lado– el otorgamiento al solicitante de libertad absoluta para la enajenación y –por otro– la inexorable observancia de los trámites del apremio judicial previstos en la LEC, se quiere que impere un sistema híbrido caracterizado por la discrecionalidad judicial donde sea el titular del órgano quien, a su prudente arbitrio y de manera en cierto modo paralela a la disciplina de liquidación configurada como prioritaria en el art. 148 LC, determine (...) la forma y las condiciones bajo las que autoriza la realización del acto dispositivo de que se trate».

Ahora bien, es necesario precisar que la referida “discrecionalidad judicial o prudente arbitrio del órgano judicial” para determinar la forma y las condiciones de la enajenación anticipada de una empresa o unidad productiva existe en la misma medida que con respecto a la denegación o el otorgamiento de la autorización, pues no cabe duda de que esta determinación forma parte del contenido de la propia autorización. Por tanto, el juez del concurso debe determinar la forma y las condiciones de la enajenación anticipada de una unidad productiva no conforme al criterio complejo contenido en el art. 149.1.2, LC, sino, de acuerdo con el art. 43.1, LC, del modo más conveniente a los intereses del concurso, esto es, del modo más conveniente a los intereses de los acreedores titulares de la clase de créditos que en función de la decisión que adopte el juez del concurso les permita mejorar la satisfacción de sus créditos sin que por razón del valor de la masa activa del concurso sea posible satisfacer a la clase siguiente en el orden de prelación o que, por el contrario, empeore la satisfacción de sus créditos sin mejorar la de ninguna otra clase de acreedores concursales.

La aplicación del criterio del modo más conveniente a los intereses del concurso del art. 43.1, LC, explica que, en términos generales, la forma de enajenación acordada mayoritariamente haya sido la venta directa, pues es la que permite llevar a cabo la enajenación de la forma más rápida y, por tanto, evitar el deterioro del valor de la unidad productiva en funcionamiento. No obstante, los Jueces de lo Mercantil que conocen del concurso en el que se presenta una oferta de compra de una unidad productiva, de nuevo, haciendo una aplicación no declarada y no fundada del art. 149.1.2, LC, suelen fijar un plazo para la presentación de ofertas de compra competidoras y asimismo acuerdan diversos sistemas de publicidad para dar a conocer la oferta y instar a la presentación de otras, tales como publicarla en el tablón de anuncios del juzgado o difundirla a través del gabinete de prensa del correspondiente Tribunal Superior de Justicia¹¹ entre otros, y, finalmente, también son oídos por el Juez los representantes de los trabajadores.

La fijación por el juez del concurso de esos elementos de publicidad adicional de la oferta de compra de la unidad productiva durante la fase común no puede, a nuestro juicio, fundarse en la aplicación del art. 149.1.2, LC, previsto para la fase de liquidación y siempre

¹¹ Vid., últimamente, FDº 1º del Auto JM Barcelona, n. 9, 23.7.2012.

que no haya sido aprobado el correspondiente plan de liquidación de conformidad con el art. 148, LC, pues en la fase común únicamente es exigible dar traslado de la oferta de compra de la unidad productiva a todas las partes que deban ser oídas para que presenten alegaciones según lo previsto en el art. 188.2, LC, con respecto al procedimiento de autorización. No obstante, ningún reparo merecen los elementos de publicidad adicional que se acuerden por el juez del concurso, siempre que no se erijan en requisitos de validez del procedimiento de autorización, con objeto de promover la presentación de ofertas de adquisición de las unidades productivas que procuren una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores concursales¹².

6. Los efectos de la enajenación anticipada de una unidad productiva en funcionamiento

La última cuestión sobre la que tampoco nada prevé el art. 43.2, LC, se refiere a los efectos de la venta anticipada de una empresa o unidad productiva en funcionamiento con respecto a la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión en materia laboral, de la seguridad social o tributaria. En concreto, se trata de establecer si en el caso de enajenación anticipada de una empresa o de una unidad productiva en funcionamiento *ex art. 43.2, LC*, es aplicable la previsión del art. 149.2, LC, que al regular las reglas supletorias de liquidación dispone que en el caso de enajenación de unidades productivas se considerara, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa, pues la interpretación jurisprudencial de dicha disposición a *contrario sensu*¹³ ha llevado a afirmar que dichas enajenaciones únicamente constituyen sucesión de empresa a los efectos laborales, esto es, a los efectos previstos en el art. 44.3, TrET, y que, por tanto, el adquirente cesionario sólo responde solidariamente con el cedente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la enajenación. Adicionalmente, con respecto a las referidas obligaciones laborales, el art. 149.2 dispone que el juez cuando acuerde la enajenación de la unidad productiva puede acordar asimismo que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA.

Por el contrario, el adquirente cesionario no es responsable solidario del pago de las deudas que con la Tesorería General de la SS tuviera pendientes de pago el cedente hasta la fecha de la cesión o enajenación de la unidad productiva y esto no obstante lo establecido en los arts. 104 y 127.2, TrLGSS, aprobado por el RDLeg. 1/1994, ni tampoco con respecto a las deudas tributarias de acuerdo con lo expresamente dispuesto en el art. 42.1.c).V, LGT, pues dicho precepto, después de establecer que son responsables solidarios de la deuda tributaria las personas que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de las

¹² A la finalidad referida en el texto parece dirigido el *Acuerdo de 15 de marzo de 2013 de los Jueces de lo Mercantil de Cataluña*, relativo a la *Información de unidades productivas con actividad en concurso a la Dirección General de Industria de la Generalitat*, pues en éste se afirma que: «(c)on el objeto de poder publicitar las oportunidades de inversión o a la transmisión de las unidades productivas de los concursos que se tramitan en los Juzgados de los que somos titulares y con la cooperación de la Dirección General de Industria de la Generalitat en el ámbito de sus competencias, hemos acordado que los administradores concursales nombrados elaboren un modelo de ficha con los datos de dichas unidades productivas y la remitan al Departamento de Industria de la Generalitat con la finalidad de que sus responsables transmitan esta información a los posibles interesados en dichas operaciones».

¹³ Vid. Autos AP Barcelona, 29.11.2007 y 16.12.2009.

de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas por el anterior titular y derivadas de su ejercicio, a continuación dispone que dicha responsabilidad no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.

Ahora bien, si como decimos, la aplicación de dichos efectos, previstos en el referido art. 149.2, LC, no ofrece dudas con respecto a la enajenación de una empresa o unidad productiva en la fase de liquidación del concurso y por aplicación de las reglas supletorias de liquidación de la masa activa, por el contrario es problemática su aplicación en los casos de enajenación anticipada de una empresa o unidad productiva *ex* art. 43.2, LC, durante la fase común del concurso, del mismo modo que lo sería la aplicación de dichos efectos en el caso de enajenación de una unidad productiva prevista en un plan de liquidación aprobado de conformidad con lo previsto en el art. 148.2, LC, como así ha sido afirmado por la jurisprudencia menor¹⁴.

No obstante, la aplicación por la jurisprudencia menor de los efectos previstos en el art. 149.2, LC, en los casos de enajenación anticipada de una empresa o unidad productiva *ex* art. 43.2, LC, durante la fase común está faltada también de fundamentación pues, en principio, como ya hemos advertido anteriormente, dicha aplicación no procede dada la diversidad de situaciones: conservación de la masa activa en la fase común y realización de dichos bienes y derechos en la fase de liquidación. Ahora bien, con objeto de hallar una solución a la cuestión planteada es preciso advertir que la excepcionalidad de la disciplina concursal con respecto a la no producción de los efectos propios de la sucesión de empresa en sede extraconcursal no se explica por la naturaleza y fundamento del procedimiento concursal¹⁵, esto es, la satisfacción de los acreedores concursales únicamente con los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, sino por razones de política jurídica también presentes en la previsión de su producción en sede extraconcursal.

Las razones de política jurídica que explican la previsión de la no producción de los efectos propios de la sucesión de empresa en sede extraconcursal en caso de enajenación de una empresa o unidad productiva en el concurso residen, a nuestro juicio, en facilitar la transmisión de las empresas o unidades productivas en funcionamiento¹⁶ con objeto de salvaguardar la continuidad de éstas y, por tanto, también de los correspondientes puestos de trabajo, razones éstas que no son las presentes en sede extraconcursal pues ahí las que explican los efectos son la protección de los trabajadores y de los créditos públicos tributarios. La cuestión es, por tanto, si dichas razones de política jurídica en sede concursal son igualmente válidas cuando la enajenación de una empresa o unidad productiva se lleva a cabo anticipa-

¹⁴ Vid., últimamente, Auto JM Barcelona, n. 9, 23.7.2012.

¹⁵ Vid., no obstante, en este sentido el Auto AP Barcelona, 16.12.2009, afirma en el FDº 2º «que ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la *par condicio creditorum*, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la *par condicio creditorum*».

¹⁶ Vid., por todos, BELTRÁN, E. - MERCADER, J., *Comentario al artículo 149*, en *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo - Beltrán (coord.), t. II, Madrid, 2004, esp. 2389 ss.

damente *ex art.* 43.2, LC, durante la fase común.

La respuesta a la última cuestión planteada no puede sino ser afirmativa pues en caso contrario, esto es, en el caso de que las enajenaciones anticipadas de una empresa o unidad productiva durante la fase común no conllevarán también la no responsabilidad solidaria del cesionario por las deudas frente a la Tesorería General de la SS y por las deudas tributarias del cedente y, en su caso, la no subrogación del adquirente en las deudas laborales, no sólo se pondría de manifiesto una contradicción de valoración entre ambos supuestos que en virtud de su similitud han de ser objeto de la misma valoración jurídica¹⁷, esto es, la de facilitar la realización de esas operaciones, sino que ante la imposibilidad de neutralizar dichos efectos en las enajenaciones anticipadas éstas en la práctica o no se llevarían a cabo, con el consiguiente perjuicio para los intereses del concurso, o se pospondrían, siempre que fuese posible, hasta la fase de liquidación del concurso, con los perjuicios que esto podría suponer no sólo para la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores sino también para la continuidad y mantenimiento de los puestos de trabajo afectados.

7. La oferta de compra vinculante de una unidad productiva en funcionamiento prevista en el plan de liquidación

La aplicación imperativa del procedimiento abreviado en el supuesto de que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento¹⁸, de conformidad con la nueva redacción del art. 190.3, LC, introducida por la L. 38/2011, así como la posibilidad de anticipar la apertura de la fase de liquidación, también introducida por la L. 38/2011, en virtud del nuevo art. 191-ter, LC, pues en el referido supuesto, el juez ha de acordar de inmediato la apertura de la fase de liquidación y el secretario judicial dar traslado del plan de liquidación para que sea informado en el plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones, han de permitir reducir los plazos para llevar a cabo la enajenación de una unidad productiva en funcionamiento ya en la fase de liquidación del concurso, evitando así, sólo aparentemente, los problemas de interpretación e integración del régimen que en los apartados anteriores hemos analizado y que suscita esta operación efectuada durante la fase común del procedimiento concursal *ex art.* 43.2, LC, problemas a los que hay que añadir otros que se habían puesto de manifiesto por los propios jueces de lo mercantil en la práctica anterior a la reforma¹⁹.

¹⁷ Vid. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, esp. 374 ss.

¹⁸ Vid. sobre este supuesto, en este volumen, por ejemplo, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *cit.*, *ante*.

¹⁹ Vid. "Expansión/Cataluña", 31.1.2012, que bajo el titular *Cavas Hill solicita la liquidación como paso previo a su venta* (www.expansion.com/2012/01/31/catalunya/1328038522.html) relata que el tribunal ha dado luz verde al procedimiento porque, a su entender, «facilita la venta de la unidad productiva», ya que impide que existan conflictos de competencias entre juzgados y administraciones concursales como ocurrió en el proceso de venta de Cacaolat a la alianza entre el grupo cervecero Damm, Cobega y Victory Turnaround. Los aludidos conflictos se refieren a la cuestión de competencia objetiva y funcional positiva planteada por el JM Madrid, n. 6 (vid. Auto 10.8.2011) frente al n. 6 de Barcelona y ante el TS, para la determinación del conocimiento de la competencia para conocer del proceso y autorización judicial para la venta de la totalidad de las unidades productivas de Cacaolat, SA y su adquisición global por un adquirente durante la fase común del concurso, seguida en el JM Barcelona, n. 6, cuando al tiempo se está tramitando la enajenación del 95% de las acciones de la dominada Cacaolat, SA propiedad de Clesa, SL, seguida en el JM Madrid, n. 6, ambas declaradas en concurso y en fase común. La cuestión de competencia objetiva y funcional positiva planteada por el JM Madrid, n. 6, fue resuelta por el Auto TS, 4.10.2011,

No obstante, esta nueva alternativa para llevar a cabo con rapidez la enajenación de una unidad productiva en funcionamiento en la fase de liquidación del concurso no debería erigirse en un obstáculo para impedir la realización de estas enajenaciones también durante la fase común del concurso *ex art. 43.2, LC*, pues el supuesto previsto, que el deudor presente con la solicitud de concurso un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, no cubre todos los casos en los que efectuarla puede comportar una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores y tampoco en todos los casos el deudor estará dispuesto o podrá presentar la solicitud de liquidación para facilitarla. Y, además, hay que tener en cuenta que esta alternativa, como advertíamos, también presenta lagunas tan fundamentales como la referida a la no producción de los efectos propios de la sucesión de empresa de conformidad con el art. 149.2, LC, y antes analizados, pues la enajenación en este caso no se lleva a cabo en aplicación de las reglas legales supletorias previstas en el art. 149, LC, sino en cumplimiento de las previsiones del plan de liquidación presentado por el deudor y que contiene la oferta de compra vinculante y que ha de ser aprobado por el juez del concurso de conformidad con el art. 148, LC.

En cualquier caso, el nuevo supuesto previsto en el art. 190.3, LC, no puede comprender los casos en los que antes de solicitar la declaración de concurso la sociedad deudora no cuenta ya con una oferta de compra vinculante de la unidad productiva, ni tampoco los que, aún contando con dicha oferta, no permitan al deudor presentar un plan de liquidación de los demás bienes y derechos que no estén comprendidos en la oferta de compra vinculante de la unidad productiva, ni, en fin, tampoco los casos en los que el deudor no este dispuesto a solicitar la apertura de la fase de liquidación porque prefiera promover la aceptación de una propuesta anticipada de convenio. Ahora bien, lo que hace que la nueva alternativa contemplada en el art. 190.3, LC, se revele como innecesaria o superflua es que la anticipación de la apertura de la fase de liquidación del concurso *ex art. 191-ter, LC*, no evita, por obvias razones, la simultánea apertura de la fase común y, por tanto, la posibilidad de enajenar anticipadamente *ex art. 43.2, LC*, en los términos anteriormente analizados y en cualquier supuesto la unidad productiva en funcionamiento.

8. La enajenación de unidades productivas en funcionamiento y el final del Derecho concursal

En un artículo titulado *The End of Bankruptcy* y publicado en el volumen 55 del año 2002 de la *Stanford Law Review* los profesores Douglas G. Baird y Robert K. Rasmussen²⁰ construyen una explicación, fundada en la teoría de la empresa formulada por Ronald H. Coase, de los nuevos hechos que ponen de manifiesto la creciente irrelevancia del Derecho concursal en los EEUU, esto es, la irrelevancia del conjunto de normas que regulan el concurso de acreedores con la finalidad de satisfacer a los acreedores del deudor común bien mediante la consecución de un convenio o bien mediante la liquidación de la masa activa. Los

declarando la competencia del JM Barcelona, n. 6, para todas las actuaciones relativas al concurso de Cacaolat, SA. Estos problemas no se plantean en la fase de liquidación porque la resolución judicial que abre esta fase contiene la declaración de disolución de la sociedad (arts. 145.3, LC y 361.2, LSC) y, por tanto, se abre el periodo de liquidación que se realizara conforme a lo establecido en el cap. II, título V, LC (arts. 371.1 y 372, LSC).

²⁰ Vid. BAIRD, D.G. - RASMUSSEN, R.K., *The End of Bankruptcy*, en *Stanford L. Rev.*, 55, 2002, 751 ss. Vid. también, BAIRD, D.G., *The New Face of Chapter 11*, en *Am. Bankr. L. J.*, 12, 2004, 69 ss.

nuevos hechos que amenazan la existencia del Derecho concursal son, según estos autores, tres: *i)* la creciente falta de utilización del procedimiento concursal para alcanzar la finalidad de satisfacción de los acreedores; *ii)* el progresivo aumento del número de adquisiciones que tienen por objeto la propia empresa en concurso o unidades productivas de la misma en funcionamiento; *iii)* la práctica de contratar *ex ante* las consecuencias que para los acreedores y el deudor supondrá la insolvencia *ex post* del deudor.

Pues bien, entre nosotros también se puede adivinar ya la ocurrencia de dos de esos tres nuevos hechos, pues, por un lado, la tasa de utilización del procedimiento concursal en nuestro país es, aún en estos tiempos de crisis económica, claramente muy baja²¹. No obstante, la irrelevancia del Derecho concursal en los términos indicados no sólo se pone de manifiesto en el escaso porcentaje de concursos declarados frente al total de empresas que van cesando su actividad, sino también en el bajísimo número de convenios que se han ido aprobando o admitiendo en el procedimiento concursal²².

Finalmente, si a los referidos datos añadimos la utilización creciente de la enajenación anticipada de las unidades productivas en funcionamiento como solución alternativa, sobre cuyo número carecemos de datos, y la reciente introducción del régimen de anticipación de la liquidación y el carácter imperativo del procedimiento abreviado, en especial, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento, son, todos juntos, hechos nuevos que, al igual que en el Derecho concursal estadounidense, anuncian también, entre nosotros, el final del Derecho concursal, pues la satisfacción de los acreedores mayoritariamente al margen del procedimiento concursal que pone de manifiesto la baja tasa de concursos declarados y la satisfacción mediante la enajenación anticipada de la unidad productiva hacen irrelevantes tanto las normas referidas a la fase de convenio como también las normas que rigen la fase de liquidación del concurso ya que una vez enajenada anticipadamente la unidad productiva en la fase común únicamente son precisas las normas que establecen la clasificación y prelación en el cobro de los créditos.

²¹ Por poner cifras a la afirmación, vid. nota de prensa del INE (www.ine.es/prensa/np732.pdf). Y nota de prensa del INE (www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0012.pdf). Y nota de prensa del INE (www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0411.pdf).

²² Pues el 2011 fue sólo del 7,13% del total de concursos declarados.

SESIÓN TERCERA

Perspectivas de reforma del sistema español de insolvencias: otros perfiles de relevancia

Juana Pulgar Ezquerro

Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo

1. Extinción de sociedades: liquidación societaria y concursal. - 2. El control de la veracidad de la insuficiencia / inexistencia de activo en el marco de la liquidación societaria. - 3. La problemática de la extinción de sociedades sin activo en sede concursal. - 3.1. Sobre la insuficiencia de masa activa como causa de conclusión del concurso de acreedores. - 3.2. La matización del efecto extintivo conectado a la conclusión del concurso por liquidación o inexistencia de activo. - 3.3. La cancelación registral de oficio como contenido de la resolución judicial de conclusión del concurso por insuficiencia de masa. - 4. Sobre la subsistencia de responsabilidad tras la conclusión del concurso vs. extinción de la persona jurídica. - 4.1. La *discharge impropia* vinculada a la extinción de la persona jurídica. - 4.2. El tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenido tras la cancelación registral en sede concursal. - 4.2.1. Tratamiento del pasivo sobrevenido. - 4.2.2. La aparición de activo tras la conclusión del concurso sin masa: la reapertura del concurso. - 5. El procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil 2014”.

Ignacio Sancho Gargallo

Concursos conexos de sociedades en el seno del mismo grupo

1. Tramitación conjunta de concursos de sociedades de un mismo grupo en la originaria Ley Concursal. - 1.1. Declaración y acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo. - 1.2. Efectos legales de la tramitación conjunta de los concursos. - 2. Levantamiento del velo para la “consolidación patrimonial”. - 2.1. Intereses afectados por la consolidación. - 2.1.2. Justificación de la consolidación a través del levantamiento del velo. - 2.1.3. Supuestos y requisitos. - 2.1.4. Procedimiento. - 3. Regulación de los concursos conexos en la actual Ley Concursal (tras la reforma de la Ley 38/2011). - 3.1. Presupuesto subjetivo común en caso de sociedades del mismo grupo: noción de grupo de sociedades. - 3.2. Presupuestos específicos de la declaración conjunta de concurso. - 3.3. Presupuestos específicos de la acumulación de concursos. - 3.4. Efectos de la tramitación conjunta de los concursos. - 4. Consolidación de masas. - 4.1. Alcance de la consolidación. - 4.2. Presupuestos de la consolidación de masas. - 4.3. Procedimiento para acordarlo. - 4.4. Efectos y consecuencias dentro del concurso. - 5. Tratamiento de los procedimientos de insolvencia de sociedades de un mismo grupo en la proyectada reforma del Reglamento europeo de Insolvencia 1346/2000. - 5.1. Estado de la cuestión antes de la reforma. - 5.2. Alcance de la reforma. - 5.2.1. Ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1). - 5.2.2. Relación entre procedimientos de insolvencia principal y secundarios. - 5.2.3. Cooperación y coordinación entre procedimientos principales de sociedades del mismo grupo abiertos en distintos países.

Ricardo Cabanas Trejo

Situación de la garantía real en el concurso

1. Presentación. - 2. Las características de la garantía real. - 3 La transmisión en el concurso del bien sujeto a la garantía. - 4. La realización de la garantía. - 5. El valor de la garantía. - 6. Ejecución separada. - 7. La fase de liquidación. - 8. Garantía real y convenio concursal.

Víctor Martínez Mulero

La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso

1. Planteamiento. - 2. Función de la exoneración y relación con la función concursal. - 2.1. Exoneración de pasivo y consumidor. - 2.2. Exoneración de pasivo y empresario individual. - 3. La regulación de la exoneración de pasivo en el ordenamiento español. - 3.1. Antecedentes normativos. - 3.2. La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la reforma operada por la L. 25/2015. - 3.2.1. Presupuestos y requisitos de acceso al beneficio. - 3.2.2. Un sistema con dos modelos de exoneración provisional. - 4. A modo de conclusión.

[...] *El concurso de una sociedad en liquidación con activo insuficiente o inexistente para satisfacer a sus acreedores, constituiría uno de los supuestos que integran la tipología de los denominados "concurso con insuficiencia de masa", que tradicionalmente en nuestro Derecho han planteado una particular problemática en sede de declaración del concurso, cuestionándose si la suficiencia de masa constituiría, por sí misma, un presupuesto para la declaración del concurso o más bien de conclusión del concurso, tema éste resuelto tras la reforma de la LC, en virtud de la L. 38/2011.* [J. Pulgar Ezquerro]

[...] *La reforma del Reg. Insolvencia incide directa e indirectamente en la restructuración de un grupo de sociedades registradas en distintos países de la UE. [...] El problema de la regulación proyectada, que es consustancial a la naturaleza de estos procedimientos híbridos, es la incerteza sobre cuándo puede considerarse terminado el procedimiento.* [I. Sancho Gargallo]

En pocas ocasiones la insoportable "levedad" del Derecho Concursal ha resultado más visible que estos dos últimos años en España. [...]

[...] *Como la reforma concursal no fue concebida desde el comienzo de un modo integral y armónico, sino que ha sido desplegada por partes –casi a trompicones–, habiendo empezado por el ámbito preconcursal con el RDL 4/2014, la disparidad lógicamente se dejaba sentir con especial fuerza a propósito de la solución convencional en el concurso [...]. Era necesario armonizar en este punto ambas situaciones.* [R. Cabanas Trejo]

[...] *La extraordinariamente severa crisis económica y financiera que desde el año 2007 viene afectando a la sociedad española, entre otras muchas consecuencias, ha puesto a prueba los más variados institutos jurídicos previstos por nuestro ordenamiento jurídico con el fin de hacer frente a las situaciones de insolvencia de las personas deudoras y las consecuencias que de ella se derivan. A lo largo de este ya largo periodo de tiempo, y desde una perspectiva concursal pero también extraconcursal, se han evidenciado importantes deficiencias o lagunas en nuestro ordenamiento en el momento de enfrentar distintos problemas relacionados con la insolvencia.* [V. Martínez Mulero]

Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo

SUMARIO: 1. Extinción de sociedades: liquidación societaria y concursal. - 2. El control de la veracidad de la insuficiencia / inexistencia de activo en el marco de la liquidación societaria. - 3. La problemática de la extinción de sociedades sin activo en sede concursal. - 3.1. Sobre la insuficiencia de masa activa como causa de conclusión del concurso de acreedores. - 3.2. La matización del efecto extintivo conectado a la conclusión del concurso por liquidación o inexistencia de activo. - 3.3. La cancelación registral de oficio como contenido de la resolución judicial de conclusión del concurso por insuficiencia de masa. - 4. Sobre la subsistencia de responsabilidad tras la conclusión del concurso vs. extinción de la persona jurídica. - 4.1. La *discharge impropia* vinculada a la extinción de la persona jurídica. - 4.2. El tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenido tras la cancelación registral en sede concursal. - 4.2.1. Tratamiento del pasivo sobrevenido. - 4.2.2. La aparición de activo tras la conclusión del concurso sin masa: la reapertura del concurso. - 5. El procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil 2014”.

1. Extinción de sociedades: liquidación societaria y concursal

La extinción de las sociedades de capital constituye, como es sabido, el resultado de diversos posibles procesos en los que no sólo se procede a la extinción del negocio jurídico fundacional de la sociedad, sino además a la extinción de las relaciones internas de la sociedad con los socios, así como de las relaciones externas que aquélla hubiera mantenido con terceros y sobre todo con acreedores, dado que la sociedad ha actuado en el tráfico, debiendo conciliarse por tanto en este marco el interés de los socios, acreedores u otros terceros e incluso en ocasiones intereses generales y el propio interés social.

Esta extinción, como se ha adelantado, aludiendo anteriormente al *resultado de diversos procesos* y partiendo de la distinción entre la sociedad como negocio y como organización, puede producirse a través de la disolución-liquidación, la fusión, la escisión y la nulidad-liquidación societaria, lo que ha permitido tradicionalmente sistematizar los modos extintivos de las sociedades de capital en liquidativos y no liquidativos, no conllevando en estos últimos la extinción de la sociedad titular de la empresa la necesaria extinción de la misma¹.

Centrándonos en los procesos extintivos liquidativos de las sociedades de capital, aparece una inescindible unión entre disolución, liquidación y extinción en una relación de causa

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en *RdS*, 41, 2013, 23-58. Se incluye aquí una versión actualizada que abarca el análisis de las importantes modificaciones legislativas introducidas en España.

¹ Así, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, Madrid, 1949, 1179; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, t. I, parte general, Madrid, 1976, 332; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997; MUÑOZ PÉREZ, A.F., *El proceso de liquidación de la sociedad anónima*, Pamplona, 2002, 35; SACRISTÁN BERGIA, F., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2003. Desde la perspectiva italiana, a la luz de la profunda reforma del derecho concursal en pleno apogeo en 2005 y todavía en proceso de desarrollo, vid. BUSSOLETTI, M., *Lo scioglimento e l'estinzione della società fra apertura, chiusura e riapertura del fallimento*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces, 2008, 231 ss.

efecto, pues la concurrencia en la sociedad de una causa de disolución estatutaria o legal *ex* arts. 360 a 363, LSC, conlleva su entrada en liquidación, que conducirá a la extinción de la sociedad, mediante traspaso de la titularidad del patrimonio social a los singulares socios, previa satisfacción de los acreedores sociales, y en la eventualidad en que tras dicha satisfacción resulten bienes repartibles entre los socios, sin perjuicio de la posibilidad de reactivación societaria (art. 370, LSC).

Dicha extinción por vía liquidativa precisa de una manifestación registral ligada al hecho de que los tipos societarios capitalistas nacen en virtud de inscripción registral (art. 33, LSC), teniendo posteriormente igualmente constancia registral las vicisitudes jurídicamente más relevantes de la vida social y en particular las concernientes a su proceso extintivo liquidativo (inscripción de la causa de disolución *ex* art. 369, LSC, reactivación *ex* art. 370, LSC) situándose en este ámbito la cancelación registral de las sociedades de capital a instancia de parte (art. 396, LSC), que constituye un asiento registral de signo inverso al de la inscripción (art. 33.1, RRM) que produce el cierre definitivo de la hoja registral de la sociedad (art. 388.2º.1, RRM).

Pues bien, dicha cancelación registral a instancia de parte, y conectada aun cuando no vinculada exclusivamente y en todo caso al proceso liquidatorio societario —pues caben también modalidades de cancelación de oficio (*ex* art. 20.2, Ccom; disp.ad.XVII, L. 17/2001— se condiciona en este ámbito, al cumplimiento de los presupuestos materiales legalmente exigidos que acrediten que ha concluido el proceso de liquidación material y no sólo formal de los vínculos de la sociedad con socios y terceros, manteniendo la sociedad su personalidad jurídica, esto es, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, en tanto en cuanto no se hayan *agotado* todas las relaciones jurídicas pendientes de dicha sociedad (arts. 390.1, 391.2, 395.1, LSC; 228, Ccom). Así, en este marco, se atribuye en el art. 385, LSC, al liquidador la función de pagar las deudas sociales, condicionándose en el art. 390, LSC, el sometimiento del balance final por los liquidadores a la aprobación de la junta general «a la conclusión de las operaciones de liquidación», esto es, de un lado, satisfacción de acreedores o consignación de sus créditos sin que en un modo cuestionable, en el art. 395.1.a), LSC, se contemple la posibilidad de extinguir la sociedad también en supuestos en que la deuda de los acreedores estuviese suficientemente garantizada, previsión ésta que, sin embargo, sí aparece contenida en el art. 394.1, LSC, así como en el art. 247.2.3º, RRM²; de otro, reparto en su caso del activo social restante entre los socios (art. 247.2º.3º, RRM), debiendo contenerse en la escritura de extinción de la sociedad *ex* art. 395, LSC, la manifestación de los liquidadores de que se ha procedido al pago o consignación de los créditos, lo que se reitera en el art. 247.2.3º, RRM. A todo ello se condiciona la cancelación registral de la sociedad a instancia

² En el art. 272-41 de la “Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación” [*rectius*, “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil 2014”], de nuevo, como en el art. 395.1.a) de la vigente LSC, se alude sólo al «pago de los acreedores o la consignación de sus créditos». Con ello, se ha perdido la ocasión de contemplar en este ámbito la posibilidad de extinguir la sociedad también cuando la deuda de los acreedores estuviese “suficientemente garantizada”. Ello habría resultado necesario, pues aun cuando es cierto que la liquidación societaria no conlleva ni un vencimiento anticipado de los créditos, ni una graduación en el cobro, frente a lo que acontece en el ámbito concursal, no es menos cierto que la exigencia de pago o consignación de los créditos no tiene en cuenta las deudas no vencidas, pareciendo que el liquidador vendría obligado a pagar anticipadamente o a consignar el importe de los créditos no vencidos en orden a concluir la liquidación societaria, lo que se evitaría con la expresa previsión de la posibilidad de aseguramiento de los créditos en un modo paralelo a lo que se contempla en el art. 334.2, LSC, respecto del derecho de oposición de acreedores en procesos de modificación estructural. Ello habría permitido concluir, por ejemplo, un proceso de liquidación de una sociedad en cuyo patrimonio hubiere una o más fincas hipotecadas, lo que es frecuente en la práctica, que se adjudicarían a los socios con la carga hipotecaria.

de parte *ex art.* 396, LSC, que cierra el proceso extintivo de la sociedad, habiendo resultado no obstante tradicionalmente cuestión debatida entre la doctrina y la jurisprudencia la eficacia extintiva o meramente declarativa de dicha cancelación registral, debate éste que en todo caso ha de venir presidido por la eficacia no sanatoria de la cancelación registral. Este debate se mantiene en el marco del art. 396.1, LSC, en el que, como en textos legales anteriores y frente a lo que acontece en modelos como el italiano (art. 2.495, cod. civ.), no se contiene un pronunciamiento expreso sobre la eficacia de la cancelación registral, habiéndose eliminado no obstante de dicho precepto la referencia a la *sociedad extinguida* contenida en la derogada LSA, en la que se había fundamentado en gran medida la tesis de la eficacia extintiva³.

Junto a la liquidación societaria y como un proceso distinto, puede también distinguirse la liquidación concursal como una de las posibles vías solutorias al concurso de acreedores regulado en la LC, en el que se persigue colectivizar un déficit patrimonial con el fin de satisfacer a los acreedores y que coexiste con el convenio concursal en orden a la consecución de dicho fin.

No obstante, nos encontramos ante procedimientos estructuralmente diferentes, que persiguen distintos fines de política jurídica, pues frente a la liquidación societaria que persigue *resolver* los vínculos de la sociedad con socios y terceros, la liquidación concursal persigue la liquidación del patrimonio del deudor, como vía para satisfacer a los acreedores.

De ello deriva que la liquidación concursal no constituye un procedimiento pensado ni estructurado para liquidar sociedades, aun cuando conecta a veces en un marco de relaciones de yuxtaposición y, en otras, de coexistencia con la liquidación societaria.

En efecto, de un lado, en el art. 361.1, LSC, se dispone expresamente que la declaración en concurso de acreedores de una sociedad de capital no constituye por sí sola causa de disolución, lo que sin embargo sí acontece en un modo automático si la sociedad concursada entra en liquidación concursal, constituyendo por tanto ésta una causa de disolución de pleno derecho de la sociedad, que se añadiría a las contempladas en el art. 360, LSC.

Así mismo, se prevé expresamente en la LC, en conexión con diversos preceptos de la LSC, el “concurso de la sociedad en liquidación” que puede producirse por dos vías y al menos en dos momentos temporales distintos de la liquidación societaria.

De un lado, en un momento inicial del proceso de liquidación societaria, en conexión con la concurrencia de causas de disolución que conllevan la sustitución de los deberes de los administradores en orden a promover tempestivamente la disolución y liquidación societaria

³ En la jurisprudencia, vid. STS, 25.7.2012 otorgando en el marco de la liquidación societaria, eficacia constitutiva a la cancelación registral de las sociedades de capital, pero no sanatoria, en un supuesto en que se pretendía demandar a una sociedad cuyas hoja registral había quedado cancelada con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda, el Tribunal resalta acertadamente que la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación, produciéndose la definitiva desaparición de la sociedad sólo cuando la cancelación responda a la situación real (tesis de la liquidación controlada). En este marco, se admite que socios y acreedores, cuando la sociedad no ha sido liquidada en forma, pidan la nulidad de la cancelación y reapertura de la liquidación, para interesar la satisfacción de su crédito, demandando al mismo tiempo a quienes hayan propiciado una indebida cancelación de la sociedad, con lo que contrasta con la técnica de subsanación por la que se opta en la LSC *ex arts.* 398 y 399, LSC, en los que, siguiendo la opción de la LRSL, se contempla la acción directa frente al antiguo socio, no optándose por reabrir la liquidación y pidiendo la nulidad de la cancelación registral. Vid. comentario a esta resolución en FLAQUER RIUTORT, J., *Extinción de la sociedad anónima y desaparición de su personalidad jurídica*, en *RdS*, 40, 2013, 361 ss. Con posterioridad, en el mismo sentido de la sentencia de 25.7.2012, vid. STS (Sala de lo Civil, Secc. 1ª, n. 220/2013) de 20.3.2013. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La cancelación registral de las sociedades de capital*, Madrid 1998, tras la aprobación de la LSC. Y también LARA, R., *La extinción de la sociedad*, en (AA.VV.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Rojo - Beltrán Sánchez - Campuzano (dirs.), Valencia, 2012, 317 ss.

(art. 365.1, LSC) por un deber de solicitud de declaración del concurso de acreedores de la sociedad en liquidación que, conforme se establece en el art. 371.2, LSC, mantiene su personalidad jurídica a los efectos de la liquidación⁴. Es precisamente en este ámbito en el que se situaría la posibilidad de declaración en concurso de acreedores de la sociedad en liquidación, derivándose así mismo esta posibilidad del propio art. 3.1, LC, que legitima para solicitar la declaración de concurso no sólo al órgano de administración, sino también de liquidación, continuando tras dicha declaración los liquidadores sus funciones, aun cuando bajo el régimen de intervención o suspensión previsto en el art. 40, LC, que sin embargo cesarán automáticamente en los supuestos en que el concurso desemboque en liquidación, siendo sustituidos por la administración concursal (art. 145.3, LC), sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento, así como en los incidentes en que sea parte⁵.

Me refiero a la causa de disolución contemplada en el art. 363.1.e), relativa a las «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso».

Las pérdidas societarias cualificadas no pueden identificarse, ni son constitutivas en todo caso de un estado de insolvencia actual que determine el deber del liquidador de solicitar la declaración de concurso *ex art. 3, LC*, aun cuando en ocasiones pueden coexistir con el referido estado de insolvencia actual o inminente. Y es que, en el ámbito societario, el término “pérdidas” no debe interpretarse como una situación de disminución del patrimonio, sino que éstas se manifiestan en un ámbito contable por la existencia de un saldo acreedor en la cuenta de pérdidas y ganancias, desde donde trasciende al balance de ejercicio (art. 257, LSC), pudiendo hablarse de pérdidas sólo cuando constan en este balance, no siendo relevantes a estos efectos los balances trimestrales de comprobación⁶.

Cuando la referida coexistencia entre pérdidas e insolvencia actual concurra, ello de-

⁴ Ello conlleva no tanto una alteración del objeto o fin de la sociedad cuanto una «matización del destino de la sociedad que incide en la sociedad» superponiéndose al fin social esa ruptura de los vínculos que relaciona a la sociedad con socios y terceros, conllevando además la entrada en liquidación derivada de la concurrencia de una causa de disolución, modificaciones en la estructura orgánica de la sociedad, incidiendo ello asimismo en la posición de los socios que se ve alterada por efecto de la disolución (los socios, por ejemplo, durante este período, no tienen derecho al reparto de beneficios), produciéndose además durante la liquidación cambios que afectan a sus derechos políticos y económicos. Vid. por todos GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., 341, nt. 21. En sentido contrario, tradicionalmente GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., ha aludido a una mutación de la finalidad de la actividad social; así mismo, BLANQUER UBEROS, R., *Disolución, liquidación y reactivación de las sociedades anónimas y limitadas*, Valencia, 2001, 80 ss., esp. 82.

⁵ La aprobación de la LC/2003 supuso, respecto de la posibilidad de declaración en concurso de la sociedad en liquidación, un importante cambio sistemático de la posibilidad y legitimación para solicitar concurso en estos supuestos. En efecto, con anterioridad a la LC, el art. 281, LSA, así como el 124, LSRL, no sólo admitían expresamente la posibilidad de sometimiento de la sociedad en liquidación a la quiebra y la suspensión de pagos, sino que además configuraban en sede societaria un específico deber del liquidador de solicitar la declaración de estos procedimientos en supuestos de insolvencia de la sociedad en liquidación. No obstante, la disp. derogatoria única, ap. 3, nn. 6 y 7, LC, derogó los arts. 281, LSA, y 124, LSRL, proviniendo tras dicha derogación la posibilidad de declaración en concurso de la sociedad en liquidación del mantenimiento por la sociedad de su personalidad a los fines de la liquidación, no encontrando la legitimación y el deber legal de los liquidadores de solicitar su concurso su fundamento en sede societaria, como acontecía antes de la LC/2003, sino exclusivamente en sede concursal *ex art. 3.1, LC*. Vid., en general, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La responsabilità degli amministratori per le obbligazioni sociali nell'ordinamento spagnolo*, en (AA.VV.), *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces, 201 ss. y esp. 210 ss.

⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad como consecuencia de pérdidas*, vol. II, Madrid, 2002, 1463 ss.

termina la sustitución del deber del administrador social de convocar la junta para acordar la disolución *ex art. 365, LC*, o instar la disolución judicial, por la solicitud del concurso de acreedores. Esta sustitución de la convocatoria de junta y disolución por la solicitud de concurso, conforme a lo establecido en el art. 365.1, LSC, en conexión con el art. 5, LC, sería exigible, por expresa previsión legal, desde el momento en que el administrador social conoció o debió conocer su estado de insolvencia. Si la sociedad es insolvente, por tanto, los deberes de los administradores de instar la disolución ceden ante el deber de solicitud del concurso por el juego de los arts. 363.1.e), 367, LSC; 5.2, 3, LC. Desaparecería así, en virtud de la reforma que las disp.f.XX y XXI, LC, introdujeron en los arts. 104.1.e), LSRL; 260.1.4ª, LSA, hoy art. 363.1.e), LSC, el llamado “cumplimiento alternativo” para el administrador social, no pudiendo éste optar entre solicitar el concurso o instar la disolución si la situación es de insolvencia actual, limitándose por tanto esa posibilidad de cumplimiento alternativo tan solo a las situaciones de insolvencia inminente *ex art. 2.3, LC*, debiendo cumplir en plazo su deber. Esta sustitución de los deberes sociales del administrador social, en orden a la promoción tempestiva de la disolución y liquidación societaria por el concurso de acreedores y desplazamiento de la responsabilidad de los administradores sociales *ex art. 367, LC*, se extenderá durante el tiempo que se prolongue la duración del concurso, aun cuando la situación de desequilibrio patrimonial se mantenga o se haya manifestado sobrevenidamente en la fase común del concurso, en los supuestos en que éste no hubiere sido determinante de la declaración del concurso y aun cuando se alcance un convenio cuyo plazo de cumplimiento se extienda en el tiempo (p.e. actualmente son frecuentes convenios con más de cinco años de espera, ante la expectativa de que en ese plazo cambien las condiciones de mercado). En efecto, ello no tanto porque un precepto legal en el ámbito societario o concursal así lo establezca expresamente, excluyendo el deber del administrador *ex art. 365, LSC*, como acontece en el momento inicial de sustitución del deber de convocar la junta, por el deber de solicitar el concurso, cuanto porque es en el concurso en el que los acreedores resultan protegidos en situaciones de insolvencia, mejor que en el ámbito societario, y de ahí la sustitución de los deberes de los administradores en orden a la promoción de la disolución y liquidación por el deber de pedir el concurso, intentándose precisamente en el convenio superar esa situación, en tanto en cuanto éste se cumpla. En este sentido, el concurso sólo acaba con la firmeza del auto que declara el cumplimiento del convenio y no con su aprobación (art. 176.1.2º, LC), aun cuando desde este momento cesen los efectos de la declaración de concurso y se sustituyan por los del convenio (art. 133, LC). No obstante, no entiendo pueda considerarse la sustitución del deber de convocar la junta por la solicitud de concurso como un efecto derivado de la declaración de concurso que cesa con la aprobación judicial del convenio, sino como un efecto derivado de la normativa societaria *ex art. 365.1, LSC*, que vino motivada por las mencionadas reformas que las disp.f. XX y XXI, LC, introdujeron en los arts. 260.1.4ª, LSA; 104.1.e), LSRL, subsistiendo la razón de esta sustitución hasta que concluya el concurso, pues –insistimos– los acreedores pasan a estar protegidos en este ámbito y no en el societario, lo que determina la sustitución de los deberes societarios de los administradores por los deberes concursales, en tanto en cuanto el convenio se encuentra en fase de ejecución y cumplimiento.

Por tanto, hasta la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio, lo que determina *ex art. 176.1.2º, LC*, la conclusión del concurso resultaría inexigible a los administradores sociales el deber de convocatoria de la junta para acordar la disolución (art. 365, LC), no aplicándose por tanto el régimen de responsabilidad de administradores contenido

en el art. 367.1, LSC, en supuestos en que el concurso de acreedores se haya declarado y subsista dicha declaración⁷.

De ello deriva que si, concurriendo un estado de insolvencia tras la causa de disolución por pérdidas societarias cualificadas, el administrador convoca la junta para acordar la disolución y opta por la vía societaria de extinción no solicitando el concurso, determinando esta situación la imposibilidad de satisfacer a todos los acreedores, el registrador no debería cancelar registralmente la sociedad a solicitud del liquidador social, reenviando el tema al concurso de acreedores si hay pluralidad de acreedores que no pudieron satisfacerse en la liquidación societaria. Así mismo, incurriría el administrador en responsabilidad por deudas *ex art. 367.1, LSC*, pudiendo ser determinante dicho incumplimiento de la calificación culpable del concurso *ex art. 165.1, LC*, si finalmente solicita el administrador social tardíamente y por tanto fuera de plazo el concurso o es declarado a instancia de otro sujeto legitimado (p.e. acreedores).

En definitiva, en este supuesto la liquidación societaria se inició por la concurrencia de una causa de disolución *ex art. 363.1.e), LSC*, pero *ab initio* esta liquidación societaria quedó sustituida no tanto por la liquidación concursal cuanto por la solicitud de concurso que podrá o no concluir con liquidación. En efecto, entiendo que, aun cuando la sociedad se encuentre en liquidación societaria y en ella concurren pérdidas societarias cualificadas, sería posible alcanzar un convenio en el seno de un procedimiento concursal. De un lado, porque la sociedad mantiene su personalidad jurídica *ex art. 371.2, LSC*, como se ha adelantado, y de otro, porque resultarían en este marco aplicables las normas sobre reactivación societaria, dado que aún no se habría producido el reparto de la cuota de liquidación entre los socios, coadyuvando a la desaparición de la causa de disolución el convenio alcanzado, y por tanto a la superación del desequilibrio entre patrimonio contable y capital social, que conforme al art. 370.1, LC, obstaría a la reactivación (art. 370, LSC).

De otro lado, las conexiones entre liquidación societaria y concurso de acreedores pueden manifestarse en un momento posterior, iniciado ya el proceso liquidatorio, siendo posible de nuevo en este ámbito temporal el “concurso de la sociedad en liquidación”.

En efecto, en supuestos en que la sociedad tenga activo suficiente que le permita cumplir con los presupuestos materiales de la liquidación y en particular que le permita satisfacer o consignar los créditos de terceros acreedores, el registrador procederá a la inscripción en el RM de la escritura pública de extinción, transcribiendo en la inscripción el balance final de liquidación, haciendo constar la identidad de los socios y el valor de la cuota de liquidación que en su caso hubiere correspondido a cada uno de ellos, expresándose que quedan cancelados todos los asientos relativos a la sociedad.

Ahora bien, los problemas y posibles conexiones entre liquidación societaria y concurso de acreedores pueden plantearse cuando la sociedad en liquidación no tiene activo suficiente para “liquidar” las relaciones con terceros acreedores y no puede proceder a su satisfacción, no pudiendo por tanto concluir su proceso de liquidación material.

En estos supuestos, los socios no sólo no percibirán cuota de liquidación alguna, sino que además se suscita una particular problemática en torno a la cancelación registral de la sociedad de capital y su eficacia, dada la inexistencia hasta el momento en nuestro derecho, frente a lo que acontece en modelos como el alemán, de un específico procedimiento en sede

⁷ Vid., en este sentido, OÑATE DANCAUSA, J., *Liquidación o concurso*, en *Diario La Ley*, 4.7.2012 (*La Ley* 6994/2012) y PAREJO BALLESTEROS, D., *¿Existe obligación de convocar junta general de una sociedad en caso de concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas estando la misma en concurso?*, en *RdS*, 38, 2012.

societaria de liquidación y cancelación registral de sociedades de capital sin activo o con activo insuficiente para “culminar” su proceso de “liquidación material”. En efecto, en este marco se suscita, como una cuestión esencial, de un lado, si en todo caso la cancelación registral de la sociedad de capital con la que concluiría el proceso liquidatorio societario se condiciona al cumplimiento de las previsiones contenidas en los arts. 385, 390, 395, LSC; 247.2.3º, RRM, y en particular a la satisfacción de los acreedores sociales o consignación (arts. 391.2, 394.1, 395, 396, LSC; 235, Ccom; 1.708 en relación con el art. 1.082, Cc), que en todo caso ha de preceder al reparto del haber social restante entre los socios. Esta interpretación reconduciría la extinción de las sociedades de capital, en estos supuestos, al ámbito del concurso de acreedores, que vendría por tanto a interpretarse como el procedimiento legal alternativo de extinción de sociedades que carecen de activo, solicitándose su declaración respecto de la “sociedad en liquidación”, ámbito éste en el que, como se analizará, adquiere relevancia que sea una pluralidad o un solo acreedor el que resulte insatisfecho. De otro lado, se suscita si constituiría presupuesto necesario del cumplimiento de las previsiones contenidas en dichos preceptos la solvencia de la sociedad o, al menos, la existencia de bienes y derechos, resultando por tanto de aplicación el art. 247.2.3º, RRM, sólo si existe un haber social con el cual el liquidador pueda atender al pago de los créditos, pudiendo cancelarse registralmente la sociedad, no obstante la existencia de acreedores insatisfechos, bajo la responsabilidad del liquidador que manifiesta en la escritura de extinción de la sociedad la inexistencia de dicho haber social.

Que el liquidador debe solicitar la declaración en concurso de acreedores de la sociedad en liquidación cuando concurren los presupuestos de éste, parece claro a la vista de los arts. 3 y 5, LC, operando en este ámbito, de un lado, el régimen especial del concurso por insuficiencia o inexistencia de activo (situación en la que se encuentra la sociedad) regulado *ex art. 176-bis*, LC, como causa de conclusión del concurso y no de inadmisión de la solicitud, y de otro, la exigencia de pluralidad de acreedores exigida doctrinal y jurisprudencial e inferida como presupuesto de apertura del concurso de diversos preceptos de la LC (arts. 2.1, 4.1, 6.2.4º, 15, 19.3, 21.1.5º, 49, 76, 75.2.2º, LC). En estos supuestos, a la liquidación societaria debe sustituir la liquidación concursal, cuya finalización junto a la conclusión del concurso por insuficiencia de activo determina *ex art. 178.3*, LC, la extinción y cancelación registral de la sociedad, no debiendo proceder el registrador a la cancelación registral de la sociedad *ex art. 396*, LSC, aun cuando medie solicitud de ello, no estando no obstante exenta de problemas, como se analizará, la extinción y cancelación registral de la sociedad por la vía concursal.

El tema, sin embargo, se complica cuando es sólo un acreedor el que resulta insatisfecho, pues aun cuando en la LC/2003 no se contiene previsión expresa alguna sobre la exigencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto de la declaración del concurso, sin embargo, como se ha adelantado, dicha pluralidad es considerada jurisprudencial y mayoritariamente por la doctrina como un presupuesto implícito de dicha declaración, infiriéndose así mismo la exigencia de dicho requisito de diversos preceptos de la LC.

2. El control de la veracidad de la insuficiencia / inexistencia de activo en el marco de la liquidación societaria

En realidad, lo que subyace a estos supuestos de inexistencia o insuficiencia de activo en general y en particular para satisfacer a un solo acreedor en la liquidación societaria y la

sede adecuada para su tratamiento, es un tema general de control de legalidad y verificación de la veracidad y realidad de que realmente la sociedad no tiene activo suficiente para pagar a sus acreedores, así como de depuración de responsabilidades en torno a esta insuficiencia o, en su caso, incluso inexistencia de activo. En efecto, se cuestiona en este ámbito si el marco para que ello se active ha de ser el societario-registral, encomendándose al registrador, en virtud de la cancelación registral de los asientos de la sociedad, este control de legalidad o el concursal-judicial, siendo precisa en estos casos la colectivización del déficit patrimonial a través de la declaración de un procedimiento concursal en el que judicialmente se procedería a verificar la “realidad” de dicha inexistencia, depurándose así mismo, en una eventual sección de calificación del concurso, en su caso, las responsabilidades en las que administradores de derecho o de hecho o eventualmente cómplices pudieran haber incurrido en conexión con dicha inexistencia o insuficiencia de activo.

El tema dista de ser pacífico en su resolución práctica, a la vista de la existencia hasta el momento de contradictorias resoluciones de la DGRN en esta materia, tras las que subyace en el fondo, en ocasiones, un distinto posicionamiento interpretativo respecto de la eficacia extintiva o meramente declarativa de la cancelación registral respecto del proceso extintivo de las sociedades de capital y la eventual eficacia sanatoria de dicha cancelación respecto de los vicios de que pudiese adolecer la liquidación material de la sociedad.

En efecto, la DGRN, en resoluciones de 13.4.2000 (Residencial Delta, SL) y posteriormente de 29.4.2011 (Ocean Cosmetics, SL), se había pronunciado entendiendo que las disposiciones legales y reglamentarias que exigen el previo pago a los acreedores o la consignación o aseguramiento de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones. En este sentido, se consideraba que, acreditada la inexistencia de haber social por el liquidador en la escritura de extinción, no puede impedirse la inscripción de esta escritura en la que el liquidador manifiesta bajo su responsabilidad que resulta un solo acreedor al que no se había pagado ni asegurado su crédito, y correspondiente cancelación de los asientos registrales de la sociedad, lo que sin embargo no conllevaría la extinción de la persona jurídica, dado que su proceso de liquidación material no ha concluido y no se han agotado todas las relaciones pendientes de la sociedad, al resultar pasivo insatisfecho. Se concibe por tanto en estas resoluciones la cancelación de los asientos registrales de la sociedad como una mera fórmula de mecánica registral que permite consignar una vicisitud de la sociedad, otorgándose por tanto a dicha cancelación una eficacia puramente declarativa y no constitutiva del proceso extintivo de la sociedad, extinguiéndose ésta tan solo cuando haya concluido su liquidación material, siendo objeto de publicidad registral y, por tanto, transmitiéndose al tráfico que la sociedad no ha concluido su proceso extintivo, no obstante la cancelación al haberse inscrito una escritura de liquidación y extinción de la sociedad, en la que el liquidador manifiesta que resulta pasivo insatisfecho.

Así mismo, parece entenderse en estas resoluciones que sería la “inexistencia de haber social” y no la “inexistencia de deuda” la que permitiría la cancelación registral. En definitiva, se asume, por tanto, en estas resoluciones de la DGRN, que sería al registrador al que compete el control formal de la acreditación de la inexistencia de haber social, y se da publicidad al tráfico, mediante inscripción de la escritura de liquidación y extinción de la sociedad, de que el proceso extintivo no ha concluido bajo responsabilidad del liquidador que hace constar en la escritura de extinción que resulta pasivo insatisfecho, no obstante la cancelación registral. En este ámbito, se entiende además que no procede la remisión a la solicitud de declaración de un concurso de acreedores, por constituir la pluralidad de acreedores presupuesto nece-

sario de la apertura de dicho procedimiento, lo que no concurría en el supuesto del recurso dirigido a la DGRN, al haber resultado en aquella ocasión sólo un acreedor insatisfecho. Se entiende además en dichas resoluciones que ello no perjudica al acreedor, sobreentendiéndose que los eventuales supuestos de activo y/o pasivo sobrevenido se tratarían conforme a las normas contenidas en la LSC (arts. 398 y 399, LSC) que determinan un régimen de responsabilidad de los “antiguos socios” hasta el límite de lo que hubieran percibido como cuota de liquidación. Se armoniza así la protección de los terceros y la congruencia del registro con la realidad jurídica extrarregistral.

Frente a ello, la DGRN, en resolución de 2.7.2012 (Granjas Carnipork, SL) y posteriormente en resolución de 4.10.2012, entiende que en supuestos en que resulte insuficiente o inexistente el haber social para satisfacer a todos o a un solo acreedor, el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad sería el concurso de acreedores *ex* arts. 2; 142 ss., 178.3, LC, como procedimiento adecuado para depurar posibles responsabilidades del deudor y, en su caso, proceder a la reintegración de su patrimonio. Se considera así el concurso de acreedores a modo de procedimiento alternativo de extinción de la sociedad en el RM, en el supuesto en que los liquidadores no puedan realizar las manifestaciones que les impone el art. 395, LSC, y en consecuencia las relativas al pago o consignación de acreedores, que por tanto se entiende operarían con independencia de la inexistencia o insuficiencia de haber social, considerándose incompatible la constancia registral de la inscripción social a través de la cancelación, con la subsistencia de una deuda social insatisfecha, entendiéndose que en este caso es necesario acudir al control judicial en el marco de un concurso de acreedores, aun en el supuesto en que sea un solo acreedor el que haya resultado insatisfecho⁸.

Parece partirse, por tanto, en esta resolución de una eficacia extintiva y no meramente declarativa de la cancelación registral respecto del proceso extintivo liquidativo de una sociedad de capital, encomendándose al juez el control de legalidad formal y material de la realidad de la insuficiencia o inexistencia de haber social para satisfacer las obligaciones sociales.

A la vista de la sintética relación de la evolución de las resoluciones de la DGRN en esta materia, entiendo que reconducir al ámbito del concurso de acreedores todos los supuestos de sociedad en liquidación con inexistencia o insuficiencia de activo para satisfacer, en todo o en parte, aunque sea sólo a un acreedor, lejos de aportar mayores garantías de satisfacción de sus créditos, les coloca en peor situación de lo que hubiere derivado de haberse procedido en estos casos a la cancelación registral de la sociedad.

En efecto, de un lado porque la sociedad permanecería en el registro como sociedad inactiva o “sociedad fantasma”, contradiciendo la realidad registral a la extrarregistral, lo que conllevaría una indeseable discrepancia entre la realidad jurídica extrarregistral y la registral (la sociedad aparece inscrita como sociedad en liquidación, pero de facto no existe, no tiene activo) y haría deficiente el sistema poniendo en cuestión la finalidad fundamental del principio de legalidad que debe presidir el ámbito registral, asegurándose el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica⁹ en protección de los terceros que “confían” por el juego de la fe pública registral en lo que aparece inscrito en éste. De otro lado, porque con esta opción se estaría privando a los acreedores del posible ejercicio del marco que regula el tratamiento del

⁸ Vid. Comentario a la RDGRN de 2.6.2012, así como a las anteriores resoluciones de 13.4.2000 y 29.4.2011 en YANES YANES, P., *Liquidación societaria, acreedores insatisfechos por carencia de activo y obligatoriedad de concurso de acreedores*, en *RDCP*, 18, 2013, 231 ss.

⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Principio de legalidad*, en (AA.Vv.), *Derecho Inmobiliario y Derecho Hipotecario*, t. I, 2009, 432 ss.

activo y/o pasivo sobrevenido tras la cancelación registral (arts. 398 y 399, LSC) que tiene como presupuesto para operar, la cancelación registral de la sociedad y que podría permitirle al acreedor insatisfecho dirigirse contra los antiguos socios. A ello debe añadirse que la solicitud de concurso, ya sea presentada por el deudor (concurso voluntario) o por los acreedores (concurso necesario) no va a ser admitida a trámite por el juez de lo mercantil, que sería competente para declarar el concurso, a la vista de las resoluciones jurisprudenciales dictadas hasta este momento sobre el tema, dado que, como se ha adelantado, la pluralidad de acreedores constituye elemento consustancial a la naturaleza misma del concurso de acreedores como procedimiento de colectivización de un déficit patrimonial bajo el principio de la *par condicio creditorum*, como deriva implícitamente de diversos preceptos de la LC.

En efecto, aun cuando no es un presupuesto sustantivado ni exigido en modo explícito en la LC, en orden a la declaración del concurso su exigencia parece derivarse de diversos preceptos, como el art. 2.1, LC, en el que, al delimitarse la insolvencia se hace referencia al “deudor común” en modo indirecto, así como al regularse los deberes del ministerio fiscal (art. 4-I, LC) y en el art. 6.2.4º, LC, donde se exige al deudor que, entre otros documentos, presente con su solicitud “una relación de acreedores”, pudiendo añadirse a todo ello las referencias a la pluralidad de acreedores contenidas en los arts. 15, 19.3, 21.1.5º, 49, 76, 75.2.2º, LC, existiendo además un criterio jurisprudencial uniforme en torno a la necesaria concurrencia de dicho presupuesto¹⁰. Por tanto, puede sostenerse que no incumple su deber de solicitar el concurso el administrador social o el liquidador que no solicita la declaración en concurso de una sociedad que, aun siendo insolvente, tenga un solo acreedor insatisfecho por no concurrir uno de los presupuestos de dicha declaración.

Tras este condicionamiento, a mi entender, de la declaración del concurso a la concurrencia de una pluralidad de acreedores, en el fondo lo que subyace es un tema de marco de relaciones entre ejecuciones singulares versus colectivas, deviniendo el concurso inidóneo desde un punto de vista funcional cuando sólo concurre un acreedor insatisfecho, dado que aquél persigue la colectivización de un déficit patrimonial, disponiendo ese único acreedor de medios más expeditos y económicos para satisfacer su crédito al margen del concurso de acreedores, pudiendo acudir al marco de las ejecuciones singulares.

Es cierto que el concurso frente a un único acreedor podría encontrar su justificación, como el concurso con masa insuficiente o inexistente, en los potentes y particulares mecanismos de reintegración de la masa vía rescisión concursal *ex art. 71, LC*, que conlleva el concurso, así como en la posibilidad de depuración de responsabilidades en una eventual sección de calificación (complicidad, responsabilidad concursal *ex art. 172-bis, LC*, respecto de administradores y liquidadores de hecho y de derecho y apoderados generales), pero no es menos cierto que este único acreedor podría acudir al marco general de las acciones paulianas civiles (arts. 1.111 y 1.291.3º, Cc) y al marco de responsabilidad societaria de administra-

¹⁰ Me he manifestado con anterioridad en este sentido, en PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, Madrid, 2008. En la jurisprudencia, en este sentido, *vid.*, entre otras, y sólo a título ejemplificativo: Autos AP Las Palmas (Sala 4ª), 4.12.2009; AP Castellón (Sala 3ª), 25.11.2009; AP Castellón (Sala 3ª), 8.10.2009; AP Barcelona (Sala 15ª), 12.9.2008; AP Madrid (Sala 28ª), 10.4.2008. *Vid.* en sentido contrario en la doctrina, entendiéndose admisible la declaración de concurso con un solo acreedor, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores*, en (AA.VV.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, *cit.*, 428, admitiendo que la pluralidad de acreedores constituye presupuesto del concurso en sentido amplio pero no de la declaración del concurso de modo que aunque exista un solo acreedor el juez deberá declarar el concurso, salvo en aquellos supuestos ciertamente excepcionales en los que pudiere resultar manifiesta la inexistencia de otros acreedores resultantes incluso del propio procedimiento (fundamentalmente por el ejercicio de acciones de reintegración).

dores y liquidadores (art. 367.1, y acción social e individual de responsabilidad *ex arts.* 238 y 241, LSC), sin que, desde un punto de vista de costes temporales y económicos, resulte justificada la declaración de un procedimiento concursal con un solo acreedor.

De otro lado, no olvidemos que reconducir estos supuestos al ámbito del concurso de acreedores y en el caso de que no sea el deudor quien inste su declaración, impone al acreedor la “carga” de solicitud de concurso con la presentación de la documentación exigida *ex art.* 7, LC, debiendo depositar o consignar ante el juzgado una «cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible» si quiere que en estos supuestos el concurso de la sociedad sin activo, que sería un supuesto de concurso sin masa *ab initio*, continúe en su tramitación (art. 176-*bis*.5, LC).

Es cierto, sin embargo, que en estos casos y de optarse por la cancelación registral de la sociedad a instancia de parte *ex art.* 396, LSC, no obstante no haber concluido su proceso de liquidación material, ésta se produciría sobre la base de la mera manifestación del liquidador en la escritura de extinción, indicando que la sociedad carece de activo para pagar a todos los acreedores, sin que se prevea una adecuada publicidad de esta circunstancia, ni un período en que los acreedores puedan presentar sus manifestaciones y que, al no reconducirse el tema al concurso de acreedores, no se activará la pieza de calificación en que podrían depurarse responsabilidades, pero no lo es menos que, de un lado, el régimen de responsabilidad del liquidador por sus manifestaciones en la escritura de extinción de la sociedad es un régimen riguroso (art. 375.2, LSC), habiéndose equiparado en la Ley de Reforma de Sociedades de Capital, en su redacción tras la L. 25/2011, la responsabilidad del liquidador a la del administrador social, y de otro, que los acreedores tendrían expeditas las eventuales acciones de responsabilidad en el ámbito societario.

En efecto, esta opción interpretativa no conllevaría desprotección del “único acreedor”, ni siquiera considerando constitutiva la eficacia de la cancelación registral de la sociedad, pues, como se ha adelantado, temas distintos son, de un lado, la eficacia constitutiva de la cancelación y, de otro, su eficacia sanatoria de los eventuales vicios de que adolezca la liquidación, operando así mismo los mecanismos societarios previstos para las sociedades de capital *ex arts.* 398 y 399, LSC, en supuestos de aparición de activo y/o pasivo sobrevenidos tras la cancelación registral. Todo ello sin perjuicio del ejercicio por ese único acreedor de eventuales acciones paulianas civiles (arts. 1.111 y 1.291.3º, Cc) encaminadas a la reintegración del patrimonio del deudor, así como de otras acciones de responsabilidad de administradores y liquidadores por daño (art. 399.2, LSC), pudiendo además, en su caso, si con posterioridad aparecieran nuevos acreedores, ser solicitada la declaración en concurso de la sociedad cancelada¹¹.

En definitiva, esta interpretación, a mi entender, propicia seguridad jurídica adecuando la realidad registral a la extrarregistral y evitando eventuales comportamientos estratégicos en los que el deudor proceda al pago de la generalidad de los acreedores, menos uno, en el conocimiento de que en este contexto no va a ser declarado un concurso de acreedores en el que podrían depurarse responsabilidades en una eventual sección de calificación, ni van a operar tampoco los mecanismos contemplados en la LSC de tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenidos tras la cancelación registral pues presupuesto de ello precisamente es la cancelación registral.

¹¹ Vid. sobre la posibilidad de declaración en concurso de una sociedad registralmente cancelada, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, *cit.*, 251 ss.

3. La problemática de la extinción de sociedades sin activo en sede concursal

Sobre la base de lo expuesto en aquellos supuestos en que durante el proceso de liquidación societaria se advierta insuficiencia o inexistencia para satisfacer a una pluralidad de acreedores, la vía de extinción y cancelación registral de la sociedad en el actual marco normativo sería de carácter concursal.

El concurso de una sociedad en liquidación con activo insuficiente o inexistente para satisfacer a sus acreedores, constituiría uno de los supuestos que integran la tipología de los denominados “concurso con insuficiencia de masa”¹², que tradicionalmente en nuestro Derecho han planteado una particular problemática en sede de declaración del concurso, cuestionándose si la suficiencia de masa constituiría, por sí misma, un presupuesto para la declaración del concurso o más bien de conclusión del concurso, tema éste resuelto tras la reforma de la LC, en virtud de la L. 38/2011¹³.

3.1. Sobre la insuficiencia de masa activa como causa de conclusión del concurso de acreedores

Con anterioridad a la reforma introducida en la LC/2003, en virtud de la L. 38/2011¹⁴, constituía éste un tema debatido y frente al que no había un criterio jurisprudencial uniforme, en contraste con lo que acontecía respecto de la exigencia implícita en la LC de la pluralidad de acreedores. Ello determinaba respecto del tema objeto de análisis, esto es, en relación a la oportunidad de acudir al concurso de acreedores con el fin de cancelar y extinguir “sociedades en liquidación sin activo”, que en los supuestos en que el registrador optaba por considerar que los presupuestos de los arts. 385, 390, 395, LSC; 247.2.3º, RRM, también operaban cuando es insuficiente o inexistente el haber social y reenviase el tema al ámbito concursal, podría darse la circunstancia de que el juez de lo mercantil estimase necesaria la existencia de una masa activa mínima *ab initio* y no admitiese la solicitud de concurso con el fin de poder extinguir y cancelar registralmente la sociedad, con lo que la misma ni podría cancelarse registralmente, ni ser declarada en concurso de acreedores, permaneciendo inscrita en el registro como una sociedad inactiva, al no tener haber social y en perpetuo estado de liquidación, como una “sociedad fantasma”¹⁵.

Tampoco en la doctrina el tema era pacífico y no voy a reproducir en este lugar los

¹² La otra tipología más frecuente y dejando al margen los supuestos de declaración en concurso de personas físicas que suelen encuadrarse en esta categoría, serían los supuestos de convenio alcanzado y posteriormente incumplido que ha generado gastos durante el tiempo de su ejecución, durante el que pervive el concurso, aun cuando en estado “latente” (pensemos que en la actual coyuntura económica los convenios contemplan plazos de espera entre 5 a 10 años), concluyendo sólo el procedimiento cuando el convenio se cumple en su totalidad o integridad (art. 176.1.21, LC) y que cuando se abre la liquidación conexas a dicho incumplimiento declarado por resolución judicial firme (art. 143.1.5º, LC) no hay masa para cubrir esos gastos.

¹³ [En este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas, ànte*; CORDÓN MORENO, F., *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español, ànte*.]

¹⁴ [Sobre las principales características del largo proceso de reforma, hasta hoy, *amplius*, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *cit.*, *ànte*.]

¹⁵ Vid. síntesis de los pronunciamientos jurisprudenciales con anterioridad a la Ley de Reforma 38/2011, PULGAR EZQUERRA, J., *La inexistencia o insuficiencia de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores*, t. III. Madrid, 2007, 2007 ss.

argumentos en los que fundamenté, hace ya algunos años –cuando parecía que el concurso sin masa era un puro ejercicio de elucubración académica, que posteriormente la aguda crisis económica ha convertido lamentablemente en una realidad constatable en la práctica en mayor medida de lo que sería deseable– mi interpretación de entender que la suficiencia de masa activa constituía causa no tanto de inadmisión como de conclusión del concurso de acreedores, sobre la base del principio de universalidad del patrimonio (art. 76, LC) que conlleva implícitamente la distinción entre “masa de hecho” y “masa jurídica” del concurso, así como las funciones encomendadas al concurso de acreedores en orden a poner en marcha mecanismos de reintegración (rescisiones concursales) y completamiento de la masa activa vía depuración de responsabilidades (complicidad/responsabilidad concursal por déficit patrimonial *ex* sección de calificación concursal)¹⁶.

Lo cierto es que la L. 38/2011 ha introducido una importante reforma en el tratamiento del tema, modificándose la redacción del art. 176, LC, relativo a las causas de conclusión del concurso, e introduciéndose un nuevo art. 176-*bis*, LC, en el que regulándose las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, se introduce en estos supuestos un particular sistema de prelación en el cobro de los créditos contra la masa.

Las principales modificaciones que se han introducido en este ámbito han sido las siguientes: *i*) En el art. 176.3º, LC, se contempla como causa de conclusión del concurso «En cualquier estado del procedimiento cuando se compruebe la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa». Se sustituye así el término “inexistencia de masa” al que se aludía con anterioridad a la L. 38/2011 –que había generado una controversia doctrinal sobre la inclusión en la inexistencia (no hay nada) de los supuestos de insuficiencia de masa activa (hay, pero no es suficiente)– por “insuficiencia de masa”¹⁷, concretándose los acreedores respecto de los que debe manifestarse dicha insuficiencia, limitándose a los “créditos contra la masa” frente al anterior silencio sobre el tema que también había generado un debate en torno a los acreedores respecto de los que debía manifestarse dicha inexistencia. *ii*) Expresamente se admite la declaración de concurso con insuficiencia de “masa *ab initio*”, no constituyendo por tanto óbice dicha insuficiencia dentro de la que resultaría comprendida la inexistencia para la declaración de concurso, regulándose lo que se podría denominar “cierre express” en el art. 176-*bis*.4, LC, en el que se admite la posibilidad de que el juez acuerde la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso «cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento, ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros». *iii*) Así mismo, como novedad, se considera la finalización de la fase de liquidación concursal en el art. 176.1.2º, LC, como una causa autónoma de conclusión del concurso, cualquiera sea su resultado con o sin satisfacción íntegra de los acreedores que con anterioridad a la L. 38/2011, no se regulaba con autonomía respecto de la conclusión del concurso. *iv*) Se anuda *ex* art. 178.3, LC, automáticamente en modo cuestionable, como se analizará a continuación, en todo caso, a la terminación del concurso por conclusión de la liquidación o insuficiencia de masa activa la extinción de la persona jurídica y su “cancelación registral”, sustituyéndose así acertadamente la anterior referencia contenida en la LC al “cierre regis-

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes*, en (AA.VV.), *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, Monografía 11, 2009, asociada a la RDCP, 36 ss.

tral”, pues ambos términos, “cancelación” y “cierre registral”, tienen un alcance y significado registralmente distintos, conectándose a la extinción perseguida con la conclusión del concurso la cancelación registral y no tanto el cierre registral.

La referencia al concurso con insuficiencia de masa ha de entenderse, por tanto, en el marco de la reforma acometida de la LC/2003, en virtud de la L. 38/2010, no en relación a todo concurso en que se manifieste una insuficiencia de masa que hasta cierto punto forma parte del concepto de insolvencia, sino en relación a concursos en los que no hay activo suficiente para cubrir los créditos contra la masa *ex art.* 84, LC, dentro de los que se engloban no sólo los “gastos derivados del procedimiento” (costas y gastos judiciales ocasionados por la declaración y la representación y asistencia del deudor) sino también los generados, por ejemplo, por la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Las modificaciones introducidas que, como se analizará a continuación plantean en ocasiones una problemática particular, sin embargo, resuelven, en relación a nuestro tema de estudio, la posibilidad de solicitar y declarar en concurso una sociedad en liquidación que no tiene haber social para pagar a una pluralidad de acreedores, pues se admite que la insuficiencia de masa constituye no tanto presupuesto de la declaración del concurso como de su conclusión, pudiendo vincularse a dicha conclusión del concurso la extinción y cancelación registral de la sociedad a la que a instancia de parte *ex art.* 396, LSC, no pudo proceder el registrador mercantil.

La conclusión del concurso por terminación de la liquidación o inexistencia de masa activa conlleva como efecto automático y, por tanto, en principio según el tenor literal del art. 178.3, LC, no sometido a la discrecionalidad del juez la extinción y cancelación de la sociedad. En este sentido, se establece «la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Se introduce así en la LC una nueva causa de extinción de sociedades de capital, que se añadiría a las contempladas en el art. 363, LSC, derivada de la conclusión del concurso de acreedores por las causas señaladas, que en algunos supuestos cierra el marco de relaciones entre liquidación societaria y concurso de acreedores y procede, cualquiera sea la fase del concurso en que se declare dicha conclusión (fase común, convenio o liquidación), así como con independencia de que la sociedad estuviere o no disuelta con anterioridad. Ello sin perjuicio de que, conforme se dispone en el art. 361.2, LSC, así como en el art. 145.3, LC, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución de pleno derecho de la sociedad si no estuviese acordada, pudiendo por tanto concluir el concurso por las anteriores causas con extinción de la sociedad, sin disolución previa, lo que acontecerá si la sociedad no se encontraba, con carácter previo a la declaración del concurso, en liquidación societaria y tampoco se hubiera abierto en el concurso la fase de liquidación.

A la conclusión del concurso *ex art.* 178.3, LC, por conclusión de la liquidación o insuficiencia de masa activa, parece vincularse inexorablemente y en todo caso la extinción de la persona jurídica, lo que sin embargo no se producirá cuando el concurso concluya por otras causas, excediendo del ámbito del presente trabajo los efectos conectados a esas otras causas de conclusión¹⁸.

No obstante el tenor literal de la LC, esta extinción no puede sostenerse en un modo tan

¹⁸ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. - MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Comentario al art. 145 LC*, en (AA.VV.), *Comentario de la Ley Concursal*, Rojo - Beltrán Sánchez (dirs.), t. II, Madrid, 2004, 2337 ss.

automático ni inexorable, dada la configuración como novedad de la liquidación como una causa autónoma de conclusión del concurso de acreedores, con independencia de que en ella resulten satisfechos todos los acreedores y el tránsito que se ha producido desde la “inexistencia” a la “insuficiencia de activo”, así como la posibilidad de que esta “insuficiencia” se advierta por el juez desde el momento mismo de la declaración del concurso o en cualquier estado del procedimiento, antes o en conexión con la liquidación, lo que determina la oportunidad de “matizar” y distinguir distintos supuestos en relación a la extinción de la persona jurídica y la necesidad en todo caso de cohonestar y poner en conexión dicha extinción con las normas societarias que regulan el tema y en particular con los arts. 385, 390, 395, LSC; 247.2.3ª, RRM.

Por ello, es preciso distinguir al menos dos supuestos distintos que podrían tener una distinta incidencia en la extinción de la persona jurídica que con dicha declaración de concurso perseguimos obtener, planteándose una distinta problemática en aquellos supuestos en que el juez, en el mismo auto de declaración del concurso, acuerda su conclusión por insuficiencia de masa *ex art. 176-bis.4, LC*, (cierre express), por concurrir las circunstancias allí contempladas, lo que acontecerá frecuentemente cuando la masa sea inexistente, de aquellos otros en que dicha conclusión viene precedida de una liquidación concursal, por concurrir un activo, aun cuando insuficiente, para satisfacer a todos los acreedores.

Y es que, en efecto, no es lo mismo que no pueda satisfacerse a los acreedores sociales en una liquidación social porque la sociedad no tiene ningún activo (inexistencia absoluta de activo) que aquellos otros en los que habría haber social pero éste resulta insuficiente para satisfacer a todos los acreedores sociales (insuficiencia de activo), y todo ello en conexión con el tránsito que se ha producido en la L. 38/2011 de la “inexistencia” a la “insuficiencia” de masa activa.

3.2. *La matización del efecto extintivo conectado a la conclusión del concurso por liquidación o inexistencia de activo*

En efecto, en el art. 176.1.2º, LC, se sitúa en la firmeza del auto que declara finalizada la fase de liquidación una causa de conclusión del concurso, sin especificarse si dicha conclusión de la liquidación habrá de haberse producido sin que todos los acreedores hayan sido satisfechos, lo que será lo más frecuente como puede comprobarse en la práctica, o si podrían haber resultado todos los acreedores satisfechos resultando incluso activo sobrante, de donde puede derivarse -ante el silencio legal- que en ambos supuestos se produciría la conclusión del concurso. Y ello no obstante seguir contemplándose en el art. 176.1.4º, LC, la conclusión del concurso en «cualquier estado del procedimiento cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio», en la que, a mi entender, no resultarían incluidos los supuestos en que los acreedores resultaren eventualmente íntegramente satisfechos en la liquidación concursal, reservándose esta causa de conclusión para supuestos en que los acreedores resulten satisfechos por vías distintas al convenio o la liquidación, no excluyendo por tanto el art. 176.1.4º, LC, la conclusión del concurso por liquidación con íntegra satisfacción de los acreedores¹⁹.

¹⁹ A una interpretación distinta llega VALPUESTA, E., *Conclusión y reapertura del concurso*, en (AA.VV.), *El concurso de Acreedores*, Pulgar Ezquerria (dir.), Madrid, 2012, 606 ss., entendiéndose que los supuestos en que los

Pues bien, en estos casos en que la liquidación conlleva la satisfacción íntegra de los acreedores y resulta activo sobrante tras dicha liquidación, la extinción de la persona jurídica no puede anudarse a la liquidación concursal, pues en ésta lo que se ha hecho ha sido liquidar un patrimonio con el fin de satisfacer a terceros acreedores, pero no con los socios, resultando activo a repartir, lo que habrá de efectuarse conforme a las normas societarias. Ello determina que la administración concursal debería convocar junta de socios (por analogía con el art. 173, LC), para que nombre a los sujetos que deben continuar con la liquidación societaria que no se produjo en sede concursal al resultar activo sobrante tras la satisfacción de los acreedores, salvo si en los estatutos éstos ya hubieran sido designados, pudiendo no obstante también asumir la administración concursal estas funciones, liquidando conforme a las normas societarias, no conllevando por tanto en estos supuestos no obstante concluir el concurso por liquidación la extinción de la persona jurídica.

Así mismo, el tránsito operado en la Ley de Reforma 38/2011 de la inexistencia a la insuficiencia de masa como causa de conclusión del concurso *ex art. 176.1.4º*, LC, en “cualquier estado del procedimiento” conlleva que aun cuando la inexistencia como ausencia absoluta y total de activo constituiría evidentemente un caso de insuficiencia de activo, podría haber supuestos en que dicha insuficiencia conlleve la existencia de algún activo, aunque resulte insuficiente incluso para cubrir los créditos contra la masa. Si a ello se añade que, tras la L. 38/2011, se admite en el art. 176-*bis*.4, LC, el denominado “cierre express” en virtud del cual el juez puede acordar la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración del concurso, «cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será previsiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento, ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, impugnación o de responsabilidad de terceros», habría que concluir que en los supuestos de *cierre express* en los que no se haya producido una previa liquidación concursal o societaria, la conclusión del concurso sólo conllevará la extinción de la persona jurídica si concurre una “inexistencia absoluta de activo”; contrariamente, si el *cierre express* se produce en supuestos de “insuficiencia de activo” la conclusión del concurso no conllevaría la extinción de la sociedad, no habiéndose previsto por el legislador concursal en estos supuestos un modo de realización de los bienes, ni habiendo dado solución a las relaciones bilaterales pendientes o a los procedimientos judiciales en tramitación, dado que el concurso es un procedimiento de liquidación de patrimonios y no de sociedades. En este sentido, debería aplicarse en este ámbito una solución paralela a la analizada respecto de la conclusión del concurso por conclusión de la liquidación con satisfacción íntegra de los acreedores y haber social restante, esto es, convocatoria de la junta de socios en esta ocasión por el juez porque la administración concursal ni fue nombrada al cerrarse el concurso en el mismo auto de declaración y liquidación de ese haber insuficiente, conforme a las normas societarias de liquidación²⁰, produciéndose un

acreedores resulten satisfechos en la liquidación concursal constituirían una causa de conclusión del concurso por satisfacción íntegra de los acreedores y no por conclusión de la liquidación.

²⁰ En la jurisprudencia de los jueces de lo mercantil, las posturas pueden ser entender que el mandato de cancelación es imperativo en todo caso, procediéndose a la cancelación, a la que le otorgaría una eficacia declarativa, y procediéndose por la vía de la jurisdicción voluntaria al nombramiento *ex art 398.2*, LSC, de quien realice funciones de la liquidación, o bien entender que sólo se procederá a la cancelación si ha habido una auténtica previa liquidación societaria. Vid. el acertado Auto JM Palma de Mallorca, 22.2.2012, y comentario de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., a esta resolución en *La extinción de la persona jurídica en la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa declarada en el propio auto de declaración de concurso (Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, de 22 de febrero de 2012*, en *ADCo*, 27, 2012, 373 ss., el cual manifestó con anterioridad esta misma posición en BELTRÁN

efecto boomerang de la liquidación concursal a la societaria, concluyendo este proceso con la cancelación registral de la sociedad a instancia de parte *ex art.* 396, LSC.

En el supuesto de sociedades sin activo respecto de las que el registrador deniega su cancelación registral por resultar pasivo insatisfecho, la sociedad se ha disuelto, ha realizado las operaciones de liquidación societaria en orden a concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas necesarias para la liquidación, se habrán cobrado los créditos pendientes, ya sean de terceros ajenos a la sociedad o de socios (p.e. a quienes se haya concedido algún crédito *ex art.* 162, LSC, o derivados del incumplimiento de sus obligaciones referidas al capital social en el tipo de anónima), se habrán enajenado los bienes sociales *ex art.* 387, LSC, y, no obstante ello, en el balance final consta que la sociedad no tiene activo o el que tiene resulta insuficiente para satisfacer, en todo o en parte, a todos o a alguno de los acreedores.

Por tanto, la sociedad de capital que persigue su extinción y cancelación registral por la vía del concurso de acreedores, ante la negativa del registrador mercantil a cancelar registralmente por resultar pasivo insatisfecho, constituye un supuesto de sociedad disuelta y “liquidada socialmente”, aun cuando no puede culminar ese proceso extintivo ante la imposibilidad de satisfacción de los acreedores.

Por ello, aun cuando el juez decidiese el *cierre express* del concurso en el mismo auto de declaración por entender que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o de responsabilidad de terceros, en cuyo caso la apertura/cierre del concurso habría tenido como finalidad el cumplimiento de las obligaciones legales societarias y concursales *ex arts.* 5 y 3.1, LC, y la verificación por el juez en protección de los acreedores de que realmente no hay activo ni acciones de reintegración o responsabilidad posibles, esta conclusión del concurso por insuficiencia de masa en todo caso conllevaría la extinción de la persona jurídica, sin perjuicio, como se analizará más adelante, de la reapertura del concurso si sobreviniera activo tras la conclusión del concurso.

Si el juez decidiese declarar el concurso por considerar viables esas acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros, el concurso no desembocaría en convenio, pues la sociedad, en su caso, si resultare activo sin liquidar o éste proviniera del ejercicio de acciones de reintegración, estaría socialmente liquidada, sin que sea posible operar la “reactivación” que conllevaría un eventual convenio. En este ámbito, se ejercitarían las acciones de reintegración y se abriría la “liquidación concursal” de una “sociedad en liquidación societaria”, que conllevaría apertura de la sección de calificación en la que se depurarían eventuales responsabilidades (p.e. complicidades o responsabilidad concursal *ex arts.* 172.2.3º y 172-bis, LC), pudiendo distinguirse en este ámbito, al menos en teoría, dos posibles situaciones.

De un lado, aquella en que, en virtud de lo reintegrado a la masa y las correspondientes depuraciones de responsabilidad resultaren satisfechos todos los acreedores, consumiéndose todos los bienes que han reintegrado o completado el patrimonio en dicha satisfacción, en cuyo caso la conclusión conllevaría la extinción de la persona jurídica *ex art.* 178.3, LC.

De otro, aquel supuesto –menos probable en la práctica, pero no imposible– en que resultaren satisfechos, en virtud de las referidas operaciones, todos los acreedores, y resultare activo sobrante, en cuyo caso de nuevo habría que aplicar la solución propugnada para la conclusión de la liquidación con satisfacción de los acreedores y haber social restante, esto es, liquidación societaria previa convocatoria de junta o asunción por la propia administración concursal de estas funciones, solicitándose finalmente la cancelación registral de la sociedad

SÁNCHEZ, E., *La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores*, cit. Así mismo, vid. entendiendo que la cancelación sólo procedería si le ha precedido una liquidación material, Autos JM Madrid, n. 1, 24.10.2012 y 3.12.2012.

a instancia de parte, esto es, del liquidador o de la administración concursal si asumió esta función *ex art.* 396, LSC.

3.3. *La cancelación registral de oficio como contenido de la resolución judicial de conclusión del concurso por insuficiencia de masa*

Conforme se establece en el art. 178.3, LC, en su redacción tras la L. 38/2011²¹, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, además de acordar su extinción, «dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Con la referencia a la “cancelación registral de la inscripción” se introduce, como se ha adelantado, en el art. 178.3, LC, una acertada reforma, en virtud de la L. 38/2011, respecto de la originaria redacción del precepto, no sólo terminológica sino también conceptual, al sustituirse la anterior referencia contenida al “cierre registral” por la “cancelación registral”.

En efecto, si lo que se quiere establecer es que, extinguida la sociedad en virtud de la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, hay que proceder a la constancia registral de dicha extinción, el término adecuado no es el “cierre registral” sino la “cancelación registral de la inscripción”, pues aun cuando es cierto que la cancelación conlleva el cierre definitivo de la hoja registral de la sociedad (art. 388.2º, RRM), no es menos cierto que la mera referencia al cierre por sí misma no es alusiva a la conclusión del proceso extintivo de la sociedad. Con ese término, se alude también a una medida claramente coercitiva que tiene por objeto garantizar la efectividad del cumplimiento de la obligación de publicidad registral de las cuentas anuales, *ex arts.* 281 y 282, LSC, en virtud de la cual se deniega a la sociedad el acceso al registro de cualquier hecho inscribible, salvo los relativos a la baja de los representantes legales, disolución y nombramiento de liquidadores, así como de los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa, no siendo claramente a este cierre al que se quería aludir en la originaria redacción de la LC/2003²².

De ahí que haya de valorarse positivamente su sustitución por el término “cancelación registral” con el que se alude a un asiento registral de signo inverso al de la inscripción (art. 33.1, RRM) con el que se hace constar en los registros públicos la extinción de la persona jurídica, que es lo que se persigue con la conclusión del concurso por terminación de la liquidación o insuficiencia de masa activa.

Se trata, por tanto, de un efecto conexo a la extinción de la persona jurídica que se vincula a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa o conclusión de la liquidación y que conlleva como premisa la inscripción de la persona jurídica en un registro público, ya sea civil, mercantil o de otras características, lo que es posible dado el principio de unidad subjetiva que caracteriza a la LC/2003, pudiendo resultar sometido al concurso todo deudor

²¹ [Sobre las líneas generales de la reforma de 2011, por todos, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas, ante.*]

²² Me he ocupado de las diferencias entre cierre y cancelación registral en *La cancelación registral de las sociedades de capital*, *cit.* Vid. sobre el tema del cierre registral como medida coercitiva LEÓN SANZ, F.J., *El cierre del registro mercantil: problemas que plantea su aplicación*, en *RdS*, 10, 1998, 282 ss. Más recientemente, TENA, R., *Uso y abuso del cierre registral*, en *El notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre, 2009, 196 ss.

común, con independencia de su condición empresarial. No procedería, por tanto, la cancelación registral de los asientos de la sociedad cuando ésta no esté inscrita en ningún registro público (p.e. sociedad civil).

En el supuesto de conclusión del concurso por estas causas, respecto de sociedades de capital, la referida cancelación de la inscripción de los registros públicos concurrirá en todo caso, pues se trata de tipos sociales que nacen como tales en virtud de inscripción registral (art. 20 en conexión con el art. 33, LSC, inscripción constitutiva), habiéndose producido esa inscripción incluso respecto de una eventual sociedad irregular, que para poder ser declarada en concurso, precisa, por el principio de tracto sucesivo registral, previa inscripción de la sociedad²³. Así mismo, tienen igualmente con posterioridad constancia registral las vicisitudes jurídicamente más relevantes de la vida social, entre las que se encuentran las concernientes a su proceso extintivo: inscripción de la causa de disolución, reactivación en su caso (art. 370, LSC) y cancelación registral de la sociedad (art. 396, LSC).

La previsión contenida en el art. 178.3, LC, de que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso “dispondrá” la cancelación de su inscripción en los registros públicos, se generaliza a todo supuesto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa o finalización de la liquidación, debiendo no obstante matizarse este efecto, al igual que el referido efecto extintivo, en función de que se trate de un supuesto de liquidación concursal o incluso de insuficiencia de activo en el que puedan resultar satisfechos todos los acreedores por efecto de las acciones de reintegración y depuración de responsabilidades o de un supuesto de insuficiencia de masa o liquidación sin resultado de satisfacción de los acreedores.

En efecto, en aquellos supuestos difíciles en la actual práctica, como se evidencia por las estadísticas pero posibles y deseables en un futuro próximo, en que resulten satisfechos los acreedores en la liquidación concursal y resulten activos sobrantes, el juez no podrá disponer en la resolución judicial que declara la conclusión del concurso la cancelación de su inscripción en los registros públicos, porque, como se ha analizado, la sociedad se ha “liquidado concursalmente” con el pago a los acreedores, pero no se ha liquidado socialmente, debiendo optarse por la continuación de la sociedad o su liquidación societaria. En este último supuesto, como se ha analizado, el administrador concursal podría convocar junta para que designe la persona que se encargará de dicha liquidación societaria o asumir él mismo estas funciones, procediendo a realizar las operaciones de adjudicación o división del patrimonio y otorgando escritura pública de extinción y solicitando la cancelación registral de la sociedad *ex art. 396, LSC*, en cuyo caso nos hallaríamos ante un supuesto de cancelación registral a instancia de parte.

Diferente, sin embargo, ha de ser el planteamiento en supuestos, que serán los más frecuentes en la práctica, en los que resulten acreedores insatisfechos en la liquidación concursal o se trate de un supuesto de inexistencia de masa, para los que realmente está prevista la previsión contenida en el art. 178.3, LC, en los que el juez dispondrá en su resolución la cancelación registral de la persona jurídica en los correspondientes registros públicos.

En estos supuestos, nos encontraríamos ante una cancelación registral que se produce no en virtud de escritura pública de extinción, aun cuando en el caso de una sociedad de capital que procede de un frustrado proceso extintivo societario por inexistencia de haber social, esta escritura de extinción haya sido otorgada por los liquidadores y en ella precisamente conste

²³ Sobre este tema, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, cit., 244 ss.; QUINTANA CARLO, I., *Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor común*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 101 ss.

su manifestación de inexistencia de haber para el pago de las deudas, sino en virtud de la resolución judicial que declara la conclusión del concurso por terminación de la liquidación o insuficiencia de masa y en la que, de un lado, “se acuerda” la extinción de la persona jurídica y, de otro, “se dispone” «la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

No se trata, por tanto, de una cancelación a instancia de parte, como la contemplada en el art. 396, LSC, instada por los liquidadores como culminación de un proceso extintivo societario, que es la única modalidad de cancelación registral contemplada en la LSC, pero tampoco se está introduciendo una nueva modalidad de cancelación ni ello constituye una falta de coordinación con las previsiones de dicho texto, sino que nos encontramos ante un nuevo *subtipo* dentro de la genérica categoría de cancelación de oficio, en virtud de resolución judicial. En efecto, en nuestro Derecho, tradicionalmente se ha distinguido, junto a la cancelación a instancia de parte, que como se ha adelantado es la única contemplada en la LSC, *ex art.* 396, LSC, la cancelación de oficio dentro de la que tradicionalmente se ha situado, de una lado, la “cancelación en cumplimiento de un mandato legal” en ocasiones conectado al tipo social de anónima, con una vigencia y operatividad limitada en el tiempo al conectarse al período transitorio de adaptación a la LSA, de 25.7.1989, en materia de capital mínimo (*disp.t.VI.2, LSA*) y en otras, con independencia del tipo social de que se trate (*disp.ad.XVII, L. 17/2001, de Marcas, en conexión con el incumplimiento de la sentencia que impone el cambio de la denominación social*). De otro, “la cancelación en ejecución de sentencia judicial de nulidad de lo inscrito”, dado que lo inscrito está bajo la custodia de los tribunales, pudiendo éstos, si procede, anularlo, lo que conecta con la eficacia no sanatoria de la inscripción en el RM (*art. 20.2, Ccom*), así como con la presunción de exactitud y validez de que goza lo inscrito en el registro (*arts. 20.1, Ccom; 7.1, RRM*)²⁴.

Pues bien, a estos supuestos de cancelación registral de oficio se añade en el art. 178.3, LC, en conexión con la nueva causa de extinción societaria que conlleva la conclusión del concurso por insuficiencia o finalización de la liquidación (*arts. 176.1.3º y 176.1.2º, LC*), una nueva clase de cancelación registral de oficio, en ejecución de la resolución judicial que acuerda la conclusión del concurso por conclusión de la liquidación o insuficiencia de masa activa y la extinción de la persona jurídica y «dispone la cancelación de su inscripción en los registros públicos», expidiéndose mandamiento, se sobreentiende a los encargados de dichos registros (registrador mercantil, encargados del registro de asociaciones, fundaciones, cooperativas, etc.).

Esta cancelación registral de oficio en ejecución de la resolución judicial, que acuerda la conclusión del concurso y la extinción de la persona jurídica, es la que se producirá en conexión con las sociedades en liquidación sin activo o con activo insuficiente cuya cancelación registral remite, como hemos analizado en ocasiones, el registrador al ámbito concursal.

En relación a la eficacia de esta cancelación registral, el tenor literal del art. 178.3, LC, podría inducir a entender que nos hallaríamos ante una cancelación de eficacia meramente declarativa, conectando la extinción no tanto a la cancelación registral cuanto a la resolución judicial que declara la conclusión del concurso («la resolución judicial (...) acordará su extinción»). No obstante, entendemos que la extinción de la sociedad de capital por vía concursal ha de conectarse también, como acontece en el ámbito de la liquidación societaria,

²⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La cancelación registral de las sociedades de capital*, cit.

a su cancelación registral (eficacia extintiva/constitutiva de la cancelación), sobre la base del carácter constitutivo de la inscripción de las sociedades de capital en fase de fundación (art. 20, en conexión con el art. 33, LSC), concluyéndose que, dado que estos tipos sociales para adquirir su personalidad han de inscribirse, también su extinción habría de conectarse a su cancelación registral, teniendo por tanto dicha cancelación registral un efecto extintivo (extinción de la persona jurídica) por contraposición a un efecto constitutivo (adquisición de la personalidad jurídica)²⁵.

Llegados a este punto, no obstante, la cuestión clave es determinar si la extinción de la persona jurídica, por efecto de la conclusión del concurso por las causas analizadas conlleva, a su vez, la extinción del pasivo insatisfecho u operaría el principio de responsabilidad patrimonial universal *ex art. 1.911, Cc*, lo que en su caso debería conciliarse con la analizada extinción y cancelación registral de la sociedad de capital, materia ésta en la que se han introducido importantes novedades en virtud de la reforma de la LC/2003, por la recientemente aprobada L. 14/2013, de «Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización» (y posteriormente modificada y completada hasta la entrada en vigor del RDL 1/2015)²⁶.

4. Sobre la subsistencia de responsabilidad tras la conclusión del concurso vs. extinción de la persona jurídica

4.1. La discharge impropia vinculada a la extinción de la persona jurídica

Con anterioridad a la reforma introducida (en la LC/2003) por la L. 14/2013, modificada y completada por el RDL 1/2015, en el art. 178.2, LC, se establecía «En los casos de conclusión el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».

Se preveía así expresamente, tras la conclusión del concurso por la finalización de la liquidación o insuficiencia de masa activa, la subsistencia de la responsabilidad del deudor, sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal *ex art. 1.911, Cc*, con independencia de su condición de persona física o jurídica, no contemplándose exoneración alguna del pasivo insatisfecho ni respecto de deudor persona física ni jurídica, lo que contras-

²⁵ Vid. síntesis de los pronunciamientos doctrinales en conexión con la eficacia constitutiva de la cancelación registral de las sociedades de capital; PULGAR EZQUERRA, J., *La cancelación registral de las sociedades de capital*, cit., 57 ss. Vid. sobre la eficacia constitutiva de la cancelación registral: LARA, R., *La extinción de la sociedad*, cit., 317 ss., *ex* conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de activo con anterioridad a la Ley de Reforma 38/2011; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. - MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Comentario al art. 145 LC*, cit., y con posterioridad a dicha Ley de Reforma, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores*, cit., 447. En la jurisprudencia, sin embargo, pareciendo conceder una eficacia declarativa a la cancelación, vid. Auto AP Madrid, 28.11.2007; SAP Zaragoza, 5.6.2007; SAP Barcelona, 6.7.2005. No obstante, en estas resoluciones probablemente se identifica la eficacia constitutiva con una eficacia sanatoria de eventuales vicios de la liquidación, no siendo sin embargo contradictorio sostener la eficacia constitutiva de la cancelación y, a la vez, no concederle eficacia sanatoria. Vid. por todas, STS, 25.7.2012. Vid. también sobre el carácter declarativo de la cancelación, RDGRN, 5.3.1996.

²⁶ [Amplius, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., cit., *ante*; CORDÓN MORENO, F., cit., *ante*; MARTÍNEZ MULLERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso*, *infra*; SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso*, *infra*.]

taba con otros modelos de Derecho Comparado Norteamericano y europeo (modelo italiano, francés y alemán), en los que se contemplan desde hace ya algún tiempo mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho, al menos en relación al deudor persona física.

No obstante, el referido art. 178.2, LC, ha sido objeto de una nueva redacción en virtud de la L. 14/2013 (de Apoyo a los Emprendedores, posteriormente modificada y completada por el RDL 1/2015), eliminándose la expresa referencia a la subsistencia de la responsabilidad patrimonial universal de deudores e incorporándose un mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho respecto de deudores personas naturales (sin especificación de su condición empresarial), en supuestos de conclusión del concurso por liquidación de la masa activa y en las condiciones legalmente establecidas, que se completa con el mecanismo exoneratorio también previsto para deudores personas naturales, pero en este caso empresarios, en el art. 242.2.5º, LC, en un concurso consecutivo precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos incumplido o imposible de alcanzar. En ambos supuestos, los mecanismos exoneratorios se prevén exclusivamente respecto del deudor persona natural empresario en el supuesto del art. 242.2.5º, LC, y sin referencia a esta condición en el art. 178.2, LC, persiguiéndose con dicha exoneración evitar la exclusión social en supuestos de deudor persona natural no empresario y propiciar un *fresh start* en relación a deudores empresarios, sin referencia alguna al deudor persona jurídica²⁷.

Y es que la previsión de mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho no parece necesaria en este ámbito [es decir, en el seno del concurso], pues en principio, si se extingue la persona jurídica *ex art.* 178.3, LC, en conexión con la conclusión del concurso, no habrá sujeto frente al que hacer efectiva dicha responsabilidad subsistente y, por tanto, se podría entender que dicha extinción operaría, frente a lo que acontece respecto de la persona física que no se “extingue” con la conclusión del concurso, a modo de *discharge impropia* produciéndose una condonación del pasivo insatisfecho.

No obstante, entendemos que aun cuando, desde un punto de vista práctico, ello en efecto podría equivaler a una *discharge impropia*²⁸ respecto del deudor persona jurídica, sin embargo, desde un punto de vista de dogmática jurídica, no nos hallaríamos ante una condonación sino ante una “responsabilidad condicionada” que en protección de los acreedores se condiciona en un marco concursal a la aparición de nuevos bienes vía reapertura del concurso y en un ámbito societario a la posibilidad de “repercutir” en los socios esa responsabilidad, sobre la base del tratamiento societario del pasivo sobrevenido tras la cancelación registral y ello no obstante el carácter capitalista de estas sociedades y la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Todo ello, en definitiva y en última instancia, conecta de nuevo con un tema más amplio, como es, de un lado, la eficacia de la cancelación registral de las sociedades de capital respecto de su proceso extintivo y la conexión entre esa cancelación y los eventuales vicios de que pudiera adolecer el proceso extintivo y, en conexión con todo ello, con el tratamiento en sede societaria y en sede concursal del eventual pasivo y/o activo sobrevenidos tras la cancelación registral de la sociedad, que respecto de la sociedad cancelada registralmente *ex*

²⁷ [De hecho, los arts. 178.2 y 242.2.5º, LC, han vuelto a ser modificados por la L. 25/2015 de mecanismo de “segunda oportunidad”, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, para adaptar las medidas previstas en materia de conclusión del concurso del deudor persona natural al régimen de la exoneración del pasivo introducido en el art. 178-*bis*, LC.]

²⁸ Así lo analicé en PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, en *RDCP*, 9, 2008, 43 ss.

conclusión del concurso ha de conectarse necesariamente y en todo caso, como se analizará a continuación, a la aparición de nuevos bienes y a la reapertura del concurso.

En este sentido y como se ha analizado, la cancelación registral, ya se produzca a instancia de parte o de oficio ya se sostenga su eficacia declarativa o extintiva, en modo alguno “sana” los vicios de que pudiera adolecer el proceso extintivo de la sociedad²⁹, no extinguiéndose la responsabilidad de la sociedad por la satisfacción del pasivo y de ahí, como se ha sostenido, la posibilidad de cancelar registralmente una sociedad, no obstante no haberse procedido al pago de todas o algunas de sus deudas, sin perjudicar por ello los derechos de los acreedores.

Ahora bien, la cuestión clave en este tema es fijar la técnica subsanatoria, no obstante la cancelación registral de la persona jurídica, del eventual vicio de que adolezca la liquidación, habiéndose optado en relación a sociedades de capital desde la hoy derogada LSRL, por una técnica que acertadamente no pasa por la anulación de la cancelación y reapertura de la liquidación que conllevaría importantes costes económicos y temporales. En efecto, se opta por el establecimiento de un régimen legal de tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenidos (adjudicación por los liquidadores a los antiguos socios de la cuota adicional y responsabilidad de los antiguos socios hasta el límite de lo percibido como cuota de liquidación) que, en virtud de los arts. 398 y 399, LSC, también se ha extendido a las sociedades anónimas, suscitándose si este régimen sólo operaría en relación a la conclusión del proceso extintivo en sede societaria o también sería aplicable cuando ese proceso haya concluido en sede concursal. En este ámbito, se suscita si resultaría aplicable el régimen contenido en la LSC a los supuestos en que cancelada registralmente una sociedad *ex* conclusión del concurso de acreedores, sobrevenga activo y sobre todo si, con el fin de satisfacer a los acreedores no obstante la cancelación registral de la sociedad, se podría hacer responsables a los antiguos socios de las deudas insatisfechas.

4.2. *El tratamiento del activo y/o pasivo sobrevenido tras la cancelación registral en sede concursal*

4.2.1. *Tratamiento del pasivo sobrevenido*

En la LC, como se analizará a continuación, se ha tratado expresamente el tema de la aparición de nuevos bienes o derechos tras la cancelación registral, pero no el problema del pasivo insatisfecho, resolviéndose la aparición de nuevos bienes vía reapertura del concurso *ex* art. 179.2, LC, por lo que no resulta aplicable en este ámbito el art. 398, LSC, como técnica de subsanación del vicio de que adolece la liquidación, condicionándose no obstante en todo caso dicha reapertura a la aparición de nuevos bienes (activo sobrevenido) tras la cancelación registral a consecuencia de la conclusión del concurso por terminación de la liquidación o insuficiencia de masa activa.

Ahora bien, y sin perjuicio de que, como se analizará, del tratamiento de ese activo pueda a su vez derivar implícitamente un tratamiento del pasivo condicionado no obstante en todo caso a la aparición de nuevos bienes, no se contiene en la LC ninguna referencia a la eventual responsabilidad de los antiguos socios por las deudas insatisfechas, pudiendo, a mi

²⁹ Así, en la jurisprudencia, vid. SAN 10.6.2004; SAN 19.2.2004; SAN 27.11.2003; SAN, 9.10.2003; SAP Palencia, 12.4.2004; STS 21.7.1995; más recientemente, STS (Sala Civil), 25.7.2012.

entender, ser de aplicación por analogía lo establecido en el art. 399, LSC, aun cuando con escaso resultado práctico, como se verá.

En efecto, en principio dicho artículo podría ser analógicamente aplicado al supuesto de la sociedad que, por no tener activo o tenerlo insuficiente no puede pagar a los acreedores y es reenviada por el registrador al ámbito concursal para proceder por esta vía a su extinción y cancelación registral.

Ahora bien, esta sociedad que no tiene activo o lo tiene insuficiente para satisfacer en todo o en parte a sus acreedores, no ha podido culminar las operaciones de liquidación societaria, no habiendo procedido a la división del haber social y reparto de la cuota de liquidación, dado que presupuesto necesario para proceder a ello es que se hayan satisfecho las deudas sociales y, por tanto, no hay cuota de liquidación percibida hasta el límite de la cual fijar dicha responsabilidad, que si se funda en un enriquecimiento injusto, en este supuesto no encontraría fundamentación de política jurídica al no haber percibido los antiguos socios cuota de liquidación alguna y no tratarse de una responsabilidad ilimitada por las deudas sociales de los socios, que sería incompatible con la estructura capitalista de estos tipos societarios.

4.2.2. *La aparición de activo tras la conclusión del concurso sin masa: la reapertura del concurso*

En el art. 179, LC, se regula la reapertura del concurso concluido, que ha sido ampliada en sus presupuestos en virtud de la L. 38/2011 y que también en virtud de dicha ley de Reforma, debe ser diferenciada de la “reanudación del concurso”. En efecto, en virtud de la L. 38/2011, la reapertura se extiende no sólo a supuestos de bienes y derechos aparecidos con posterioridad a la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa (art. 179.2, LC), sino también a supuestos conectados esta vez en exclusiva a la insuficiencia de masa en que, no obstante no haber aparecido bienes con posterioridad en el año siguiente a la fecha de conclusión del concurso, por esta causa los acreedores soliciten la reapertura del concurso «con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito los hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido».

Esta reapertura debe diferenciarse de la “reanudación del concurso” contemplada en el art. 176-bis.5, LC, que constituiría una suerte de “oposición” a la conclusión³⁰ que procede hasta la fecha en que se dicte auto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa y debe justificarse en indicios suficientes para considerar que se pueden iniciar acciones de reintegración o si se aportan por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación culpable del concurso, siempre que los acreedores y demás legitimados justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible, todo ello con el fin de poder, en conexión con dicha calificación, incrementar la masa activa mediante otros patrimonios que se añadan al del deudor (p.e. vía responsabilidad concursal por déficit patrimonial *ex* art. 172-bis, LC) o disminuyendo la masa pasiva (p.e. vía complicidad que conlleva *ex* art. 172.2.3º, LC, la pérdida de los derechos contra la masa de los que el cómplice fuere titular).

³⁰ Vid. VALPUESTA, E., *Conclusión y reapertura del concurso*, cit., 632 ss.

Pues bien, en dicho art. 179.2, LC, regulador de la reapertura del concurso en supuestos de deudor persona jurídica, se contiene en apariencia tan solo un tratamiento del activo sobrevenido tras la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa al aludirse a «los bienes y derechos aparecidos con posterioridad», sustituyéndose en este caso las normas societarias contenidas en el art. 398, LSC, que disciplinan el tratamiento del activo sobrevenido tras la cancelación registral por la reapertura del concurso, que ha de ser declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, tramitándose en el mismo procedimiento y limitándose a la «fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad», dándose a dicha reapertura la publicidad prevista en los arts. 23 y 24, LC, y procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el RRM³¹.

No obstante, en este tratamiento del activo sobrevenido vía reapertura también se encuentra implícito el tratamiento del pasivo, que, en supuestos de cancelación registral *ex* concurso, sólo puede ser el “pasivo conocido e insatisfecho” pues por expresa previsión legal dicha sociedad se extinguió a consecuencia de la conclusión del concurso. En efecto, la reapertura funciona en protección de los acreedores a modo de las normas societarias que regulan el tratamiento del activo sobrevenido tras la cancelación registral, sin perjuicio de la extinción y cancelación registral de la sociedad, a la que por tanto no se reconoce eficacia sanatoria alguna y no deja sin efecto las consecuencias de la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de activo, no conllevando una nueva declaración del concurso con apertura y realización del trámite de la fase común. En este sentido, el concurso se limita a la fase de liquidación por la administración concursal de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad, con actualización del inventario y de la lista de acreedores del concurso (art. 180, LC) que provisionalmente concluyó bajo la condición de aparición de nuevo activo y todo ello con la finalidad de satisfacer a los acreedores lo que no pudieron percibir. Se actualizaría así en este momento, y siempre bajo la condición de la aparición de nuevos bienes y derechos vía reapertura del concurso, la subsistencia de la responsabilidad de la persona jurídica por las deudas insatisfechas, todo ello sin perjuicio de las posibles acciones de responsabilidad que se podrían ejercitar frente a administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

5. El procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil 2014”

Analizada la particular problemática que conlleva la extinción y cancelación registral de sociedades de capital sin activo, hay que destacar que el AdL de Código Mercantil 2014, contempla un procedimiento societario específico dirigido a la extinción y cancelación de

³¹ Vid. en este sentido RDGRN, 17.12.2012, en la que se debatía si estando cancelada la hoja de una sociedad en el RM a consecuencia de lo ordenado por el juez de lo mercantil en auto de conclusión del concurso podía inscribirse una elevación a público de acuerdo sociales por los que se nombre a un liquidador de la sociedad con el fin de hacer efectivos determinados créditos, concluyéndose que no podría procederse a la inscripción del nombramiento del liquidador por la junta, tras la cancelación registral de la sociedad, ordenada por el juez de lo mercantil con ocasión de la conclusión de un concurso, operando en este caso las normas sobre reapertura del concurso y argumentando la eficacia declarativa de la cancelación en conexión con la conclusión del concurso («La cancelación de asientos en el folio correspondiente a una sociedad no implica per se la extinción de la misma»), llegándose no obstante al mismo resultado si se parte de la eficacia constitutiva y no sanatoria de la cancelación.

sociedades sin activo, regulado en los arts. 272.44 a 272.54 de dicha propuesta³².

Se trata de un procedimiento de carácter registral, que opera en supuestos en que el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, una vez agotado, procediendo los liquidadores a otorgar escritura pública en la que harán constar esta circunstancia. A la escritura se incorporará un informe completo sobre las operaciones de liquidación, así como una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación y una relación de los créditos extinguidos también en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, con expresión de la identidad del acreedor, la cuantía del crédito y el modo y fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar. De otro lado, se incorporará también a la escritura una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.

La escritura pública de inexistencia de activo, con los documentos incorporados, se depositará en el RM, acompañada de la declaración del liquidador o liquidadores del lugar en que radica el centro de los intereses principales de la sociedad, notificando el registrador mercantil dicho depósito dentro del día siguiente hábil en que se hubiere efectuado, por vía telemática, al juzgado o juzgados competentes para la declaración de concurso, procediendo el secretario, sin más trámites, a dejar constancia de la comunicación recibida. Así mismo, el depósito se publicará en el Boletín Oficial del RM, en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un diario de gran circulación en la provincia en que radique el centro de sus intereses principales.

El depósito de la escritura pública en el RM suspende el deber de los liquidadores de solicitar la declaración de concurso, determinando la fecha en que el secretario judicial deje constancia de la recepción de la notificación del depósito realizada por el registrador, la inadmisión de solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos de la sociedad deudora. Si se hubieran admitido a trámite solicitudes presentadas después de la fecha en que el depósito se hubiera tenido por realizado o de la fecha de la publicación del depósito, el juez decretará el archivo de lo actuado.

Transcurrido un mes a contar desde la publicación del depósito de la escritura de inexistencia de activo en el Boletín Oficial del RM, el registrador declarará extinguida la sociedad y procederá a la cancelación de su inscripción en el RM, salvo que persona legitimada (cualquier acreedor total o parcialmente insatisfecho y cualquier garante) hubiera solicitado el nombramiento de experto independiente para la emisión de informe, siendo los honorarios de este experto a cargo del solicitante, a quien el registrador podrá “exigir una provisión de fondos adecuada”.

Dentro de los dos días siguientes al de la fecha del asiento de presentación de la primera solicitud, el registrador designará como experto, a su prudente arbitrio, a un auditor o a un le-

³² El AdL del Código Mercantil [C.M. 30.5.2014], derivado de la Propuesta de Código Mercantil, responde a la finalidad de garantizar la unidad de mercado, modernizar la regulación del Código de Comercio de 1885 y evitar la dispersión normativa, en aras a aumentar con todo ello la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico económico. Cabe señalar que los artículos mencionados en el presente trabajo se han mantenido sin ninguna modificación, a excepción del art. 272.53, sobre los efectos del informe negativo del registrador, que deja de referirse a la disolución de pleno derecho para hacerlo a la extinción de la sociedad y cancelación de su inscripción en el RM.

trado que reúna las condiciones para poder ser nombrado administrador concursal, debiendo comparecer el nombrado ante el registrador para aceptar el cargo en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación.

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha del nombramiento, el experto emitirá informe, que depositará en el RM, en el que hará constar si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o contra los liquidadores y si, en caso de concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa activa y sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit.

Si el informe fuera negativo el registrador, de oficio o a instancia de cualquier interesado, hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta a la sociedad. Si el informe fuera positivo o si el experto no hubiera podido emitir el informe por falta de datos, el registrador remitirá al juez competente para la declaración de concurso la escritura pública depositada y el informe del experto, dejando copia en el expediente. La recepción de los documentos se considerará solicitud de concurso voluntario, sobre la que el juez proveerá de acuerdo con lo previsto en la LC, pudiendo ser el experto emisor del informe nombrado administrador concursal.

El proyectado procedimiento societario de carácter registral en orden a extinguir sociedades sin activo merece una valoración positiva en lo que conlleva de desjudicialización y previsible “descarga” de los jueces de lo mercantil de las solicitudes de concursos con la exclusiva finalidad de proceder a la extinción de sociedades que no han podido ser extinguidas, por las razones analizadas, en el marco de la liquidación societaria *ex arts.* 385, 390, 395, LSC, que encuentran su tratamiento, en la generalidad de los casos, en el ámbito de los concursos con masa insuficiente *ex art.* 176-*bis*, LC. El procedimiento se acompaña de unas garantías frente a los acreedores y una publicidad en el tráfico que eliminan “los riesgos” analizados, que en el marco normativo puede conllevar proceder a la cancelación registral de sociedades sin activo bajo la exclusiva manifestación del liquidador en la escritura de extinción de la sociedad y que ha determinado en ocasiones Resoluciones de la DGRN que han “reconducido” en todo caso estos supuestos al ámbito del concurso de acreedores, incluso cuando sólo un acreedor ha resultado insatisfecho en la liquidación societaria.

No obstante, el procedimiento ha de ser replanteado en su presupuesto de apertura, regulado en el art. 272.44 de la propuesta de código [AdL de Código Mercantil 2014], si no se quiere que este procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo desplace el ámbito material de aplicación del concurso de acreedores en supuestos de deudor sociedad de capital. En efecto, en dicho precepto, el presupuesto de apertura del proyectado procedimiento se sitúa en una situación en que «el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores». Se contempla así un desbalance, activo inferior al pasivo, que contrastaría con el carácter amplio del concepto jurídico de insolvencia, que no económico, recogido en el art. 2, LC, definida como «aquel estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», dentro del que por tanto resultarían comprendidos no sólo supuestos de desbalance sino también de iliquidez, en la medida en que impidan al deudor cumplir sus obligaciones exigibles.

El problema proviene, sin embargo, de los acreedores frente a los que se contempla en el proyectado procedimiento la insuficiencia de activo de la sociedad referido en el art. 272.44 [AdL de Código Mercantil 2014] a “todos los acreedores”, siendo precisamente esta situación la que caracteriza al concurso de acreedores, en el que por concepto, particularmente en supuestos de deudor sociedad de capital, el deudor tiene un activo insuficiente para satisfacer

a todos sus acreedores y de ahí la colectivización del déficit y sustitución de acciones ejecutivas singulares por colectivas, que conlleva el concurso de acreedores.

Con esta redacción, por tanto, todos los supuestos en que la sociedad de capital carezca de activo suficiente para satisfacer a todos los acreedores (desbalance), resultarían sustraídos en principio al concurso de acreedores, salvo que parte interesada (acreedores y garantes) soliciten nombramiento de experto independiente cuya retribución es a expensas del solicitante de dicho nombramiento.

Es por ello que la referencia al activo de la sociedad, insuficiente para satisfacer a “todos los acreedores” sería conveniente sustituirla por la insuficiencia del activo para satisfacer a los “acreedores contra la masa”, determinándose con este cambio que se propone el ámbito de aplicación de este procedimiento en relación a supuestos en que el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores contra la masa. En este sentido, ésta debería ser la finalidad de este procedimiento proyectado, “descongestionar” a los jueces de lo mercantil de los concursos sin masa y dotar de garantías el proceso extintivo societario en aquellos supuestos en que la sociedad no tiene activo ni para cubrir los créditos contra la masa, y no desplazar en su aplicación al concurso de acreedores en supuestos de deudor sociedad de capital en situación de desbalance, que por otro lado constituyen un relevante porcentaje de los concursos que se declaran, imponiendo al acreedor la “carga” no sólo de solicitar el nombramiento de experto en orden a que se pueda declarar un concurso en el que depurar responsabilidades y activar mecanismos de reintegración, sino además de asumir la retribución de dicho experto.

Ello, insistimos, puede resultar justificado cuando el activo del deudor ni siquiera es suficiente para atender los “créditos contra la masa”, pero no cuando es insuficiente para satisfacer a “todos los acreedores”, pues ello constituye la esencia misma del concurso de acreedores.

Concursos conexos de sociedades en el seno del mismo grupo

SUMARIO: 1. Tramitación conjunta de concursos de sociedades de un mismo grupo en la originaria Ley Concursal. - 1.1. Declaración y acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo. - 1.2. Efectos legales de la tramitación conjunta de los concursos. - 2. Levantamiento del velo para la “consolidación patrimonial”. - 2.1. Intereses afectados por la consolidación. - 2.1.2. Justificación de la consolidación a través del levantamiento del velo. - 2.1.3. Supuestos y requisitos. - 2.1.4. Procedimiento. - 3. Regulación de los concursos conexos en la actual Ley Concursal (tras la reforma de la Ley 38/2011). - 3.1. Presupuesto subjetivo común en caso de sociedades del mismo grupo: noción de grupo de sociedades. - 3.2. Presupuestos específicos de la declaración conjunta de concurso. - 3.3. Presupuestos específicos de la acumulación de concursos. - 3.4. Efectos de la tramitación conjunta de los concursos. - 4. Consolidación de masas. - 4.1. Alcance de la consolidación. - 4.2. Presupuestos de la consolidación de masas. - 4.3. Procedimiento para acordarlo. - 4.4. Efectos y consecuencias dentro del concurso. - 5. Tratamiento de los procedimientos de insolvencia de sociedades de un mismo grupo en la proyectada reforma del Reglamento europeo de Insolvencia 1346/2000. - 5.1. Estado de la cuestión antes de la reforma. - 5.2. Alcance de la reforma. - 5.2.1. Ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1). - 5.2.2. Relación entre procedimientos de insolvencia principal y secundarios. - 5.2.3. Cooperación y coordinación entre procedimientos principales de sociedades del mismo grupo abiertos en distintos países.

1. Tramitación conjunta de concursos de sociedades de un mismo grupo en la originaria Ley Concursal

1.1. Declaración y acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo

A) *Declaración conjunta de concursos a instancia del acreedor.* Antes de la reforma operada por la L. 38/2011, el art. 3.5, LC, permitía la declaración conjunta del concurso de acreedores de sociedades pertenecientes a un mismo grupo, pero sólo a instancia de un acreedor, que además debía serlo de todas las sociedades respecto de las que pretendía la declaración de concurso.

Pero no bastaba que el instante del concurso fuera acreedor de todas las sociedades del grupo respecto de las que pedía la declaración conjunta de concurso, también era necesario que todas ellas estuvieran en estado de insolvencia actual, conforme a lo previsto en el art. 2.2, LC («se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles»), para lo cual debía justificarse, respecto de cada una de las sociedades, la concurrencia de alguno de los hechos reveladores de la insolvencia previstos en el art. 2.4, LC¹.

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada en (AA. VV.), *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Petit Lavall (coord.), Valencia, 2013, 1815-1844. Se incluye aquí una versión actualizada, con especial referencia a la parte dedicada al tratamiento de los procedimientos de insolvencia de sociedades del grupo en la proyectada reforma del Reglamento de insolvencia 1346/2000.

¹ En este mismo sentido se ha pronunciado, en la doctrina procesal, GARCÍA-ROSTÁN, G., *La Acumulación de concursos*, en *ADCo*, 20, 2010-2, 125 ss.

El art. 3.5, LC, partía de una determinada concepción de grupo, en la medida en que exigía, para admitir esta declaración conjunta de concursos, que existiera «identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

Dentro de la gran variedad de clases de grupos, la doctrina suele distinguir entre grupos verticales y horizontales, o en terminología quizás más precisa, grupos por subordinación y grupos por coordinación: en los grupos por subordinación se advierte una situación de dependencia de las filiales respecto de la matriz, que controla el accionariado de aquellas directa o indirectamente; mientras que en los grupos de coordinación, más que una situación de dependencia jerárquica, lo que existe es una política empresarial común, que se sigue por diversas sociedades independientes desde el punto de vista orgánico².

Parece que el art. 3.5, LC, optaba por la primera clase, grupos por subordinación, al exigir, con la “identidad sustancial de sus miembros”, que tengan un accionariado sustancialmente común o vinculado de tal forma que se pueda cumplir el segundo requisito, que exista “unidad en la toma de decisiones”³. Como ha resaltado la doctrina, este precepto se hacía eco de la sustancial armonización del concepto de grupo a que, en aquel momento, se había llegado en nuestro ordenamiento en torno a la exigencia de la “unidad de decisión”, tal y como quedó consignada en el art. 4, LMV, y, más tarde, en el art. 42.1, Ccom⁴.

En la práctica judicial anterior a la L. 38/2011, podemos encontrar resoluciones que optan por este criterio del grupo de sociedades basado en la “unidad de decisión”, y otras que postulan un criterio más amplio que también pueda comprender la situaciones en las que se haya evidenciado un interés económico en el resultado de la gestión social⁵.

El Auto TS (1ª), 20.2.2009, al resolver un conflicto de competencia, que afectaba a varias sociedades respecto de las que se solicitaba la declaración conjunta de concurso, recono-

² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, Mª.L., *Derecho de grupo de sociedades*, ed. II, Madrid, 2009, 101 ss.; SEBASTIAN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Madrid, 2009, 52 ss.; YÁÑEZ EVANGELISTA, J., *El grupo de sociedades en la Ley Concursal*, en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, t. II, Cizur Menor (Navarra), 2012, 1054 ss. [Sobre las dinámicas del grupo empresarial en la normativa italiana, vid. BUSSOLETTI, M., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, en (AA.VV.), *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), 2008, 227 ss. Para las conexiones con el derecho concursal italiano: DI MAJO, AL., *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, *ivi*, 303 ss.; SARCINA, A., *In tema di responsabilità da direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, *ivi*, 345 ss.]

³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *art. 3.5, Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, 202 ss., respecto del primer requisito, entendía que no era necesaria una identidad personal, sino que bastaba una identidad de personas que permitiera la mayoría para adoptar acuerdos en las juntas generales; y respecto de la unidad de dirección, entendía que implicaba la unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, aunque pudieran después modalizarse en cada una de ellas en el marco de la libertad de gestión que cada sociedad posea por decisión de la misma ley o del contrato en que se estableció el grupo o de los límites derivados de la autonomía inderogable de la independencia jurídica.

⁴ EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal*, en *RDCP*, 4, 2006, 65, para quien la inclusión de la mención a la “unidad de decisión” en el art. 4, LMV, «venía a expresar (...) la recepción por el legislador del elemento de la dirección unitaria, tenida por esencial a la hora de precisar la posición del grupo dentro de la diversa tipología de las uniones de empresas». De dicha unidad de decisión se habla también, como es sabido, en el art. 78, LCoop., y, por último, en el art. 42.1, párr. II, Ccom, que, frente a la redacción anterior de la norma, recoge ahora una definición sintética, pero muy amplia, de la figura, según la cual «existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión». Para este autor, un concepto distinto, que tomara al mero control o dominio societario como elemento determinante del grupo en el seno de la LC, además de no resultar ya compatible con la definición general existente en nuestro Derecho, vincularía a una situación de insuficiente integración empresarial o, quizá con mayor exactitud, de mera conexión intersocietaria, consecuencias teleológicamente conectadas al supuesto de la auténtica “unidad de decisión”.

⁵ SAP Barcelona (15ª), 24.2.2011.

ce la existencia de grupo e identifica la sociedad dominante, y para ello se apoya en el criterio de la “unidad de decisión” real o material, y no meramente formal (la dominante, «a través de sus participaciones o administrador común único, define la política comercial y financiera de las restantes entidades»)⁶.

B) Acumulación de concursos. Paralelamente, para el caso en que varias de estas sociedades se hubieran ya declarado en concurso, voluntario o necesario, el art. 25.1, LC, permitía que se acumularan al concurso de la sociedad dominante los de las sociedades dominadas. Lo que, *a sensu contrario*, parece que vedaba la acumulación de varias sociedades filiales, respecto de las que no podía identificarse entre ellas una relación de dominante-dominada(s). Estaba legitimado para pedir la acumulación el administrador de la sociedad dominante, mediante “un escrito razonado”.

El Auto TS (1ª), 22.12.2011⁷, ha interpretado cómo opera esta acumulación de concursos. El primer lugar, aclara que la solicitud de acumulación no es vinculante para el juez del concurso, sino que debe valorar su procedencia en cada caso. De tal forma que, para acordar la acumulación, no sólo hay que comprobar la concurrencia de los requisitos formales previstos en el art. 25, LC, sino que el juez debe valorar «la conveniencia u oportunidad de la acumulación, lo que, como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso –trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, etc.–». Y esta conveniencia u oportunidad de la acumulación ha de juzgarse desde la perspectiva no sólo de los intereses de la sociedad dominante, sino también de los de la dominada.

C) Declaración conjunta de concursos a instancia de los propios deudores. Bajo este contexto normativo, en la medida en que el art. 25.1, LC, permitía la acumulación de los concursos ya declarados de sociedades de un mismo grupo, al margen de si se trataba de concursos voluntarios o necesarios, algunos jueces de lo mercantil admitieron la declaración

⁶ Auto TS (1ª), 20.2.2009. Esta Auto analiza las circunstancias fácticas acreditadas y concluye que de ellas «se desprende la existencia de un grupo de empresas, el cual, bajo una única dirección empresarial y económica (lo que plasmó en el documento contractual de financiación, origen de las deudas y que acompaña a la solicitud, común a la mayoría de las entidades), actuando bajo un control único y concurriendo en las mismas las circunstancias, hechos y condiciones exigidos por el art. 42 Ccom y el art. 3.5, LC, al existir confusión patrimonial entre las mismas e identidad sustancial, actúa en el tráfico mercantil, se presenta en el tráfico mercantil ante entidades bancarias actuando como tal».

⁷ Este auto resolvió el conflicto suscitado entre el JM Barcelona, n. 6, que tramitaba el concurso de acreedores de Cacaolat, SA, y el JM Madrid, n. 6, que conocía del concurso de acreedores de Clesa, SA, sociedad titular del 95% de las acciones de Cacaolat, SA. El conflicto se planteó en los siguientes términos: a instancia de la administración concursal de Clesa, SA (dominante), el JM Madrid había acordado la acumulación del concurso de Cacaolat, SA, pero, al ser requerido en tal sentido, el JM Barcelona se opuso a la acumulación por considerarla contraria a los intereses del concurso, ya que estaba en una fase muy avanzada la enajenación de la empresa titularidad de la concursada, y la acumulación podría frustrarla. El TS valora conjuntamente los intereses afectados por los dos concursos, sobre todo que: «en el momento de su planteamiento la acumulación al concurso de la dominante provocaba retrasos en la ejecución de decisiones urgentes adoptadas en el concurso de la dominada para el mantenimiento de la actividad y consiguientemente de los puestos de trabajo, con el consiguiente riesgo real e inminente de cierre empresarial con todas sus consecuencias». Razón por la cual deniega la acumulación, pues, «de los términos en los que aparece planteada la acumulación y la finalidad real perseguida, de acordarse la acumulación se evidenciaba como muy probable el colapso de la actividad de la sociedad dominada con las gravísimas consecuencias de todo orden que ello comporta y, singularmente, la destrucción de los puestos de trabajo».

conjunta del concurso voluntario de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, que no estaba expresamente prevista por la Ley⁸.

1.2. Efectos legales de la tramitación conjunta de los concursos

Bajo la redacción originaria de la LC, quedaba claro que la declaración conjunta de concursos no suponía, en principio, una extensión del concurso a otras personas o deudores, porque en ese caso no se exigiría que cada una de ellas estuviera en situación de insolvencia, sino la unidad económica que supone la mezcla y confusión de masas activa y pasiva de ambos deudores o personas⁹.

La declaración conjunta de concurso de sociedades del mismo grupo o la acumulación de los concursos ya declarados lleva consigo, ordinariamente, no solo que sea el mismo juez el que conozca de los concursos y de sus incidencias, sino también que sea la misma administración concursal. Aunque no lo exija la Ley, parece una consecuencia lógica de la funcionalidad perseguida, no sólo en caso de declaración conjunta, sino también de acumulación, pues además de reducir costes de tramitación, evita conflictos o contradicciones derivados de la administración y disposición de cada una de las entidades concursadas, y permite determinar con mayor precisión las masas activas y pasivas de cada uno de los deudores concursados.

Se trata, cumpliendo con las recomendaciones de la Guía Legislativa CNUDMI, de una coordinación procesal¹⁰, que persigue mayor eficiencia en la tramitación del concurso y ahorro de gastos¹¹. Esta coordinación no obsta que se mantengan separados los patrimonios de cada sociedad del grupo sujeta a coordinación procesal, para preservar la identidad e integridad de cada entidad y no menoscabar los derechos sustantivos de los acreedores¹².

⁸ Este fue el criterio seguido por algunos JM desde el comienzo de la aplicación de la LC (Auto JM Córdoba, 11.5.2005; Auto JM Bilbao, n. 1, 30.12.2004; Auto JM Barcelona, n. 3, 29.12.2004; Auto JM Madrid, n. 1, 29.11.2004), y lo ha seguido siendo después (por ejemplo, Sentencia JM Cádiz, n. 1, 24.9.2010, que deja constancia de las razones que justifican esta interpretación). En la doctrina, VELA TORRES, P., *Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades*, en *RDCP*, 5, 2006, 271; GARCÍA-ROSTÁN, G., *La Acumulación de concursos*, cit., 119 ss., ha resaltado algunos impedimentos para su admisión. Esta cuestión ha quedado superada con la reforma de la L. 38/2011, que lo admite expresamente.

⁹ SÁNCHEZ-CALERO, J. - FUENTES, M., *La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español*, en *ADCo*, 22, 2011, 15, dejaban constancia entonces de que la mayoría de la doctrina y de los tribunales coincidían «en rechazar el recurso a los arts. 3.5 y 25 LC para introducir en nuestro ordenamiento una extensión del concurso a aquellos miembros del grupo todavía in bonis o para admitir la consolidación patrimonial (también llamada “sustancial”) de las masas de las distintas sociedades del grupo declaradas en concurso». Si bien sobre lo primero no existe duda, sobre lo segundo (la consolidación patrimonial), como veremos a continuación ha existido algún caso, bajo la normativa previa a la L. 38/2011, que lo admitió sobre la base del recurso extraordinario al levantamiento del velo.

¹⁰ *Id.*, 21 ss., esta adjetivación de la coordinación como “procesal” resalta que estamos ante reglas que buscan adaptar el procedimiento de insolvencia a una realidad del grupo de sociedades, pero sin que ello implique una alteración del principio de personalidad jurídica y de la consiguiente autonomía patrimonial de cada una de las sociedades.

¹¹ *Guía Legislativa CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera parte: trato otorgable a los grupos de empresas en situación de insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, 28 ss. (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide), que, además, aclara que «el concepto de coordinación procesal se refiere a lo que, en la práctica, pueden ser diversos grados de coordinación en cuanto a la sustanciación de las actuaciones o a la administración de las masas de la insolvencia de varios procedimientos entablados respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas».

¹² *Guía Legislativa CNUDMI*, 30.

A) *Formación de la masa activa y de la masa pasiva.* La acumulación de concursos no impide que en cada uno de ellos la administración concursal elabore un inventario de bienes y derechos propios. Son los acreedores de cada una de las sociedades los más interesados en determinar correctamente cada una de las masas activas, pues de ello dependerá la satisfacción de sus créditos, siendo mayor la probabilidad en el supuesto en que el patrimonio de su deudor sea mayor¹³.

También se elabora una lista de acreedores propia para cada concurso, sin perjuicio de que en algún caso los acreedores puedan serlo, por los mismos créditos, de varias de las sociedades, porque alguna de ellas responda solidaria o subsidiariamente de deudas de otras. En principio, partiendo de la consideración de que sea única la administración concursal, bastaría una sola comunicación, que debería servir para su efectiva inclusión en las correspondientes listas de acreedores.

A los efectos del reconocimiento de estos créditos en cada una de las listas de acreedores, resulta irrelevante que las otras deudoras del mismo crédito estén en concurso o no, por lo que esta cuestión no ofrece ninguna singularidad en caso de tramitación conjunta de los concursos de los deudores de la misma deuda.

B) *Soluciones concursales: convenio o liquidación.* En principio, en el caso del acreedor que lo sea de dos o más deudores solidarios y concursados, su crédito habrá sido reconocido íntegramente en los correspondientes concursos, y si es ordinario se tendrá en cuenta para la constitución de la junta y para las mayorías exigidas para la aceptación del convenio. Aprobado el convenio, afectará como a cualquier otro acreedor ordinario o subordinado, de modo que en cada concurso puede cobrar de acuerdo con lo convenido, gozando de más posibilidades de cobrar su crédito por gozar de esa garantía que supone la responsabilidad solidaria. El único límite, a parte del previsto en el convenio para el cobro de los créditos en cada uno de los concursos, será que entre unos y otros el acreedor nunca podrá cobrar más de lo que se le debe.

Una singularidad propia de la tramitación conjunta de concursos es que, si bien el art. 101.1, LC, niega eficacia a los convenios sujetos a condición, el art. 101.2, LC, admite excepcionalmente, en el caso de declaración conjunta de concurso de varios deudores o de acumulación de concursos, que el convenio se pueda aprobar condicionado a que también se apruebe el convenio de las otras entidades cuyos concursos se tramitan de forma acumulada. Como apunta la doctrina, nada se opone en el art. 101.2, LC, a que el cumplimiento de la condición no sea la mera aprobación de otro convenio, sino la de un convenio en un determinado sentido, pues de otro modo la finalidad perseguida con esta excepción podría quedar frustrada¹⁴.

En los supuestos en que se opte por la liquidación, el acreedor que lo fuera mancomunadamente de dos o más deudores cuyos concursos se tramiten acumuladamente cobrará en cada uno según el importe de sus créditos reconocidos, que se corresponderá con la proporción de cada uno de los deudores en el crédito.

¹³ No obstante, en la doctrina se había llegado a postular la posibilidad excepcional de que, sólo cuando se fuera a optar por la solución concursal del convenio, pudiera elaborarse un inventario común, que incluya todos los bienes de las sociedades concursadas, con una información sobre la titularidad de los bienes basada en el status quo constatado hasta entonces (GARCÍA-ROSTÁN, G., *La Acumulación de concursos*, cit., 162 ss.). Entiéndase bien que esta misma doctrina, aun en este caso, ni auspiciaba una unificación de las listas de acreedores, sino que debería seguir manteniéndose las propias de cada sociedad deudora, ni tampoco consideraba que pudiera atribuirse personalidad jurídica propia al grupo.

¹⁴ SEBASTIAN QUETGLAS, R., *op. cit.*, 219 ss.

Pero en el caso del acreedor de un crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, tendrá derecho a cobrar en cada concurso de acuerdo con el orden derivado de la graduación de su crédito en uno u otro concurso, aunque el art. 161.1, LC, recuerda que la suma de lo percibido nunca podrá exceder del importe del crédito. La garantía de cobro derivado de la solidaridad de los deudores le otorga mayores facilidades para cobrar todo, pero no le legitima para cobrar más. A estos efectos, resulta muy útil que sea la misma administración concursal la designada en todos los concursos que se tramitan acumuladamente.

2. Levantamiento del velo para la “consolidación patrimonial”

En atención a estos efectos previstos en la redacción original de la LC, que coinciden con los que con carácter general prevé en la actualidad el art. 25-ter.1 («Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas»), en algún caso excepcional se había solicitado el levantamiento del velo de las sociedades concursadas, basado en la existencia de una confusión de patrimonios, para que se consolidaran las masas activas y pasivas, de tal forma que se tramitara el concurso como si se tratara de una sola unidad económica y, por lo tanto, fuera en la práctica un único deudor.

En realidad, es lo mismo que tras la L. 38/2011, prevé en la actualidad el art. 25-ter.2, LC: «Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

Como entonces no se preveía esta posibilidad, la única vía de conseguirlo era solicitar el levantamiento del velo. No en vano, la consolidación de las masas activas y pasivas supone el levantamiento del velo¹⁵, pues se aborda el concurso de estas sociedades del mismo grupo como si de una sola entidad se tratara: ello supone que todos los bienes y derechos de contenido patrimonial responden frente a todas las deudas de todas las sociedades, indistintamente.

Al hilo de un caso acaecido en la práctica judicial, resuelto por la SAP Barcelona (15ª), 28.6.2011¹⁶, en el que se admitió esta consolidación de activos y pasivos, podemos analizar los inconvenientes procesales y sustantivos que plantea, y cómo se solucionaron, porque puede ilustrar también la interpretación y aplicación de nuestro actual art. 25.2-ter, LC.

2.1. Intereses afectados por la consolidación

En primer lugar, conviene no perder de vista los intereses afectados con la consolidación de activos y pasivos, como hizo la reseñada SAP Barcelona (15ª), 28.6.2011. La no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las

¹⁵ SÁNCHEZ-CALERO, J. - FUENTES, M., *op. cit.*, 17 ss., refieren que «la traslación de los presupuestos y efectos de la doctrina del levantamiento del velo en el ámbito del grupo de sociedades ha originado en el Derecho comparado lo que podría calificarse como una suerte de ‘variante’ de aquella doctrina, que ha recibido el nombre de “consolidación sustancial” en Estados Unidos (*substantive consolidation*) o apertura de procedimiento único en Francia». En ambos casos se trata de sociedades de un mismo grupo sometidas a un procedimiento concursal.

¹⁶ SAP Barcelona (15ª), 28.6.2011.

sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso del grupo de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursumentalmente en el art. 1911, Cc, y concursualmente en el art. 76, LC.

Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo. Por esta razón, en principio, no procedería la consolidación realizada.

2.1.2. *Justificación de la consolidación a través del levantamiento del velo*

Pero, como argumentaba la SAP Barcelona (15ª), 28.6.2011, de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursumental, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos.

En la jurisprudencia, la STS, 29.7.2005, n. 628, después de explicar la justificación y los presupuestos de la doctrina del levantamiento del velo, expresamente se refiere a que «en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores».

No obstante, en un supuesto en que un acreedor solicitaba la consolidación de activos y pasivos de varias sociedades del mismo grupo en concurso de acreedores, mediante el levantamiento del velo, la STS 13.12.2012, n. 738, advierte que «no basta para su aplicación con la mera existencia de un grupo de sociedades (...), por más que posibilite una declaración conjunta del concurso o la acumulación de los ya declarados y, en su caso, la tramitación coordinada de los mismos e, incluso, excepcionalmente, la consolidación de inventarios y listas de acreedores, en supuestos de confusión patrimonial con imposibilidad o necesidad de costes o demoras injustificados para deslindar la titularidad de activos y pasivos (arts. 25.1, 25-bis.1.1, y 25-ter, LC, redactados conforme a la L. 38/2011). Y confirma la improcedencia de lo solicitado porque, «al margen de la admitida existencia del grupo de sociedades», en la instancia no se acreditó la concurrencia de «circunstancias excepcionales que justifiquen convertir en deudoras de sus créditos contractuales a terceras personas, para las que los contratos que los originaron constituyen, como regla, “*res inter alios*” (cosa entre otros)».

2.1.3. Supuestos y requisitos

El interés que ofrece el caso resuelto por la SAP Barcelona (15^a), 28.6.2011, deriva de las circunstancias que motivaron el levantamiento del velo y, con ello, la consolidación de activos y pasivos: en un supuesto de declaración conjunta de concurso de tres sociedades del mismo grupo, la administración concursal, que era la misma para todos ellos, aprecia la imposibilidad de distinguir los activos y pasivos de cada una de las sociedades, porque *de facto* existía una confusión de patrimonios de las tres sociedades¹⁷ y porque actuaban como si de una sola empresa se tratara.

Vale la pena señalar las circunstancias de hecho tenidas en consideración por el tribunal para justificar el levantamiento del velo y la consolidación de masas activas y pasivas: *i*) las tres sociedades coincidían en socios, administradores, domicilio social y objeto social; *ii*) la finalidad de mantener tres sociedades diferentes para realizar la misma actividad, según reconocieron los administradores sociales, era obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito; *iii*) la imagen corporativa de las tres compañías era la misma y las tres compartían teléfono, fax y dirección de correo electrónico; *iv*) las tres sociedades compartían departamento de administración, equipos informáticos y software; *v*) los trabajadores y las máquinas realizaban servicios indistintamente para las tres; *vi*) la administración concursal detectó en las cuentas bancarias de las tres entidades decenas de transferencias, que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales. Al parecer, era tal la confusión que, según refirió la administración concursal, resultaba imposible determinar la situación real de créditos y deudas entre unas y otras compañías.

2.1.4. Procedimiento

Uno de los principales problemas para acordar el levantamiento del velo dentro del concurso y, ahora, tras la reforma de la L. 38/2011, la consolidación de masas activas y pasivas, es el procedimiento a través del cual se acuerda. Debe tratarse de un procedimiento que garantice la audiencia y la contradicción, de los afectados negativamente por la consolidación, y, al mismo tiempo, es importante que no entorpezca la tramitación ágil de los concursos.

Como en el reseñado caso resuelto por la SAP Barcelona (15^a), 28.6.2011, la iniciativa debería venir de la administración concursal que, al tomar posesión de su cargo e iniciar los trabajos necesarios para la elaboración del informe, el inventario y la lista de acreedores, aprecia la imposibilidad de distinguir los activos y pasivos de cada sociedad. De este modo, sería la administración concursal la que tomaría la iniciativa de formular la consolidación de masas, al realizar el inventario y la lista de acreedores. Esta parece ser la orientación dada por la reforma, pues el art. 25.2-ter, LC, refiere que «se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal».

Pero este levantamiento del velo que *de facto* realizan los administradores concursales debe poder ser objeto de impugnación por las personas afectadas, fundamentalmente los acreedores. En vez de recabar la declaración judicial antes de formular el informe, resulta

¹⁷ Esta referencia a la confusión de patrimonios está vinculada a la consideración de que no sea posible desentrañar e individualizar la titularidad de los bienes a uno u otros deudores (o sea tan arduo que su esfuerzo no compense con los beneficios perseguidos), a la que se refiere DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *op. cit.*, 198.

mejor para los intereses afectados un control posterior, mediante la impugnación de la lista de acreedores. Así se hizo en el caso de la SAP Barcelona (15^a), 28.6.2011): «Es cierto que, extraconcurzalmente, cuando se solicita y se acuerda el levantamiento del velo lo es a instancia de uno de los perjudicados por la utilización abusiva de la personalidad jurídica y a través de un juicio contradictorio. En nuestro caso, en que los administradores concursales han procedido *de facto* a levantar el velo de las tres sociedades del grupo y a tramitar su concurso como si de una sociedad se tratara, podría parecer que tal decisión se habría realizado sin contar con el parecer de los afectados, que no habrían gozado de un juicio contradictorio para oponerse. Pero ello es así sólo aparentemente, pues en realidad todos los afectados han tenido conocimiento del levantamiento del velo que supone la consolidación de masas y han gozado de la posibilidad, como los ahora apelantes, de oponerse mediante la impugnación del inventario y de la lista de acreedores». De tal forma que será este trámite el adecuado para dilucidar la procedencia o improcedencia de dicha consolidación de masas. La iniciativa se reserva a la administración concursal, en atención a los intereses generales que representa; es ágil, pues no interrumpe la tramitación normal del concurso, en concreto de la fase común; y garantiza el derecho de contradicción de los interesados disconformes con la consolidación, en la medida en que, mediante la impugnación conjunta de la lista de acreedores y del inventario, pueden discutir la improcedencia o inconveniencia de la consolidación de masas. De tal forma que, al permitirse la oposición a cualquier interesado que fuera contrario a la consolidación, por un cauce propio de un juicio contradictorio (incidente concursal), se garantizan los derechos de terceros, y la resolución judicial que finalmente apruebe la consolidación, mediante la desestimación de las impugnaciones, tendría la misma eficacia que la sentencia declarativa que acuerda el levantamiento del velo, con la diferencia de que, en este caso, los efectos son generales, no sólo respecto de uno o varios acreedores.

3. Regulación de los concursos conexos en la actual Ley Concursal (tras la reforma de la Ley 38/2011)

Tras la reforma de la L. 38/2011, la LC contiene un tratamiento común de la declaración conjunta y de la acumulación de concursos, en el cap. III, Título I, bajo la rúbrica “de los concursos conexos”. Tiene mucho sentido este tratamiento común, porque la declaración conjunta y la acumulación de concursos son dos vías, en dos momentos procesales distintos, de que el concurso de varios deudores vinculados, en nuestro caso sociedades de un mismo grupo, tengan el tratamiento específico de “concursos conexos”. Con la declaración conjunta, desde el primer momento de la solicitud y la declaración, los concursos reciben este tratamiento, mientras que la acumulación presupone que se hayan declarado ya previamente los dos concursos, y que, después, se advierta la conveniencia de su acumulación para que continúen su tramitación coordinada, como concursos conexos.

3.1. Presupuesto subjetivo común en caso de sociedades del mismo grupo: noción de grupo de sociedades

Uno de los supuestos legales de concursos conexos es el de quienes forman parte del mismo grupo de sociedades. Tanto en la declaración conjunta, como en la acumulación de

concursos, es preciso aclarar la noción de grupo y si es necesario que entre las concursadas se encuentre la sociedad dominante.

Para evitar los equívocos en torno a la noción de grupo de sociedades, la disp.ad.VI, LC, prevé que «a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio».

Estos equívocos habían sido generados por la exigencia del originario art. 3.5, LC, ahora derogado, de que existiera “identidad sustancial de sus miembros” y “unidad en la toma de decisiones”, y por las discusiones de si este concepto de grupo era aplicable a otras referencias legales al grupo de sociedades contenidas en la Ley, como la del art. 93.2, LC, al tratar de las personas especialmente relacionadas con el deudor.

Ahora queda más claro que la noción de grupo viene marcada no por la existencia de una “unidad de decisión”, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1, Ccom, tras la reforma de la L. 16/2007. En el pár. II, expresamente se afirma que «(e)xiste un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras»¹⁸. La noción de “control” implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales¹⁹.

Con esta remisión al art. 42.1, Ccom, la LC sigue la tendencia legislativa a unificar el concepto de grupo de sociedades, iniciada por la LMV (tras la reforma de la L. 47/2007), cuyo art. 4 también dispone que «(a) los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”, y seguido por la LSC (RDLeg 1/2010), cuyo art. 18 dispone que «(a) los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

La propia Sala 1ª del TS, a la vista de la reforma y de esta orientación legislativa, en su Sentencia 13.12.2012, n. 738, en un supuesto en que todavía se aplicaba el derogado art. 3.5, LC, afirma que el grupo de sociedades viene «caracterizado en nuestro vigente ordenamiento por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras»; y cita la normativa actualmente vigente (arts. 42.1, Ccom; 4, LMV; 18, LSC; disp.ad.VI, LC).

Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, la Ley extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico,

¹⁸ Y para facilitar la labor de detección de estos supuestos, pero sin ánimo de agotar la realidad, el art. 42.1, Ccom, a continuación, permite presumir «que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

¹⁹ VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ed. XXIII, Valencia, 2012, 1230. Para ilustrarlo, este autor el Plan General Contable, la parte segunda, el norma 19, que al definir las “combinaciones de negocios”, se refiere al “control” como «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades».

porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Lo extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo²⁰.

Respecto de la segunda cuestión, de la regulación legal se desprende que no es necesario que para la consideración de concursos conexos de sociedades del mismo grupo, una de ellas sea la dominante.

El art. 25.1 y 2, LC, en caso de declaración conjunta de concurso solicitada tanto a instancia de los propios deudores como de un acreedor, se refiere a deudores que «formen parte de un mismo grupo de sociedades», lo que está admitiendo que no necesariamente deba estar incluida entre las sociedades del grupo afectadas la dominante. Esta conclusión queda ratificada por el propio art. 25.4, LC, que, a la hora de determinar la competencia para conocer de la declaración conjunta de concurso, la atribuye al juzgado que corresponda «a la sociedad dominante», y expresamente prevé que, en los «supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta», la competencia corresponde al juzgado «de la sociedad de mayor pasivo».

Del mismo modo, el art. 25-bis.1, LC, permite la acumulación de concursos ya declarados «de quienes formen parte de un mismo grupo de sociedades», y con ello parece que también admite que no necesariamente deba estar incluida la sociedad dominante. Esta conclusión queda corroborada por la previsión contenida en el art. 25-bis.4, cuando regula a favor de que concurso han de acumularse los restantes, pues no solo contempla el supuesto en que entre las sociedades concursadas se encuentre la dominante, en cuyo caso a su concurso se le acumularán los de las otras sociedades, sino también que la dominante no haya sido declarada en concurso, en cuyo caso la competencia para conocer de los concursos acumulados corresponderá al juez «que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo».

3.2. *Presupuestos específicos de la declaración conjunta de concurso*

Con la reforma, el art. 25, LC, admite la declaración conjunta de concurso de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, tanto si es solicitada por ellas mismas, como si lo es por un acreedor común.

A) Declaración conjunta de concurso a instancia de un acreedor. Si la declaración conjunta es solicitada por un acreedor común, debe justificar, conforme al art. 7, LC, su legitimación mediante la documentación que pruebe su crédito frente a todas las sociedades respecto de las que pide la declaración conjunta de concurso. Debe existir al menos un acreedor común, sin que pueda eludirse esta exigencia mediante un litisconsorcio activo de varios acreedores que, sin serlo ninguno de ellos de todas las sociedades, entre unos y otros sí lo sean. En este caso, deberán pedir primero la declaración aislada de cada concurso, a instancia en cada caso de quien esté legitimado, y, más tarde, solicitar la acumulación.

²⁰ YAÑEZ ÉVANGELISTA, J., *op. cit.*, 1063 ss., que trae a colación los trabajos de CNUDMI para la elaboración de la Guía Legislativa sobre insolvencia, en concreto la nota de la Secretaria sobre los trabajos del grupo V (insolvencia de grupos). Resulta de gran interés el desenvolvimiento que hace el autor de la noción legal de grupo de sociedades a tres realidades problemáticas: los grupos horizontales o de coordinación, los grupos integrados por personas o entidades que no son sociedades y las llamadas sociedades multigrupo.

Además, como ocurría antes de la reforma y se expone en el primer apartado de este trabajo, el instante debe justificar que todas las sociedades deudoras están en estado de insolvencia actual, conforme a la noción aportada por el art. 2.2, LC, mediante la invocación de alguno de los hechos reveladores de la insolvencia previstos en el art. 2.4, LC, para cada una de las sociedades deudoras. De tal forma que no cabe incluir ninguna sociedad que no esté en ese momento en un estado de insolvencia actual, ni tampoco si existe algún impedimento para su declaración en concurso, como es que esté bajo el beneficio que reporta la comunicación del art. 5-*bis*, LC, de haber iniciado la negociación con sus acreedores para lograr una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación que remueva la situación de insolvencia.

Como se trata de un supuesto de concurso necesario, la competencia para solicitar el concurso corresponderá al juez que lo sea para conocer, conforme al art. 10, LC, del concurso de acreedores de la sociedad dominante, esto es, como expresamente prevé el art. 25.4, LC, el lugar donde esta sociedad tenga el centro de sus intereses principales. Si entre las sociedades afectadas por la solicitud de declaración conjunta de concurso no está la dominante, la competencia corresponderá al juez del lugar donde la sociedad con mayor pasivo tenga el centro de sus intereses principales (art. 25.4, LC). No dejan de aplicarse las previsiones del art. 10, LC, sobre qué debe entenderse por centro de los intereses principales y el juego de la presunción legal de que coincide con el domicilio social.

B) Declaración conjunta a instancia de las propias sociedades deudoras. Constituye una novedad en la Ley, la previsión de que la declaración conjunta de concursos de varias sociedades del mismo grupo pueda solicitarse por las propias deudoras (art. 25.1, LC), sin perjuicio de que, como ya ha quedado reseñado, fuera muy común admitirlo en la práctica judicial.

Todas las sociedades afectadas por la solicitud de declaración de concurso deben estar en estado de insolvencia, aunque no es necesario que sea actual, pues, conforme al art. 2.3, LC, basta que sea inminente. De acuerdo con el art. 6.1, LC, en la demanda de solicitud deberá especificarse, respecto de cada sociedad, si su estado de insolvencia es actual o inminente, y, de alguna forma, justificarla documentalmente.

La documentación exigida por el art. 6.2, LC, y la contabilidad del art. 6.3, LC, deberá aportarse en relación con cada una de las sociedades, sin perjuicio de que, en «la memoria expresiva de la historia económica y jurídica», se haga mención de las entidades que forman parte del grupo, estén incluidas o no dentro de las que solicitan la declaración conjunta de concurso, y la evolución económica y jurídica del grupo. Es aquí donde debe justificarse el presupuesto subjetivo de que las sociedades pertenecen al mismo grupo.

Con la solicitud deberá acreditarse la legitimación del instante del concurso de cada sociedad, conforme a lo previsto en el art. 3.1, LC. Esto es, la solicitud debe venir suscrita por los administradores de cada una de las sociedades afectadas, y, en su caso, deberá quedar constancia del acuerdo del consejo de administración de solicitar el concurso.

Como en el caso de la solicitud a instancia de un acreedor, el fuero competente será el que corresponda a la sociedad dominante, y, si ésta no estuviera incluida en la solicitud, el que corresponda a la sociedad con mayor pasivo (art. 25.4, LC).

3.3. Presupuestos específicos de la acumulación de concursos

En relación con la regulación anterior, contenida en el originario art. 25, LC, no han

variado sustancialmente los presupuestos legales de la acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo. Sí que se especifica más la legitimación activa para solicitarlo, pues se atribuye originariamente a cualquiera de las sociedades ya concursadas y a sus administradores concursales. Subsidiariamente, se legitima a los acreedores para solicitarlo. Ello supone que la iniciativa puede surgir en cualquiera de los concursos afectados, de tal forma que el acuerdo de acumulación adoptado por el juez que conozca del concurso en el que se haya solicitado, deberá comunicarse al resto de los juzgados afectados, quienes podrán o no acceder a la acumulación, ponderando los intereses en juego y, por lo tanto, la conveniencia de la acumulación desde la perspectiva de todos los concursos, tal y como se desprende de la doctrina emanada por el Auto TS (1ª), de 22.12.2011 (caso Cacaolat).

3.4. Efectos de la tramitación conjunta de los concursos

La regla general es que los concursos conexos, ya se hayan declarado conjuntamente o se hayan acumulado después de la declaración, «se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas» (art. 25-ter.1, LC). Se trata de una simple coordinación procesal, que persigue mayor eficiencia y reducción de gastos, a lo que puede contribuir la decisión del juez de unificar el órgano de administración concursal.

En principio, las consecuencias son las mismas que se preveían hasta ahora, que han sido expuestas en el capítulo primero de este trabajo. En línea con las recomendaciones 199 a 201, Guía Legislativa CNUDMI²¹, ni la declaración conjunta ni la acumulación alteran el principio de personalidad jurídica de cada una de las sociedades, que siguen siendo entidades separadas y distintas, ni a la autonomía patrimonial de cada una de ellas.

Ello supone que, en la práctica, estos concursos conexos se tramitan de forma paralela, cumpliendo en cada uno de ellos todas las fases legales.

En primer lugar, habrá que elaborar un inventario y una lista de acreedores propios para cada sociedad en concurso, de tal forma que cada una de ellas podrá sufrir distinta suerte respecto de su impugnación y aprobación.

La vinculación existente entre las sociedades afectadas por los concursos conexos, que se refleja en la consideración de que entre ellas son personas especialmente relacionadas, conforme al art. 93.2.3, LC, permitirá que opere la presunción de perjuicio, *iuris tantum*, prevista en el art. 71.3.1, LEC, respecto de las enajenaciones onerosas que dos años antes de la declaración de concurso hubiera podido realizar una de las sociedades a favor de otra. Y esta consideración determinará la calificación como créditos subordinados de los que cada sociedad tuviera en los concursos de las otras (art. 92.5, LC).

Si se opta por el convenio, sin perjuicio de la excepción prevista en el art. 101.2, LC, que permite condicionar la aprobación de los convenios de cada una de las sociedades, a que en se apruebe un determinado convenio en las demás, la lista definitiva de acreedores aprobada en cada concurso conexo permitirá constatar los quórums y mayorías exigidas por la Ley para la aprobación del convenio. En principio, el incumplimiento del convenio por parte de una de las sociedades deudoras, aunque conlleve la resolución del convenio y la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.5, LC), no por ello debe afectar al resto de los convenios aprobados, en fase de cumplimiento.

²¹ Guía Legislativa CNUDMI, 28.

Cuando se opte por la liquidación, aunque pueda coordinarse la enajenación de los activos respecto de los que tengan derechos afectados varias de las sociedades, a través de un plan de liquidación común o parcialmente común, será necesario distinguir lo que corresponde a cada concurso del resultado de la realización de los activos comunes, de tal forma que en cada concurso sólo se hará pago a los acreedores propios.

Y cuando existan acreedores comunes, especialmente acreedores contra la masa, por ejemplo la administración concursal común respecto de la remuneración de sus servicios, deberá prorratearse lo que corresponda a cada concurso, sin que, más allá de donde legal o convencionalmente se haya previsto la responsabilidad solidaria, pueda alterarse la regla de la mancomunidad.

Por último, aunque en principio debería abrirse una sección de calificación propia para cada concurso, cuando procediera legalmente, no debería existir inconveniente en tramitar una común a todos los concursos conexos, que permita juzgar las causas de la insolvencia de forma común, sin perjuicio de precisar en cada caso los efectos restitutorios, indemnizatorios y de pérdida de derechos previstos en el art. 172.2.3, LC, así como la eventual responsabilidad a cubrir total o parcialmente el déficit concursal del art. 172-bis, LC.

La Ley ha previsto la posibilidad de que, excepcionalmente, se puedan «consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados». Más allá de que, en atención al adverbio empleado (“excepcionalmente”), se haya concebido como una consecuencia extraordinaria, y por lo tanto sujeta a la concurrencia de circunstancias especiales que deben justificar la finalidad perseguida con la consolidación de masas activas y pasivas, es necesario determinar los efectos de esta consolidación y sus consecuencias dentro del concurso, así como el cauce procesal. Lo que analizaremos a continuación.

4. Consolidación de masas

4.1. Alcance de la consolidación

En primer lugar, resulta necesario determinar el alcance de esta consolidación de los inventarios y de las listas de acreedores correspondientes a las sociedades del grupo, cuyos concursos se tramitan como conexos. Para ello, sin perder de vista su carácter excepcional, como se desprende de la propia dicción del art. 25-ter.2, LC, debemos enfrentarlo al efecto general que es el que conocíamos hasta la L. 38/2011, la “coordinación procesal”. Esta consolidación es algo más que una mera coordinación de los concursos.

A) *Interpretación de la mens legis del art. 25-ter.2, LC.* El precepto se refiere a que «se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal (...)». Ello supone que la administración concursal podrá elaborar un sólo inventario, que contenga todos los bienes de las sociedades concursadas afectadas, y una sola lista de acreedores, en la que se incluirán los acreedores de todas las sociedades. Si tenemos en cuenta los presupuestos legales que podrán justificar esta “consolidación” y la función que el inventario y la lista de acreedores cumplen en cada concurso, es fácil concluir que se trata de una verdadera consolidación de masas activas y pasivas, que determina la tramitación de los concursos conexos como el concurso de una sola unidad económica, con

mezcla de activos y pasivos de las sociedades afectadas, y por ello con la ruptura del principio de personalidad jurídica propia de cada sociedad del grupo.

Cuando el art. 25-ter.2, LC, justifica la consolidación, exige que exista «confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos», pues en realidad constituye una consecuencia de no poder elaborar inventarios y listas de acreedores propias, porque en la práctica el grupo había actuado como una sola empresa, sin perjuicio de que, en función de diversos intereses, sin reflejar la realidad, facturara, adquiriera bienes y derechos, y asumiera obligaciones, a través de una sociedad u otra, de modo que el empleo de la personalidad jurídica fuera más bien instrumental y ficticio. Porque en la realidad operaba como una sola empresa, resulta muy difícil deslindar los activos y pasivos de las sociedades afectadas, y es lógico que se tramite el concurso de estas sociedades como si de una sola se tratara.

A la misma conclusión nos lleva el análisis de la función que desempeñan el inventario y la lista de acreedores.

En el inventario, la administración debe relacionar todos los bienes y derechos del deudor de contenido económico, que deban integrar la masa activa a la fecha de su cierre (art. 82.1, LC). Este inventario sirve de orientación a los acreedores con derecho de voto para considerar la viabilidad del convenio propuesto y prestar su aceptación, en su caso; y, si se opta por la liquidación, sin perjuicio de las variaciones que se pudieran producir en cuanto al contenido de la masa activa y su avalúo, es la referencia de los activos con cuya realización se pagarán los créditos de acuerdo con las reglas legales.

La lista de acreedores, al reconocer y clasificar los créditos, permite determinar qué créditos se tendrán en cuenta para que pueda entenderse aceptado el convenio propuesto, así como los créditos que se verán afectados por dicho convenio. Y si se opta por la liquidación, la lista de acreedores permitirá ordenar el pago con lo obtenido por la realización de los activos, con respeto a las reglas sobre el pago de los créditos contra la masa (arts. 84.3 y 154, LC).

Si estas son las funciones que cumplen el inventario y la lista de acreedores, la elaboración de un sólo inventario y de una sola lista de acreedores determinará necesariamente que la solución concursal por la que se opte sea común para todas las sociedades afectadas por los concursos conexos: en caso de convenio, este será único para todo el grupo de sociedades; y, en caso de liquidación, con la realización de los activos se abonarán los créditos concursales incluidos en la única lista de acreedores, sin que puedan distinguirse preferencias de cobro por razón de la titularidad formal de los activos y las deudas, salvo las que correspondan a los créditos con privilegio especial.

B) Incidencia de la Guía Legislativa CNUDMI. Muy probablemente en la redacción de la norma ejerció influencia la aprobación, el 1.7.2010, de la tercera parte de la Guía Legislativa CNUDMI *sobre el Régimen de la Insolvencia*, dedicada al grupo de empresas, que también de forma excepcional prevé la “consolidación patrimonial”, frente a la regla general que será la “coordinación procesal”²².

Para la Guía Legislativa CNUDMI «una consolidación patrimonial da lugar a que un tribunal que sustancie procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un mismo grupo ignore, cuando proceda hacerlo, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordene que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Por tanto, los bienes de cada una de ellas se tratan como si formaran parte de una

²² La *Guía Legislativa CNUDMI* llama la atención sobre este remedio excepcional, pues advierte que «si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas» (66).

masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado»²³.

Es lógico pensar que, por la terminología empleada y la sucesión en el tiempo en que se aprobó esta tercera parte de la Guía Legislativa CNUDMI y la L. 38/2011, el legislador español hubiera tomado como referencia del alcance de la consolidación, el expuesto en dicha Guía Legislativa, que concuerda con la interpretación de la *mens legis* que hemos hecho antes, a la vista de los presupuestos de la consolidación del inventario y la lista de acreedores y de las consecuencias de esta consolidación derivadas de la función de estos documentos dentro del concurso de acreedores.

4.2. Presupuestos de la consolidación de masas

El art. 25-ter.2, LC, justifica que pueda acordarse, excepcionalmente, la consolidación de los inventarios y las listas de acreedores de los concursos conexos «cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

De entre los diferentes supuestos que, con carácter general, la Guía Legislativa CNUDMI considera que podrían justificar la consolidación, la LC ha optado por la ausencia de separación real entre las sociedades del grupo, al margen de si la estructura de grupo se mantiene con fines deshonestos o fraudulentos²⁴. Por eso la referencia legal a la confusión de patrimonios está vinculada a la consideración de que no sea posible desentrañar e individualizar la titularidad de los bienes de uno u otros deudores, o sea tan arduo que su esfuerzo no compense con los beneficios perseguidos²⁵. En realidad es una consecuencia de la confusión de patrimonios y pone en evidencia la imposibilidad de tramitar por separado cada concurso.

La consolidación patrimonial no es un instrumento para reaccionar frente al uso fraudulento de la personalidad jurídica de las sociedades, sino un medio que reacciona ante una realidad, la confusión patrimonial, al margen de si ha sido buscada o no con fines fraudulentos o deshonestos. Ello repercute en que no es necesario acreditar el fraude, sino constatar la confusión de patrimonios.

La confusión de patrimonios, ordinariamente, será una consecuencia de que bajo un haz de sociedades, se actúa en el mercado como una sola empresa, hasta el punto de que los medios personales y materiales empleados en los servicios o productos facturados por cada

²³ *Id.*, 66.

²⁴ La *Guía Legislativa CNUDMI* además de referirse a que «no existe una separación real entre las empresas del grupo» y a «que la estructura del grupo se mantenga con fines deshonestos o fraudulentos», deja constancia de que en algún ordenamiento jurídico, para justificar la consolidación patrimonial, se atiende a si «permite acrecentar el valor a repartir entre los acreedores, ya sea por razón de la relación estructural existente entre las empresas del grupo, de la gestión de sus negocios y de sus lazos financieros, o por razón del valor de cierta propiedad intelectual utilizada en común por las empresas del grupo para la fabricación de sus productos o incorporada a ellos» (67).

²⁵ En la doctrina, antes de la reforma, se refería a esto, en términos muy similares DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *op. cit.*, 198: «la confusión –evidenciada por ejemplo en una contabilidad única– existe cuando el entrelazamiento patrimonial es tan intrincado que desentrañar e individualizar la titularidad de cada elementos del activo o cada atribución de los elementos del pasivo sea tan ardua que el esfuerzo –en tiempo y gastos– necesario para ello sea desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse si, intentada la operación de individualización patrimonial, se alcanzara un resultado positivo». YÁÑEZ EVANGELISTA, J., *op. cit.*, 1089, entiende que el segundo requisito de la «imposibilidad de discernir la titularidad de activos y pasivos» es un condicionante negativo directamente enlazado con la exigencia de confusión patrimonial y determina su alcance cualitativo.

sociedad son comunes y los propios criterios de facturación no se corresponden con una autonomía real de cada sociedad, sino con otra clase de intereses.

En cualquier caso, las circunstancias que pueden poner en evidencia la existencia de confusión de patrimonios entre varias sociedades son muy variadas, y ni son tasadas ni cuando concurren algunas de ellas necesariamente debe acordarse la consolidación de patrimonios, sino que han de ponderarse en cada caso. Así lo entiende la Guía Legislativa CNUDMI que, a título ejemplificativo, enumera alguna de estas circunstancias más comunes: *i)* la existencia de estados financieros consolidados; *ii)* la utilización de cuentas bancarias comunes; *iii)* la comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo; *iv)* la dificultad de deslindar los activos y pasivos de cada sociedad; *v)* la magnitud de los gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las sociedades del grupo; *vi)* la existencia de traspasos de bienes o fondos de una sociedad a otra por razones de conveniencia, sin cumplir los requisitos formales del caso; *vii)* el grado de suficiencia del capital; *viii)* la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; *ix)* el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido, así como la celebración de reuniones combinadas de sus juntas directivas; *x)* la utilización de una sede o unas instalaciones en común; *xi)* la práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como una entidad única, creando la confusión entre los acreedores de no sabe con qué concreta sociedad están contratando²⁶.

De hecho, las circunstancias tomadas en consideración por la comentada SAP Barcelona (15^a), 28.6.2011, para acordar la consolidación de masas activas y pasivas, permitirían también bajo la normativa actual concluir la existencia de una confusión de patrimonios y constituyen un buen ejemplo y guía para la aplicación del art. 25-ter.2, LC²⁷.

4.3. Procedimiento para acordarlo

A) Competencia e iniciativa. El art. 25-ter.2, LC, se limita a prever la posibilidad de que, con carácter excepcional, se consoliden los inventarios y las listas de acreedores, sin regular ni la legitimación para solicitarlo, ni la tramitación para acordarlo.

Bajo la anterior y única referencia normativa, tan sólo queda claro que la consolidación ha de hacerse con la elaboración de un único inventario y una única lista de acreedores, por lo que debe hacerse en la fase común, con ocasión del trámite de elaboración y presentación del informe y de los documentos anexos (entre ellos el inventario y la lista de acreedores).

Por otra parte, resulta evidente que, en atención a los efectos que conlleva, debe existir una resolución judicial que lo autorice o confirme, dando posibilidad a los interesados para discutirlo. Tanto la autorización como la confirmación supondría una actuación a instancia de parte, sin que exista margen para se acuerde de oficio por el juez²⁸.

²⁶ Guía Legislativa CNUDMI, 68 ss.

²⁷ *i)* Las tres sociedades coincidían en socios, administradores, domicilio social y objeto social; *ii)* la finalidad de mantener tres sociedades diferentes para realizar la misma actividad, según reconocieron los administradores sociales, era obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito; *iii)* la imagen corporativa de las tres compañías era la misma y las tres compartían teléfono, fax y dirección de correo electrónico; *iv)* las tres sociedades compartían departamento de administración, equipos informáticos y software; *v)* los trabajadores y las máquinas realizaban servicios indistintamente para las tres; *vi)* la administración concursal detectó en las cuentas bancarias de las tres entidades decenas de transferencias, que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales.

²⁸ YÁÑEZ EVANGELISTA, J., *op. cit.*, 1089.

La competencia para autorizar o confirmar la consolidación de masas le corresponde al Juez que conoce de los concursos conexos, por tratarse de una incidencia de la tramitación de dicho concursos conexos, que afecta a la aprobación de la lista de acreedores y del inventario, así como a las soluciones concursales por las que se opte.

La iniciativa debería corresponder exclusivamente a la administración concursal, que, al tomar posesión de su cargo e iniciar los trabajos necesarios para la elaboración del informe, el inventario y la lista de acreedores, aprecia la imposibilidad de distinguir los activos y pasivos de cada sociedad. En esa situación puede recabar, con carácter previo a la elaboración y presentación del informe, una autorización judicial para elaborar un solo inventario y una sola lista de acreedores; o también puede realizar directamente la consolidación y esperar al trámite de impugnación de la lista de acreedores y del inventario, para obtener la confirmación.

El hecho de atribuir la iniciativa a la administración concursal, no excluye que cualquier interesado, empezando por las propias concursadas, pueda manifestarle su interés de la consolidación; y que, si está personado en el concurso, pueda ser oído en el trámite de autorización previa (art. 188.2, LC) y, en cualquier caso, pueda accionar en contra o a favor de la consolidación mediante la impugnación de la lista de acreedores y del inventario (art. 96, LC).

i) Autorización previa. La autorización previa, que podría tramitarse por el cauce del art. 188, LC, y debería ser iniciativa exclusiva de la administración concursal, sin perjuicio de que puedan ser oídos, no sólo las propias sociedades concursadas, sino también cualquier interesado personado en el concurso, ordinariamente un acreedor.

El problema de este cauce es que ni asegura la llamada de todos los interesados o afectados, ni tiene las hechas propias del juicio contradictorio que satisfaga las garantías de las partes. Por eso, no produce efecto de cosa juzgada ni impide que pueda contradecirse mediante un incidente concursal.

Además, la mera tramitación de la solicitud de autorización, aunque discurra por el cauce ágil del art. 188, LC, dilataría más todavía la fase común, pues no podría comenzarse a confeccionarse el o los inventarios y la o las listas de acreedores, hasta que el juzgado hubiera dado o denegado su autorización.

En cualquier caso, la autorización o su denegación, por el trámite empleado de las autorizaciones judiciales (art. 188, LC), no impediría que cualquier interesado pudiera plantear un incidente concursal, para recabar un pronunciamiento judicial con eficacia de cosa juzgada (art. 196.4, LC), mediante la impugnación de la lista de acreedores y del inventario (art. 96, LC).

ii) Confirmación judicial posterior: aprobación de la lista de acreedores. La otra alternativa, seguida en el caso juzgado por la SAP Barcelona (15^a), 28.6.2011, es recabar directamente la confirmación judicial en el trámite de impugnación y aprobación del inventario y de la lista de acreedores.

La iniciativa corresponde a la administración concursal que, ante la imposibilidad o extrema dificultad de realizar un inventario y una lista de acreedores separados para cada sociedad, lleva a cabo de facto la consolidación, mediante la elaboración de un solo inventario y de una sola lista de acreedores.

La publicidad dada a estos documentos (art. 95, LC), que permite su impugnación por cualquiera de los afectados (art. 96, LC), garantiza que también puedan oponerse a la consolidación. Las oposiciones se acumularían, para resolverlas conjuntamente, de forma que exista una única resolución confirmando o denegando la consolidación (art. 96.5, LC). La falta de oposición, determinaría la confirmación judicial.

La eventual desestimación de las impugnaciones basadas en la indebida consolidación de masas, supondrá la confirmación judicial de su procedencia, sin perjuicio del resultado de otras impugnaciones fundadas en razones distintas, ligadas a la indebida inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario o créditos en la lista de acreedores.

En caso de estimación de la impugnación basada en la indebida consolidación de masas, la sentencia acordará que la administración concursal elabore los inventarios y las listas de acreedores correspondientes a cada sociedad concursada, de forma separada, y que se vuelvan a someter cada uno de ellos al trámite de impugnación y aprobación.

De este modo, el incidente de impugnación de la lista de acreedores constituye la vía más idónea para que se pueda discutir sobre la consolidación, pues es un juicio plenario que permite resolver de forma contradictoria y garantiza el derecho de defensa de los afectados por la consolidación. Y, al mismo tiempo, al tratarse un trámite ordinario, previsto por la Ley, no dilata más de lo debido la tramitación del concurso.

4.4. *Efectos y consecuencias dentro del concurso*

La consolidación de masas activas y pasivas tiene una incidencia directa en la propia configuración del inventario y de la lista de acreedores, y también en la solución concursal por la que se opte.

A) Consolidación de la masa activa. La consolidación de la masa activa supone reconocer la única y común titularidad de los derechos pertenecientes a las sociedades afectadas a la unidad económica que forman, de modo que, si entre ellas se hubieran otorgado alguna garantía real, éstas dejan de tener eficacia. Del mismo modo, se producirá el efecto propio de la confusión, cuando las sociedades compartieran el dominio de los bienes o tuvieran distintos derechos reales sobre los mismos bienes o derechos patrimoniales.

A los efectos de las acciones de reintegración, dejarían de tener relevancia los actos de disposición realizados por una sociedad a favor de otra, que en principio hubiera determinado la presunción de perjuicio del art. 71.3.1, LC. Deja de tener sentido la impugnación de este acto de disposición, pues el bien sigue en el único patrimonio común.

También tiene relevancia respecto de la constitución de garantía reales por parte de una de las sociedades para asegurar el cumplimiento de una obligación de otra sociedad, frente a un tercero. En estos casos, y al margen de la existencia de un interés de grupo que pudiera eludir la consideración de acto a título gratuito, si consolidamos la masa activa, ya no cabría hablar de garantía de una deuda ajena, pues al ser un sólo patrimonio, del que forman parte aquel sobre el que se constituyó la garantía y el que asumió la obligación, la garantía se habría otorgado por una deuda propia. Este aspecto tiene gran relevancia cuando ha existido una refinanciación conjunta de todas las deudas de las sociedades de un grupo.

B) Consolidación de la masa pasiva. La consolidación de la masa pasiva supone la exclusión de todos los créditos existentes entre las sociedades del grupo, lo que conlleva una disminución del pasivo, sin perjuicio de que, por el carácter subordinado de estos créditos, tampoco se hubieran tenido en cuenta para la aceptación de la propuesta de convenio.

Pero también produce efecto respecto de las garantías personales que, frente a terceros y para garantizar obligaciones de otras sociedades del grupo, se hubieran podido prestar. Un tercer acreedor que, además de serlo frente a la sociedad deudora principal, lo sea también frente a las sociedades fiadoras, y por ello tendría derecho a que se le reconocieran sus

créditos en los respectivos concursos, si los concursos conexos están sujetos a una simple coordinación procesal, cuando se acuerde la consolidación, este acreedor pasaría a tener un sólo crédito, lo que tendría relevancia en la determinación de los quórum y mayorías para la aceptación del posible convenio.

C) Soluciones concursales. En caso de consolidación de activos y pasivos, la solución concursal será común para todos los concursos conexos. Esto es, el posible convenio les afectará a todas y, en su caso, si se opta por la liquidación, se liquidará como una unidad patrimonial.

Como hemos visto, la consolidación de la masa pasiva, en caso de convenio, puede influir en el reconocimiento de los créditos y provocar su aminoración, al desaparece los créditos existentes entre las sociedades y unificarse los que un tercero pudiera tener, como deudores solidarios, frente a varias de las sociedades; con la posible incidencia que esta simplificación del pasivo pudiera tener en el cálculo de los quorums y las mayorías para la aprobación del convenio, en la medida en que variara el importe total de los créditos y el de este acreedor.

En caso de liquidación, la consolidación de las masas activas y pasivas conlleva que respecto de un único patrimonio cobraran los acreedores incluidos en la única lista de acreedores, de acuerdo con la clasificación aprobada.

5. Tratamiento de los procedimientos de insolvencia de sociedades de un mismo grupo en la proyectada reforma del Reglamento europeo de Insolvencia 1346/2000

5.1. Estado de la cuestión antes de la reforma

El Reg. Insolvencia no contemplaba la insolvencia de un grupo de sociedades del mismo grupo, registradas en distintos estados de la UE, como si la internacionalización de las empresas se llevara a cabo sólo mediante la apertura de sucursales o establecimientos en otros países. Para estos casos sí que se prevé que sólo puede abrirse un solo procedimiento principal en el Estado donde se encuentre el centro de sus intereses principales, que ordinariamente coincidirá con su domicilio social (art. 3.1, Reg. Insolvencia).

Pero, ordinariamente, la internacionalización de una empresa se lleva a cabo a través de la constitución de compañías filiales en cada uno de los Estados donde opera, distintos de aquél en donde está registrada la sociedad matriz titular de dicha empresa. En estos casos, cuando todas o algunas de las sociedades del grupo entran en un estado de insolvencia, no es posible declarar el concurso de acreedores del grupo, como una unidad económica ni por tanto mezclar las masas activas y pasivas de todas las compañías del grupo, sino que debe declararse el concurso principal de cada una de las compañías insolventes. No cabe pues tratar el concurso de la matriz como el procedimiento principal del grupo y el del resto de las compañías filiales como procedimientos secundarios.

En principio, y guiados por un interpretación restrictiva tanto del art. 3.1, Reg. Insolvencia, como del art. 10.1.2, LC, cada una de esas compañías debería ser declarada en concurso en el Estado en que está registrada, donde se presume que tiene el centro de sus intereses principales. Esta solución, más respetuosa con los intereses de los acreedores nacionales del país de registro de cada compañía, obvia la conveniencia de un tratamiento conjunto de la insolvencia de todas las sociedades del grupo para lograr una solución conjunta. Este

tratamiento conjunto viene obstaculizado por la distinta legislación aplicable a cada procedimiento –*lex fori concursus*–, por la distinta autoridad –judicial o administrativa– que los tutela, y en general por los distintos órganos concursales, así como por la ausencia de normas de coordinación de procesos, pues todos ellos son principales.

Ante esta perspectiva, buscando el reagrupamiento de los posibles procedimientos de insolvencia de las compañías de un mismo grupo bajo una misma administración y tutela –judicial o administrativa– y la aplicación de la misma legislación nacional, es lógico que los tribunales ingleses comenzaran a desarrollar una interpretación amplia del art. 3, Reg. Insolvencia, y en concreto de lo que debe entenderse por “centro de los intereses principales del deudor” cuando se trata de una sociedad filial. Para ello se centraban más en las decisiones relevantes, que ordinariamente están relacionadas con las sociedades del grupo, su vinculación financiera, la ubicación de los acreedores importantes –ordinariamente las entidades de crédito– y quien designa realmente a los administradores de la compañía. La mayor parte de estos criterios en casos como Daisytek-ISA²⁹ o Rover³⁰, conducen directamente a la sociedad matriz, de donde parten las decisiones importantes de política económica del grupo y por ello de cada compañía. Y desde esa perspectiva se entiende justificada la interpretación amplia del art. 3, Reg. Insolvencia, que debilita la fuerza de la presunción de que el centro de los intereses principales coincide con el domicilio social registrado.

No obstante, ante el abuso en que podía incurrirse al equiparar el centro de los intereses principales de las sociedades filiales con el de la matriz, el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 2.5.2006 (C-341/2004), caso Eurofood, interpreta el citado art. 3.1, Reg. Insolvencia, en el siguiente sentido: en primer lugar recuerda que ha partirse de la presunción legal de que el centro de los intereses principales del deudor coincide con el domicilio social, y que dicha presunción sólo puede desvirtuarse «si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social». Para ilustrarlo pone un ejemplo en que así ocurre: una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. Pero advierte a continuación que, «cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el citado Reglamento».

Esta posibilidad de apertura conjunta de los procedimientos de insolvencia principales de varias sociedades del mismo grupo, además de presuponer que, conforme al art. 3.1, Reg.

²⁹ Daisytec-ISA Ltd & Ors, 16th May 2003 (High Court of Justice, ChD, Leeds District Registry Nos. 861-876/2003, HHJ Mc Gonigal). Entre las sociedades del grupo declaradas en concurso principal se encontraban tres sociedades alemanas y una francesa, lo que no impidió que en ambos países se abriera un concurso principal que más tarde fueron anulados en atención a la preferencia temporal del procedimiento inglés.

³⁰ GM Rover Ltd & Ors, 11th May 2005 (High Court of Justice, ChD, Nos. 2375-2382/2005, HHJ Norris). Se abrió un procedimiento concursal principal voluntario de 8 compañías pertenecientes al grupo Rover, la matriz y las filiales registradas en otros Estados de la UE, como es el caso de Rover España, SA. Esta compañía aunque tenía sus bienes y establecimientos en España, los trabajadores eran fundamentalmente españoles, su administrador residía también en España y los principales acreedores eran españoles, se vio afectada por la insolvencia de la matriz. En la práctica la tramitación conjunta de los procedimientos de insolvencia de todas las sociedades del grupo, a instancia de ellas mismas, bajo los tribunales ingleses y la legislación de dicho país, responde exclusivamente a criterios de conveniencia, para facilitar la solución global del grupo, y se justifica formalmente por la dependencia de las filiales de cada Estado respecto de la matriz inglesa. En este caso, no obstante, no se justifica que todas las sociedades filiales, en este caso la española estuviera en estado de insolvencia.

Insolvencia, todas ellas tienen de verdad el centro de sus intereses principales en el mismo lugar, exige adelantarse a solicitarlo antes de que el procedimiento principal de alguna de las sociedades filiales sea declarado en el país donde está registrada, pues en ese caso ya no será posible respecto de esta sociedad³¹.

Y no impide que en el país donde una de estas sociedades filiales está registrada y tiene un establecimiento, los acreedores locales puedan solicitar y obtener la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario y territorial, que en muchos casos deja inoperativo el concurso principal abierto junto con el de las otras sociedades del grupo, y obstaculiza la solución conjunta ideada para la reestructuración de todo el grupo, que en algunos casos pasa por la venta de empresa³². A partir de ese momento, operan las precarias reglas de coordinación entre concurso principal y secundario.

5.2. Alcance de la reforma³³

5.2.1. Ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1)

La reforma del Reg. Insolvencia incide directa e indirectamente en la reestructuración de un grupo de sociedades registradas en distintos países de la UE. Por una parte, amplía en el art. 1 la tipología de procedimientos relacionados con la insolvencia afectados por este Reg. Insolvencia para acoger los denominados procedimientos híbridos, entre los que se encuentran el “Procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación” de la disp.ad.IV, LC. De hecho aparece en el anexo A del proyecto de reforma. Consecuentemente, el inicio del procedimiento que afecte a una pluralidad de sociedades de un mismo grupo, tendrá para todas ellas la consideración de procedimiento principal, con todas sus consecuencias, entre las que se encuentra la de impedir que se abra un procedimiento de insolvencia principal de alguna de estas sociedades, en otro país donde esté registrada.

Este efecto se podría adelantar cuando se acuda a la comunicación del art. 5-bis, LC, pues el anexo A del proyectado Reglamento incluye también el denominado “Procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio”. Este operaría a partir de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor, cuya publicación en el Registro Público Concursal será ordenada por el Secretario Judicial (art. 5-bis.3, LC). Sería a partir de la fecha de esta resolución en la que se deja constancia de la comunicación realizada por las sociedades del grupo de que están iniciando negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, para su posterior homologación judicial conforme a la disp.ad.IV, LC, cuando se produciría el reseñado efecto de que en la

³¹ Así, por ejemplo, en el caso del grupo Fagor, el JM San Sebastián pudo declarar el concurso de acreedores de varias de las sociedades: la entidad española Fagor Electrodomésticos SCoop, la polaca Fagor Mastercook, SA y la irlandesa Fagor Ireland, Ltd, titular de las marcas de todo el grupo. Pero no fue posible declarar el concurso de las dos filiales francesas (Fagor Brandt, SAS, and Fagor France, SA), por sus respectivos procedimientos de insolvencia ya habían sido abiertos en Francia.

³² En el citado caso del grupo Fagor, los acreedores polacos instaron y obtuvieron la apertura del procedimiento secundario de Fagor Mastercook, SA, lo que dificultó la solución perseguida que era la venta en su conjunto a otro grupo empresarial.

³³ El texto empleado es que se corresponde al de la posición del Consejo UE emitida el 12.3.2015 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2016636%202014%20INIT>).

UE se tenga por iniciado un procedimiento principal respecto de cada una de las sociedades del grupo.

El problema de la regulación proyectada, que es consustancial a la naturaleza de estos procedimientos híbridos, es la incerteza sobre cuándo puede considerarse terminado el procedimiento. La disp.ad.IV, si bien regula la posibilidad de que cualquiera de los acreedores afectados pueda interesar la declaración de incumplimiento del acuerdo homologado (ap. 11), no prevé ninguna resolución expresa que declare su cumplimiento, como sí ocurre con el convenio aprobado en el seno del concurso de acreedores (art. 139, LC) como requisito previo y necesario para la conclusión del concurso por esta vía (art. 141, LC).

Parece que, a la vista de la regulación de la disp.ad.IV, una vez firme la homologación, porque no ha sido objeto de impugnación o la impugnación formulada ha resultado desestimada, debería considerarse terminado el procedimiento, sin perjuicio de que los propios efectos del acuerdo que conllevan una novación de los créditos y la remoción de la insolvencia deberían ser los que impidieran que pudiera abrirse un procedimiento de insolvencia de alguna de las sociedades filiales en el país donde está registrada.

5.2.2. *Relación entre procedimientos de insolvencia principal y secundarios*

A este respecto, la reforma ha incidido en un doble sentido. De una parte, articula un medio o procedimiento para impedir que, iniciado un procedimiento principal, pueda abrirse otro secundario. Y de otra, regula con mayor detalle la cooperación y comunicación entre procedimientos principales y secundarios, no sólo entre los síndicos o administradores concursales, sino también entre tribunales, o entre estos y los síndicos.

A) Medios para impedir o posponer la apertura de un procedimiento secundario. Como ya hemos visto, cuando se pretende la reestructuración conjunta de las sociedades de un mismo grupo en situación de insolvencia, es frecuente que se opte por la declaración conjunta de los procedimientos de insolvencia de las sociedades ante los tribunales del país de registro de la matriz, arguyendo que todas ellas tienen allí el centro de sus intereses. Logrado el objetivo de la apertura conjunta de todos los procedimientos, la reestructuración puede frustrarse si los acreedores locales del país donde estuviera registrada una de las filiales, pidieran la apertura del procedimiento de insolvencia secundario.

Bajo la redacción originaria del Reg. Insolvencia, el tribunal no podría negarse a esta petición, ni tampoco atender a la oposición formulada por los síndicos del procedimiento principal sobre el efecto contraproducente de la apertura del procedimiento secundario³⁴. Lo

³⁴ Al respecto es muy ilustrativo el razonamiento contenido en el Auto JM Barcelona, n. 4, 23.4.2007, al abrir el concurso de acreedores secundario de Tecifisa (miembro del grupo francés Manzoni-Bouchot), a petición de los acreedores locales y ante la oposición de los síndicos del procedimiento principal: «ni el Reglamento ni la Ley concursal española limitan en forma alguna la posibilidad de pedir el concurso territorial secundario, cuando el deudor tiene un establecimiento en España, como es el caso».

El reproche que hizo el letrado de la demandada a la inutilidad de la declaración de concurso secundario, se podría extender a todos los concursos territoriales, salvo en aquellos casos en los que el concurso territorial se pida por el síndico del concurso principal para facilitar la administración o liquidación del patrimonio del deudor. Si los efectos del concurso son universales y al mismo tiempo se parte del principio de mutua confianza en los tribunales de los distintos Estados miembros, los concursos territoriales secundarios parecen innecesarios, no son sino una carga económica brutal para la concursada. Sin embargo la decisión de mantener los dos tipos de procedimientos de insolvencia es fruto de una decisión del legislador comunitario que a los tribunales de justicia solamente les corresponde hacer cumplir».

que no ha impedido que en algunas jurisdicciones más flexibles, como la inglesa, donde se tramitaban los procedimientos de algún grupo de sociedades, como MG Rover o Nortel Networks, se hubieran articulado medios para impedir que algunos acreedores locales pudieran instar procedimientos secundarios de alguna de las filiales, ofreciéndoles para sus respectivos créditos un tratamiento similar al que podrían obtener en el procedimiento secundario. Esta posibilidad resulta impensable en España, por la rigidez de la norma y la garantía del resto de los derechos afectados, que impediría una alteración de las normas sobre clasificación de créditos por meras razones de conveniencia.

La reseñada práctica ha inspirado la reforma del Reglamento al articular un medio para impedir o posponer la apertura del procedimiento secundario.

Conforme al proyectado art. 38.1, Reg.Ins.mod.int., el tribunal que reciba una solicitud de concurso secundario dará audiencia a los síndicos del procedimiento principal o al propio deudor intervenido. Los síndicos del procedimiento principal pueden impedir la apertura del procedimiento, si previamente han concedido una garantía adecuada que proteja los intereses de los acreedores locales (art. 38.2, Reg. Ins. mod. int.).

En este sentido, el art. 36.1, Reg.Ins.mod.int., prevé que los síndicos del procedimiento principal puedan ofrecer una garantía sobre los bienes situados en un país donde podría abrirse a un procedimiento secundario, para garantizar las preferencias de cobro que los acreedores tuvieran de acuerdo con la ley aplicable al concurso secundario, para impedir que este concurso sea abierto. Con esta garantía, lo obtenido con la realización de aquellos bienes sería destinado a la satisfacción de los créditos que procediera conforme al reconocimiento y clasificación de créditos que hubiera correspondido en el concurso secundario que no habría llegado a abrirse (art. 36.2, Reg.Ins.mod.int.).

Esta garantía debe ser aceptada por los acreedores locales, lo que plantea una incertidumbre acerca del concepto y el alcance de este término. Lo más razonable sería que por tales se entendiera, al margen de la nacionalidad de los acreedores, aquellos que hubieran surgido por la actividad desarrollado en el establecimiento de la sociedad localizado en aquel país donde se pretende evitar la apertura del procedimiento secundario. La aceptación debe realizarse de acuerdo con las reglas que regirían aquel procedimiento secundario para la aprobación de un convenio o acuerdo de reestructuración (art. 36.5, Reg.Ins.mod.int.).

Al margen de otras medidas para asegurar el cumplimiento de esta garantía, el art. 36.10, Reg.Ins.mod.int., prevé la responsabilidad de los síndicos del procedimiento principal frente a los acreedores locales, para indemnizar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas.

B) Reglas de coordinación entre procedimientos principal y secundario(s). En nuestro caso, presupone que una vez iniciados los procedimientos de insolvencia de varias sociedades del mismo grupo ante los tribunales de la sociedad matriz, se abre con posterioridad un procedimiento secundario de alguna de las filiales en el país donde además de estar registrada tiene un establecimiento. Esto es, cuando no se haya podido evitar la apertura del concurso secundario, lo que interesará será la coordinación entre el procedimiento principal con el o los secundarios que puedan haberse llegado a abrir.

Hasta ahora tan sólo existía la posibilidad de una coordinación entre los administradores concursales, sin que el contenido de esta cooperación apareciera muy definido. El vacío normativo se ha tratado de llenar con guías y protocolos, inspirados de la práctica anglosajona. El Reglamento, además regular con mayor extensión la cooperación entre los administradores concursales de uno y otros procedimientos, se refiere expresamente a la cooperación entre

tribunales (art. 42.1, Reg.Ins.mod.int.), que aunque no será lo más común, en algún caso puede llegar a ser muy conveniente.

El contenido de esta cooperación puede consistir, en primer lugar, en suministrar y compartir información sobre el propio procedimiento, el estado de los bienes. Este intercambio de información tiene un límite material o de contenido, marcado por el carácter confidencial de la información solicitada; y presenta en la práctica la dificultad derivada de la diferencia de idiomas que rigen cada uno de los procedimientos. Y partiendo de la comunicación fluida entre los tribunales, la cooperación puede alcanzar a la coordinación en los nombramiento de administradores concursales, la aprobación de protocolos, la administración de los bienes de la masa activa o la celebración de vistas (art. 42.3, Reg.Ins.mod.int.).

En principio, esta previsión normativa es positiva en cuanto que concede amparo a los tribunales que pretendan su coordinación y cooperación recíproca. No presentará problema cuando con la cooperación obtengan beneficios todos. No cabrá cuando se requiera algo no permitido por la normativa propia que rige el concurso, ni cuando con ello se lesione algún derecho legítimo de tercero.

Sin duda el cauce natural de cooperación se dará entre los administradores concursales de cada uno de los procedimientos afectados, y entre ellos y los tribunales. En este ámbito y debido a la versatilidad de los despachos que asumen la administración concursal, no tienen porque surgir problemas idiomáticos, y la comunicación puede ser presencial.

Es necesario resaltar, especialmente, la cooperación del administrador concursal del procedimiento secundario con el tribunal que conoce del procedimiento principal (art. 43.1, Reg.Ins.mod.int.), que va más allá de hacer valer los derechos de los acreedores del propio procedimiento en el otro (art. 45, Reg.Ins.mod.int.).

En concreto, en el caso del grupo de acreedores, tiene interés la posibilidad de solicitar el tribunal que tramita el concurso secundario la suspensión de las operaciones de liquidación de activos, siempre que se garanticen los intereses de los acreedores en el procedimiento secundario (art. 46, Reg.Ins.mod.int.). También lo tiene que el administrador del procedimiento principal pueda interesar que la solución del procedimiento secundario se acomode a un plan reestructuración, siempre que lo permita la normativa propia (art. 47, Reg.Ins.mod.int.), y la conversión del procedimiento secundario abierto en otro tipificado en la lista del anexo A) que sea más apropiado en atención a los intereses de los acreedores locales y la cohesión entre el procedimiento principal y el secundario.

5.2.3. Cooperación y coordinación entre procedimientos principales de sociedades del mismo grupo abiertos en distintos países

No siempre se puede, o se llega a tiempo de, obtener la declaración conjunta de concurso de acreedores de las sociedades del mismo grupo ante una misma jurisdicción, ordinariamente la correspondiente a la sociedad matriz, justificando que todas las sociedades tienen allí el centro intereses principales. En el caso, no infrecuente, en que bajo la doctrina Eurofood los procedimientos de insolvencia principal de algunas de las filiales han sido abiertas en distintos países, también resultaba necesario establecer cauces de cooperación e incluso coordinación.

El Reglamento proyectado prevé un doble nivel de relación: *i*) un primer nivel de cooperación y comunicación entre los procedimientos principales (arts. 56-60, Reg.Ins.mod.

int.), de un modo similar a como se prevé para la relación entre procedimientos principal y secundario(s); y *ii*) otro segundo de coordinación de procedimientos por una persona designada al efecto (art. 61-77, Reg.Ins.mod.int.).

A) Reglas de comunicación y cooperación. En aquel primer nivel, el Reglamento proyectado prevé la cooperación y comunicación entre los administradores concursales de unos y otros procedimientos, siempre que contribuya a hacer más efectiva la administración de los procedimientos y no resulte contrario a las normas que regulan cada uno de los procedimientos y haya conflicto de intereses (art. 56.1, Reg.Ins.mod.int.). Este límite genérico se reitera cuando se regula la cooperación entre tribunales (art. 57.1, Reg. Insolvencia) y entre administradores concursales y tribunales (art. 58, Reg.Ins.mod.int.).

También se regula la cooperación y comunicación entre tribunales que conocen de los procedimientos de insolvencia principales de sociedades del mismo grupo (art. 57, Reg.Ins.mod.int.), de forma muy similar a lo previsto para el caso de tribunales que conocen de los procedimientos principal y secundario de la misma sociedad deudora (art. 42, Reg.Ins.mod.int.), especialmente por lo que respecta a su contenido (art. 57.3, Reg.Ins.mod.int.). La cooperación puede consistir en una comunicación fluida y puede alcanzar a la coordinación en el nombramiento de los administradores, que podrían pertenecer al mismo despacho o firma profesional, en la administración de los bienes y derechos de las sociedades afectadas por cada procedimiento, en la celebración de las vistas y en la aprobación de protocolos.

B) Coordinación. El segundo nivel de coordinación de procedimientos mediante el nombramiento de un coordinador del grupo, puede constituir un instrumento válido para coordinar la reestructuración del grupo de sociedades.

Presupone la existencia de procedimientos de insolvencia principales de varias sociedades de un grupo. Con vistas a una reestructuración global de todas ellas de forma coordinada, en cualquiera de los procedimientos el administrador concursal puede pedir del tribunal que tiene jurisdicción sobre dicho procedimiento que se abra un procedimiento de coordinación y se nombre un coordinador de grupo. Si es solicitado en varios procedimientos, será competente el tribunal que recibió la primera solicitud.

El tribunal que reciba esta solicitud, antes de comunicarlo a los administradores concursales del resto de las sociedades del grupo, tiene que valorar que el procedimiento de coordinación vaya a mejorar la eficiencia en la administración de los activos de las sociedades del grupo y que ningún acreedor de alguna de las sociedades del grupo vaya a resultar perjudicado por la inclusión del procedimiento de insolvencia de su deudora dentro del procedimiento de coordinación (art. 63, Reg.Ins.mod.int.).

Practicada la comunicación a los administradores concursales del resto de los procedimientos concursales, pueden acceder a tal coordinación, rechazar la coordinación o aceptar la coordinación pero bajo la designación de un coordinador distinto. En cualquier caso, para que el procedimiento de insolvencia de una sociedad del grupo se vea directamente afectado por el procedimiento de coordinación del grupo es necesario que haya sido expresamente aceptado y admitido el coordinador.

La aceptación de esta coordinación no supone ceder facultades de decisión al coordinador, quien lo que propone son recomendaciones y un plan de coordinación. En cada uno de los procedimientos incluidos en la coordinación se puede decidir no seguir esas recomendaciones y no ajustarse al plan de coordinación, pero debe justificarse.

Para facilitar su labor de coordinación, obviamente, al coordinador del grupo se le reconocen una serie de facultades (art. 72.2, Reg.Ins.mod.int.): la posibilidad de ser oído y

participar en cualquier de los procedimientos de insolvencia incluidos en la coordinación; mediar entre las dispuestas que pudiera haber entre los administradores concursales de los distintos procedimientos; presentar en cada procedimiento el plan de coordinación, ante el órgano competente; requerir de los administradores concursales la información necesaria para la coordinación; y pedir la suspensión por seis meses de la apertura de un procedimiento de insolvencia de otra sociedad del grupo, siempre que sea necesario para la efectividad del plan de coordinación y beneficie a los acreedores de aquella sociedad.

Uno y otros medios de cooperación y coordinación son cauces que pueden facilitar un tratamiento conjunto de la insolvencia del grupo de sociedades, pero requiere en cualquier caso la buena disposición de cooperar y ser coordinados por parte de los administradores concursales y los tribunales de los procedimientos de insolvencia abiertos. Dicho de otro modo, si existe voluntad de alcanzar una solución común o coordinada, el reglamento proyectado lo permite y establece un cauce flexible para ejecutarlo. Pero a falta de tal buena voluntad, no existe medio de imponer la cooperación ni mucho menos la coordinación. Y en relación con el procedimiento coordinación de grupo, es necesario que el plan propuesto redunde en beneficio de todos y no perjudique a ningún acreedor.

Situación de la garantía real en el concurso

SUMARIO: 1. Presentación. - 2. Las características de la garantía real. - 3 La transmisión en el concurso del bien sujeto a la garantía. - 4. La realización de la garantía. - 5. El valor de la garantía. - 6. Ejecución separada. - 7. La fase de liquidación. - 8. Garantía real y convenio concursal.

1. Presentación

En pocas ocasiones la insoportable “levedad” del Derecho Concursal ha resultado más visible que estos dos últimos años en España. Este trabajo para los *Dialogi* tiene su base en un escrito del año 2014, que apenas en ese tiempo ha quedado por completo anticuado, a la vista de los profundos cambios introducidos en la LC en materia de garantías reales, algunos de ellos –por cierto– en línea con la demanda en aquella ocasión de un mayor respeto por la garantía real en la fase de liquidación concursal, sobre todo en la venta de la unidad productiva. A resultas de estas reformas la garantía real ha perdido, además, su invulnerabilidad absoluta, no sólo frente al convenio concursal, también frente al Acuerdo de Refinanciación homologado de la disp.ad.IV, LC y, finalmente, el Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Primero con el RDL 4/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, para la fase que podemos calificar de preconcursal, después con el RDL 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, para extender idénticos criterios al convenio logrado en el concurso, y por último con el RDL 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Por todo esto se ha incluido una referencia a la situación de la garantía real en el pre-concurso y en el convenio concursal, centrada en la ejecución separada de la garantía y en su realización dentro de la liquidación concursal.

2. Las características de la garantía real

Recordemos previamente los dos rasgos caracterizadores de esta forma de garantía. De un lado, confiere un derecho a cobrar con preferencia sobre los demás acreedores con cargo al producto obtenido tras la enajenación del bien objeto de la misma. De otro lado, faculta para instar la enajenación del bien y cobrar así el importe del crédito con el producto obtenido, o recibir en última instancia el mismo bien por un valor ya determinado que extingue o aminora el importe de la deuda. Por eso es necesario distinguir entre privilegio y garantía real, pues de la última derivan facultades de realización directa y ejecución del crédito, mientras la preferencia sólo genera el derecho a cobrar antes. El punto de partida del análisis fue que las singularidades procesales de la hipoteca también constituyen materia contractual y son tenidas en cuenta por las partes al contratar. No sólo el carácter sumario de una concreta modalidad ejecutiva, también las normas propias de la ejecución.

La autonomía del crédito hipotecario se revela en la especial sujeción del bien al crédito, en términos que lo independizan del comportamiento personal del deudor, así como de las

contingencias y cambios percutientes en su situación patrimonial. Esa autonomía tiene una vertiente procesal que integra, por llamarlo de alguna manera, el Derecho común de la hipoteca, es decir, el conjunto de normas que disciplinan la realización de la garantía. Es evidente que la insolvencia declarada del deudor puede incidir sobre esos rasgos característicos de la hipoteca. Difícil que sea sin más sobre el privilegio de cobro, ya que esto trastocaría por completo el significado de la garantía, haciéndola finalmente inservible. El ámbito donde el legislador concursal siente de forma intensa la necesidad de interferir en el estatuto propio del acreedor hipotecario es el de las ventajas procesales. La situación privilegiada de los acreedores con garantía hipotecaria siempre ha despertado recelos, hasta el punto de que algún autor los califica sin mucho miramiento de “grandes depredadores” del patrimonio concursal. No obstante, las últimas reformas legales de las que daré cuenta también han incidido en el alcance material del privilegio, aunque sobre la base de atender al verdadero valor de la garantía, para impedir que el acreedor disfrute del privilegio por la totalidad de su crédito, cuando realmente la garantía no ofrezca ya esa cobertura.

El principio de concursalidad impone así el sometimiento de todos los acreedores a un mismo procedimiento y a unas mismas reglas. Desde esta perspectiva que unos acreedores ejecuten sus garantías, completamente al margen o con cierta separación del procedimiento colectivo resulta un tanto chirriante, sobre todo porque carecen de incentivos para someterse a una solución global, que siendo más beneficiosa para el conjunto de los acreedores, a ellos podría no representarles ventaja alguna. Entre la supeditación al concurso de un lado, o la inmunidad frente al mismo de las garantías reales de otro, nuestra LC optó en su redacción inicial de 2003 por un sistema general de inclusión, pero con excepciones. Es evidente que el legislador tiene libertad para hacer lo que estime conveniente, orillando en el concurso los beneficios procesales previstos por el acreedor al contratar. En mucha menor medida que en Anteproyectos anteriores, algo así ha ocurrido al final con la LC. Pero el Derecho especial de la hipoteca en el concurso de acreedores, también ha de encontrar acomodo en el Derecho común, y en tal sentido, salvo que haya sido excluido o reemplazado con claridad, continúa vigente como marco normativo de referencia para la garantía, tanto en la cobertura de las lagunas detectadas en el Derecho especial, como en la resolución de las dudas interpretativas. En este sentido el RDL 11/2014, aunque haya supuesto una minoración clara de la posición de los acreedores con garantía real en el concurso, especialmente en el convenio, por otro lado les ha dotado de cierta seguridad en la fase de liquidación, ante ciertos criterios que se venían abriendo paso en la práctica judicial¹. Cuando el Derecho especial del concurso resulte incompleto o poco claro, la solución no ha de venir por el sacrificio de la garantía en aras del superior principio de la concursalidad, sino por la supervivencia de la misma y su mayor facilidad de realización, siempre que esta posibilidad se haya dejado abierta por el legislador. Se trata de respetar la voluntad contractual de las partes, pues carece de sentido incrementar el coste de ejecución de la garantía para el acreedor, y con ello el coste futuro de la garantía para todos los deudores, cuando falte una razón justificadora, y el legislador no se haya expresado con la suficiente rotundidad. El sentido general de la interpretación ha de ser así *in dubio pro hipoteca*, puesto que la declaración de concurso no debe convertirse en un pretexto para perturbar de forma injustificada el procedimiento de ejecución, ni para cambiar totalmente la forma ordinaria de su realización. Faltan razones para pensar que el legislador haya querido hacerlo a todo evento. Tampoco voy a negar en esto una toma de partido en

¹ Vid. STS (1ª), 23.7.2013, Resolución de la DGRN, 18.11.2013.

gran medida ideológica, de la que es legítimo discrepar, y de hecho se discrepa, pues no faltan quienes ven en el concurso de acreedores, y sobre todo en el objetivo conservador de la empresa, una excusa para cambiar los efectos normales de las instituciones.

3. La transmisión en el concurso del bien sujeto a la garantía

Para determinar hasta qué punto esa perturbación ha de asumirse como algo inevitable hemos de tener en cuenta que no toda transmisión del bien hipotecado dentro del concurso supone una realización de la garantía, con su consiguiente extinción, aunque el acreedor no consiga cobrar la totalidad de su crédito. Hay transmisiones que podemos considerar voluntarias, aunque siempre con las especialidades concursales. Su ámbito normal serán la fase común y la de eficacia del convenio. Especialmente en la primera, donde la autorización judicial permite imponer al acreedor hipotecario la subrogación del adquirente en la obligación del deudor, con la correspondiente exclusión de la masa pasiva (no lo entiende de este modo la DGRN en su resolución de 1.4.2014, que da prioridad al art. 118, LH). Aún así, el Derecho común de la hipoteca debe mantener su vigencia fuera de ese espacio, en particular cuando se trate de una subrogación ordinaria consentida por el acreedor, donde no parece necesaria la autorización judicial dentro del ámbito de continuación de la actividad definido por la Administración Concursal, frente a la exigencia de algunos Registros de la Propiedad (RP). La resolución de la DGRN de 4.10.2012 lo ha dejado bastante claro en el sentido que estimo correcto. Otro tanto en el ámbito del convenio, pues desde su eficacia el deudor recupera las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, siendo plenamente eficaces a partir de ese momento los actos del concursado sobre los bienes y derechos integrados en la masa. Consiguientemente puede transmitir los bienes afectos a privilegio especial con sujeción al régimen general. Es decir, no rige la posibilidad de imponer un cambio de deudor, del mismo modo que el acreedor sólo dará carta de pago y cancelación de la garantía si cobra la totalidad de la deuda. Cuestión distinta es que los acreedores privilegiados queden sometidos a los términos del convenio, según veremos después. Pero estas ventas no constituyen una realización de la garantía, y por eso no habrían de provocar la cancelación registral del asiento correspondiente al concurso, pues no se excluye la posibilidad de una futura rescisión en caso de abrirse la liquidación (si es que alguien tiene claro en qué consiste la reintegración a que se refiere el art. 137.2, LC, y en la que tanto insiste la DGRN en resoluciones recientes, la primera de 27.2.2012). Lógicamente, cuando se trate de créditos concursales sujetos al convenio, el Juez Mercantil normalmente ordenará la cancelación de las anotaciones de embargo, así anteriores, como posteriores a la garantía.

4. La realización de la garantía

Pero ahora debo centrarme en la realización de la garantía, y aquí son dos los temas que interesan: la posibilidad de una ejecución separada y el régimen de la liquidación concursal. Con carácter preliminar, sin embargo, hay que referirse al ya mencionado concepto del valor real de la garantía. Aunque el Preámbulo del RDL 11/2014 insiste en que las previsiones relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial se introducen en relación con el convenio concursal, realmente hay algo más, quizá mucho más. Como la

reforma concursal no fue concebida desde el comienzo de un modo integral y armónico, sino que ha sido desplegada por partes –casi a trompicones–, habiendo empezado por el ámbito preconcursal con el RDL 4/2014, la disparidad lógicamente se dejaba sentir con especial fuerza a propósito de la solución convencional en el concurso, pues los acreedores privilegiados, ya fuera general o especial su privilegio, sólo quedaban vinculados al contenido del convenio, según el modelo inicial de la LC de 2003, si hubieran votado a favor del mismo o lo hubieran aceptado. Era necesario armonizar en este punto ambas situaciones. Pero el convenio no es la única salida del concurso, también está la liquidación, sin excluir que el bien sujeto a la garantía se transmita en la fase común, o constituya el objeto de una ejecución separada. La determinación del valor de una garantía real al margen y con independencia de su efectiva realización, no sólo ha de servir para que el acreedor privilegiado se vea arrastrado en determinados casos por el convenio, también puede suponer una limitación efectiva del privilegio en otros escenarios concursales, y esto aparentemente es lo que hace el nuevo art. 90.3, LC, cuando dispone que «el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores», de tal modo que el importe del crédito que supere el reconocido como privilegiado especial será “calificado” según su naturaleza. No es sólo que un hipotético convenio ahora le pueda afectar, es que ya no tiene asegurada la consideración de privilegiado por todo su importe –o hasta la cifra de responsabilidad– a lo largo del concurso y en todas las situaciones posibles (no obstante, esperemos que la situación cambie si finalmente prospera al enmienda n. 180 del GP Popular del Congreso, en la tramitación como proyecto del RDL 11/2014, que añade al art. 155.4, LC, el siguiente párrafo: «en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no excede de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso»).

La LC hace aplicación de este criterio en varias ocasiones fuera del convenio, pero en otra formula una excepción. Lo aplica en el art. 155.2, LC, a propósito de la rehabilitación del crédito con privilegio especial a instancia de la Administración Concursal, cuando dispone que se han de atender los pagos sucesivos como crédito contra la masa, «y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94». Este valor opera así como tope, de modo que una vez pagado el mismo la garantía queda extinguida para ese acreedor, aunque subsista parcialmente su crédito en el concurso, pero con otra calificación. Daría igual que ese mismo bien se consiga enajenar después por un precio superior. También aplica esta restricción el art. 149.1.3, LC, en la enajenación del bien conjunta con otros en los términos que después examinamos. En cambio, cuando se declare el incumplimiento del convenio, los acreedores con privilegio especial que se hubieran visto afectados por el mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada, en cuyo caso, «el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso» (art. 140.4.II, LC; regla que la enmienda citada extiende a la liquidación). Como el incumplimiento siempre supone la resolución del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos, la garantía recupera su extensión inicial en el ámbito de una ejecución separada.

El problema está entonces en la enajenación individual del bien dentro del concurso. Al no haberse modificado en igual sentido el art. 155.3, LC, surge la duda si el Juez Mercantil también puede autorizar su enajenación con subsistencia del gravamen y con subrogación del

adquirente en la obligación del deudor, o destinar el precio obtenido al pago del crédito, pero en ambos casos con el límite que represente aquel valor, aunque en ninguno de ellos se pueda hablar de una ejecución que justifique –de entrada– la deducción del 10%. Otro tanto cuando el pago del crédito con privilegio especial tenga lugar en la fase de liquidación, pero dentro del concurso ¿no se pagará en atención a su importe originario aunque el montante total obtenido haya sido superior al valor real –pero teórico– previamente asignado a la garantía? La anterior restricción a la ejecución separada, que ya no es posible instar una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3, LC), y el hecho de haber limitado el alcance mismo del privilegio especial, parece señalar en esa dirección, aunque hago expresa mi sorpresa por lo que viene a ser una realización virtual anticipada de la garantía dentro del concurso, que acabaría sobrepuesta a la realización efectiva que finalmente se llevare a cabo en la liquidación, aunque sea con un resultado más favorable (a favor, entonces, del conjunto de acreedores, no del garantizado). Sin duda un poderoso incentivo para intentar cuanto antes la ejecución separada, y que justifica plenamente la anterior enmienda.

5. El valor de la garantía

Para concretar el valor de la garantía el art. 94.5, LC, utiliza las mismas reglas que la disp.ad.IV.2, LC. Por consiguiente, respecto de cada crédito privilegiado, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, se deducen las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, y el resultado de tal sustracción es el valor de esa concreta garantía. El límite inferior es cero, y el superior es la cuantía del crédito considerado, o la cifra de responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado. Junto a la clasificación trimembre básica de los créditos por razón de su prioridad o rango (privilegiados, ordinarios y subordinados), la LC añade una nueva sub-clasificación, especialmente referida a los privilegiados, pero a todos ellos, ya sea general o especial su privilegio, que no tiene por finalidad jerarquizarlos, sino su mera separación para imponer a los de una misma naturaleza una decisión no unánime dentro de la respectiva categoría. Al agruparlos en función de esa homogeneidad se dificulta la concertación de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o los públicos, y la disminución de ese peligro hace posible una cierta vinculación del disidente, fundamentalmente en el convenio, pero no sólo en él. Se establecen cuatro clases (laborales, públicos, financieros, resto de acreedores), pero dentro de cada una hay que distinguir a su vez entre acreedores con privilegio general o especial, sin que siga en cada uno de estos subgrupos la fragmentación por razón del objeto de la garantía, o de la eventual gradación entre los créditos con privilegio general. En este nivel de la clasificación todos los créditos, con uno u otro privilegio, entre ellos valen igual y sólo interesa su cuantía (con lo antes dicho sobre el alcance del privilegio especial por razón del valor de la garantía). Parece, no obstante, que la distribución ha de ser general para todos los acreedores, incluidos los ordinarios y subordinados, pero su trascendencia práctica casi está circunscrita a la posibilidad de vincular a los acreedores privilegiados mediante acuerdos separados en cada clase (no sólo en el convenio, vid. art. 149.1.3.a).II, LC), ya que el voto de los ordinarios computa en conjunto, sin distinción alguna por este motivo. Fuera de la eventual vinculación de los privilegiados, esa configuración más amplia carece realmente de interés, pues los ordinarios y los subordinados siempre están amalgamados entre ellos, sin que el encuadramiento en uno u otro grupo

del art. 94.2, LC, tenga mayor trascendencia. No obstante, puede tenerla en los supuestos de formación de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación del convenio con un determinado contenido², ya que el término “clases” del art. 167.1.II, LC, se ha de entender también en el sentido de las establecidas en el art. 94.2, LC, y a estos efectos sí que se han de incluir los ordinarios y los subordinados.

6. Ejecución separada

Entrando ya en el tema de la ejecución separada, el sistema diseñado por los arts. 56 y 57, LC, distingue supuestos según el momento de inicio de la ejecución y la naturaleza del bien, con un reconocimiento generalizado de la posibilidad de continuar o de iniciar las ejecuciones sobre bienes que no resulten “necesarios” para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (bienes meramente “afectos” a la actividad antes del RDL 4/2014). Para los otros bienes que sí están adscritos a la actividad resultaba obvio antes de la reforma de 2011 que la espera sólo era pasajera, merced a su alzamiento una vez aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho, o transcurrido un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación. En paralelo, y entiendo para esos mismos bienes necesarios, el art. 57, LC, establece una norma de competencia, pues el ejercicio de acciones que se inicie o reanude durante la tramitación del concurso queda sometido a la jurisdicción del Juez Mercantil, pero se tramitarán entonces en pieza separada y las actuaciones ejecutivas se “acomodarán” a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda, sin que la posterior apertura de la liquidación perturbe el despliegue del procedimiento hasta su finalización. Algunos tribunales restringen el alcance de esa acomodación, forzando la aplicación de las normas concursales, en particular las del art. 155, LC. En mi opinión debería prevalecer la regulación propia del procedimiento de ejecución individual, salvo alguna especialidad. A la inversa, y según una interpretación que no despierta una adhesión unánime, aunque claramente en expansión, en el caso de los bienes no necesarios se mantiene la competencia originaria del Juzgado de Primera Instancia, y hasta el empleo de otras vías de realización –p.e. la subasta notarial–. Una reciente resolución de la DGRN de 17 de diciembre parece confirmar esta posibilidad, de la que se hace uso en la práctica ante la extraordinaria lentitud en la tramitación de los procedimientos por parte de los Jueces Mercantiles.

Pero en este esquema el tiempo es una variable fundamental, no sólo por el carácter transitorio de la espera, también por la existencia del límite fatal e inexorable que viene marcado por la apertura de la fase de liquidación, el cual tras la reforma de 2011 se puede anticipar de forma muy significativa. A partir de ese momento el acreedor que no haya conseguido salvar una ejecución en forma separada, queda sometido a la liquidación colectiva con la preferencia propia de su condición³. Una primera consecuencia está en los inconvenientes procesales por la pérdida de la condición de ejecutante individual, centrados en la posible adjudicación del bien en la subasta, o en la cesión del remate. Pero a esto se suma la especial delectación que muestra el legislador por la enajenación como un todo o un conjunto de bienes. Para el titular de la garantía real, que el bien sobre el que ésta recae termine siendo objeto de una realización colectiva con otros bienes, puede suponer un doble inconveniente.

² Sobre su interpretación, vid. SAP Barcelona (15ª), 12.3.2014.

³ Sobre este sometimiento, vid. STS (1ª), 11.12.2014.

De entrada, porque diluye el valor individual de su garantía dentro de una contrapartida que necesariamente será global, pues se convierte en el mero derecho a participar en el reparto de la suma obtenida, según criterios de proporcionalidad quizá extraños a los términos inicialmente pactados. Pero, además, el acreedor se expone a que la finalidad conservativa termine por imponerse a la solutoria, en el sentido de preferir la oferta que mejor asegure la continuidad de la empresa, y con ello la conservación de los puestos de trabajo, en lugar de la mayor contraprestación. Es un riesgo que afecta a todos los acreedores, pero especialmente grave en quien pactó un derecho de realización de valor sobre un bien en concreto. Después veremos de qué forma el RDL 11/2014 aclara y mejora en estos casos la situación de los acreedores dotados de garantía real.

Por eso cualquier trámite añadido que suponga un retraso en el inicio del ejercicio de la acción expone al acreedor a un riesgo mayor. En este sentido hay que referirse a la exigencia impuesta por la DGRN de una previa declaración del Juez Mercantil sobre la falta de afectación del bien (ahora, “necesidad”), sólo para expedir la certificación de dominio y cargas, es decir, de un trámite esencial del procedimiento, pero muy lejano aún del decreto de adjudicación. Una cosa es calificar la competencia judicial en este trance final asentador, otra hacerlo desde el comienzo, cuando existe la posibilidad de que la falta de necesidad se proclame después por el Juez Mercantil. Quede claro que antes no era así, pues la doctrina que se desprende de resoluciones anteriores es justamente la contraria, es decir, que sólo debía denegarse la certificación cuando constara inscrita la afectación. Pero una resolución de la DGRN de 20.2.2012, primera de una larga serie, ha impuesto ese criterio, aunque en un contexto poco claro, pues en apariencia la DGRN salva el caso en que se haya superado el plazo de un año desde la declaración del concurso⁴.

⁴ Me van a permitir dos ejemplos sobre la trascendencia práctica que puede tener este retraso. Uno acaba bien para el acreedor, el otro bastante mal. El primero deriva de mi experiencia personal, y precisamente está en el origen de la primera de esas resoluciones. Se me hace el requerimiento para la venta extrajudicial de un solar en el concurso de una promotora inmobiliaria pasado el año y antes de la entrada en vigor de la reforma de 2011. Solicito la certificación de dominio y cargas, al tiempo que pongo en conocimiento del Juez Mercantil el inicio del trámite. El registrador suspende la expedición por no constar la falta de afectación. Pasados unos meses –varios– el Juez Mercantil autoriza a seguir con el procedimiento, pero el problema es que un par de meses antes había abierto la fase de liquidación. Como la DGRN entiende que esa declaración es un presupuesto para toda ejecución, el registrador perfectamente podía haber entendido que ya no era posible emprenderla, pues el requerimiento no debió aceptarse. Afortunadamente en este caso no fue así y la adjudicación ha terminado inscrita sin problemas. Pero dije antes que el contexto resulta poco claro, ya que en esta resolución la DGRN confirma la nota del registrador, aunque reconoce expresamente al transcurso del plazo de un año como alternativa a la declaración de afectación en este trámite inicial. En otras palabras, resuelve sin tener en cuenta un dato del expediente, que ella misma reconoce como fundamental en el planteamiento general. Nos deja así la duda de que en estos casos pueda iniciarse el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia, dejando que sea la Administración Concursal quien plantee después, en su caso, la oportuna cuestión de competencia.

El otro ejemplo está tomado de un Auto AP Barcelona (15^a), 9.1.2012, y presenta la siguiente secuencia temporal: ejecución interpuesta ante el Juez Mercantil también pasado el año; la Administración Concursal manifiesta que los bienes no están afectos; se abre la fase de liquidación y la Administración Concursal presenta un plan de liquidación que incluye las fincas objeto de ejecución; el Juez Mercantil dicta auto en el que acuerda no despachar la ejecución, por no considerarse competente, e insta al acreedor a que presente la ejecución en el Juzgado de Primera Instancia; el acreedor presenta alegaciones anunciando que así lo haría e interpone después la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia; el Juez Mercantil aprueba el plan de liquidación sin acoger las observaciones del acreedor; la AP confirma su criterio, ya que la demanda ante el juzgado competente se presentó después de la apertura de la liquidación.

7. La fase de liquidación

Entramos ahora en la temida fase de liquidación como contrapuesta a la ejecución separada. Pero antes una observación que realmente es –o debería ser– una obviedad: en ambos casos se agota completamente la singular posición del acreedor. En uno por la efectiva realización de la garantía y en el otro por haber procedido al pago con arreglo al privilegio especial dentro del concurso, el bien queda liberado de la afección, pues del patrimonio del concursado sale libre, haya cobrado o no el acreedor en su totalidad. Por eso resultaba extraño a la liquidación que el adquirente asumiera el pago de las deudas, también cuando se transmite un conjunto de bienes. En estos casos la causa de la enajenación es la transmisión de una empresa a cambio de un precio para atender el pago de lo debido a favor de los acreedores en el concurso. El objetivo no es que al adquirente asuma el pago de las deudas, sino que pague por recibir el conjunto de los bienes y derechos integrados en la masa activa como un todo, o los integrados en una unidad productiva, para hacer después frente al pago de los acreedores con lo recibido, según las reglas concursales y dentro del concurso. Cuestión distinta es la existencia de normas especiales de responsabilidad *ex lege*, apenas limitadas a la materia laboral. Pero la práctica enseña que muchas veces el adquirente asume el pago de ciertas deudas, normalmente deudas de la masa o con privilegio especial. Incluso, la propia redacción del art. 149.3, LC, antes del RDL 11/2014 parecía admitir esta posibilidad cuando exceptuaba de la cancelación de todas las cargas anteriores, aquellas constituidas a favor de créditos concursales que gocen de privilegio especial. Pero, tratándose de una garantía real, la enajenación en fase de liquidación equivale funcionalmente a la producida en el marco de su realización ejecutiva, de ahí que deba comportar su necesaria cancelación⁵.

En esta materia el RDL 11/2014 ha supuesto un cambio importante. El art. 146-*bis*, LC, dentro del Capítulo dedicado a la fase de liquidación, recoge una serie de especialidades aplicables en caso de transmisión de unidades productivas, con el objeto de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera unidades productivas. No obstante, este régimen tiene carácter más general, ya que se aplica por remisión expresa a la transmisión en la fase común (art. 43.3, LC) y a la que tenga lugar en el convenio (art. 100.2.III, LC). A estos efectos deberá constar en el informe de la Administración Concursal la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación (art. 75.2.5, LC), para permitir una comparación de valores que justifique el recurso a determinados procedimientos. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual

⁵ Permítanme un ejemplo con la categoría de antológico sobre el desconcierto en ocasiones imperante antes del RDL 11/2014. Se trata de una SAP Lugo (1ª), 13.10.2009 donde el plan de liquidación aprobado contemplaba la enajenación unitaria del conjunto de la empresa. En el edicto de la subasta, probablemente por un arrastre inconsciente de un formulario, se cuela una alusión a la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores al crédito del actor, en los que se subrogará el rematante. El postor paga 560.000,00 euros y el monto total del pasivo asciende a 1.200.000,00 euros. Como la Administración Concursal considera que el rematante ha asumido todos los créditos concursales, queda un magnífico sobrante de 420.000,00 euros para el concursado. El rematante pone el grito en el cielo, pues sólo contaba con asumir la diferencia. Para la AP el plan de liquidación está por encima del edicto de subasta, y el mero hecho de haber previsto en aquél la enajenación de la empresa no debe asimilarse, sistemáticamente, a la asunción del pasivo por todas las deudas.

de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2, LC. La exclusión no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

La salvedad expresa a favor del art. 149.2, LC, como norma propia de la fase de liquidación, obliga a plantear si existe una remisión sucesiva, de tal modo que este segundo precepto también resulte aplicable a la enajenación en la fase común o en el convenio. Conviene recordar que hasta ahora ha sido normal esa aplicación, con un importante efecto exonerador para el adquirente⁶. El interés del tema ahora es menor, por lo que después diré a propósito de la SS, pero no desaparece completamente, aunque limitado a la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones asumidas por el FOGASA, pues el Juez Mercantil puede acordar que no haya subrogación. En mi opinión las remisiones de los arts. 43.3 y 100.2.III, LC, han de pararse en el art. 146-*bis*, LC, que ahora establece un régimen general para la transmisión de la unidad productiva, y dejar la regla del art. 149.2, LC, como una especialidad de la liquidación.

Específicamente en el ámbito de la liquidación concursal se han introducido por el RDL 11/2014 una serie de modificaciones que tienen por objeto facilitar el desarrollo de esta fase, aunque ponen también un poco de orden en el tratamiento de las garantías reales en los casos de enajenación de unidades productivas. En aquel sentido recoge expresamente la posibilidad de prever en el plan de liquidación la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, salvo para los acreedores públicos (art. 148.5, LC). La primera cuestión es si el acreedor viene obligado a aceptar esta cesión, especialmente cuando sea en pago, como puede ocurrir en el convenio. Creo que la respuesta ha de ser negativa, ya que no hay voluntad de los acreedores, aunque sea expresada por mayoría de forma colegial, para consentir ese cambio en la naturaleza de la prestación comprometida. Cuestión distinta es con arreglo a qué valores ha de hacerse la cesión en los casos de eficacia solutoria inmediata. No se ha previsto en este punto una solución similar a la del art. 100.3.II, LC, para el convenio, que requiere la determinación previa del valor razonable del bien con arreglo al art. 94, LC. Por eso corresponde a la Administración Concursal optar por una nueva valoración, o seguir con la que figure en el inventario, si considera que no ha existido una variación importante. En cambio, tratándose de bienes afectos a una garantía, expresamente remite a las limitaciones y el alcance previsto en el art. 155.4, LC, precepto que en realidad dice muy poco sobre la cesión («al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda»), pues sus pár. 2 y 3 parecen estar referidos exclusivamente a la venta directa sin subasta. Trasladarlos a la cesión un poco desnaturalizaría esta última, pues obliga a una licitación entre los posibles oferentes, previa su publicidad, quedando el acreedor cesionario en posición residual para adjudicárselo por el valor de la tasación/valoración previa, sólo cuando nadie esté dispuesto a pagar un precio algo superior. Por otro lado, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la retención de hasta un 10% de la masa activa del concurso en una cuenta del juzgado. Este montante, que se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acree-

⁶ Pe., Auto JM Barcelona (10ª), 19.12.2013.

dores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieran sido satisfechos.

Hasta ahora el art. 149.1.1.I, LC, permitía la enajenación del conjunto de la empresa o unidad productiva mediante enajenación directa, sólo cuando la previa subasta hubiera quedado desierta. Tras el RDL 11/2014 añade en el mismo caso la posibilidad de acudir también a una entidad especializada (con cargo a la retribución de la Administración Concursal), pero, sobre todo, incorpora ambas soluciones como primera opción, sin necesidad de intentar antes una subasta, cuando el Juez Mercantil considere, a la vista del informe de la Administración Concursal, que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. El oferente ha de incluir en su oferta una partida relativa a los gastos realizados por la empresa concursada para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, de los que se hace cargo. Asimismo, debe suministrar la siguiente información: identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición; designación precisa de los bienes, derecho, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta; precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas (en caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías); incidencia de la oferta sobre los trabajadores. Por otro lado, acota la excesiva libertad que el Juez Mercantil tenía en la anterior versión del art. 149.1.II, LC, para escoger una oferta más proclive a la continuación de la empresa y la conservación de los puestos de trabajo, que a la satisfacción de los créditos de los acreedores, disponiendo ahora que entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 10% de la inferior, podrá acordar la adjudicación a ésta cuando considere que lo garantiza en mayor medida (art. 149.1.5, LC). Por encima de esa diferencia el Juez Mercantil ya tiene que aceptar la oferta por el precio más alto. En su actual redacción el art. 149.2, LC, considera que existe sucesión de empresa, no sólo a efectos laborales, también de la SS, lo que implicará la aplicación del art. 127.2, TRLGSS, sin posibilidad de exonerar al adquirente de estas obligaciones (en el momento de escribir estas líneas todavía no se conocen las enmiendas a la tramitación como proyecto de ley del RDL 11/2014, y no es descartable que esto cambie).

Hasta ahora, una de las situaciones de mayor incomodidad para el acreedor garantizado que no había conseguido entrar a tiempo en el refugio de la ejecución separada, se daba cuando el bien o derecho afecto estaba incluido en el establecimiento, explotación u otra unidad productiva del deudor enajenado en conjunto. El nuevo art. 149.1.3, LC, no sólo establece unas reglas mínimas de actuación, según subsista o no la garantía, sino que consagra un reducto último a favor de esos acreedores, que dispondrán de un cierto derecho de veto cuando la enajenación no les asegure una mínima satisfacción. En concreto: *i*) Si se transmiten sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto al valor global de la empresa o unidad productiva. Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía –en realidad, de todas las garantías sobre el bien–, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94, LC, será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de

ejecución separada, que representen al menos el 75% del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del art. 94.2 (si los hay en más de una clase, en todas ellas). En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza. Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados. Obsérvese un pequeño problema con el reparto y la regla de la mayoría, aunque sea separada y muy reforzada, pues si el pago ha de hacerse con arreglo a la preferencia propia de estos créditos, y como no habría bastante para todos los garantizados, los situados en mejor posición tienen un claro incentivo para consentir una transmisión que poco, o nada, les llegue a afectar. La solución alternativa de repartir esa parte del precio en proporción a su vez al valor de las respectivas garantías supondría, en cambio, un atentado contra la propia naturaleza del privilegio. *ii)* Si se transmitiese con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El Juez Mercantil velará por que el adquirente tenga solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se trasmite.

Por otro lado, también se modifica el art. 149.3, LC, para subsanar lo que siempre me ha parecido un claro error de redacción, pues el texto anterior prácticamente hacía imposible la liquidación del privilegio dentro del concurso, al disponer que no tendría lugar la cancelación de la carga. Ahora se ordena la cancelación de todas ellas, también cuando se trata de crédito con privilegio especial, pues se ha liquidado dentro del concurso, salvo que se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen.

En el caso de una liquidación individual del bien sujeto a la garantía, creo que las reglas supletorias tienen un cierto valor ejemplar. Ciertamente son de aplicación supletoria, pero presentan un doble interés, no sólo por su posible aplicación directa en ausencia o insuficiencia del plan de liquidación, también porque marcan ciertos límites al contenido de este último, especialmente cuando se trate de bienes afectos a una garantía, límites que los interesados podrían hacer valer mediante sus observaciones. No se trata de someter el plan a las reglas supletorias con carácter general, pero sí de extraer de las mismas ciertas restricciones que en la ejecución concursal han de respetarse por razón del privilegio, como último vestigio en el concurso de su ventajosa posición procesal. Estos límites consisten en la necesidad de acudir al procedimiento de subasta de la LEC, con las necesarias adaptaciones (p.e., sustitución del tipo de subasta por la valoración actualizada del bien), salvo que la Administración Concursal solicite autorización judicial para proceder a su venta directa. En el texto inicial de la LC el sistema para acudir a esta última era muy rígido, pues resultaba necesaria una oferta inicial superior a un determinado importe, con publicidad y posibilidad de mejora, siempre con audiencia del concursado y del acreedor titular del privilegio. La reforma de 2011 introdujo mayor flexibilidad. Mantiene la oferta de un precio pagadero al contado que sea superior al mínimo pactado, cifra que ha de equivaler al tipo de subasta, por ser el único precio que se puede considerar convenido, cualquiera que sea el importe de la deuda, o la valoración del bien en el informe. No obstante, la venta directa también puede aparecer como un recurso último, después de haber intentado sin éxito la subasta del bien. En este caso extremo, y ante el riesgo de prolongar *sine die* la liquidación, no queda otra que aceptar cualquier oferta sin sujeción a mínimo, aunque en las condiciones de publicidad y posibilidad de concurrencia antes indicadas. Pero el art. 155.4, LC, hace dudar del alcance de la cesión en pago o para pago al acreedor o persona que él designe, en cuanto a su posibili-

dad fuera del convenio. Como quiera que el pár. 2 se refiere a la realización concursal fuera del convenio, es decir en fase de liquidación, de aceptar que la previsión normativa agota el supuesto de hecho, como alternativa a la subasta en la liquidación sólo sería posible la venta directa, pues el precepto inequívocamente se refiere a una transmisión inmediata a cambio de un precio. Para encajar la cesión del bien en las reglas supletorias de la liquidación habríamos de entender que el pár. 1 incorpora dos supuestos distintos, uno referido a la liquidación y dependiente de la solicitud de la Administración Concursal, y el otro para el acreedor que esté dentro del convenio, pero en ambos casos con toda la panoplia de negocios traslativos que a continuación indica la norma. Pero la gestación de la reforma de 2011 apunta en la dirección de que el consentimiento del acreedor privilegiado, necesario para llevar a cabo la cesión en o para pago a favor de él mismo o de otra persona que designe, sólo se ha previsto como tal en el ámbito del convenio, pues la opción recogida en el anteproyecto de diciembre de 2010 entre la solicitud del acreedor o por hacerlo dentro del convenio, se ha sustituido en el texto final por la referencia exclusiva a la solicitud del acreedor “dentro del convenio”, sin disyuntiva. Una interpretación diferente podría llevar a que el Juez Mercantil impusiera al acreedor la cesión por la mera solicitud de la Administración Concursal, ni siquiera con audiencia del acreedor, lo que parece inadmisibles, pues se le estaría obligando a recibir un bien concreto –con gastos de adquisición– en lugar del pago contractualmente previsto, también contra su voluntad expresa. Esto no excluye un resultado equivalente a la cesión en pago mediante una oferta o postura del mismo acreedor por el importe de la deuda, siempre que no haya otra mejor, pero sí que resultaría muy poco compatible con la liquidación concursal que se hiciera mediante una cesión para pago. La aplicación de estas ideas al plan de liquidación parece sencilla cuando la enajenación es individual. El plan podrá optar por la subasta o por la venta directa, pero en este segundo caso sin apartarse de las condiciones del artículo 155.4.II, LC, al menos en lo que se refiere al precio mínimo, salvo que aparezca como solución subsidiaria en caso de subasta sin éxito. Nada se opone a recoger también en ausencia de postores o de ofertas de compra la posibilidad de adjudicar el bien al acreedor garantizado en pago de la totalidad o parte de su crédito, según un porcentaje del tipo de subasta o del valor actual del bien, pero siempre que acepte la adjudicación, o que se favorezca al acreedor privilegiado con una última posibilidad de mejorar la oferta recibida. En cambio, si contempla la enajenación unitaria del conjunto de la empresa o unidad productiva, las reglas que se aplicarán son las anteriormente expuestas.

La conclusión final es que el acreedor garantizado siempre ha de contar con la posibilidad última de materializar su derecho mediante la subasta del bien, aunque haya sido arrasado dentro de la ejecución concursal por una liquidación colectiva o en globo de un conjunto de bienes. La elusión de la subasta mediante la venta directa es posible, pero entonces con ciertas condiciones de precio. Estas condiciones pueden parecer un engorroso inconveniente para el interés del concurso, o para la conservación de la empresa, pero constituyen el último reducto de la garantía pactada. En definitiva, y como señala un interesante Auto AP Alicante (8^a), 10.5.2012, la liquidación de los bienes afectos al crédito garantizado ha de hacerse apurando los medios para, en el marco hipotecario, aproximar la garantía al crédito en el modo querido en su momento por las partes, y por eso los rasgos esenciales del procedimiento hipotecario también deben ser respetados por el plan de liquidación. En mi opinión esos rasgos esenciales en la ejecución concursal deben extraerse de las reglas legales supletorias en la forma indicada. En cualquier caso, la manera de hacer valer estos límites cuando la propuesta de plan de liquidación no los respete es mediante las oportunas observaciones, aunque tam-

poco se ha de excluir que el propio Juez Mercantil introduzca estos cambios, ahora que no viene limitado por aquéllas.

8. Garantía real y convenio concursal

Se ha de añadir ahora una reflexión sobre el convenio concursal y las garantías reales. La singularidad del convenio está en que su eficacia novatoria se impone a todos los acreedores afectados, en particular los ordinarios y los subordinados, y eso no pasa por la adhesión individual de cada uno, sino por la obtención de la mayoría necesaria con arreglo al procedimiento establecido y la posterior aprobación judicial. En los términos del convenio esos créditos quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 136, LC). Las dudas surgen cuando se pretende cambiar la naturaleza de la prestación debida al acreedor, por ejemplo con una cesión en pago, y muy especialmente para convertirlo en socio de la sociedad deudora. En el estadio preconcursal, y en el ámbito más específico del acuerdo sectorial de la disp.ad.IV, LC, acotado a los pasivos financieros, donde la única distinción se establece entre los acreedores garantizados y los demás de esa naturaleza, claramente se pueden imponer ciertos efectos consistentes en la cesión en pago, o la conversión de la deuda en préstamos participativos, u otros productos financieros de ciertas características. No así en la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora donde los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar por una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción, considerándose a falta de indicación expresa que optan por la referida quita. En relación con el convenio concursal las dudas habían surgido en el pasado por la necesidad de que esa propuesta se presentara siempre como alternativa a otra que no incluyera la conversión, dando así la posibilidad de elegir⁷. En este punto la redacción del art. 100.2, LC, quizá no resulte demasiado clara, pues sigue hablando de proposiciones alternativas, que el convenio podrá contener “además” de la propuesta de quita o espera, lo que daría pie a seguir con la anterior doctrina. A pesar de ello, del art. 124.1, LC, se desprende que ciertas modificaciones del crédito original pueden imponerse a los acreedores (de momento, ordinarios y subordinados, de los privilegiados me ocupo a continuación). En concreto con la mayoría del 50% será posible imponer la conversión de deuda en préstamos participativos durante un plazo no superior a cinco años, y con la superior del 65%, no sólo la conversión en préstamo por plazo superior, sino las “demás” medidas previstas en el art. 100, LC. Esta remisión genérica a las “restantes” medidas recogidas en dicho artículo ha de entenderse a las otras, distintas de las tres anteriormente citadas (quita, espera y conversión en préstamo participativo), lo que habría de permitir su imposición directa a los acreedores, aunque no se les ofrezca una alternativa. Como argumento de refuerzo, el art. 103.III, LC, con claridad así lo establece, precisamente porque no lo permite a los acreedores públicos. Esta solución, que estaría en consonancia con lo dispuesto para el acuerdo de la disp.ad.IV, LC, tropieza, en cambio, con dos escollos. De un lado, la conversión del crédito en capital, pues una transformación de tal naturaleza en la posición del acreedor, no creo que se pueda

⁷ SAP la Coruña (4ª), 2.9.2011; SAP Murcia (4ª), 7.1.2011; Auto AP Madrid (28ª), 12.3.2010.

imponer sin dar la opción de otra diferente. En el caso de la disp.ad.IV, LC, la propia ley la determina. En el convenio concursal no se fijan condiciones específicas y habrá mayor libertad para establecerlas. Por otro lado, la cesión en pago cuando haya de suponer un pago a cargo del acreedor, por ser el valor del bien superior al crédito que se extingue, que habría de requerir su consentimiento individual (arg. *ex art.* 99.1.II, LC).

Pero la gran novedad del RDL 11/2104, y que ahora nos interesa especialmente, es que los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren mayorías adicionales por cada tipo de privilegio (general o especial) a contar dentro de cada clase, según definición del art. 94.2, LC. Ha de entenderse que sólo para ese respectivo privilegio y dentro de esa clase, de ahí que unos puedan quedar afectados, y los otros no. La mayoría ha de ser del 60% cuando se trata de las medidas del art. 124.1.a), LC, y del 75% cuando sean las del art. 124.1.b), LC. En el caso de los acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes (*rectius*, importe del crédito reconocido con privilegio especial) sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase. Tratándose de acreedores garantizados, la conversión del crédito en otro activo implicará la pérdida de la garantía. La duda está en cómo interpretar el inciso «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior». En concreto, si sólo ha de significar que las mayorías adicionales siempre presuponen un acuerdo básico adoptado por el pasivo ordinario con el contenido que se quiera extender, o si debe imponerse también aquí la excepción de los acreedores públicos y laborales. Me inclino por la primera interpretación, ya que si la vinculación estuviera limitada a dos de las cuatro clases, el precepto se habría tenido que expresar de otro modo, y al hablar sin más de clases, “según la definición del artículo 94.2”, se han incluir las cuatro. Por último, cuando se trate específicamente de la cesión en pago de bienes afectos a una garantía, se ha de estar a la regla especial del art. 155.4, LC. En este caso el convenio podrá prever la sustitución de la ejecución separada en cualquiera de sus modalidades por la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor o la persona que él designe. El aspecto que ahora interesa destacar es que así se hará a solicitud del propio acreedor, es decir, no es posible imponer a estos acreedores la cesión en pago, que habrá de contar siempre con su consentimiento. No deja de ser otra paradoja, pues este mismo acreedor puede verse obligado a convertir su crédito en otro tipo de activo, sin garantía.

Para terminar, muy brevemente me debo referir a la situación de las garantías reales en la fase preconcursal. De los distintos mecanismos preconcursales previstos, sólo uno de ellos podía afectar por razón de su contenido a los acreedores con garantía real sin o contra su voluntad. Se trata del Acuerdo de Refinanciación de la disp.ad.IV, LC, pues los del art. 71-*bis*, LC, quedan fuera por afectar sólo a los suscriptores, y respecto del Acuerdo Extrajudicial de Pagos por exclusión legal expresa, situación que ha cambiado con el RDL 1/2015. En la situación legal anterior a la reforma la homologación judicial sólo extendía a las restantes entidades financieras los efectos de la espera pactada, con ciertas dudas para las garantías reales. Ahora se establece un escalado de los efectos susceptibles de extensión a los acreedores no adheridos voluntariamente, que presenta como mayor singularidad la plena inclusión de los acreedores dotados de garantía real. A tal fin se lleva a cabo una concreción del valor de la garantía mediante la determinación del valor razonable del bien objeto de la misma y el descuento –entre unos límites– de las deudas que gocen de garantía preferente. Se anticipa en cierta medida lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal, pues en la parte no

satisfecha con cargo al bien afecto, el crédito con privilegio especial tiene la consideración de ordinario. Ahora bien, si el importe del crédito está cubierto completamente por el valor la garantía en la fecha de referencia (da igual un descubierto posterior, por depreciación del bien), el acreedor puede quedar al margen de cualquier efecto del Acuerdo de Refinanciación, incluida la espera básica por plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. Esto hace posible la ejecución de la garantía para este acreedor, aunque se trate de un bien necesario, tan pronto se alce la paralización temporal de ejecuciones, y por la parte no satisfecha en la ejecución el crédito seguirá inmutable al Acuerdo de Refinanciación. Dependiendo entonces de una exigencia de mayoría creciente (60%, 75%), los acreedores que no han suscrito el Acuerdo de Refinanciación se ven sometidos a ciertos efectos derivados del mismo de una manera gradual, que llegan en el nivel superior a las quitas –sin fijación expresa de límite–, a la conversión cuasi-forzosa de la deuda en capital social (el acreedor tiene la opción de asumir una quita por el nominal de las acciones/participaciones, más la prima), incluso, a tener que aceptar una cesión de bienes en pago de la deuda. Respecto del acreedor con garantía real así será sólo por la parte que exceda del valor de la misma. En otras palabras, aunque sea sólo por una parte de su crédito, el acreedor garantizado puede ver cambiado el objeto de su crédito al recibir, en lugar del pago en la especie pactada, un bien distinto. Pero aún va más lejos la norma al imponer por la parte que no exceda del valor de la garantía real (es decir, por la parte efectivamente garantizada de la deuda) esos mismos efectos, aunque con el refuerzo entonces de mayorías muy elevadas (65%, 80%), que han de calcularse en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas. Entiendo que estas mayorías se añaden a las generales sobre el pasivo financiero. Con este apoyo, el acreedor garantizado puede acabar recibiendo en contra de su voluntad un bien concreto en pago total de su crédito (cfr. art. 238.1, LC).

Otra consecuencia del Acuerdo de Refinanciación es que no se podrán instar ejecuciones singulares, tampoco de las garantías, hasta conseguir que previamente se declare el incumplimiento por el Juez Mercantil (disp.ad.IV.11, LC), siempre que el acreedor garantizado se haya visto afectado de algún modo por el Acuerdo de Refinanciación. Da igual que sólo haya sido por la parte del crédito no cubierta realmente por la garantía, y que respeto de la otra no hubiera extensión de los efectos, pues la ejecución del crédito es única e infraccionable (con algún caso especial, como la hipoteca flotante, aunque todas las obligaciones susceptibles de cobertura se habrían visto afectadas en forma proporcional). Cuestión distinta es que implícitamente forme parte del Acuerdo de Refinanciación la obligación de cumplir en sus términos originales la obligación garantizada por la parte que no exceda del valor de la garantía real, haciendo posible en otro caso la declaración de incumplimiento que habilita la ejecución singular por esta causa. En cambio, el acreedor garantizado que haya conseguido quedar por completo al margen del Acuerdo de Refinanciación, siempre tiene expedita la ejecución según las normas generales. De todos modos, y con el fin de no perjudicar el valor de la garantía en caso de incumplimiento por parte del deudor, se establecen reglas especiales de atribución del resultante para el acreedor en atención al importe originario y al rebajado de la deuda, salvo que en el Acuerdo de Refinanciación se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución. En particular, el acreedor hará suya la cantidad obtenida en la ejecución que se sitúe entre ambos importes, que no quedaría como sobrante. Por último, destacar que la noción de valor real de la garantía también es relevante en el acuerdo individual para determinar alguna de sus condiciones materiales (art. 71-bis.2.c), LC).

Junto a la posible vinculación forzosa de los acreedores con garantía real por el contenido del Acuerdo de Refinanciación, y recientemente por el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, el otro tema relevante es cómo quedan por el simple hecho de estar negociando el acuerdo. En particular la duda estriba en si ha de darse algún tipo de simetría, en el sentido de que un acreedor garantizado que sólo se vea afectado por el acuerdo mediante su adhesión personal, pueda ver dificultada —o no— durante un tiempo la ejecución de la garantía en beneficio de la masa, aunque esté libre de hacerlo tan pronto concluya aquélla, por el simple hecho de quedar fuera del acuerdo final. La ley puede seguir un planteamiento asimétrico, en el sentido de que una modalidad de acuerdo que no permita esa expansión de efectos sobre el acreedor garantizado, sin embargo imponga la espera temporal por razón de una negociación que protagonizan los otros acreedores. Antes del RDL 4/2014 la paralización de ejecuciones sólo tenía lugar en el Acuerdo de Refinanciación de la disp.ad.IV, LC, cuando así se hubiera solicitado por el deudor y decidido por Decreto del Secretario Judicial por un plazo máximo de un mes. En la posterior homologación el Juez Mercantil podía declarar subsistente la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el Acuerdo de Refinanciación, pero esa paralización no podía superar los tres años. La cuestión era si esta paralización afectaba también a la ejecución de garantías reales, pues el precepto no distinguía en este punto, aunque antes lo había hecho cuando dejó a las entidades financieras dotadas de garantía real que no hubieran suscrito el Acuerdo de Refinanciación fuera de la extensión de efectos de la espera por la homologación. Aunque no se les aplicara la espera pactada, algunos entendieron que sí podría serlo entonces la paralización de ejecuciones por el plazo que el Juez Mercantil determinara, pero nunca por más de tres años. El cambio operado con el RDL 4/2014 no puede ser más radical. Dejando de momento al margen el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, y con la única excepción de los acuerdos individuales, en todos los demás supuestos, es decir, el Acuerdo de Refinanciación del art. 71-*bis*.1 y de la disp.ad.IV, LC, o la búsqueda de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la mera puesta en conocimiento del Juez Mercantil competente para la declaración de concurso del inicio de las negociaciones hecha por el deudor, impide desde su presentación que puedan iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y respecto de las que ya estén en tramitación tendrá lugar su suspensión. Surge la duda de si la referencia a las “ejecuciones judiciales” del art. 5-*bis*.4.I, LC, está limitada a la ejecución forzosa de sentencias o títulos ejecutivos en general, o incluye también la realización de las garantías reales en el sentido antes indicado, por más que dicha ejecución sobre un bien en concreto se presente procesalmente como un proceso de ejecución con ciertas especialidades. A esto se suma que el pár. 2 de este apartado introduce la categoría en apariencia diferenciada de la “ejecución singular” sujeta a requisitos más estrictos, pero que el pár. 3 aparenta unificar cuando alude a lo dispuesto “en los dos párrafos anteriores”, precisamente al mencionar los acreedores con garantía real. El preámbulo del RDL parece dar por supuesto que dicha ejecución judicial equivale a una ejecución de garantías. El texto inicial del RDL 4/2014 daba base para distinguir entre los dos primeros párrafos y limitar la paralización de ejecuciones singulares por razón de una garantía real al supuesto específico de Acuerdo de Refinanciación de la disp.ad.IV, LC, cuando la comunicación del inicio de negociaciones se acompañe de la justificación de que un porcentaje no inferior al 51% de pasivos financieros ha apoyado expresamente el inicio de las mismas, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia (ahora, cómputo general sobre dichos pasivos, y no restringido a los do-

tados de garantía real). La única concesión procesal es que se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del art. 57.3, LC, para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso, a pesar de la falta de despacho de ejecución (sin esta disposición, que se lleva a la LEC –art. 568.1–, el acreedor garantizado corre el riesgo de perder el derecho de ejecución separada). El mayor problema estaba en la extensión objetiva de esta paralización singular, en concreto si comparte ámbito con la regla general anterior, o sólo afecta al Acuerdo de Refinanciación de la disp. ad.IV, LC. A favor de esta segunda interpretación militaba la exigencia en el apartado anterior de un porcentaje sobre el monto total de los pasivos financieros, junto con la evidencia de que en las otras modalidades de Acuerdo de Refinanciación los acreedores con garantía real no pueden verse afectados por el acuerdo final, de ahí que resulte excesivo imponerles esa paralización cuando devienen inmunes al acuerdo final. El argumento de que una precipitada ejecución de garantías puede acelerar la situación de insolvencia no tiene mucho sentido cuando ese mismo acreedor será libre de hacerlo poco tiempo después, al no estar vinculado por el acuerdo, con el añadido de que el vencimiento anticipado se producirá de todas formas (incluso, la reclamación extrajudicial del pago), sin que esté prevista una rehabilitación forzosa para el acreedor en esta fase. En ausencia de una simetría perfecta la paralización temporal sólo prolonga por unos pocos meses una agonía que parece inevitable, ante el riesgo de actuación individual de esos acreedores disidentes, salvo que el Acuerdo de Refinanciación genere tal solvencia que permita hacer frente al pago de los créditos garantizados, pero este resultado también es posible con el asenso del acreedor. A esto se ha de sumar la observación anterior sobre el alcance limitado de la ejecución judicial cuando se trata de la realización de la garantía, ya que ésta puede tener lugar por vías distintas a la judicial. Carece de sentido una paralización sólo para la realización judicial de la garantía, que deje inmunes todas las demás. Las dudas, sin embargo, se han resuelto en sentido contrario en la L. 17/2014, resultado de la tramitación como proyecto de ley del RDL 4/2014, al haber incluido en el art. 5-*bis*.4, LC, una referencia expresa a la ejecuciones “extrajudiciales”, sobre bienes o “derechos”, y, sobre todo, por añadir al art. 56.2, LC, un inciso («si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis»), que deja muy claro que la ejecución de las garantías reales también se suspende por efecto de esa comunicación.

Una problemática singular se planteaba en el caso del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. En general tengo la sensación de que en el ap. I de este art. 5-*bis*.4, LC, se había colado inadvertidamente la frase «o se adopte el acuerdo extrajudicial», lo que daba lugar a más de una confusión, pues provoca un conflicto entre la ley especial (art. 235.2, LC) y la ley posterior (art. 5-*ter*.4, LC) en relación con el carácter necesario del bien para la actividad. Tras el RDL 1/2015 las garantías reales también se ven afectadas por el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y, por consiguiente, por la mera iniciación del expediente, de modo que no se podrán ejecutar las garantías cuando se trate de bienes necesarios para la actividad o de la vivienda habitual.

La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso

SUMARIO: 1. Planteamiento. - 2. Función de la exoneración y relación con la función concursal. - 2.1. Exoneración de pasivo y consumidor. - 2.2. Exoneración de pasivo y empresario individual. - 3. La regulación de la exoneración de pasivo en el ordenamiento español. - 3.1. Antecedentes normativos. - 3.2. La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la reforma operada por la L. 25/2015. - 3.2.1. Presupuestos y requisitos de acceso al beneficio. - 3.2.2. Un sistema con dos modelos de exoneración provisional. - 4. A modo de conclusión.

1. Planteamiento

La extraordinariamente severa crisis económica y financiera que desde el año 2007 viene afectando a la sociedad española, entre otras muchas consecuencias, ha puesto a prueba los más variados institutos jurídicos previstos por nuestro ordenamiento jurídico con el fin de hacer frente a las situaciones de insolvencia de las personas deudoras y las consecuencias que de ella se derivan. A lo largo de este ya largo periodo de tiempo, y desde una perspectiva concursal pero también extraconcursal, se han evidenciado importantes deficiencias o lagunas en nuestro ordenamiento en el momento de enfrentar distintos problemas relacionados con la insolvencia. Entre estos problemas, se ha destacado recurrentemente por parte de relevantes sectores de la doctrina concursal española la ausencia de mecanismos específicos de liberación o exoneración del pasivo del deudor persona natural pendiente de ser satisfecho una vez concluido el concurso¹. Esta ausencia se manifiesta especialmente relevante ya que con independencia de su carácter empresarial o no, el deudor persona natural se encuentra particularmente sujeto al principio de responsabilidad patrimonial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico privado. La particularidad referida reside en que este tipo de sujeto deudor experimenta su responsabilidad patrimonial a un nivel prácticamente distinto del experimentado por el deudor persona jurídica, igualmente sujeto al mismo principio pero que en la gran mayoría de casos, y producto de su naturaleza, procederá a extinguirse como persona tras una eventual liquidación concursal y, con ella, también su pasivo insatisfecho, hecho que no sucederá en el caso del deudor persona natural.

Las críticas expresadas sobre el tratamiento legal que en nuestro sistema merece la insol-

¹ En el específico contexto de la doctrina española, con anterioridad a la promulgación de la LC y en relación con el debate y tramitación de la misma, GARCÍA VILLAVERDE, R., *El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso*, en (Aa.Vv.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, García Villaverde - Alonso Ureba - Pulgar Ezquerra (dirs.), Madrid, 2002, 41 ss., esp. 61 y 62. También, PULGAR EZQUERRA, J., *El proyecto de ley concursal de 2002: una aproximación crítica*, en *AJA*, 550, 2002, 1 ss. Con posterioridad a la promulgación de la LC y coincidiendo con los prolegómenos de la crisis económica, RUBIO VICENTE, P.J., *A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso*, en *RDCP*, 6, 2007, 133 ss. Apuntando la relevancia de una cuestión como ésta con relación al deudor consumidor en el nuevo contexto económico que empezaba a vislumbrarse después del inicio de la crisis, PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso y consumidores en el marco del Estado social del bienestar*, en *RDCP*, 9, 2008, 43 ss. En plena crisis económica, partiendo de la experiencia norteamericana y prestando especial atención a las repercusiones en el mercado crediticio de eventuales reformas en el tratamiento de la insolvencia del deudor persona natural, CUENA CASAS, M., *Fresh Start y mercado crediticio español y estadounidense*, en *RDCP*, 15, 2011, 565 ss.

vencia del deudor persona natural y la posibilidad de declararlo exonerado, bajo determinadas condiciones, del pago de una parte de sus deudas cobran aún más sentido en un contexto, no solo europeo sino también internacional, en el que cada vez más economías occidentales disponen de mecanismos e instrumentos jurídicos específicamente destinados a tal función² y en el que, por otro lado, y a un nivel específicamente español, la figura del concurso de personas naturales en la práctica, y a pesar de los dictados del art. 5, LC, ni se utiliza ni, lo que seguramente es peor, ha sido históricamente contemplado por los operadores como una alternativa válida y útil en la gestión de las situaciones de insolvencia de aquel tipo de deudores³.

Con la promulgación de la L. 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, y atendiendo a reiteradas peticiones, sugerencias o requerimientos procedentes de distintas instancias⁴, la deficiencia señalada parecía llegar a su fin con la introducción de distintos mecanismos específicamente dirigidos a gestionar la situación de los deudores personas naturales que concluido el procedimiento concursal aún no habían satisfecho el montante total de su pasivo y que, como acabamos de señalar, y al amparo de los dictados del art. 1911, Cc, seguían sometidos al principio de responsabilidad patrimonial universal, con todo su patrimonio presente y futuro, con importantes consecuencias en distintos ámbitos de

² A este respecto, se destaca el *Draft report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons* impulsado por el Banco Mundial y coordinado por Kilbor - Garrido - Booth - Niemi - Iain - Ramsay (http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf). Desde una perspectiva europea, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, que procede a ofrecer una panorámica comparada del tratamiento normativo a nivel europeo de la insolvencia del deudor persona natural.

³ Según los últimos datos anuales publicados por el INE, durante el año 2014 de un total de 7.038 declaraciones de concurso, 646 correspondieron a deudores personas naturales sin actividad empresarial y solamente 203 correspondieron a personas naturales empresarias. Por lo tanto, de acuerdo con estos datos, apenas pasa del 12% el número de concursos protagonizados por personas naturales invirtiéndose en España los porcentajes existentes en otros países de nuestro entorno, especialmente EEUU, en el que el número de insolvencias protagonizadas por empresas es prácticamente residual en comparación al altísimo número (hasta un 90% del total según datos del *Annual Business and Non-business Filings by Year del American Bankruptcy Institute*, www.abiworld.org) de procedimientos protagonizados por personas naturales, empresarias y, fundamentalmente, consumidoras. El escaso número de solicitudes de concurso de personas naturales es precisamente uno de los puntos de partida del editorial de GÓMEZ POMAR, F., *Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores*, en *InDret*, 4, 2013, 1 ss. También, CUENA CASAS, M., *op. ult. cit.*, 568, que con anterioridad a la promulgación de la vigente L. 14/2013, ponía de manifiesto la esterilidad y falta de operatividad del concurso de persona natural en nuestro país pues concluido el procedimiento concursal sin convenio, como ocurre en la inmensa mayoría de casos, la situación del deudor concursado era prácticamente idéntica que al iniciarse el procedimiento sobre él. Solamente en el caso poco probable de que se pudiese concluir un convenio, habría una liberación de deudas dentro de los límites establecidos para este caso por la LC en el caso de cumplimiento íntegro del convenio.

⁴ A nivel supraestatal y entre las más recientes, referida especialmente a la insolvencia de las personas naturales que desarrollan una actividad empresarial, *Recomendación de la Comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, de 12.3.2014. Con relación a los consumidores, vid. CESE 2014. Con anterioridad, y entre otras, debemos destacar las reiteradamente expresadas recomendaciones del FMI a España en materia de insolvencia de las personas naturales. El FMI especialmente insiste, en primer lugar, en establecer un marco normativo que facilite acuerdos de naturaleza preconcursal entre el deudor y sus acreedores a fin de evitar el inicio de un procedimiento concursal sobre el primero y, en segundo lugar, un régimen concursal específico para las personas naturales, con estrictas condiciones de acceso para evitar conductas oportunistas, destinado a alcanzar una reestructuración de la deuda de la persona natural a través, fundamentalmente, de la elaboración de un plan de pagos. Debemos destacar que el tono empleado por el Fondo en su informe es especialmente cauteloso haciendo hincapié en la necesidad de ponderar cada una de las medidas adoptadas y su afectación en la estabilidad financiera española. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Spain*, 2013, IMF Country Report n. 13/245. En la última edición del mismo, julio de 2014 (www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14192.pdf), se reiteran los requerimientos a implementar medidas en materia de segunda oportunidad especialmente con relación a los empresarios personas naturales.

su devenir existencial. Sin embargo, la definición normativa de la reforma operada defraudó de manera generalizada las expectativas creadas hasta el punto de poder afirmar que la cuestión referida a la exoneración de pasivo del deudor persona física una vez concluido el concurso seguía erigiéndose, a pesar de la primera de las reformas operada en la materia, en una de las asignaturas pendientes más acuciantes en el panorama del Derecho privado español. Ello se debía fundamentalmente a que la L. 14/2013 se manifestó desde el mismo momento de su promulgación incapaz en la práctica de dar una respuesta operativa y no meramente nominal a los distintos problemas relacionados con la insolvencia de las personas naturales con independencia de su carácter consumidor o empresario⁵. Y hablamos de Derecho privado en general y no específicamente de Derecho Concursal porque desde el punto de vista defendido en este trabajo el beneficio de la exoneración de pasivo no puede ser calificado como un mecanismo o instituto propiamente concursal, respondiendo a fundamentos y finalidades distintas de las que imperan en esta rama de nuestro ordenamiento jurídico privado. El fracaso de la reforma llevada a cabo en materia de exoneración por parte de la L. 14/2013, combinado con la actual coyuntura preelectoral española, se sitúa en el trasfondo de la nueva reforma operada en esta materia a través de la L. 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, una reforma que, convalidando con modificaciones importantes el RDL 1/2015, y entre otras medidas, ha procedido a una importante remodelación del sistema de exoneración de deudas del deudor persona natural vigente hasta el momento y organizado fundamentalmente a través de su regulación en los antiguos arts. 178.2 y 242.25, LC.

Uno de los objetivos de este trabajo es precisamente aproximarse a la actual regulación de esta materia, describiendo y analizando la caracterización normativa que el instituto de la exoneración de pasivo ha adoptado en el Derecho Concursal a raíz de la aprobación de la referida L. 25/2015. Sin embargo, antes de analizar el tratamiento deparado por el ordenamiento español a esta materia, consideramos oportuno dedicar la primera parte de nuestro trabajo a establecer las razones y fundamentos que justifican la existencia de un instituto de estas características, estableciendo a continuación los efectos y consecuencias que su existencia depara en términos concursales pero también extraconcursales. Y es que, como acabamos de apuntar, consideramos que el expediente de liberación de deudas del deudor reside tanto por sus fundamentos como por sus objetivos en un ámbito manifiestamente extraconcursal a pesar de que sea el procedimiento concursal el marco escogido en nuestro ordenamiento para ubicar su regulación. A partir de aquí, y a lo largo de la segunda parte del trabajo, procederemos a analizar las particularidades de la reforma operada describiendo el régimen jurídico que actualmente rige en Derecho Concursal el instituto del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, atendiendo a algunos de los diferentes interrogantes que plantea la vigente regulación de este instituto desde la perspectiva que proporciona la consecución o no de los objetivos que fundan su existencia.

2. Función de la exoneración y relación con la función concursal

En un contexto como el concursal, especialmente ordenado con el fin de acometer una

⁵ Este fracaso ha sido especialmente subrayado en trabajos como los de PULGAR EZQUERRA, J., *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*, en *RDCP*, 20, 2014, 43 ss., esp. 65 ss.; CUENA CASAS, M., *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, en *ADCo*, 31, 2014, 123 ss.

función relacionada con la satisfacción de los acreedores del deudor común en situación de insolvencia, la solución del *common pool problem* al que se refería Jackson⁶, la existencia de un instituto como el de la exoneración del pasivo suscita dudas. Estas dudas residen en el hecho de que el sistema de exoneración tiene unas finalidades que parecen contradecir la consecución de la función concursal al perseguir genéricamente, no la satisfacción de los acreedores sino que, ni más ni menos, la liberación total o parcial de las deudas impagadas del deudor común cuando, finalizado el procedimiento concursal, éstas aún permanecen insatisfechas sin disponer ya aquel deudor de recurso patrimonial alguno para hacer frente a sus obligaciones. Todo ello plantea (o debería plantear) numerosos interrogantes a todos aquellos que se aproximan al estudio de este instituto desde una perspectiva exclusivamente concursal.

Esto es así en términos fundamentales porque a pesar de compartir un mismo marco normativo como es la LC (seguramente por razones operativas relacionadas con un presupuesto objetivo coincidente, la insolvencia) los fundamentos y finalidades son radicalmente distintos residiendo los del Derecho Concursal en la conservación o aumento del valor del patrimonio del deudor a través de un procedimiento colectivo al que quedan imperativamente sujetos sus acreedores que evite el efecto destructivo que una eventual activación del sistema de acciones individuales tendría sobre el valor de aquel patrimonio. De esta manera, la tutela de las expectativas de cobro de los acreedores del deudor común tiene una especial importancia en el procedimiento concursal mientras que, en una órbita distinta, la exoneración de pasivo se presenta como un mecanismo de defensa de los intereses específicos del deudor insolvente cuya existencia es producto de una política concreta cuyos fundamentos y finalidades residen en causas y lógicas que poco tienen a ver con las del procedimiento concursal⁷. Éstas se encuentran vinculadas en términos generales, por un lado, con políticas públicas, jurídicas y sociales, de lucha contra la exclusión social y la economía sumergida a través de la gestión de las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia de los consumidores y, por extensión, sus familias. A su vez, y por otro lado, los fundamentos de la exoneración también residen en políticas públicas de estímulo a la iniciativa empresarial, el autoempleo o la innovación dirigidas particularmente a pequeños emprendedores especialmente sensibles, en el momento de emprender sus proyectos, a las consecuencias que un eventual fracaso de los mismos reportaría sobre ellos y su patrimonio al amparo de la aplicación del referido principio de responsabilidad universal del deudor establecido en nuestro ordenamiento jurídico-privado. Desarrollemos a continuación y de manera separada, en función del carácter consumidor o empresarial del deudor, las particularidades que presenta el instituto de la exoneración de las deudas.

2.1. Exoneración de pasivo y consumidor

Dentro de la categoría genérica acotada por el concepto de deudor persona natural, coexisten diferentes modalidades de deudores que tradicionalmente son clasificados utilizando dos tipologías diferenciadas: el deudor persona natural empresario y el deudor persona

⁶ Cfr. JACKSON, T.H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986, 7 ss.

⁷ El carácter extraconcursal de los institutos vinculados con la remisión de deudas, o *discharge*, fue puesto de manifiesto por primera vez por ID., 225 ss., que planteó abiertamente la necesidad de analizarlos desde una perspectiva distinta a la empleada para aproximarse al estudio de los diferentes institutos concursales al no disponer ni de los mismos fundamentos ni tampoco perseguir las mismas funciones asociadas al procedimiento concursal como tal.

natural no empresario o consumidor. Ambas modalidades de deudor persona natural son destinatarios de los mecanismos de exoneración de pasivo previstos en el ordenamiento jurídico concursal a raíz de la aprobación del RDL 1/2015. Sin embargo, y en términos generales, las razones que justifican y habilitan la aplicación de aquellos mecanismos no son exactamente idénticas producto de las características y particularidades que, de manera respectiva, consumidores y empresarios personas naturales presentan al ocupar una posición deudora.

En primer lugar, y abordando la figura del deudor consumidor, éste es considerado con carácter general como uno de los destinatarios naturales del expediente de exoneración de pasivo, especialmente en un contexto de crisis económica⁸. En efecto, los extraordinarios niveles, en términos históricos, de endeudamiento privado acumulado por los ciudadanos españoles, que se alcanzaron en nuestro país entre los años 2003 y 2010 y que, en lo que se refiere específicamente a los consumidores, fueron especialmente elevados en el sector del crédito al consumo pero también en otros sectores especialmente importantes como el crédito hipotecario⁹, revelan una situación crítica de un importante porcentaje de economías domésticas especialmente golpeadas por las consecuencias que, bajo diferentes formas (paro, congelación salarial, recorte o desaparición de prestaciones sociales, etc.), se derivaron y siguen derivándose aún durante la crisis económica a la que hemos asistido durante años. El enorme endeudamiento privado acumulado por las familias españolas a lo largo de la época del boom, se convirtió, de repente, entre los años 2007 y 2008, en un sobreendeudamiento difícilmente sostenible.

Con todo, las causas de esta situación no son meramente coyunturales producto de un particularmente crítico contexto histórico como el actual ya que en muchas ocasiones son consecuencia de factores estructurales que van más allá del actual estadio del ciclo económico respondiendo a distintas características del vigente modelo de economía español pero también con algunos elementos relevantes generalizables al conjunto de economías occidentales. Estos elementos tienen a ver con varias causas como, por ejemplo, problemas de racionalidad limitada o de subestimación del riesgo (que en muchas ocasiones plantean serios interrogantes en materia de exoneración¹⁰) o también de selección adversa por parte de los consumidores (especialmente en el mercado del crédito), aumento de las tasas de desempleo (estructuralmente muy elevadas en el caso español), el recurso sistemático al crédito para financiar la satisfacción de las necesidades, compensando en muchos casos la congelación

⁸ La especial vulnerabilidad de los consumidores en un contexto de crisis económica como la existente desde hace años en España ya comenzó a ser apuntada en el informe 2/2008, de 20.2.2008, del Consejo Económico y Social bajo el título *Nuevos modelos de consumo en España*.

⁹ El informe encargado por el FMI, elaborado por LIU, Y. - ROSEMBERG, C.B., y publicado en febrero de 2013 bajo el título *Dealing with Private Debt Distress in the Wake of the European Financial Crisis* procedió a realizar un estudio comparativo entre diferentes estados europeos en materia de endeudamiento público y privado demostrando que en el caso español era especialmente relevante la desproporción existente a inicios de la crisis entre los elevados niveles de endeudamiento privado y uno de los niveles más bajos de endeudamiento público de la UE. El fenómeno del endeudamiento en España también se encuentra específicamente estudiado en el *Informe anual* del Banco de España de 2013 cuyo segundo capítulo se encuentra dedicado exclusivamente a esta cuestión.

¹⁰ Nos referimos, por ejemplo, a las dudas que plantea la distribución, a través del sistema de exoneración, de los costes derivados de decisiones de consumo de naturaleza radicalmente distinta: ¿debería ser exonerable un crédito nacido de una decisión manifiestamente irracional o irresponsable? ¿Son necesarias cláusulas de salvaguarda del sistema destinadas a permitir que, por ejemplo, la autoridad judicial, proceda a valorar, tal y como sucede por ejemplo en Italia, el comportamiento del deudor y las decisiones de consumo por él adoptadas a fin de establecer si el deudor debe ser acogido por el sistema de exoneración? Con relación a esta segunda pregunta, y como veremos, a lo largo de la segunda parte de este trabajo, las distintas reformas operadas en España prescinden de instrumentos de esta naturaleza.

salarial experimentada a lo largo de los años, la progresiva disminución y empobrecimiento de la denominada clase media o la reducción y privatización parcial de los servicios sociales. Muchas de estas causas, a pesar de haberse agudizado con la crisis ya existían con anterioridad a la misma y la sobrevivirán, al menos en un buen número de economías occidentales sumidas en procesos de reestructuración del estado del bienestar y de progresivo debilitamiento financiero de los consumidores¹¹.

En cualquier caso, más allá del carácter más o menos estructural o coyuntural de las causas referidas, es incuestionable el aumento consolidado de las tasas de morosidad o, directamente, de las situaciones de insolvencia de porcentajes relevantes de la población. Todo ello hace necesario el desarrollo de políticas públicas específicas destinadas a crear y regular mecanismos e institutos jurídicos que permitan ofrecer alternativas a los deudores en los procesos de gestión de sus situaciones de insolvencia que eviten la deriva hacia escenarios de estigmatización, exclusión social y marginalidad, con elevados costes asociados en términos tanto personales como socioeconómicos (por ejemplo, en forma de economía sumergida). Nos referimos a situaciones protagonizadas no solamente por el deudor de manera directa sino también por extensión por las personas particularmente vinculadas a él, su familia especialmente. Entre estos mecanismos, destaca sin ninguna duda el instituto objeto de este trabajo que, posibilitando la exoneración de una parte de las deudas impagadas de los consumidores concursados al fin del correspondiente procedimiento concursal, no solamente facilita la anhelada segunda oportunidad o *fresh start* sino también, y de manera paralela, otras finalidades distintas. Tales finalidades, por ejemplo, están vinculadas con la consecución de un funcionamiento mejor y más eficiente del mercado del crédito incentivado a las entidades que operan en este mercado a realizar, bajo el riesgo de tener que asumir una parte de las consecuencias negativas que se deriven de una eventual situación de insolvencia, una mejor selección de sus deudores a través de cambios y modificaciones en la metodología utilizada para establecer y valorar los perfiles de riesgo que presentan aquéllos. En todo este proceso, sin embargo y como ya ha sido analizado por los sectores de nuestra doctrina más especialmente sensibles a esta cuestión¹², es necesario disponer de un sistema de flujos de datos e informaciones que permitan a las entidades realizar un estudio integral de sus clientes en términos de solvencia y capacidad para cumplir con las obligaciones asumidas. Ello exige,

¹¹ A este respecto, es pionero el ya clásico estudio de WARREN, E. - WARREN, A., *The two-income trap. Why middle-class parents are going broke*, 2003, en materia de sobreendeudamiento de los consumidores en las economías capitalistas, especialmente la estadounidense, en el que se pone de manifiesto que el problema del sobreendeudamiento no reside fundamentalmente en razones relacionadas con explosiones consumistas sino en el progresivo encarecimiento de los bienes esenciales (alimentación, servicios de salud, servicios educativos, etc.) en un entorno de congelación salarial (de manera directa o de manera indirecta, a través del aumento de la inflación) que en contextos extraordinarios de enfermedad, separación, desempleo, etc., aumentan exponencialmente el riesgo de colapso financiero de las personas. A nivel español, PULGAR EZQUERRA, J., *Concurso y consumidores en el marco del Estado social del bienestar*, cit., 44 ss.

¹² A este respecto son especialmente destacables las consideraciones de CUENA CASAS, M., *Fresh Start y mercado crediticio español y estadounidense*, cit., 584 ss., sobre la necesidad, con tal de alcanzar un sistema más eficiente de evaluación de los riesgos y de concesión del crédito, de modificar la normativa en materia de protección de datos personales y la metodología empleada actualmente en España (protagonizadas actualmente por bases y registros como Asnef-Equifax, CIRBE, RAI, etc.) en los procesos de calificación crediticia (*credit scoring*) que llevan a cabo los operadores del mercado del crédito con el fin de incorporar al sistema elementos procedentes de modelos más eficientes como el norteamericano, especialmente sensibles flujos de información crediticia no solo negativa (como actualmente sucede en España) sino también positiva. Todo ello con el fin de conseguir un sistema operativo en el que la información financiera de los solicitantes de crédito sea completa (incorporando informaciones negativas y positivas) común y única para todos los operadores, hallándose a su vez permanentemente actualizada.

siendo el caso español un ejemplo palmario, adicionales reformas legales (por ejemplo en materia de protección de datos) que posibiliten la implementación efectiva de sistemas de clasificación integral (*scoring*) de los deudores a través de la gestión de un volumen mínimo de información al que actualmente las entidades tienen vetado el acceso¹³.

Por otro lado, y a fin de evitar el inmanente riesgo moral u oportunismo asociado a medidas y beneficios de esta naturaleza, debe quedar claro que el acceso a los mecanismos de exoneración ha de estar condicionado al cumplimiento por parte del correspondiente deudor de un conjunto de requisitos o presupuestos de naturaleza subjetiva que impidan una utilización estratégicamente maliciosa o, simplemente, recurrente de instrumentos de evidente carácter excepcional reservados a un deudor de buena fe: el deudor desafortunado pero a su vez honesto, *honest but unfortunate* utilizando la expresión original empleada por el Tribunal Supremo norteamericano en su tantas veces referida sentencia de 1934 en el caso *Local Loan Co. vs. Hunt*, pionera en declarar, en plena Gran depresión de la economía norteamericana, el derecho del deudor de buena fe a gozar de una segunda oportunidad, quedando liberado de su pasivo preexistente bajo determinadas condiciones¹⁴.

Con relación a las personas deudoras, la previsión de instrumentos de exoneración aunque de manera prioritaria persigue dar una salida en términos de política social a los individuos directamente afectados, también cumple otras funciones importantes a otros niveles. Como hemos establecido tales funciones están relacionadas, por ejemplo, con la lucha contra la economía sumergida y los enormes costes que de ella se derivan o con la articulación de un mejor y más eficiente funcionamiento del mercado del crédito y, particularmente, de la metodología de concesión del mismo a fin de evitar a la entidad acreedora tener que participar de manera directa y obligada en el mecanismo de socialización de pérdidas que representa un instituto como el de la exoneración de pasivo insatisfecho. Con todo, un beneficio tan extraordinario para el deudor como el que representa la posibilidad de quedar exonerado de parte de sus obligaciones, debe quedar acotado a deudores de buena fe que cumplan con las condiciones en cada caso establecidas sin que sea posible hacer un uso del beneficio de la exoneración ni recurrente ni continuado por parte de un mismo deudor.

2.2. Exoneración de pasivo y empresario individual

En el caso del deudor persona natural que desarrolla una actividad empresarial, la articulación de medidas tendentes a la exoneración del pasivo impagado una vez concluido el procedimiento concursal sobre él, comparte numerosos elementos fundamentales con el supuesto del deudor consumidor. Ahora bien, también presenta algunas características propias que justifican por sí mismas la articulación de medidas en materia de remisión de deudas como las descritas en favor de este tipo de deudor. Y es que por ejemplo, en sí misma considerada, la actividad llevada a cabo por un empresario tiene asociados de manera inherente unos niveles de riesgo superiores a los niveles de riesgo asociados a la persona que desarrolla una actividad por cuenta ajena en calidad de trabajador asalariado. Este hecho, entre otros

¹³ CUENA CASAS, M., *op. ult. cit.*, 589 ss.

¹⁴ Sobre el significado y alcance del pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano, analizando de manera particular los costes y beneficios asociados a la exoneración, WHITE, M., *A General Model of Personal Bankruptcy: Insurance, Work Effort, and Opportunism*, *American Law and Economics Association Annual Meetings*, WP 46/2005.

más, permite afirmar que el deudor empresario persona natural se encuentra especialmente sometido, como tal, al principio de responsabilidad patrimonial universal siendo, como mínimo, igual de merecedor que el deudor consumidor de mecanismos que impidan que un eventual fracaso en su proyecto empresarial y el consecuente inicio sobre el de un procedimiento concursal acabe comportando consecuencias tan adversas e igualmente indeseables como las descritas directamente en relación al deudor consumidor (riesgo de estigmatización y exclusión social no solamente de él sino también de su familia).

Si a ello se le añade el constante desarrollo a lo largo de la última década, y a través de distintos niveles de la administración (central, autonómica o local) de políticas públicas tanto en materia industrial (estimulando la innovación y la competitividad) como en materia de lucha contra el paro (estimulando la creación de empresas como forma de autoempleo), basadas en el apoyo y estímulo a la ciudadanía a emprender iniciativas empresariales, con una atención especial a la creación microempresas impulsadas especialmente por nuevos empresarios, de carácter individual y bajo el estatuto laboral del *autónomo*, destinadas en muchas ocasiones al autoempleo de personas hasta entonces desempleadas, se hace evidente por duplicado la necesidad de arbitrar específicamente en esta sede mecanismos de exoneración de pasivo que hagan efectivo con relación al empresario persona natural el derecho a una segunda oportunidad o *fresh start* en caso de fracasar en su iniciativa empresarial. De hecho, y como comprobaremos a continuación, podemos afirmar que la existencia o no de mecanismos destinados a exonerarlo efectivamente de una porción relevante de pasivo en caso de fracasar en su proyecto empresarial es un elemento especialmente valioso y determinante en el proceso de adopción por parte del emprendedor de la decisión de iniciar una actividad empresarial en calidad de empresario individual. De esta manera, la existencia de beneficios jurídicos como los referidos debe ser considerada como un influyente factor en el eventual éxito de las políticas públicas de apoyo y estímulo a la innovación e iniciativa empresarial¹⁵.

Sin embargo, no podemos ser ajenos a las consecuencias económicas que la articulación de medidas que posibilitan la exoneración de pasivo causan especialmente sobre los acreedores obligados a soportar los efectos de tal exoneración, mayoritariamente entidades de crédito. Y es que si el deudor queda liberado de su deuda, su acreedor se queda sin cobrar su crédito asumiendo por lo tanto las pérdidas producidas. Y, como es el caso de las entidades de crédito, si el acreedor es precisamente un profesional de la concesión de crédito, su respuesta automática a la instauración de mecanismos que habilitan, bajo formato concursal (remisión de deudas) o extraconcursal (reconocimiento, por ejemplo, de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada) fórmulas de exoneración de pasivo o, como mínimo, de limitación de responsabilidad del deudor persona natural, pasará con carácter general, por proceder a una revisión, como antes también apuntábamos en el caso del deudor consumidor, de los mecanismos y sistemas de concesión de los créditos sensible a este nuevo escenario y que refuerce la actuación diligente y responsable del acreedor concediendo crédito. En este proceso de revisión se producirá, a su vez, una revisión de las políticas de concesión de crédito y, en caso de que sea concedido, un aumento de los tipos de interés aplicados en los que quede repercutido el nuevo nivel de riesgo asumido por el acreedor en un contexto normativo como el descrito. Esta repercusión se manifiesta especialmente trascendente en el caso del deudor

¹⁵ El importante vínculo entre reconocimiento y regulación de mecanismos de exoneración de pasivo e iniciativa empresarial ha sido puesto de manifiesto en trabajos como los de JIA, Y., *The impact of Personal Bankruptcy Law on Entrepreneurship*, 2010 (http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1700804); o el de ARMOUR, J. - CUMMING, D., *Bankruptcy Law and Entrepreneurship*, en *Am. L. Econ. Rev.*, 10, 2008, 303 ss.

persona natural empresario producto tanto del riesgo asociado a su actividad como del volumen de recursos de los que se vale procedentes del mercado del crédito¹⁶.

Todo ello nos lleva a interrogarnos acerca de si todos los beneficios reportados por la instauración de un modelo de exoneración de pasivo u otras formas de limitación de la responsabilidad del deudor persona natural no son desactivados o simplemente minimizados producto de los costes que la instauración de estos modelos causa principalmente en forma de restricción y/o encarecimiento del acceso al crédito a los deudores, especialmente los empresarios, por ejemplo, a través de una reducción del crédito máximo disponible, de un aumento de su precio o de la exigencia de requisitos adicionales (prestación de garantías). Este interrogante ha sido abordado en diferentes sentidos prevaleciendo en muchas ocasiones una perspectiva especialmente apriorística o retórica, en muchos aspectos fundamentalmente ideológica, que en un sentido u otro ha defendido o cuestionado los beneficios asociados a la instauración de medidas de este tipo desde una perspectiva más o menos sensible a la posición de los deudores o de los acreedores¹⁷. Con todo, desde principios de siglo es cada vez más habitual disponer de reveladoras investigaciones que se acercan a esta cuestión con el ánimo de obtener evidencias que permitan formar una opinión empíricamente fundamentada sobre los efectos que se derivan del planeamiento e implementación de políticas públicas específicamente jurídicas tendentes a instaurar o reforzar los mecanismos de exoneración de pasivo o remisión de deudas del deudor persona natural¹⁸ aunque en algunas ocasiones no necesariamente deban coincidir en sus conclusiones¹⁹.

A este respecto debemos poner de manifiesto que parece irse consolidado la línea argumental, elaborada a raíz de la progresiva publicación en los últimos años de distintos estu-

¹⁶ El proceso de repercusión en el precio del crédito y en las políticas de concesión del mismo de las reformas normativas operadas en materia de *discharge* o exoneración ha sido especialmente analizado desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho en trabajos como los de MECKLING, W., *Financial Markets, Default and Bankruptcy: The Role of the State*, Law & Contemp. Probs., 1977, 13 ss.; WHITE, M., *Personal Bankruptcy Under the 1978 Bankruptcy Code: An Economic Analysis*, en *Ind. L. J.*, 1987, 1 ss.; CHATTERJEE, S., *The Economic Logic of a Fresh Start*, en *Phil. Fed. Bus. Rev.*, 2008, Q1, 1 ss.; FOSSEN, F.M., *Personal Bankruptcy, Wealth, and Entrepreneurship. Evidence from the Introduction of a "Fresh Start" Policy*, en *Am. L. Econ. Rev.*, 16, 2014, 269 ss.

¹⁷ A este respecto, GEORGAKOPOULOS, N.L., *Bankruptcy Law for Productivity*, en *Wake Forest L. Rev.*, 37, 51 ss.; GROSS, K., *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Banruptcy System*, 2007.

¹⁸ Así, son destacables trabajos como el de FAN, W. - WHITE, M., *Personal Bankruptcy and the level of Entrepreneurial Activity*, en *J. L. Econ.*, 46, 2003, 543 ss., estudio pionero en demostrar en el contexto estadounidense cómo el volumen de *exemptions* (activos patrimoniales del deudor inembargables en el marco de un proceso concursal como el hogar familiar, vehículos, herramientas y maquinaria, etc.) reconocido por la normativa de cada estado condiciona positivamente la cultura emprendedora hasta el punto de poder afirmar que la probabilidad de emprender es un 28% superior en estados con un nivel elevado de *exemptions* en relación con estados en los que su reconocimiento es nulo o residual. De la misma manera, ARMOUR, J. - CUMMING, D., *op. ult. cit.*, demuestran a partir de una investigación que abarca el estudio de la normativa concursal en 15 países cómo los niveles de autoempleo alcanzados a través de micro o pequeñas empresas son significativamente superiores en ordenamientos especialmente sensibles a las necesidades de las personas naturales en estado de insolvencia. La reacción del mercado del crédito a las políticas afines a los intereses de los deudores también ha sido objeto de importantes investigaciones. BERKOWITZ, J. - WHITE, M., *Bankruptcy and Small Firms Access to Credit*, 2004, en *Rand J. Econ.*, 35, 69 ss., ponen de manifiesto cómo las entidades de crédito encarecen los tipos o dificultan el acceso al crédito a las pequeñas empresas en estados con niveles elevados de *exemptions*. Con relación a Europa, y estudiando la experiencia británica, alemana y francesa, a estas mismas conclusiones llega el trabajo de DAVYDENKO, S. - FRANKS, J.R., *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and UK*, en *J. Finance*, 63, 2008, 565 ss.

¹⁹ La investigación de MANKART, J. - RODANO, G., *Personal Bankruptcy Law, Debt Portfolios and Entrepreneurship*, WP on Finance, University St. Gallen, 175/2012, difiere notablemente en sus conclusiones con relación a la protección de los acreedores garantizados en el marco del proceso concursal de las conclusiones alcanzadas por MEH, C. - TERAJIMA, Y., *Unsecured Debt, Consumer Bankruptcy, and Small Business*, WP 5/2008, Bank of Canada.

dios y análisis del fenómeno desde una perspectiva global sensible a las diferentes variables concurrentes, que afirma que los beneficios asociados a la articulación de mecanismos de exoneración de pasivo compensan hasta superarlos los costes que, por ejemplo en términos restricción del crédito de incremento de los tipos de interés aplicados, el reconocimiento de aquella posibilidad produce²⁰. Tal conclusión es especialmente sólida en términos empíricos cuando nos encontramos delante de empresarios emprendedores sin o con muy poco patrimonio ya que los empresarios con patrimonio a sus espaldas tienen capacidad para neutralizar el posible recorte del crédito disponible y/o el aumento de los tipos aplicables al mismo a través de la constitución de garantías sobre los bienes que integran su patrimonio²¹.

En cualquier caso, con mayor o menor intensidad en función de la riqueza patrimonial del emprendedor, parece difícilmente cuestionable que los resultados de las investigaciones más rigurosas en esta materia²² permiten afirmar desde diferentes perspectivas que el establecimiento de mecanismos de exoneración de pasivo en favor de los emprendedores estimula e incentiva la iniciativa empresarial generando valor y compensando los costes derivados del correspondiente encarecimiento del crédito. De esta manera, la instauración o perfeccionamiento de los mecanismos de exoneración de pasivo se erige en un elemento importante en cualquier política pública destinada a la promoción de la iniciativa empresarial. Con todo, también debemos poner de manifiesto que las investigaciones desarrolladas se manifiestan incapaces de determinar el umbral óptimo en materia de exoneración y, por lo tanto, hasta qué nivel los acreditados beneficios sociales asociados a la iniciativa empresarial²³ y a la instauración de mecanismos de exoneración de pasivo, compensan el coste social derivado del encarecimiento del crédito, especialmente en aquel contexto en el que la exoneración del pasivo insatisfecho comparte protagonismo con otras políticas públicas (por ejemplo de naturaleza fiscal) puestas en práctica con el fin de estimular la iniciativa empresarial y que podrían, o no, llegar a ser más eficientes en términos de costes social que aquéllas²⁴.

3. La regulación de la exoneración de pasivo en el ordenamiento español

3.1. Antecedentes normativos

La incorporación en nuestro ordenamiento de un mecanismo específicamente previsto para alcanzar la remisión de deudas o exoneración de pasivo a favor del deudor persona natural es reciente, más aún si la comparamos con la entrada en vigor de la LC. Tiene su origen, como ya afirmamos al comienzo de este trabajo, en la promulgación de la L. 14/2013, y la reforma por esta ley operada en el ordenamiento concursal español. Esta reforma, en lo que

²⁰ En este sentido, es destacable el trabajo de FOSSEN, F.M., *op. loc. cit.*

²¹ Precisamente la influencia de la riqueza del deudor en la relación entre normativa concursal, tipos de interés e iniciativa empresarial es una de las principales contribuciones de ID., 298 ss., analizando la reforma operada en materia de rehabilitación del deudor concursal en la *Insolvenzordnung* alemana.

²² Vid., *supra*, nt. 18.

²³ La identificación y análisis de tales beneficios, basados en una mejora de los niveles de competitividad, innovación y empleo, a través de la revisión de las principales investigaciones existidas en este ámbito es precisamente el objeto de estudio del trabajo de VAN PRAAG, C. - VERSLOOT, P.H., *What is the Value of Entrepreneurship? A Review of Recent Research*, en *Small Bus. Econ.*, 29, 2007, 351 ss.

²⁴ A este respecto, PARKER, S.C., *The Economics of Entrepreneurship. What We Know and What We Don't*, Foundations and Trends in Entrepreneurship, 2005, 1 ss.

a la exoneración se refería, quedaba ubicada dentro del articulado de la LC a través de dos preceptos: el art. 178.2, en materia de conclusión de concurso, y el art. 242.2.5, en materia de acuerdo extrajudicial de pagos y declaración de concurso consecutivo.

Cabe recordar que con anterioridad a la promulgación de aquella ley, y a resultas de la estricta aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en el art. 1911, Cc, la LC, a través de su art. 178, establecía que concluido el concurso por liquidación del patrimonio o por insuficiencia de masa activa, el deudor concursado quedaba responsable del pago de los créditos restantes que continuaban insatisfechos. Como ya apuntamos, el estricto sometimiento al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor quedaba específicamente circunscrito al ámbito del deudor persona natural, en la medida que, por un lado, el deudor persona jurídica resultaba extinguido a resultas de la liquidación infructuosa operada sobre la masa de su concurso (art. 178.3, LC), sin que, por otro lado, el ordenamiento jurídico contemplara en relación al deudor persona natural mecanismos generales de exoneración de pasivo más allá de las medidas parciales o sectoriales, fundamentalmente referidas al ámbito hipotecario e implementadas en un escenario de emergencia legislativa²⁵ a raíz de la promulgación, por ejemplo, de la L. 1/2013, de Medidas de Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, ley que, modificando el art. 579, LEC, procedió a reconocer lo que se vino a llamar como una suerte de *discharge* o *quasi discharge* hipotecario²⁶. Por lo tanto, y más allá de reformas específicas de alcance muy delimitado, era manifiesta la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en términos comparados²⁷, de mecanismos específicamente dirigidos a proporcionar con carácter general herramientas al deudor persona natural, empresario o consumidor, que permitiesen gestionar un escenario en el que, finalizado el concurso con la liquidación de la masa, y, como es habitual en la práctica, permaneciendo insatisfecho (gran) parte de su pasivo, continuara igualmente intacta la incapacidad del deudor concursado para enfrentar la satisfacción efectiva del mismo.

En este contexto tan particular es en el que el legislador español, acuciado por la grave situación económica y financiera de muchos ciudadanos, empresarios o no, así como por recurrentes críticas y reiteradas recomendaciones desde instituciones de dentro y fuera de nuestro país, trató de corregir las disfunciones y déficits señalados a través de la promulgación de la referida L. 14/2013 y, con ella, la reforma de la LC en el sentido de reconocer, al menos en términos nominales, el beneficio de la exoneración sobre el deudor persona natural a fin de alejarlo de la economía sumergida y la exclusión social, estimulando lo que se ha venido en llamar, quizás de manera no demasiado afortunada, su “rehabilitación”. A este respecto la primera de las reformas concursales operada en materia de exoneración de pasivo, precedida de no pocos vaivenes y contradicciones tanto en sus orígenes como en su definición fuera y

²⁵ Escenario de emergencia que se hace explícito en el mismo preámbulo de la ley y que está condicionado, entre otros factores, por el contenido de la STJUE de 14.3.2103 (caso Aziz) pero también por una opinión pública particularmente sensible a la escaladas de ejecuciones hipotecarias y a los movimientos sociales nacidos en materia de defensa de los derechos de los deudores hipotecarios.

²⁶ A este respecto, PULGAR EZQUERRA, J., *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*, cit., 66.

²⁷ [Un recorrido por distintos modelos comparados en materia de tratamiento del sobreendeudamiento de la persona natural se podrá encontrar en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., donde queda patente a nivel europeo el carácter excepcional del ordenamiento jurídico español en esta materia en lo que a grandes economías europeas se refiere.]

dentro de sede parlamentaria²⁸, se organizó parcialmente a través de la modificación del art. 178.2, LC, articulando al finalizar el concurso un mecanismo que permitiese la liberación parcial de las deudas del deudor persona natural.

Fue precisamente la referencia final de este precepto al supuesto específico de fracaso de un acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo entonces reservado exclusivamente, de conformidad con el art. 231, LC, al deudor empresario persona natural y de acceso vetado al deudor consumidor, la que permitía afirmar que la primera de las reformas operada en esta materia proyectaba un sistema de exoneración en el que se encontraban recogidos en realidad dos modelos diferenciados en función de sus destinatarios. Por un lado, un modelo de exoneración regulado específicamente en el art. 242.2.5, LC, reservado en exclusiva a la figura del deudor empresario persona natural y vinculado a la novedosa figura del acuerdo extrajudicial de pagos regulada en los arts. 231 ss., LC. Por otro lado, y en virtud de la redacción del art. 178.2, LC, otro modelo de exoneración, de carácter general, que alcanzaba a cualquier deudor persona natural pese a tener, vista la existencia del otro modelo, al deudor consumidor como su principal destinatario natural.

Con carácter inicial, la decisión del legislador español de proceder a regular a través de la L. 14 /2013 el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural fue positivamente acogido. Sin embargo tanto el sistema de exoneración escogido como la técnica legislativa empleada para plasmarlo suscitaron rápidamente una revisión escéptica de las expectativas positivas surgidas inicialmente. Y es que las características concretas del sistema y de los dos modelos de exoneración que lo integraban dirigidos, respectivamente, al conjunto de los deudores con forma de persona natural (art. 178.2, LC) y al deudor persona natural empresario en el preciso contexto del acuerdo extrajudicial de pagos (242.2.5, LC), pusieron de manifiesto un sistema de exoneración con deficiencias relevantes, tanto en relación a sus presupuestos subjetivos como los objetivos, cuyo despliegue se manifestaba incapaz de ofrecer en la práctica una solución o alternativa viable al deudor personal natural producto, entre otros factores determinantes, de establecer un requisito extraordinariamente severo, por no decir inalcanzable, en materia de satisfacción de pasivo mínimo pendiente necesario para quedar amparado por el sistema, hecho éste que procedía a excluir del beneficio de la exoneración a la inmensa mayoría de los deudores persona natural con independencia de su carácter empresarial o no²⁹.

Ya promulgada y habiendo entrado en vigor, la primera reforma concursal operada en materia de exoneración no llegó en ningún momento a proporcionar herramientas útiles ni

²⁸ La introducción de mecanismos exoneradores ocupaba un lugar prevalente en el listado de objetivos encomendados a la sección creada en el seno de la Comisión General de Codificación en materia de reforma concursal, habiéndose redactado en el seno de esta sección un texto completo en esta materia que nunca llegó a prosperar. [A este respecto, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*, cit., 66. También en la disp.ad. Única, L. 38/2011, se emplazaba al Gobierno, después de no prosperar las distintas enmiendas presentadas en esta materia destinadas al reconocimiento bajo diferentes formatos mecanismos de exoneración y de segunda oportunidad, a remitir en un plazo no superior de 6 meses un informe sobre las dificultades financieras de las personas físicas y familias así como las posibles medidas a adoptar en este ámbito. A este respecto, CUENA CASAS, M., *Familia y concurso de acreedores. Consideraciones generales. Persona física y reforma de la Ley Concursal*, en (AA.VV.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada - Cuenca Casas (dirs.), t. IV, 2011, 417 ss.]

²⁹ Especialmente contundente fue en este sentido, CUENA CASAS, M., *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, cit., 139, crítica con el legislador español y su ignorancia tanto de las recomendaciones realizadas a nuestro país a nivel internacional como de los beneficios y ventajas económicas asociadas a una buena regulación de la segunda oportunidad.

prácticas, mostrándose incapaz de cumplir los objetivos que fundan y justifican el reconocimiento del beneficio de la exoneración, un instituto destinado a ocupar, tal y como se encontraba regulado, una posición residual dentro del catálogo de herramientas y alternativas de las que disponía el deudor persona natural en la gestión de su incapacidad para cumplir con las obligaciones adquiridas. El reconocimiento de una segunda oportunidad para el deudor persona natural desafortunado en la primera seguía siendo una asignatura pendiente de nuestro ordenamiento jurídico sin que la primera de las reformas operadas en este ámbito hubiera contribuido mínimamente a su resolución, situándose más del lado de una vacua gestualidad legislativa que no de una política jurídica coherente y efectiva destinada a ofrecer alternativas viables y factibles al deudor en dificultades destinatario de la misma.

Con estos precedentes, seguía manifestándose necesaria una nueva regulación del beneficio de la exoneración. En este contexto, y sin que hubieran transcurrido apenas 18 meses desde la primera reforma operada en esta materia, fue aprobado en pleno período preelectoral, y en el específico contexto del último debate sobre el Estado de la Nación de la legislatura, el RDL 1/2015, que procedió a reformar de manera sustancial el sistema de exoneración existente, siendo convalidado posteriormente con modificaciones relevantes a través de la promulgación de la L. 25/2015. Analicemos a continuación las principales características del nuevo régimen de exoneración previsto en nuestro ordenamiento concursal.

3.2. *La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la reforma operada por la L. 25/2015*

El nuevo sistema de exoneración incorporado en la LC a través de la L. 25/2015 sigue quedando vinculado al desarrollo del procedimiento concursal sobre el deudor insolvente³⁰, pudiendo ser desplegado en caso de conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa (supuesto no previsto en el anterior sistema). Dentro de la LC, se encuentra ubicado en un artículo independiente, el 178-bis, LC, que procede a una regulación detallada del instituto que, con mayor o menor acierto, persigue corregir las numerosas deficiencias técnicas del anterior marco regulatorio, probablemente imputables en algunos casos a la parca y lacónica regulación que el beneficio de la exoneración tenía con carácter general en el contexto de los antiguos arts. 178.2 y 242.2.5, LC. Precisamente, esta reubicación dentro del articulado de la LC de la regulación del beneficio de la exoneración ha sido aprovechada en la reforma operada para recuperar parcialmente el redactado anterior del art. 178.2, LC, en lo relacionado con el reconocimiento en favor de los acreedores del deudor persona natural del derecho a iniciar, concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, ejecuciones singulares en tanto no sea acordada la reapertura del concurso o no se declare uno nuevo. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores será equiparada a una sentencia de condena firme.

³⁰ Elemento relevante, vistas las diferencias con el Derecho Concursal que ostenta el instituto de la exoneración en lo que se refiere a sus finalidades y fundamentos, según hemos visto a lo largo de la primera parte de este trabajo. De hecho, en un número importante de ordenamientos, el beneficio de la exoneración se encuentra regulado al margen del procedimiento concursal. Así por ejemplo el título XIII del libro III del Código de consumo francés, el § 304 de la *Insolvenzordnung* alemana o la ya citada italiana l. 3/2012, que establecen mecanismos extraconcursales destinados a gestionar la situación de sobreendeudamiento de la persona natural consumidora.

3.2.1. Presupuestos y requisitos de acceso al beneficio

En lo que se refiere a los presupuestos subjetivos de acceso al beneficio de la exoneración, y a diferencia del modelo precedente, el ahora vigente se caracteriza por superar con carácter fundamental las diferencias de trato entre deudores personas naturales en función de su naturaleza empresarial o no. En este sentido, el art. 178-*bis*.1 se refiere a la figura del *deudor persona natural* como protagonista del beneficio regulado a lo largo del mismo sin establecer distinciones ulteriores en función de la naturaleza empresarial o no del mismo. Esta concepción en sentido amplio del deudor persona natural al que le es aplicable el beneficio de la exoneración también se extiende al ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, un acuerdo que bajo el régimen anterior quedaba vetado al deudor persona natural que no fuese empresario y que, de acuerdo con el nuevo redactado del art. 231, podrá ser celebrado por cualquier deudor persona natural cuyo pasivo inicial no sea estimado superior a los 5 millones de euros así como también aquellas personas jurídicas que cumplan los requisitos previstos en el art. 231.2.

También en materia de presupuestos de índole subjetiva, debemos subrayar que la reforma realizada hace explícita, en la dirección genérica marcada en esta cuestión por el derecho comparado³¹, la exigencia legal de concurrencia de buena fe en el deudor persona natural que pretenda presentar delante del juez del concurso, de acuerdo con el contenido del art. 178-*bis*.2, LC, la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho. Y es que en un contexto normativo en el que impera el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor *ex* art. 1911, Cc, el reconocimiento de un mecanismo tan excepcional como es el que reconoce la posibilidad de exonerar al deudor persona natural del cumplimiento de las obligaciones por él adquiridas frente a sus acreedores no puede ser ni ilimitado ni indiscriminado. A este respecto el art. 178-*bis*.3 adopta medidas concretas y, después de exigir la concurrencia de buena fe en el deudor, establece que ésta se producirá siempre que se cumpla con un conjunto de requisitos que procede a establecer y a los que queda condicionado el reconocimiento a favor del deudor del beneficio de la exoneración. Con todo ello se pretende corregir la tan criticada ausencia en el anterior régimen de mecanismos efectivos de discriminación subjetiva que permitiesen garantizar que el deudor que pretendía el reconocimiento a su favor del beneficio de la exoneración fuera merecedor del mismo de acuerdo con la regla de la buena fe³² y con las finalidades que inspiran y dirigen este instituto, evitando a su vez los riesgos derivados,

³¹ Así, por ejemplo, el Código de Consumo francés (art. L330-1) explicita, antes de empezar a regular los mecanismos de gestión del sobreendeudamiento de la persona natural, una genérica exigencia de concurrencia de la buena fe sobre el sujeto sobreendeudado, exigencia que el tribunal correspondiente deberá constatar en aquél que pretenda gozar de algún beneficio en materia de exoneración sin disponer, por otro lado, de ninguna definición o regla concreta en materia de buena fe contenida en aquella ley.

³² Los requisitos relacionados con el carácter fortuito del concurso y la ausencia de condenas penales sobre el deudor, presentes en el antiguo sistema, nunca pudieron ser considerados materialmente sinónimos de la concurrencia de buena fe en la figura del deudor, no existiendo en ningún momento en los derogados arts. 178.2 o 242.2.5, LC, una exigencia explícita de concurrencia de buena fe sobre el deudor que pretendiese quedar exonerado de parte de sus deudas. Y es que en los dos modelos de exoneración previstos en aquellos dos preceptos, el acceso del deudor al beneficio de la exoneración era prácticamente directo e indiscriminado una vez superadas las exigencias en materia de condenas penales y ausencia de concurso culpable que el legislador parecía implícitamente querer asociar a la concurrencia de buena fe en la persona del deudor. A nuestro entender, todo ello no hacía nada más que favorecer e incentivar una utilización estratégica y hasta maliciosa del instituto absolutamente contraria a las causas y finalidades que fundaron su reconocimiento. Sobre esta cuestión, CUENA CASAS, M., *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, cit., 147 ss.

por ejemplo, de posibles situaciones de azar moral protagonizadas por los deudores³³.

Sin embargo, debemos señalar que los requisitos establecidos en este apartado, además de entrar en contradicciones recíprocas de forma puntual³⁴, en algún caso no tienen nada que ver ni con la buena fe ni con ningún tipo de presupuesto de naturaleza subjetiva, mereciendo realmente la consideración de condiciones objetivas exigidas al deudor para poder acceder a la exoneración de su pasivo. Este es el caso, por ejemplo, del requisito relacionado con la satisfacción de un umbral mínimo del pasivo insatisfecho referido en el art. 178-*bis*.3.4º. A su vez, debemos señalar que en ningún momento la reforma hace explícita exigencia alguna sobre el comportamiento del deudor en su proceso de endeudamiento, la naturaleza del mismo o la posibilidad de excluir del beneficio de la exoneración deudas y obligaciones surgidas de decisiones (empresariales o de consumo) irresponsables o manifiestamente irracionales, cuyo incumplimiento final era del todo previsible. Todo ello a diferencia de otros modelos comparados en materia de exoneración en los que se procede a un examen de la conducta del deudor a fin de determinar si es merecedor como tal del reconocimiento a su favor del beneficio de la exoneración³⁵.

De manera concreta, y con independencia de su carácter subjetivo o no, los requisitos fundamentales establecidos con relación al acceso al sistema de exoneración se encuentran enumerados a lo largo del tercer epígrafe del art. 178-*bis*. Son, en primer lugar, que el concurso no haya sido declarado culpable aunque, excepcionalmente, y a través de una modificación operada por la L. 25/2015 en la redacción inicial del primer número del art. 178-*bis*.3 llevada a cabo por el RDL 1/2015, se permite que el juez pueda conceder el beneficio también al deudor del concurso declarado culpable a causa de lo previsto en el art. 165.1.1º, LC, siempre que no aprecie dolo o culpa en el deudor. En segundo lugar, que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la SS o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. En tercer lugar, que, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 231, LC, el deudor haya celebrado o, al menos, haya intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. En cuarto lugar, se procede a establecer el umbral mínimo de pasivo satisfecho al que se condiciona el acceso al beneficio exigiéndose al deudor que pague íntegramente los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera ni intentado previamente un acuerdo extrajudicial de

³³ Los riesgos “no controlables” derivados de las situaciones de azar moral protagonizadas por el deudor son precisamente uno de los fundamentos empleados por los sectores de la doctrina española más críticos con el reconocimiento de una segunda oportunidad en forma de exoneración al deudor persona natural consumidora. Así, CARRASCO PERERA, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen Español de iure condendo*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 259 ss.

³⁴ Así, por ejemplo, se establece como uno de los requisitos en el tercer número del art. 178-*bis*.3 que el deudor haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, reconociendo a continuación de manera indirecta el cuarto número del mismo precepto la posibilidad de acceder al sistema sin necesidad de haber intentado la celebración de un acuerdo como aquél.

³⁵ En el sistema italiano de exoneración de pasivo del deudor, por ejemplo, se establece un mecanismo de verificación, a cargo del juez que deba homologar el plan de pagos presentado por el deudor, del cumplimiento de los diferentes requisitos establecidos en los arts. 7, 8, 9, l. 3/2012, algunos de los cuales (art. 9) hacen referencia al análisis específico de conducta y responsabilidad del deudor en relación con la generación o agravamiento de su situación de sobreendeudamiento a fin de determinar si es o no merecedor de gozar del beneficio de la exoneración. A este respecto, SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 123 ss.; y, en este volumen, Id., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso, infra*.

pagos³⁶, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

No obstante, debemos señalar que en relación con el cumplimiento específico de este último requisito, la ley reconoce en el siguiente ap. del art. 178-*bis*.3, el 5º, una opción alternativa. Esta alternativa consiste en que el deudor sin tener que cumplir con el requisito de pago establecido en el art. 178-*bis*.3.4º, pueda igualmente acceder al beneficio cuando: *i*) acepte someterse a un plan de pagos previsto en el ap. 6, art. 178-*bis*; *ii*) no haya incumplido las obligaciones de colaboración previstas en el art. 42, LC; *iii*) no haya obtenido el beneficio de la exoneración durante los últimos 10 años³⁷; *iv*) no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; *v*) acepte de manera expresa en su solicitud de exoneración que la obtención de este beneficio se haga constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público por un plazo de cinco años.

En relación con este último requisito, y con el propósito de corregir el acceso indiscriminado a esta sección registral, previsto inicialmente en el redactado del RDL 1/2015, la L. 25/2015 establece en la parte final de esta misma letra, la *v*), que tendrán únicamente acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose que tienen este interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia. También se reconoce el interés legítimo de las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente siempre que tal interés sea apreciado por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

En caso de que el deudor opte por acogerse al beneficio de la exoneración al amparo de la alternativa acabada de referir, proporcionada por el art. 178-*bis*.3.5º y basada fundamentalmente en la existencia de un plan de pagos, la exoneración de la que podrá gozar el deudor se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados quedando expresamente exceptuados los créditos de derecho público y por alimentos. Los créditos con privilegio especial referidos en el art. 90.1, LC, quedarán exonerados en los referido a la parte que no haya podido quedar satisfecha con la ejecución de la correspondiente garantía. Todo ello salvo que esta parte fuera incluida, en función de su naturaleza, en una categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

3.2.2. *Un sistema con dos modelos de exoneración provisional*

De lo establecido en el art. 178-*bis* y, especialmente, de las alternativas formuladas y reguladas en los ordinales 4º y 5º del ap. 3 de este artículo, se puede concluir que la reforma operada a través de la L. 25/2015 establece dos modelos de exoneración distintos dentro del sistema general previsto en el art. 178-*bis*. En primer lugar, se prevé un modelo fundamentalmente inspirado en el existente con carácter previo a la reforma, habiendo sido introducidas

³⁶ Nótese nuevamente cómo el requisito establecido en este número, al permitir prescindir directa o indirectamente de la figura del acuerdo extrajudicial de pagos, entra en contradicción con el requisito inmediatamente anterior, que condiciona el acceso al beneficio a, como mínimo, intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

³⁷ Este requisito es relativamente habitual en el derecho comparado a pesar de ser muy distinto el plazo de tiempo concretamente exigido en cada ordenamiento: 5 años en el caso de Italia (art. 7, co. 2, l. 3/2012), 8 en el supuesto francés (art. L331-7) o 10 en el supuesto portugués o alemán (art. 238, Código de Insolvencia portugués y § 290 de *Insolvenzordnung* alemana respectivamente).

distintas mejoras técnicas y también algunas modificaciones sustanciales en su diseño como, por ejemplo, las referidas a la supresión de la distinción entre deudor consumidor y el deudor empresario o una exigencia más firme en materia de requisitos asociados a la concurrencia de buena fe en la figura del deudor. En este modelo, el acceso al beneficio de la exoneración queda condicionado a la satisfacción íntegra, con carácter previo, del umbral de pasivo establecido en art. 178-*bis*.3.4.

En segundo lugar, y como alternativa al primer modelo descrito, se establece un segundo modelo de exoneración en el art. 178-*bis*.3.5°, basado en la existencia de un plan de pagos presentado por el deudor y que el juez deberá aprobar, un plan de pagos de cuyas características se ocupa el art. 178-*bis*.6, y que permitirá al deudor, siempre que cumpla con los requisitos enumerados en el mismo art. 178-*bis*.3.5° señalados anteriormente, acceder a la exoneración sin necesidad de satisfacer previamente los créditos excluidos de la exoneración. En este segundo modelo, el deudor dispondrá de un plazo de 5 años desde la conclusión del concurso para satisfacer los créditos que escapan de la exoneración de acuerdo al art. 178-*bis*.5 (créditos contra la masa, créditos de derecho público o por alimentos y créditos privilegiados con las especialidades previstas con relación a los garantizados en el art. 178-*bis*.5.2°), créditos éstos que difieren parcialmente del umbral de pasivo excluido de exoneración del otro modelo.

Si el reconocimiento de la posibilidad de satisfacer el pasivo pendiente que no quede exonerado a través de un plan de pagos se erige en una de las principales novedades de la reforma operada persiguiendo sin ninguna duda facilitar el cumplimiento de los severos requisitos de pago establecidos en este ámbito, la segunda novedad más relevante en la reforma operada muy probablemente es la referida al reconocimiento del carácter revocable del beneficio de la exoneración establecido el art. 178-*bis*.7 y, de manera particular, el reconocimiento de la mejora sustancial económica del deudor como una de las causas de revocación del beneficio de la exoneración alcanzado a través de alguno de los dos modelos, siempre que la mejora económica experimentada por el deudor le permita pagar todas las deudas en su momento exoneradas. La relevancia de esta novedad reside fundamentalmente en su potencial impacto e influencia en el proceso de recepción e implementación del instituto de la exoneración.

En efecto, el art. 178-*bis* procede a regular en su ap. 7 un mecanismo de control del deudor exonerado, con carácter *ex post* al específico reconocimiento del beneficio de la exoneración reconocida en su favor, consistente en el reconocimiento a cualquier acreedor concursal la legitimación para solicitar del juez del concurso la revocación de la exoneración de pasivo insatisfecho operada cuando, a lo largo de los cinco años siguientes a la concesión de aquel beneficio, se constate la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Por otro lado, este mismo apartado también reconoce, en relación al específico ámbito del modelo de exoneración basado en la existencia de un plan de pagos, la legitimación de los acreedores para solicitar la revocación si, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, el deudor: *a*) incurre en alguna de las circunstancias enumeradas en el ap. 3 del mismo artículo que de producirse le hubieran impedido acceder al beneficio; *b*) incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, y; *c*) experimente una mejora sustancial de su situación económica por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar de tal forma que pudiera pagar todas sus deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

A este respecto, y con relación a la causa específicamente prevista en la letra *c*), dedicada a analizar los efectos revocatorios que puede desplegar la eventual mejora sustancial

de la situación económica del deudor, debemos poner de manifiesto que bajo el dictado del RDL 1/2015 se preveía como causa específica de revocación del beneficio de la exoneración una mejora sustancial económica experimentada por el deudor a lo largo de los cinco años siguientes a su concesión siempre que le permitiera pagar todas las deudas hasta aquel momento exoneradas. Esta causa finalmente ha sido profundamente reformulada en el redactado final que de la letra *c*) de este apartado ha realizado la L. 25/2015 con la finalidad de acotar de manera más precisa el origen de la mejora económica para que ésta pueda comportar revocación del beneficio. Y es que la genérica formulación del concepto de mejora económica llevada a cabo en el RDL 1/2015, contrariaba frontalmente el sentido y función intrínseca del instituto de la exoneración al “premiar” con la revocación de tal beneficio el éxito del deudor en la superación de su precaria situación económica. De esta manera, y de forma paradójica, si se hubiera convalidado el redactado inicial previsto por el RDL, la consolidación del beneficio de exoneración hubiera dependido de que el sistema no alcanzase uno de sus objetivos fundamentales: la rehabilitación del deudor ya que si esta rehabilitación se hubiese llegado a producir en la medida suficiente bajo la forma de una mejora sustancial de su situación económica serían rehabilitadas deudas en principio extinguidas producto del reconocimiento en su momento del beneficio de la exoneración.

La presencia de un sistema de revocación del beneficio de la exoneración con carácter posterior a su concesión no es extraña en el Derecho comparado³⁸. Su existencia nos permite afirmar que el beneficio en cuestión, inicialmente reconocido por el juez en favor del deudor solicitante, ostenta un carácter provisional cuya transformación en definitivo depende de la no concurrencia de las circunstancias referidas. Estas circunstancias, en términos fundamentales y una vez reformulada la definición y alcance de la causa relacionada con la mejora sustancial de la situación económica del deudor, pueden ser calificadas como fundamentalmente coherentes con los principios y finalidades que fundan en términos generales el reconocimiento del beneficio de la exoneración.

Finalmente, y con relación a la conversión en definitiva de la exoneración provisional, debemos hacer referencia a lo establecido del ap. 8 del art. 178-*bis*, en el que se establece que una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya procedido a revocar el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. El mismo juez, de acuerdo con el segundo párrafo de este apartado, también podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, como mínimo, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la condición de inembargables. Asimismo, y ampliando las previsiones del RDL 1/2015, la L. 25/2015 permite que el porcentaje del 50% referido descienda al 25% cuando concurriesen en el deudor las muy rigurosas condiciones previstas en el art. 3.1, letras *a*) y *b*), RDL 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Desde nuestro punto de vista, la interpretación y aplicación de este apartado y de la posi-

³⁸ Así, por ejemplo, en el contexto europeo, la alemana *Gesetz zur Verküung des Restschuldbefreiungsverfahrens un zur Stärkung der Gläubigerechte* de 15.7.2013, prevé un modelo de controles *ex post* a la exoneración, la superación de los cuales es necesaria para la consolidación del beneficio.

bilidad de proceder a la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho, aún en el caso de que se haya producido un incumplimiento del plan de pagos, van a suscitar dudas e interrogantes nada irrelevantes referidos, por ejemplo, a la forma de compatibilizar sus previsiones con lo establecido en otros apartados del mismo art. 178-*bis*, especialmente el 178-*bis*.7.b), que establece precisamente como causa de revocación del beneficio de exoneración el incumplimiento del plan de pagos a cargo del deudor.

El auto del juez reconociendo el carácter definitivo de la exoneración operada deberá publicarse en el Registro Público Concursal y no podrá ser objeto de ningún recurso, siendo a su vez reconocida, con el fin de incentivar una conducta adecuada del deudor, la posibilidad de revocar el beneficio si se llega a constatar la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados conforme a lo previsto en el primer párrafo del art. 178-*bis*.7. De esta forma, la situación de provisionalidad del deudor con relación a la exoneración experimentada en sus deudas se podrá prolongar hasta un plazo de 10 años desde la inicial declaración de exoneración.

4. A modo de conclusión

A lo largo de las páginas anteriores, y en el contexto de la primera parte de este trabajo, hemos podido comprobar que la existencia de un sistema de exoneración de pasivo insatisfecho, que ordena el derecho del deudor persona natural a quedar liberado bajo determinadas condiciones de la obligación del pago de una parte de sus deudas insatisfechas al finalizar el procedimiento concursal, no solamente está justificada sino también es necesaria desde una perspectiva fundamental distinta de la que inspira la regulación del Derecho Concursal. Como vimos, el reconocimiento y regulación del instituto de la exoneración, con independencia de que se realice en un contexto concursal o extraconcursal, responde a fundamentos relacionados con la consecución de un repertorio de objetivos distintos y ajenos a los que inspiran el ordenamiento concursal, un ordenamiento fundado en la existencia de un procedimiento colectivo, al que imperativamente quedan sujetos el conjunto de los acreedores, destinado a la conservación o aumento de valor del patrimonio del deudor a fin de reforzar las expectativas de cobro de sus acreedores.

Como analizamos con relación al deudor persona natural consumidor, la exoneración opera como un mecanismo que permite que el consumidor sobreendeudado e incapaz de cumplir con sus obligaciones gestione operativamente su precaria situación económica y financiera, evitando deslizarse junto a su familia, hacia indeseables escenarios de exclusión social y economía sumergida, de difícil y costosa resolución, mediante una regularización de su situación jurídica, financiera y, por ende, social. A su vez, el reconocimiento de este beneficio en favor del deudor y, por lo tanto, en detrimento de sus acreedores, estimula a los operadores del mercado del crédito a mejorar la metodología empleada en la concesión de crédito seleccionando más y mejor a sus clientes. Sin embargo, es necesario a este respecto volver a poner de manifiesto la necesidad de adoptar reformas que, por ejemplo en materia de acceso y tratamiento de datos relacionados con el nivel de cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus clientes, permitan a las entidades implementar efectivamente aquellas mejoras en términos, por ejemplo, de acceso y tratamiento de datos. Por otro lado, y en relación con el deudor persona natural empresario, el reconocimiento a su favor del beneficio de la exoneración, además de compartir funciones y fines similares a los existentes con relación a los

consumidores relacionados, por ejemplo, con la prevención de la exclusión social, incorpora objetivos específicos vinculados con el desarrollo de políticas públicas destinadas al estímulo del autoempleo, la innovación y la iniciativa empresarial mediante una reducción, a través de una limitación de las consecuencias derivadas de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrado en nuestro ordenamiento jurídico privado, de los costes asociados a un eventual fracaso en la iniciativa empresarial emprendida.

Es cierto, según han demostrado numerosos estudios referidos a lo largo de este trabajo, que la adopción de la decisión de reconocer al deudor el beneficio de la exoneración, comporta un recorte de crédito y/o un encarecimiento del mismo al repercutir las entidades de crédito en las condiciones de su oferta el riesgo de que su cliente deudor quede exonerado del cumplimiento de sus obligaciones. Ahora bien, también es cierto que son cada vez más los estudios que demuestran desde una perspectiva empírica que los beneficios asociados a la implementación de reconocimiento del beneficio de la exoneración (creación de empleo, aumento de ingresos públicos, disminución de ratios de exclusión social, etc.) no solamente compensan sino que superan los costes asociados al mismo en términos de encarecimiento del coste de la financiación.

En este contexto, merecía ser acogido positivamente el gesto del legislador español en el año 2013 de reformar la LC con el fin de proceder a reconocer y regular el beneficio de la exoneración de las deudas insatisfechas del deudor persona natural una vez concluido el procedimiento concursal. Sin embargo, la regulación de aquel beneficio llevada a cabo se manifestó incapaz de dar en la práctica una solución o alternativa viable al deudor personal natural producto, entre otros factores determinantes, de establecer un requisito extraordinariamente severo, por no decir inalcanzable, en materia de satisfacción de pasivo mínimo necesario para quedar amparado por el sistema regulado, lo que excluiría del beneficio de la exoneración a la inmensa mayoría de los deudores persona natural. La reforma operada entonces no proporcionaba herramientas útiles ni prácticas en materia de exoneración de pasivo, mostrándose incapaz de cumplir los objetivos que fundan y justifican el reconocimiento de este instituto, destinándolo a ocupar de acuerdo con aquella regulación una posición residual dentro del catálogo de alternativas de las que disponía el deudor persona natural en la gestión de su situación de incapacidad para cumplir con las obligaciones adquiridas. El reconocimiento legal de una segunda oportunidad para el deudor persona natural desafortunado en la primera se situaba entonces más del lado de una vacua gestualidad legislativa que no de una política jurídica coherente y efectiva destinada a ofrecer alternativas viables y factibles al deudor en dificultades destinatario de la misma. La anhelada y tantas veces referida segunda oportunidad seguía siendo una asignatura pendiente de nuestro ordenamiento jurídico.

Con estos antecedentes, la aprobación del RDL 1/2015, previo anuncio del Presidente del Gobierno, en el contexto del último Debate sobre el Estado de la Nación de la legislatura, de la inminente promulgación de mecanismos destinados a proveer de una segunda oportunidad al deudor persona natural, apenas un año y medio después de haber sido promulgada la L. 14/2013 dedicada, entre otras cuestiones, a la misma cuestión, reavivó viejas expectativas acerca del tratamiento en España de las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia del deudor persona jurídica y de la homologación de nuestro ordenamiento jurídico español con otros ordenamientos europeos con políticas jurídicas consolidadas en esta materia.

La reforma operada a través de aquel RDL, pese a que representó en términos generales una mejora técnica y una modificación substantiva de numerosos aspectos del régimen precedente, con relevantes novedades como, por ejemplo, las referidas a la unificación del

trato dispensado al deudor persona natural con independencia de su carácter empresarial o consumidor, no dejaba de plantear numerosas dudas e interrogantes que ponían de relieve el nivel de (des)confianza desde el que los impulsores de la reforma se aproximaban a una regulación sistemática del instituto del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor declarado en concurso. A todo ello se sumó por otro lado una polémica de imprevisibles consecuencias prácticas derivada de la reforma de la LOPJ a través de la Ley Orgánica 7/2015, mediante la cual los Juzgados de Primera Instancia del orden civil se convertían en competentes para conocer de los concursos de personas naturales que no fueran empresarias

Como acabamos de ver, la ley encargada de convalidar el contenido de la reforma operada por el RDL, la L. 25/2015, ha mantenido vigente el mismo sistema de exoneración corrigiendo, no obstante, importantes deficiencias detectadas en el texto inicial del RDL. El futuro nos revelará si, por ejemplo, institutos como el plan de pagos se acabarán erigiendo en mecanismos útiles para facilitar el cumplimiento por parte de los deudores de sus obligaciones o si, en cambio, las condiciones particulares que envuelven su elaboración y ejecución se convertirán en la práctica en un obstáculo insalvable para su éxito, que acabará cuestionando la utilidad práctica del reconocimiento legal del beneficio tal y como sucedía en el sistema anterior.

Sea como sea, y en términos generales el sistema de exoneración finalmente aprobado por la L. 25/2015, con matizaciones, mantiene vigentes las principales características que se encontraban ya presentes en el sistema previsto por el RDL. En primer lugar, el sistema sigue manifestándose excesivamente indiscriminado y generoso en lo que se refiere al acceso al mismo por parte de deudores que quizás no merecen gozar del beneficio de la exoneración. A su vez, se revela especialmente severo con el deudor en relación con la obligación de satisfacer efectivamente un umbral mínimo nada despreciable de su pasivo insatisfecho. Por otro lado, globalmente considerado, el sistema se manifiesta particularmente complejo en su estructura y desarrollo producto de las distintas ramificaciones que lo integran compuestas, a su vez, de numerosos requisitos y excepciones que siembran un terreno abonado para una aplicación no precisamente simple de un conjunto de normas susceptibles en demasiados casos de interpretaciones divergentes o contradictorias. Todo ello, en su conjunto, arroja dudas nada despreciables acerca de la futura utilidad práctica del sistema aprobado y su percepción por parte de sus potenciales destinatarios como un instrumento apto para la resolución de sus problemas de sobreendeudamiento.

SESIÓN CUARTA

Perspectivas de reforma del sistema italiano de insolvencias

Concetto Costa

El concordato preventivo: solicitud anticipada [“en blanco”], supuestos de abuso y problemas conexos

1. Evolución reciente de la disciplina. - 1.1. A partir del *Decreto sviluppo* de 2012, *succ. mod. integr.* - 2. Principales novedades y sus corolarios, referidas a la solicitud anticipada (“en blanco”). - 3 Crítica de la regulación de *iure condendo*. - 4. Una primera aproximación al régimen vigente y sus efectos.

Antonio Caiafa

Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa

1. Excursus, a modo de introducción. - 1.1. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 675/1977 - 1.2. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 223/1991 - 1.3. ... Hasta la ley de la reforma [2012]. - 2. En particular, el destino de la relación de trabajo después del despido colectivo y por causa objetiva justificada. - 3. *In fine*, las modificaciones recientes (2014/2015). - 4. Conclusiones.

Stefano Ambrosini

Los acuerdos de reestructuración de deudas

1. Introducción. - 1.1. Acerca de los créditos financieros de “considerable” entidad. - 2. La exclusión del instituto del ámbito de la concursabilidad. - 3. El tratamiento de los acreedores que no se adhieran al acuerdo y el problema de la constitucionalidad de la norma. - 3.1. La producción de intereses durante la espera. - 4. La presentación y la publicación del acuerdo. La posible anticipación de sus efectos. - 5. El procedimiento de *automatic stay*. Los efectos de la presentación del acuerdo (o de la solicitud de *concordato*). - 6. El informe y la declaración del experto. - 6.1. La prededucción del crédito del experto. - 7. La regulación de la homologación: una ocasión desperdiciada por el legislador en las diferentes reformas.

Francesco Vella

Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento

1. Consideraciones generales. - 2. El proceso de formación de la ley de sobreendeudamiento. - 3. La naturaleza jurídica de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento. - 4. Presupuesto subjetivo de aplicación de los procedimientos. - 5. Presupuesto objetivo: el estado de “sobreendeudamiento”. - 6. Las causas de inadmisibilidad de los procedimientos. - 7. El órgano de composición de la crisis. - 8. El acuerdo de reestructuración de las deudas, el plan del consumidor y el procedimiento de liquidación. - 9. La exoneración del deudor.

Gianvito Giannelli

Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento

1. Introducción: ámbito de aplicación. - 1.1. El presupuesto objetivo. - 1.2. El presupuesto subjetivo: el empresario agrícola. - 2. El consumidor y el profesional. - 3. El socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas.

Antonio Sarcina

El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso

1. Caracterización del contexto europeo. - 2. La experiencia italiana. - 2.1. La senda hacia el reconocimiento del consumidor. - 3. Un plan “alternativo” de revitalización *ad hoc*. - 4. Análisis del procedimiento.

Angelina-Maria Perrino

Crisis del crédito y sobreendeudamiento civil: ineficiencias y responsabilidad

1. Sobreendeudamiento e influencias del derecho del *common law*... - 1.1. ...también sobre el legislador comunitario. - 2. Relevancia de la *discharge*, en general... - 2.1. ...en el derecho del *common law*. - 3. Las influencias de la *discharge* del *common law* sobre el sistema del *civil law*. - 3.1. En particular: el caso francés... - 3.2. ...y el alemán. - 4. Al fin, el caso italiano. - 4.1. Las distonías de los tres módulos previstos por la ley italiana: respeto al espíritu negocial... - 4.2. ...y al rol del tribunal. - 5. La incongruencia del organismo de composición de la crisis.

[...] *La disciplina del concordato preventivo ha sido objeto en Italia, en los últimos años, de una amplia revisión llevada a cabo mediante numerosas medidas legislativas que se han venido sucediendo en el tiempo. Esta revisión tal vez resulta contradictoria y fragmentaria, es decir, no totalmente en línea con la fisonomía del actual sistema más propenso al mantenimiento de la capacidad productiva que a la garantía, por otro lado legítima, de los derechos de los acreedores.* [...]

[...] *Después de un largo periodo de endurecimiento de las normas, se espera, una mayor oportunidad de revitalización para las empresas en crisis.* [C. Costa]

[...] *Nuestro ordenamiento jurídico, en continua evolución, viene siendo reformado regularmente a través de nuevas disposiciones que en algunas ocasiones, y por distintas razones, plantean dudas e interrogantes en el proceso de ser aplicadas.*

[...] *(S)e desprende la existencia de una frontera entre lo que efectivamente existe y lo que se querría que existiese en el entramado normativo. Frontera que plantea situaciones paradójicas en las que, por un lado, algunas interpretaciones de las reformas operadas son perfectamente admisibles pese a que quizás no pueden ser compartidas y, por otro lado, otras interpretaciones carecen de fundamento y se manifiestan operativamente inviables.* [A. Caiafa]

[...] *Quedan así sobre la mesa problemas nacidos de la elaboración doctrinal y jurisprudencia [...]. Resulta necesario acudir entonces sobre el particular, a los principios generales.* [S. Ambrosini]

[...] *(E)l legislador italiano finalmente ha puesto fin a un largo ostracismo legislativo en relación con el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, señalando la necesidad de proporcionar una disciplina de composición de la crisis por sobreendeudamiento accesible a todos los sujetos excluidos del ámbito de aplicación del procedimiento de declaración de concurso y de los otros procedimientos concursales, en la misma línea que en otros países de la UE.* [F. Vella]

[...] *La incorporación de la composición de la crisis por sobreendeudamiento, [...] colma, en Italia, un vacío normativo originado por la proliferación [...] de instrumentos de solución de la crisis que no obstante resultan de forma indiscutible no aplicables a los no empresarios ni a los empresarios no sujetos al procedimiento concursal.*

La elección legislativa ha sido la de permitir, partiendo del ejemplo de la experiencia de otros países también a los sujetos no concursables, el acceso a los procedimientos de composición de crisis con efectos de desendeudamiento que les pusiesen a salvo de ulteriores acciones por parte de los acreedores una vez que su patrimonio hubiese sido utilizado para la satisfacción incluso parcial de las deudas. [G. Giannelli]

El fenómeno económico del sobreendeudamiento civil es un reflejo de la crisis del crédito; y una solución útil al mismo se encuentra en la liberación de las deudas, institución fuertemente afectada por opciones ideológicas y a menudo contaminada por engañosas influencias.

[...] *Italia ha venido finalmente a introducir estas reglas sobre sobreendeudamiento y liberación de deudas, realizando un trabajo notable, que ha permitido la salida a la luz de un híbrido, resultado de la mezcla entre el sistema conocido del common law y algunos aspectos del modelo del civil law que se había ido formando, aderezado con el paternalismo típico italiano, en virtud del cual el legislador, respecto al deudor insolvente, se muestra duro pero bondadoso.* [AM. Perrino]

[...] *Algunas soluciones a esta situación podrían ser identificadas a través del estudio de distintas experiencias nacionales, individualmente analizadas desde una perspectiva comparada. En este contexto es en el que surge la reveladora contribución del legislador italiano [...] que ha suscitado en Italia, y también fuera de ella, una reflexión sobre la cuestión del sobreendeudamiento y la insolvencia civil.*

[...] *(A) pesar de los esfuerzos para poner en marcha una regulación sensible con los nuevos tiempos y especialmente con los derechos e intereses de los consumidores, si nos guiamos por la efectividad de la tutela prevista, no podemos esconder las contradicciones y desencantos que origina el planteamiento implementado.*

[...] *(E)l legislador trata de allanar caminos y suprimir tabúes a la espera de ulteriores concreciones normativas en búsqueda de una resistemización del derecho concursal en un contexto unitario y durable.* [A. Sarcina]

El *concordato preventivo*: solicitud anticipada [“en blanco”], supuestos de abuso y problemas conexos

SUMARIO: 1. Evolución reciente de la disciplina. - 1.1. A partir del *Decreto sviluppo* de 2012, *succ. mod. integr.* - 2. Principales novedades y sus colaterales, referidas a la solicitud anticipada (“en blanco”). - 3 Crítica de la regulación *de iure condendo*. - 4. Una primera aproximación al régimen vigente y sus efectos.

1. Evolución reciente de la disciplina

La disciplina del *concordato preventivo* ha sido objeto en Italia, en los últimos años, de una amplia revisión llevada a cabo mediante numerosas medidas legislativas que se han venido sucediendo en el tiempo¹. Esta revisión tal vez resulta contradictoria y fragmentaria, es decir, no totalmente en línea con la fisonomía del actual sistema más propenso al mantenimiento de la capacidad productiva que a la garantía, por otro lado legítima, de los derechos de los acreedores. Un primer conjunto de modificaciones tuvo lugar en 2005, antes incluso de la reforma integral de la *Legge Fallimentare* en 2006, además de la misma reforma de 2006 y, posteriormente, hasta la actualidad².

Las razones de las numerosas modificaciones realizadas [hasta el más reciente d.l.

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada con título: *La solicitud anticipada de concordato preventivo y problemas conexos*, en *RDCP, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 19, 2013, 345-348. Se incluye aquí de nuevo una versión actualizada que abarca el análisis de las importantes modificaciones legislativas introducidas en la materia.

¹ Para un primer recorrido de la disciplina después de la fase de sedimentación, GIANNELLI, G., *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), 2008, 27 ss. Para un más reciente y actualizado examen, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia: il concordato preventivo*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv. Vid. también, FABIANI, M., *Fallimento e concordato preventivo - Concordato preventivo*, vol. II, Bologna, 2014, que presenta un amplio análisis de la materia junto a ulteriores referencias bibliográficas.

² En 2007, luego en 2009 y otra vez en 2012 por el llamado *Decreto sviluppo* (d.l. 83/2012, convertido en l. 143/2012), que ha vuelto a modificar la LF, posteriormente modificado y refundido por el *Decreto del fare* (d.l. 69/2013, convertido en l. 98/2013). Otra vez en 2014 por el llamado *Decreto competitività* (d.l. 91/2014, convertido en l. 116/2014) que, entre otras, introduce una novedad en materia de prededucción de los créditos ocasionados como consecuencia de la presentación de la solicitud (anticipada) de *concordato preventivo* [“en blanco”] de conformidad con el art. 161, co. 6, LF. Y finalmente, por el *Decreto giustizia per la crescita* (d.l. 83/2015, transformado en l. 132/2015 (en G.U. n. 50, 20.8.2015)). De hecho, hay varios cambios referidos al *concordato preventivo*, en el sentido de una “apertura” a la competencia, en términos de propuestas y licitaciones. Pero también referidos al concurso propiamente dicho, con diferentes medidas que van a afectar a comisarios y *curatori (m.m.,* administradores concursales) –con enmiendas destinadas a la transparencia en los criterios para la designación y la aceleración del procedimiento–, hasta al programa de liquidación y a los contratos pendientes. [Sobre las implicaciones de estas reformas, en este volumen, vid. también MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante;* CAIAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa, infra;* AMBROSINI, S., *Los acuerdos de reestructuración de deudas, infra;* Y además, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia, cit.*]

83/2015, el así llamado *Decreto giustizia per la crescita* [convertido en l. 132/2015], están relacionadas con aquellas que han inspirado la reforma integral del derecho concursal italiano: ante todo, el intento de ofrecer a las empresas en crisis, pero no enfermas y aún en estado de recuperarse, instrumentos de saneamiento y de reorganización más eficientes y de talante “privado”, dando un mayor protagonismo a las decisiones de los acreedores y reservando al tribunal la función de garantizar la legalidad del procedimiento³. En este contexto, el *concordato preventivo* ha asumido siempre una función distinta a la originaria: de instrumento liquidativo alternativo a la quiebra [al *concurso*] ha devenido un instrumento de salvación de la *azienda*, dirigido a un arreglo de la situación deudora anterior con vistas a la continuación de la actividad empresarial⁴. Empleo deliberadamente la expresión *azienda* y no *impresa* porque el legislador italiano ha mostrado de manera respetuosa que lo que persigue en primer lugar no es la salvación de la “empresa” y, con ella, del empresario, sino la salvación de la “*azienda*”, entendida como complejo productivo, independientemente del hecho de que, al final de los procesos de reorganización y reestructuración de la deuda la actividad empresarial (la *azienda*) se lleve a cabo por el mismo empresario o por otro⁵. Debe subrayarse, en cualquier caso, y para evitar equívocos, que el legislador siempre reitera que el interés principal a tutelar es el de los acreedores. Pero a menudo, el interés del acreedor, dada la imposibilidad objetiva de la devolución, reside en intentar “salvar” al deudor insolvente o en crisis; en la medida en la que el plan empresarial resulte funcional al interés del mismo acreedor⁶.

1.1. A partir del Decreto *sviluppo de 2012*, succ. mod. integr.

En este marco deben situarse las modificaciones introducidas en el año 2012 por el *Decreto sviluppo*, que incluye las posteriores medidas de reforma/correctivas⁷ representando, de

³ Las tendencias modernas del derecho concursal han tendido al perfeccionamiento de los módulos de reorganización de la empresa, a efectos de conceder herramientas para poder instar por su efectivo desarrollo. Uno de los principales obstáculos para tal propósito consiste en los problemas para satisfacer los requerimientos de liquidez que precisa la continuidad de la operación. [Cfr., *amplius*, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*; CORDÓN MORENO, F., *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español*, *ante*; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el sistema español*, *ante*. Esp. sobre las dificultades de la conservación de la empresa ante la falta de liquidez del deudor, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo*, *ante*; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *La conservación de la empresa en “concurso” por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español*, *ante*.] En relación con el abanico de aspectos jurídicos conectados con la necesidad de conservación de la empresa a la luz de la casi paralela y profunda reforma concursal puesta en marcha en Italia y España a principios del siglo XXI, vid. (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, *cit.*, y esp. TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, 21ss.; GIANNELLI, G., *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa*, *cit.*, 27 ss. [Algunas otras notas sobre el denominado “Principio de conservación de la empresa”, *inter alia*, en BISBAL MENDEZ, J., *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresa*, Bologna, 1986, *passim*; Id., *Preconcurso y acuerdo de refinanciación*, Madrid, 2012, 420.]

⁴ *Amplius*, TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole»*, *cit.*, 21 ss.

⁵ Sobre la noción de “*azienda*” (art. 2555, cod. civ.) relacionada con el concepto de “*imprenditore*” (empresario) ex art. 2082, cod. civ., vid. CASANOVA, M., *Voce “Azienda”*, en *Dig. it., sez. comm.*, IV, vol. II, Torino, 1987, 77.

⁶ [*Amplius*, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*. Por el lado español, JACQUET YESTE, T., *cit.*, *ante*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, *ante*; PULGAR EZQUERRA, J., *cit.*, *ante*, quienes se centran en las necesidades de garantizar la viabilidad de la empresa a pesar de las dificultades en regular el cumplimiento de las obligaciones.]

⁷ Empezando por el *Decreto Competitività* hasta la actualidad con la reforma de la justicia civil (conocida como *Decreto giustizia per la crescita*, n. 83/2015, “*anticredit crunch*”, que culmina, como se ha dicho, en la l. 132/2015).

hecho, el fundamento del actual sistema⁸. Es claramente inspirado en la necesidad de apoyar a las empresas en crisis en este momento de grave crisis económica de los países europeos⁹. Las principales innovaciones, algunas absolutamente nuevas, así como las que consisten en la modificación y la mejora de normas ya existentes, pueden resumirse de la siguiente manera: *i)* se introduce la posibilidad de presentar al tribunal una propuesta de *concordato* genérica, reservándose la facultad de presentar posteriormente la propuesta definitiva, el plan de saneamiento (“*piano di risanamento*”)¹⁰ y toda la documentación solicitada (art. 161, co. 6, LF). Esta propuesta, a la que me referiré posteriormente, es conocida en la actualidad en Italia como “propuesta de *concordato* en blanco”, “propuesta de *pre-concordato*” o, incluso, “propuesta de *concordato* con reserva”, y consiste sustancialmente en una solicitud anticipada de *concordato preventivo*; *ii)* se incluyen una serie de reglas dirigidas a facilitar la continuación de la actividad de la empresa en *concordato*, en particular en los concordatos con *continuità aziendale* (arts. 186-*bis* y 169-*bis*, LF)¹¹; *iii)* se incluyen asimismo una serie de reglas dirigidas a “facilitar”¹² la aprobación del *concordato* por parte de los acreedores y a garantizar mejor los créditos (proveedores, bancos, etc.) que continúen ayudando a la empresa en crisis sujeta al *concordato* [arts. 178, LF; 182-*quater*, *quinquies* y *sexies*, LF; 67, co. 3, letras d) y e), LF]: la disciplina en relación con la financiación para la empresa en *concordato preventivo* no ha sido considerada por el legislador como un elemento extraño a la finalidad del instituto, sino que se introduce como una regulación idónea para garantizar una tutela indubitada a favor de aquellos que han aportado financiación a la empresa en el contexto del concurso¹³.

En ese mismo marco, con la aprobación de la l. 132/ 2015 que ha sustituido al d.l. 83/ 2015, nuestro ordenamiento registra otra importante y significativa reforma, introducida – también en este caso como en otras ocasiones recientes– en vía de urgencia.

⁸ Aunque, como se acaba de mencionar, en repetidas ocasiones se volvieron a revisar los aspectos considerados más críticos por la doctrina y la jurisprudencia bajo la perspectiva de la continuidad empresarial.

⁹ [En este volumen, esp. CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *ante*; AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*.]

¹⁰ [*Amplius*, en este volumen, vid. MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*, esp. pár. 4.]

¹¹ [*Id.*, esp. pár. 6.]

¹² Literalmente, “*facilitazione della finanza in crisi*”, al *Capo I*, d.l. 83/2015, introducida por la mencionada l. 132/2015 con el fin de “facilitar” la recuperación de los créditos, al mismo tiempo evitando empeorar el estado de crisis del deudor.

¹³ Sobre este tema, vid., entre otros, LO CASCIO, G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 173. Referencia esta que de hecho debe ser conectada con el inusitado impulso que las últimas reformas han dado a la autonomía privada, como consecuencia de la necesaria adecuación normativa ante el cambio de lógica (paradigma) preponderante en el texto original de la LF (que abogaba por la liquidación como principal orientación normativa del derecho concursal italiano), y a la situación del interés satisfactorio de los acreedores como principal finalidad de todos sus instrumentos.

En este sentido, el art. 22, co. 7, *Decreto competitività*, había derogado el art. 11, co. 3-*quater*, d.l. 145/2013 (convertido con modificaciones por l. 9/2014), que al proporcionar la interpretación auténtica del art. 111, co. 2, LF, condicionaba la prededucción de los créditos ocasionados como consecuencia de la presentación (*i.e.*, depósito) de la solicitud de *concordato* “en blanco”, sólo en los casos en que: *i)* la propuesta, el plan y la documentación fueran presentados dentro del plazo fijado por el juez según el art. 161, co. 6, LF, y que *ii)* después de la presentación de la solicitud de *concordato* “en blanco” siguiera realmente, sin interrupción, la apertura del procedimiento de *concordato preventivo*. Con la derogación de la norma de interpretación auténtica, el legislador ha eliminado el elemento que más desincentivaba la correcta utilización del *concordato*, que se había convertido en una mera “antesala” del concurso, dificultando significativamente el logro de objetivos perseguidos por la reforma de 2012. En la misma línea se encuentra la l. 132/2015, all’art. 182-*quinquies*, LF, en relación con los créditos prededucibles respecto a la financiación urgente, bien enfocada a la satisfacción adecuada de los acreedores o bien dirigida a cubrir las necesidades urgentes relativas al ejercicio de la actividad empresarial. [En este sentido, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*; AMBROSINI, S., *cit.*, *infra*. Y también, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell’impresa in Italia*, *cit.*]

Hasta qué punto estas reformas, incluida la recientísima de 2015 y sus puntos fuertes, obedecen a las actuales exigencias del mercado —es decir, del *homo oeconomicus* (no entendido en su acepción negativa sino más bien como *homo sociologicus*)— es algo que deberemos verificar más adelante. Después de un largo periodo de endurecimiento de las normas, se espera, una mayor oportunidad de revitalización para las empresas en crisis.

Una parte significativa de dicha disposición, en efecto, introduce diferentes instituciones en el ámbito concursal. Entre las novedades para las empresas, de hecho, se cuentan la racionalización de los procedimientos concursales, la extensión de la *esdebitazione* [*m.m.*, exoneración de pago/*discharge*] también en los concursos ya concluidos; la posibilidad para el concursado de inscribirse con una nueva actividad en el Registro mercantil, y la extensión de la transacción fiscal también a los acuerdos de reestructuración de la deuda; la presentación de ofertas alternativas por parte de terceros (es decir, la posibilidad para los acreedores de presentar un “plan” de *concordato* diferente al propuesto por el deudor, siempre que lleguen a representar conjuntamente al menos el 10% del crédito total); la consecución de financiación urgente para el sostenimiento de la continuidad *aziendale* [de la organización empresarial, *m.m.*]. Y, por lo que nos concierne más de cerca, como veremos con más detalle posteriormente, la oportunidad de conseguir financiación interinamente (es decir, de forma urgente) en el *pre-concordato*: esto es, en el ámbito de la solicitud de *concordato preventivo* “en blanco”, si se solicita motivadamente y es autorizado por el tribunal¹⁴.

2. Principales novedades y sus corolarios, referidas a la solicitud anticipada (“en blanco”)

Entre las novedades introducidas a través de la reforma de 2012, como hemos visto, asume especial relieve la nueva figura de la solicitud anticipada de *concordato preventivo* (art. 161, co. 6, LF). El legislador italiano, que se ha inspirado de nuevo en el *Chapter 11* estadounidense, ha querido poner remedio a las dificultades derivadas del largo periodo de tiempo, normalmente varios meses, que es necesario para presentar una propuesta de *concordato preventivo* conforme al art. 161, LF, incluido el informe de un experto independiente que certifique la viabilidad del plan y la veracidad de los datos de la empresa, pues el tiempo necesario para preparar dicha documentación y para la presentación de la solicitud venían a agravar la situación de la empresa en crisis, exponiéndola a las acciones de los acreedores, situación de dificultad que acababa empeorando de modo irreversible, haciendo inútil el *concordato*¹⁵.

La posibilidad que se ofrece hoy a la empresa de presentar al tribunal, sin demora, y al comienzo de la crisis, una solicitud anticipada de *concordato*, aunque genérica y motivada de modo muy sumario, permite anticipar los efectos “protectores” del *concordato preventivo* al momento de dicha presentación, sobre todo la protección frente a las acciones ejecutivas y a las medidas cautelares de los acreedores (art. 168, LF). El tribunal concederá además un plazo, de 60 a 120 días, prorrogables otros 60 días, dentro de los cuales la empresa deberá presentar la propuesta definitiva con la documentación completa, y sólo ahora el tribunal

¹⁴ Pueden consultarse los primeros comentarios en FABIANI, M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, en www.ilcaso.it.

¹⁵ [Amplius, ARATO, M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013. Respecto a la reforma recién introducida (2015), vid. GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, cit.]

procederá, una vez verificados lo presupuestos, a admitir el procedimiento de *concordato preventivo*.

El éxito de esta medida [del *concordato* “en blanco”] ha sido inmediato¹⁶. Y aunque alguno ha hablado de una “revitalización” del *concordato preventivo*, para hacer valoraciones positivas es necesario esperar a ver cuántos de estos procedimientos llegan a buen fin, o incluso cuántas de estas solicitudes anticipadas derivan en solicitudes definitivas, ya que pueden prestarse a un uso meramente dilatorio. Por desgracia, y en cualquier caso, estas cifras son una clara expresión de la grave crisis económica que nuestra economía está atravesando.

De hecho, la reciente reforma de 2015 presenta importantes innovaciones también para el *concordato preventivo* “en blanco”¹⁷ en la perspectiva de una mejor adecuación de la institución al cambiante marco de efectividad del derecho concursal¹⁸. Adicionalmente, se prevén innovaciones positivas para los sujetos en crisis que tienen ahora la posibilidad de acceder a la financiación a través de un procedimiento simplificado, una vez presentada al tribunal la documentación que demuestra la necesidad y el destino de la financiación con el fin de continuar con la actividad empresarial. *In parte qua* [en referencia al *concordato* “en blanco”], el tribunal podrá además autorizar la concesión del préstamo, en los casos más urgentes, sin la certificación de expertos (es decir, profesionales habilitados), previa audiencia de los acreedores principales¹⁹. El propósito de estas nuevas disposiciones es evidentemente el de facilitar, a través de un acceso simplificado al crédito, la revitalización de las empresas en crisis, dándoles un balón de oxígeno.

En particular, la norma (art. 1, d.l. 83/2015, que incide sobre el art. 182-*quinquies*, LF) que favorece la financiación urgente por necesidades empresariales durante la fase de espera de la homologación de los acuerdos de reestructuración de la deuda (art. 182-*bis*, LF), lo admite también en el momento de presentación de la solicitud de *concordato* “en blanco” (art. 161, co. 6, LF): el tribunal determina en 10 días a través de un procedimiento abreviado/sumario, que incentiva a la entidad crediticia a conceder el préstamo como prededucible.

Con la reforma del 2015, el deudor que hubiera presentado bien un *concordato* “en blanco” (art. 161, co. 6, LF), o un acuerdo de reestructuración de la deuda (art. 182-*bis*, LF) o incluso un preacuerdo (art. 182-*bis*, co. 6, LF) puede interponer ante el tribunal una solicitud específica con la finalidad de conseguir la autorización para contratar en vía de urgencia financiación encaminada a cubrir necesidades urgentes para el ejercicio de la actividad empresarial. En la solicitud el deudor tiene que especificar el uso del crédito, indicando su imposibilidad para acceder a otras formas de financiación y que resulta necesario para no incurrir en un perjuicio inminente e irreparable²⁰.

¹⁶ Desde el 11.9.2012, fecha en que entró en vigor la “nueva” (en aquel entonces) normativa, varios centenares de solicitudes anticipadas de *concordato* han sido presentadas en poco tiempo ante el Tribunal de Milán y ante el de Roma, por citar ejemplos de tribunales con gran volumen de asuntos.

¹⁷ [GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia, cit.*]

¹⁸ En este sentido, MAFFEI ALBERTI, A., *cit., ante*; CORDÓN MORENO, F., *cit., ante*. [y, más recientemente, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia, cit.*]

¹⁹ Desde este punto de vista, el ya citado *Decreto giustizia per la crescita* [i.e., l. 132/2015], tiene como objetivo fomentar aún más los planes de recuperación de las empresas en crisis, estableciendo la posibilidad de que el tribunal autorice la concesión de financiación “*interinali*”, o sea necesaria y con carácter de urgencia (remodelando el art. 182-*quinquies*, LF), también en el caso de *concordato* “en blanco” y sin la certificación de un profesional [experto], con el simple acuerdo de los principales acreedores: vid., sobre este tema, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia, cit.*

²⁰ [Sobre el tema, vid., *m.m.*, con referencia a la institución de los acuerdos de reestructuración, en este volumen AMBROSINI, S., *cit., infra.*]

Esta forma de financiación –incluso en forma de mantenimiento de la línea de crédito en espera del momento de interposición de la demanda– es predecible a beneficio de los acreedores que la han concedido, siempre que sea autorizada por el tribunal.

Por otro lado, el legislador ha establecido un plazo máximo para la duración de esa financiación, siendo además muy estricto el término para el tribunal de cara a adaptar una decisión, evitando así la “zona gris” de incerteza²¹.

3. Crítica de la regulación *de iure condendo*

La escasa regulación de la solicitud anticipada dictada por el legislador en la fase inicial de aplicación de la normativa ha provocado numerosos problemas –atenuados en cierta medida por las posteriores intervenciones correctivas hasta la más reciente l. 132/2015 (que ha modificado el d.l. 83/2015)– que han venido ocupando a los estudiosos y, sobre todo, a los jueces²².

Un primer problema que se ha puesto sobre la mesa es hasta qué punto la solicitud anticipada puede ser “en blanco”. En efecto, el legislador no da ninguna indicación, y exige únicamente que se acompañe de los balances de los tres últimos ejercicios, evidentemente con la finalidad de que el tribunal pueda valorar si la empresa entra en los parámetros dimensionales que prevé el art. 1, LF. En este sentido, se considera que la solicitud debe permitir al tribunal valorar la propia competencia y el respeto de la normativa societaria relativa a la autorización a la presentación de la solicitud de *concordato preventivo* (autorización de la junta general o del consejo de administración), así como de si se le concede un término más amplio al mínimo previsto de 60 días. Más allá de esto, no se exige que la solicitud deba incluir otras indicaciones, aunque sea común ofrecer al tribunal alguna indicación sumaria sobre la naturaleza de la empresa y los motivos de la crisis²³.

Relacionado con el anterior está el problema de la determinación de las competencias del tribunal frente a una solicitud anticipada. Pues bien, sus poderes son muy limitados: se concretan únicamente en la posibilidad de conceder o no un término más largo al mínimo previsto por la norma, así como una eventual prórroga, siempre, obviamente, que medie una solicitud motivada por la empresa. El tribunal puede también establecer obligaciones de información periódicas a cargo de la empresa (art. 161, co. 8, LF), pero esta norma ha sido aplicada de manera dispar por los tribunales: mientras algunos no la aplican en absoluto, otros, en cambio, han nombrado a un consultor técnico para examinar los informes periódicos sobre la situación financiera de la empresa. Originalmente, el tribunal no gozaba, al menos en esta fase, de poderes relevantes sobre la propia. Ello comportaba la posibilidad de hacer un uso abusivo, en muchos casos con finalidades dilatorias, de la solicitud anticipada de *concordato*. A todo ello ha puesto freno el reciente *Decreto del fare*, que ha modificado el art. 161, LF, al prever la posibilidad que el tribunal nombre en esta primera fase un comisario que supervise la elaboración del plan de *concordato* informando del mismo al tribunal. También en esta

²¹ [Sobre el tema, FABIANI, M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale*, cit.]

²² *Amplius*, entre otros, FABIANI, M., *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 269 ss. (con referencia a la solicitud de concordado en general) y 289 ss. (con referencia a la solicitud de concordado “en blanco”, es decir, “*prenotativo*” o sea “con reserva” o “*anticipata de concordato*” o también llamada “*pre-concordato*”).

²³ *Id.*, 289 ss. Para las correlaciones con el Derecho de sociedades, vid., *amplius*, GUERRIERI, G., *Risanamento dell'impresa e diritto societario*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv.

fase se prevé, por otro lado, la posibilidad de que el tribunal pueda acordar revocar el inicio del proceso de aprobación del *concordato* cuando, de los informes periódicos realizados por comisario, se derive que la empresa está desarrollando maniobras dilatorias con finalidades distintas de la presentación de un plan definitivo de *concordato*²⁴.

Conviene por otro lado recordar que la *Corte di Cassazione* ha afirmado el principio la subsistencia de un poder de verificación de la “viabilidad” del *concordato preventivo* por el tribunal, en la fase de elaboración del mismo, pero poniendo de manifiesto, dada la estructura y la disciplina de la fase del *pre-concordato*, que tal poder no puede ser aplicado en otra fase, hecho que ha representado para la judicatura italiana la reafirmación de una presencia importante de la autoridad judicial en el procedimiento de aprobación del *concordato preventivo* (una presencia que, en cambio, la reforma de la LF pretendía reducir ampliamente)²⁵.

Otro problema es el de la gestión de la empresa en la fase de *pre-concordato*, esto es, entre el momento de la presentación de la solicitud anticipada y el de la efectiva admisión del procedimiento una vez que se presenta la propuesta definitiva, fase que muchos han definido como un “limbo”²⁶. El legislador italiano ha previsto (art. 161, co. 7, LF) que el empresario, en esta fase, puede realizar únicamente los actos de ordinaria administración, mientras que para los de extraordinaria administración que sean urgentes es necesaria la autorización del tribunal. Sabido es que la diferencia entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración es una de las cuestiones más ambiguas y delicadas del derecho civil y mercantil, especie sobre la que el legislador, como en el caso de que nos estamos ocupando, no ofrece ninguna indicación al respecto. En un primer momento se pensó que el legislador se refería a la distinción entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración prevista en la LF en materia de *concordato preventivo* (art. 167, LF). Sin embargo, en los tribunales italianos, preocupados por una gestión muy libre por los empresarios en la fase de pre-contrato, va cogiendo fuerza una idea diferente, según la cual en este caso se debe considerar como actos de extraordinaria administración todos aquellos que pueden conducir a una disminución o un agravamiento de la situación de crisis. Aunque no estamos ante un criterio de aplicación sencillo, los jueces están mostrando gran atención a todo aquello que sucede en la fase de *pre-concordato* con el fin de tutelar a los acreedores frente a un eventual uso extrajudicial del nuevo instrumento²⁷.

Estrechamente ligado a lo anterior está el problema de la legitimidad y de la revocabilidad de los actos realizados durante el *concordato preventivo* y, por lo que aquí interesa, de los actos llevados a cabo durante la fase de *pre-concordato*²⁸. El legislador ha intervenido oportunamente, poniendo fin a un antiguo debate, especificando que en el caso en que al *concordato preventivo* siga la declaración de concurso, los plazos para el ejercicio de las

²⁴ Id.

²⁵ Cass., SU, 23.1.2013, n. 1521, que *inter alia*, establece que el juez tiene que ejercer el control de la propuesta de *concordato* verificando la efectiva viabilidad del procedimiento. Vid. también, VELLA, P., *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, en *Fallimento*, 1, 2013, 83 ss.

²⁶ [GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell’impresa in Italia*, cit.]

²⁷ Trib. Padova, 8.1.2015, según el cual, en el ámbito del *concordato preventivo*, la realización de la actividad de liquidación antes de que se apruebe la propuesta de *concordato* [convenio] por los acreedores, tiene que considerarse el requisito de la urgencia y el desarrollo de un procedimiento competitivo, al fin de proporcionar la mejor protección del interés de los acreedores; Trib. Crotone, 17.7.2014: para la autorización en acuerdo con el art. 161, co. 7, LF, se consideran como actos de administración extraordinaria los que pueden afectar negativamente al patrimonio del deudor, poniendo en peligro su consistencia y comprometiendo su capacidad para cumplir con los acreedores.

²⁸ App. Venezia, 29.5.2014, en *www.ilcaso.it*.

acciones revocatorias correrán hacia atrás desde el momento de la publicación de la solicitud de *concordato* en el registro de la empresa (art. 69-*bis*, co. 2, LF), y que los actos realizados durante el procedimiento de *concordato* son, en cambio, plenamente eficaces, si se llevaron a cabo legítimamente y los eventuales acreedores prededucibles han cobrado (por tanto, en el *pre-concordato*, autorizados si se trata de extraordinaria administración, y siempre si son de ordinaria administración, art. 161, co. 7, LF).

Dentro del marco de tiempo establecido por el tribunal el empresario podrá presentar una propuesta definitiva de *concordato*, o una solicitud de homologación de un acuerdo de reestructuración de las deudas de acuerdo con el art. 182-*bis*, LF. Pero si esto no sucede y no se presenta ninguna solicitud, el tribunal no admitirá el *concordato*. También hay que señalar que los tribunales, tras la reforma de 2006, no pueden declarar el concurso de oficio, sino que es necesaria la solicitud de un acreedor o del Ministerio Público. Por este motivo, muchos tribunales se están orientando en Italia en el sentido de que, en caso de presentación de una solicitud anticipada de *concordato preventivo* y en presencia de una solicitud de concurso, la solicitud no es declarada improcedente (como ocurriría en caso de admisión definitiva del *concordato*), sino que se unen al procedimiento de *pre-concordato*, para ser utilizada a los fines de la declaración de concurso cuando la solicitud definitiva no sea presentada o sea rechazada.

Un ulterior y delicado problema es, en fin, el de la aplicabilidad en la fase de *pre-concordato* de una serie de normas originariamente establecidas en el *Decreto sviluppo* para los concordatos ordinarios con continuidad de la empresa²⁹, en particular la que prevé la posibilidad de la empresa en *concordato* de solicitar al tribunal la suspensión o la extinción (*i.e.*, resolución) de los contratos *pendientes*³⁰ (art. 169-*bis*, LF), la que prevé, por el contrario, la continuación de los contratos en curso; incluso con las administraciones públicas (art. 186-*bis*, LF), o la autorización del tribunal para pagar los créditos anteriores si son esenciales para la continuación de la actividad empresarial y adecuados (*funzionali*) para asegurar una mejor satisfacción de los acreedores (los llamados “acreedores estratégicos”, art. 182-*quinquies*, co. 4, LF). La tendencia emergente en los tribunales italianos es la de admitir la aplicación de dichas normas también en la fase de *pre-concordato*, pues en esta etapa se siente mayormente la exigencia de garantizar la conservación y la continuidad de la actividad empresarial, aunque la aplicación de estas normas implique a menudo el sacrificio de los derechos y la libertad contractual de los terceros³¹. En lo que se refiere a la posibilidad de que la empresa en proceso de aprobación de un *concordato* pueda solicitar al tribunal la suspensión o resolución de los contratos pendientes (art. 169-*bis*, LF), los jueces italianos se pronuncian mayoritariamente en el sentido de conceder solamente la suspensión, reservando la posibilidad de resolver solo en el caso de que se haya presentado una solicitud definitiva de *concordato*, existiendo una admisión definitiva del correspondiente procedimiento.

Siguiendo en parte la línea de la orientación jurisprudencial antes mencionada, con la disposición del art. 8, letras a) y b), d.l. 83/2015 [*i.e.*, l. 132/2015], el legislador pretende extender a la fase de *pre-concordato* las consecuencias sobre las relaciones pendientes con la presentación de una solicitud de autorización dirigida al juez (tribunal o juez delegado) para

²⁹ [Vid. MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*.]

³⁰ La locución “*in corso di esecuzione*”, ha sido sustituida por la locución “*pendenti*” (art. 8, d.l. 83/2015, que se ha convertido en l. 132/2015).

³¹ [Vid. MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*; CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *ante*; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *cit.*, *ante*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *ante*.]

resolver el contrato en curso de ejecución (es decir, pendiente) en la fecha de presentación de la solicitud. En la misma dirección de fomento de la utilización del *concordato* se prevé además que, a petición del deudor, el juez pueda autorizar la suspensión del contrato por no más de sesenta días prorrogables una sola vez. En los dos casos (suspensión y resolución), con efecto desde el momento de la comunicación al otro contratista de la aceptación por parte del juez, en este último caso con alguna especificidad con respecto a los contratos de arrendamiento financiero pendientes (*ex art. 8, co. 1, letra d*).

4. Una primera aproximación al régimen vigente y sus efectos

Haciendo una primera valoración sumaria, puede afirmarse que el actual instrumento de la solicitud anticipada de *concordato* tiene efectos muy positivos para aquellas empresas que son todavía viables y atraviesan un momento de dificultad momentánea pero desean resolver la situación de deuda anterior con la perspectiva de la continuidad de la empresa, así como para aquellas empresas que, con una perspectiva liquidatoria seria y responsable, deben disponer de un período de tiempo para preparar una propuesta válida de *concordato* y someterla a los acreedores y al tribunal. No se descarta tampoco que la empresa, en la fase de *pre-concordato*, pueda también resolver sus propios problemas financieros (por ejemplo porque tramite una recapitalización o el ingreso de nuevos socios), de modo que no tenga necesidad de acudir a la solicitud definitiva de *concordato*.

La solicitud anticipada de *concordato* puede inevitablemente prestarse a un uso abusivo. Podría, de hecho, utilizarse para retrasar dolosamente la declaración de concurso, o fundarse en una valoración superficial de la sostenibilidad de la continuidad de la empresa o de la viabilidad de la propuesta de *concordato*, con la consecuencia de retrasar la declaración de concurso y con el agravante de mantener una situación de inestabilidad y causar un mayor daño a los acreedores.

En relación con esto se está comenzando a meditar sobre cuáles pueden ser los remedios y las sanciones, al menos para los casos más graves donde es evidente la responsabilidad de los empresarios o incluso de profesionales, barajándose como hipótesis recurrir al delito de insolvencia simple (art. 217, co. 4, LF), o a la normativa de la responsabilidad de los administradores y de los auditores de las sociedades. También debe recordarse que el *Decreto sviluppo* ha introducido un delito específico para los fedatarios profesionales que difundan información falsa u omitan información relevante, que también se aplica a los eventuales informes elaborados en la fase de *pre-concordato* (art. 236-bis, LF).

Por último, la introducción de la solicitud anticipada de *concordato* ha levantado cierta sospecha, por no decir hostilidad, en los sujetos que operan o que han tenido relación con las empresas en crisis, aunque esto se debe principalmente a la preocupación por las consecuencias de un resultado negativo del procedimiento y, sobre todo, a un escaso conocimiento de la nueva disciplina. En particular los bancos, los proveedores y también hacienda y la seguridad social están adoptando comportamientos no siempre en línea con las reglas concordatarias, poniendo dificultades a las empresas mismas. Se espera superar esas sospechas cuando la nueva disciplina, seguramente proteccionista para algunos de estos sujetos, haya sido mejor entendida.

La modificación sobre la financiación “interina”, admitida incluso en la fase de *pre concordato*, a partir de la última reforma (de 2015) sobre la materia es ciertamente interesante,

porque tiene en cuenta la exigencia de la praxis relativa a la difícil fase temporal (que puede demorarse durante meses) existente entre el surgimiento del estado de insolvencia/crisis y la definición del idóneo instrumento jurídico que viene a solucionarla. Durante esta fase intermedia, la sobrevivencia de la empresa a menudo se pone en entredicho a causa de la falta de la indispensable liquidez. En cambio, puede ponerse en cuestión la extensión del beneficio de la prededucibilidad también a las líneas de crédito, denominadas “autoliquidantes” es decir pendientes a la fecha del depósito de la solicitud de autorización; lo que se traduce de hecho en una mejora en el tratamiento en el caso de concurso³².

³² [Vid. GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, cit.]

Efectos del *concordato* sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa

SUMARIO: 1. Excursus, a modo de introducción. - 1.1. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 675/1977 - 1.2. La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 223/1991 - 1.3. ... Hasta la ley de la reforma [2012]. - 2. En particular, el destino de la relación de trabajo después del despido colectivo y por causa objetiva justificada. - 3. *In fine*, las modificaciones recientes (2014/2015). - 4. Conclusiones.

1. Excursus, a modo de introducción

El análisis que es indispensable realizar sobre el destino y los efectos de las relaciones jurídicas preexistentes y, en particular, sobre el contrato o relación de trabajo no puede prescindir de examinar en qué modo incidía sobre ella el tratamiento del subsidio salarial extraordinario cuando el empresario, sujeto a uno de los procedimientos concursales regulados en la LF *previa a la reforma*, no lo hubiese utilizado anteriormente, con la consiguiente suspensión de las relaciones, que, destinadas a proseguir sin solución de continuidad con los efectos derivados del art. 72, LF, eran objeto de una intervención de política de empleo que, con todas las características positivas y negativas típicas de una aproximación coyuntural, determinaba una *causa autónoma de intervención* y, por lo tanto, un *régimen de protección especial* destinado a aplicarse en todos aquellos casos en que la imposibilidad de aplicar el *proceso de reconversión, reestructuración o conversión*, hubiese determinado, en el momento de la apertura del procedimiento concursal, un excedente permanente de personal, o hubiese comportado la necesidad de una supresión total de los puestos de trabajo¹.

El legislador, consciente de que en situaciones especialmente graves de crisis empresarial adquiere particular importancia la garantía de la estabilidad de los puestos de trabajo y de la renta, a la vez que la relación ha perdido su *función económica de intercambio*, si bien había propuesto, en situaciones de crisis patológica y no fisiológica, un instrumento idóneo para reducir los niveles de ocupación, en relación a las diferentes necesidades, o para dar por terminadas todas las relaciones laborales, en caso de que la situación de crisis irreversible haya determinado la necesaria finalización de todas las actividades empresariales, no había, sin embargo, considerado que esto podía conducir a la apertura de un procedimiento concursal liquidatorio².

¹ D'ANTONA, M., *L'intervento straordinario della Cig nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, en *Riv. giur. lav.*, I, 1983, 15 ss.; MARCHITIELLO, A.M., *Mutamenti della funzione della cassa integrazione e guadagni*, en *Dir. lav.*, I, 1982, 173 ss.; DE CAROLI, G., *La sospensione dell'attività lavorativa nell'ambito dell'intervento della cassa integrazione guadagni*, en *Orient. giur. lav.*, 1982, 1468 ss.

² [Sobre la exigencia de "conservación" de la actividad empresarial y las opciones legislativas adoptadas, vid., *amplius*, MAFFEI ALBERTI, A., *La crisi de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ànte*; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el sistema español, ànte*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal (?)*, ànte. Y vid., además, PULGAR EZQUERRA, J., *El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación en el derecho español*, en (AA. VV.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas - Perales

1.1. *La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 675/1977*

El propósito de la l. 675/1977 –como se lee en el mismo título– era el de prever medidas para la coordinación de la política industrial, a través de la *reorganización, reestructuración, reconversión* de la estructura de las empresas que operan en un determinado sector, debido a la necesidad percibida de formular reglas para mejorar la funcionalidad de las mismas y para mantenerlas en vida, aunque con una organización diferente de los medios y mano de obra, o para utilizarlas en otras empresas.

La disciplina normativa, desde la perspectiva del legislador de la época [del 1977], no contemplaba, por tanto, la hipótesis extintiva de la empresa que, por el contrario, se realiza con el procedimiento de “quiebra” [concurso], o con el *concordato preventivo* con cesión de los bienes, a través de la liquidación del complejo de los mismos organizado, mediante cesión de los mismos o la venta por unidades.

Entre las novedades más significativas, por lo que aquí nos interesa, además de la previsión de una nueva *causa de la intervención extraordinaria*, por la crisis de empresas con especial relevancia social en relación con la situación del empleo local y productiva del sector (art. 21, co. 2, en relación al art. 2, letra c), l. 765/1977), se previó proporcionar un subsidio en favor de los trabajadores de las empresas industriales despedidos a causa del concurso de la misma empresa (art. 25, co. 7, en su versión modificada [*i.e.*, consolidada] por el art. 2, l. 301/1979).

Tal disposición normativa había previsto la suspensión de la eficacia de los despidos instados, con la consiguiente continuación de la relación laboral, aunque sólo fuese a los efectos de la intervención extraordinaria, hasta la promulgación del decreto ministerial de determinación del estado de crisis y de las condiciones para la aplicación del pertinente tratamiento y de los procedimientos de movilidad³.

La relación de trabajo, en el sector en que la ley era aplicable, llegó a estar en una situación particular, en el sentido de que ésta –ya suspendida debido a la inscripción en el fondo de garantía salarial– entraba, una vez declarado el concurso, en una fase de suspensión, como consecuencia de la regla general dictada por el art. 72, LF, con la posibilidad, siempre que la empresa volviese al sector para el cual las pertinentes ayudas se habían previsto especialmente, para los empleados cuya relación de trabajo se había dado por terminado, de beneficiarse del correspondiente subsidio salarial previsto para un período máximo de veinticuatro meses.

El despido era, por tanto, el presupuesto necesario para poder aplicar el art. 2, l. 301/1979, y el subsidio reconocido venía a constituir una especie de protección del empleo con una finalidad meramente asistencial.

En particular, la l. 675/1977, innovando respecto de la l. 1115/1968, además de prever y regular situaciones de crisis especiales –exigiendo, por otro lado, que estas fueran confirmadas por el CIPI [*comitato interministeriale per il coordinamento della politica industriale*] (art. 2, co. 5) y reservando al Ministerio de Trabajo la adopción de las medidas pertinentes–, también había previsto la equiparación del período de disfrute del subsidio salarial a la an-

Viscasillas - Porfirio Carpio (dirs.), Madrid, 2015, 253 ss.]

³ Sobre la materia ver las primeras contribuciones de FERRARO, G., *Cassa integrazione guadagni e crisi aziendale nelle leggi sulla riconversione industriale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1000 ss.; ID., *La disciplina della cassa integrazione e guadagni delle leggi sulla riconversione industriali*, en *Il diritto del lavoro nella emergenza*, De Luca Tamajo - Ventura (dirs.), 1979, 35 ss.; MAGNANI, M., *Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore industriale*, en *Le leggi civili commentate*, 1978, 772 ss.

tigüedad de inscripción en la lista del paro (art. 21, co. 3), además de la atribución, a cargo del Fondo para la movilidad de la mano de obra, de la contribución adicional del art. 12, l. 164/1975 y de las cuotas de pensión de jubilación devengadas durante el período de subsidio salarial, para los trabajadores que no fuesen reocupados en la misma empresa al final del período por imposibilidad de la empresa de mantener el nivel de empleo, o en caso de necesidad, compartida por los sindicatos, de adquirir una nueva dimensión productiva (art. 21, co. 5 y 6).

1.2. *La disciplina anterior al d.l. 83/2012, fundamentada por la l. 223/1991*

A través de la l. 223/1991 se establecieron nuevas reglas, no sólo por lo que se refiere a las causas de concesión del subsidio y la previsión de un particular subsidio en sede concursal, reservado a las empresas que operan en determinados sectores, para permitir al empleado mantener “*la condición de ocupado*” durante el período previsto, sino también en relación a la tipificación de los supuestos y las causas en presencia de los cuales recurrir al *despido colectivo* y a la procedimentalización de las opciones del empresario, en la identificación de los trabajadores interesados, trasladando el control desde la fase judicial, posterior al despido, a la administrativa y sindical que lo precede⁴.

La ley [de 1991] ha ofrecido una regulación completa, por lo tanto, no sólo de los *amortiguadores sociales* sino también de los *despidos colectivos*, previendo dos casos distintos: en el art. 4, la movilidad de los trabajadores que ya están inscritos en el fondo de garantía salarial, y en el art. 24, la reducción de personal, identificando el requisito para la aplicación de la norma en el número de personas empleadas (más de quince), aun cuando las empresas tengan la intención de poner fin a la actividad.

La ley ha derogado el art. 2, l. 301/1979, que había añadido el co. 7 del art. 25, l. 675/1977, también derogado junto con el art. 8, l. 1115/1968, sobre desempleo especial para los trabajadores de la industria⁵.

Pues bien, si nos proponemos verificar el actual estado de la cuestión y determinar si en el ámbito del sistema normativo vigente –destinado a ser reemplazado por las normas que lleven a cabo la reforma del mercado de trabajo– se han reconocido soluciones satisfactorias y capaces de permitir, de manera realista, la conservación de la empresa y, al mismo tiempo, el mantenimiento de los niveles de ocupación sin la necesidad de llegar a la desintegración de los bienes que conforman la empresa, a través de la identificación de un tercero interesado en la adquisición de la misma, es esencial insistir en el art. 3, l. 223/1991, cuya derogación está prevista a partir del 1.1.2016 y que ha sufrido una revisión a través del art. 46-*bis*, co. 2, que a su vez ha intervenido sobre el art. 2, co. 70, reconociendo la necesaria existencia de *perspectivas de continuidad y recuperación de la actividad* para el reconocimiento del tratamiento correspondiente⁶.

Y, de hecho, sólo a través de la reconstrucción de las normas introducidas por un siste-

⁴ GALANTINO, L., *I licenziamenti collettivi*, Milano, 1984, 9 ss.; CESSARI, A., *Dai licenziamenti ai trasferimenti collettivi*, en *Dal garantismo al controllo*, Cessari - De Luca Tamajo, Milano, 1982, 169 ss.; FOGLIA, R., *Riduzione di personale e licenziamenti economici*, en *Dir. lav.*, I, 1997, 4 ss.

⁵ Sobre el régimen de las obligaciones, vid., PAPALEONI, M., *L'indennità di mobilità*, en *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Papaleoni - Del Punta - Mariani (eds.), Padova, 1993, 520.

⁶ [Vid., *amplius*, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*; JACQUET YESTE, T., *cit.*, *ante*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *ante*.]

ma que había rediseñado los *amortiguadores sociales*, llevando a la derogación del art. 2, l. 301/1979 —que había creado dificultades considerables de orden sistemático a consecuencia del hecho de que las prestaciones eran reconocidas con respecto a una relación laboral formalmente finalizada, ya que el despido era el instrumento necesario e inevitable para poder aplicarse— será posible determinar si la incidencia en la capacidad de los trabajadores de mantener la *condición de ocupado* puede privilegiar aquellas *soluciones transmisivas de la empresa* que el legislador ha pretendido asegurar a través de las normas antes mencionadas.

El art. 3, l. 223/1991, había, de hecho, introducido un nuevo tipo de derogabilidad de los subsidios salariales con el fin de garantizar la estabilidad de los puestos de trabajo y de la renta tratando de asegurar su mantenimiento, a pesar de la apertura del procedimiento concursal (*concurso, administración extraordinaria, liquidación forzosa administrativa* y concordato preventivo *con cesión de bienes*), a través de las diferentes previsiones en que el despido podría —como todavía permanece sin cambios el co. 3— implementarse, de conformidad con el art. 4 o 24, l. 223/1991, cuando, al final del período de subsidio salarial que había permitido al empleado mantener la condición de ocupado no fuese posible llevar a cabo ninguna de las hipótesis transmisivas de la empresa, y, como resultado, las relaciones tendrían que ser necesariamente resueltas⁷.

La l. 223/1991, a la hora de regular el destino del contrato de trabajo en los procedimientos concursales, había distinguido, expresamente, el supuesto de la continuidad de la actividad de la empresa, para la que había excluido los despidos, estableciendo, en caso de finalización, que las relaciones permanecieran suspendidas por un período máximo de *doce* meses con la intervención del fondo de garantía salarial sin necesidad de que existan perspectivas de continuidad de la actividad convirtiéndose de este modo el amortiguador en un instrumento para el mantenimiento de la renta, además de la condición ocupado.

La admisión era automática siendo la única condición para la concesión del beneficio la presentación de la solicitud por parte del órgano competente.

En el art. 3, co. 2, se contemplaba, incluso después de la reforma, que el primer período máximo de doce meses podía extenderse, sobre todo cuando no existiesen fundadas perspectivas de *continuación o reanudación* de la actividad resultando condicionado, en este caso, el reconocimiento de la presentación de la solicitud, por el órgano representativo del procedimiento, aprobado por el juez delegado, en la cual deberían haber sido puntualizadas las razones que sugieren la extensión del beneficio y que, como veremos, constituye el presupuesto objetivo necesario para la concesión de semejante tratamiento.

A diferencia de la anterior, esta disciplina se caracteriza por el intento de lograr la permanencia de las relaciones de trabajo pertenecientes a la empresa sujeta a un procedimiento concursal y de la posible conservación de estas relaciones a través de “*la cesión de la empresa o de sus unidades*”, con la condición, sin embargo, de que sea posible la identificación de la existencia de aquellas perspectivas ahora previstas en el co. 1 para la concesión y en el co. 2 para la prórroga.

En esencia, mientras que la l. 301/1979 contemplaba el “*mantenimiento ficticio de las*

⁷ MISCIONE, M., *L'integrazione salariale ed eccedenza di personale*, en *Giur. it.*, IV, 1991, 4 ss.; CINELLI, M., *La nuova disciplina della Cigs*, en *Dir. prat. lav.*, 1991, 2575 ss.; GIUDICI, M., *Licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, en *Dir. prat. lav.*, 1991, secc. 34; LEBRA, F., *L'indennità di mobilità*, 1992, 149 ss.; CAIAFA, A., *Sopravvivenza dell'impresa nelle procedure concorsuali e sorte dei rapporti di lavoro*, en *Dir. lav.*, I, 1991, 48 ss.; ID., *Insolvenza del datore di lavoro e tutela dei dipendenti*, en *Fallimento*, 1992, 559 ss.; ID., *I rapporti di lavoro e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, 22 ss.

relaciones”, estableciendo que éstas, una vez resueltas, continuaban, de hecho, a los solos efectos del fondo de garantía salarial, el marco jurídico siguiente [de 1991] actual, por el contrario, ha previsto exactamente lo contrario ya que la continuación de las relaciones mismas, aunque en un estado de suspensión con respecto a las principales obligaciones del propio contrato (*retribución y prestación*), es real y efectiva.

El tratamiento previsto reconocido en favor de las empresas pertenecientes al sector *industrial* que emplean a más de *quince* empleados y, como resultado de una serie de disposiciones que con el tiempo han modificado la redacción original, incluso de aquellas del sector *comercial* que emplean a más de *cincuenta* trabajadores, se ha extendido ahora a través de la adición del co. 3-*bis* –en virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la ley que modificó el art. 12, l. 223/1991– con efectos a partir del 1.1.2013, también a las *agencias de viajes y turismo*, incluidos los *operadores turísticos*, con más de cincuenta empleados, a las *empresas de seguridad* con más de quince empleados y, además, a las *empresas de transporte aéreo y del sistema aeroportuario* independientemente del número de empleados.

Las empresas más pequeñas han sido, por el contrario, excluidas del ámbito de la movilidad, regulada por el art. 4, l. 223/1991, ya que esta norma presupone que ha habido una intervención previa para la concesión del subsidio salarial extraordinario que, como hemos visto, presupone la existencia de requisitos numéricos no pudiendo el número de empleados de las empresas industriales ser, en ningún caso, inferior a *quince*, cuando operen en el comercio a *cincuenta*, donde, en algunos casos, el subsidio salarial está totalmente excluido.

A través del art. 4, l. 236/1993, se ha previsto, pues, la extensión, en favor de los trabajadores despedidos por causa objetiva justificada por empresas que tienen menos de quince empleados, de los beneficios no económicos derivados de la inscripción en las listas de movilidad, ya que aquellos tenían, previamente, el derecho a las prestaciones por desempleo especial del art. 8, l. 1115/1968, derogado por el art. 16, co. 4, l. 223/1991⁸.

Las áreas no cubiertas por la l. 223/1991 –tal como fue modificada por la l. 236/1993– afectan a todas las empresas que cuenten con un número de empleados inferior a *quince*, reconocidos según los criterios dictados por el art. 1 de la misma ley [l. 223/1991] en relación a aquellos trabajadores empleados de media durante el semestre anterior⁹, normalmente necesarios para el desarrollo de la actividad laboral¹⁰.

⁸ El sistema ha sido revisado por el art. 4, co. 12, l. 28/2012, que con el fin de garantizar una aplicación uniforme de los incentivos los ha descartado en caso de que: *i*) la asunción del empleado constituya el cumplimiento de una obligación preexistente prevista por la ley; *ii*) el empleado tenga derecho a la asunción porque haya sido empleado mediante contrato de suministro de trabajo; *iii*) la asunción viole el derecho previamente reconocido por la ley o contrato; *iv*) como resultado de la readmisión de otro trabajador despedido; *v*) el empleador o quien utilice al trabajador mediante contrato de suministro de trabajo haya llevado a cabo suspensiones relacionadas con una situación de crisis o de reorganización empresarial; *vi*) la asunción de trabajadores despedidos en los seis meses anteriores, cuando el empresario, en el momento del cese, presente una estructura de propiedad sustancialmente coincidente con el cesionario o mantenga una relación con éstos de conexión o control.

Sobre esta cuestión, teniendo en cuenta las recientes importantes modificaciones, vid. FERRARO, G., *Le integrazioni salariali*, en *Integrazioni salariali, eccedenza di personale e mercato del lavoro, commento sistematico alla legge 223/91*, Ferraro - Mazziotti - Santoni (dirs.), Napoli, 1992, 41 ss.; NAPOLI, M., *Le nuove disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e di mobilità*, en *Riv. giur. lav.*, I, 1993, 189 ss.; PAPALEONI, M. - DEL PUNTA, R. - MARIANI, M., *La nuova cassa integrazione guadagni e mobilità*, Padova, 1993, 521.

⁹ En este sentido la circular ministerial 155/1991, en *Dir. prat. lav.*, 1991, 3321 ss. En la doctrina, aunque con referencia a los casos de extinción de la relación laboral, MAGRINI, S., *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla legge n.223/1991*, en *Lav. inf.*, II, 1997, 9 ss.; FOGLIA, R., *Riduzione di personale e licenziamenti economici*, en *Dir. lav.*, I, 1997, 5 ss.

¹⁰ ALLEVA, P., *L'ambito di applicazione e la tutela reale contro il licenziamento*, en (AA.VV.), *La disciplina*

El subsidio salarial constituye el instrumento para posponer los despidos, el mayor tiempo posible, y permitir a los trabajadores afectados mantener la *condición de ocupados*, aunque sea en empresas con menos de quince empleados o que ocupen un número más alto pero menor a aquel necesario para obtener la prestación de movilidad. El art. 4, co. 1, l. 236/1993, ha reconocido la inscripción en las listas, si el cese ha venido determinado por una causa objetiva justificada, sin la extensión de los beneficios económicos, tanto directos como indirectos, por lo que se refiere al pago, a favor de los empleadores que los contratan, de la mitad de la remuneración debida al trabajador (art. 8, co. 4, l. 223/1991).

1.3. ... Hasta la ley de la reforma [2012]

El art. 22, l. 28/2012, prevé la institución, en el INPS, con efectos a partir del 1.1.2013, del seguro social para el empleo (*assicurazione social per l'impiego*, ASPI) y regula su ámbito de aplicación a favor de aquellos trabajadores «*que han perdido involuntariamente su empleo*», reconociéndoles una asignación mensual de desempleo y que incluye, entre otros, a los *aprendices*, *los socios laborales de cooperativas* que hayan establecido una relación de trabajo en forma subordinada como consecuencia de la adhesión o creación de la sociedad, con excepción de los empleados de las Administraciones Públicas y de los trabajadores agrícolas temporales o indefinidos para los que se aplican normas especiales.

El subsidio se reconoce a condición de que los trabajadores interesados puedan invocar al menos *dos años* de seguro o *un año* de cotización (art. 2, co. 4, letra b) en los dos años anteriores al inicio del período de desempleo y quedan excluidos aquellos que hayan renunciado voluntariamente o hayan resuelto, de forma acordada, la relación, con el consiguiente mantenimiento del subsidio a favor de aquellos que hayan cesado por justa causa.

En cuanto a la duración máxima legal (art. 2, co. 46), con referencia a los nuevos casos de desocupación que se hayan de verificar con efectos a partir del 1.1.2013 hasta el 31.12.2015, se prevén diferentes plazos para el disfrute de las prestaciones, con referencia a cada año hasta el 2015 y de diferente duración según la edad de los afectados (menores de cincuenta años, personal de igual o superior edad pero menor de cincuenta y cinco años, y finalmente, de edad igual o superior a estos últimos).

Todavía se regula, de forma transitoria, el período máximo del derecho a la prestación por movilidad, en virtud del art. 7, co 1 y 2, l. 223/1991, con diferente duración según el período de duración de la la movilidad, las causas y, una vez más, la edad de los afectados.

En concreto, la duración máxima prevista se reduce por cada uno de los años comprendidos entre 2013 y 2016 y con un tratamiento vinculado a la edad de los trabajadores afectados: doce meses para los más jóvenes, cuarenta y ocho meses para los mayores.

Se regula la transición al nuevo sistema de *amortiguadores sociales*, permitiendo la concesión, sin solución de continuidad, del subsidio salarial extraordinario y de movilidad que se espera pueda ser adoptada por el Ministro de Trabajo y Política Social, de acuerdo con el de Economía y Finanzas, sobre la base de acuerdos gubernamentales específicos, aunque por períodos que no excedan de doce meses, el reconocimiento de los cuales está previsto que tenga lugar dentro de los límites de los recursos financieros destinados a este fin en el ámbito

dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91, Carinci (dir.), Napoli, 1991, 25 ss.; GRAMICCIA, G., *Dimensioni dell'impresa e personale normalmente occupato*, en *Mass. giur. lav.*, 1975, 503 ss.; VACCARO, M.J., *Sul criterio per il calcolo dei dipendenti nell'azienda*, en *Mass. giur. lav.*, 1973, 167 ss.

del Fondo Social para el Empleo y la Formación.

Se prevé también la posibilidad de prorrogar el tratamiento del subsidio salarial y de la movilidad por periodos sucesivos que no excedan de los *doce* meses.

El sistema así rediseñado se superpone al actual y, por lo tanto, se crean, inevitablemente, problemas de compatibilidad que, de hecho, no parece que se hayan tenido suficientemente en cuenta ya que el art. 2, co. 70, ha provocado –como ya se ha anticipado– la derogación del art. 3, l. 223/1991, vigente a partir del 1.1.2016, por lo que tal vez no debería estar aún revisada la disposición, en el sentido de eliminar la discrepancia y, por lo tanto, su eficacia derogatoria, para luego implementarla en el texto presentado al Senado el 5.4.2012, sino más bien, manteniendo y conservando la eficacia de la norma haciéndola compatible con las disposiciones anteriores, las cuales, por otra parte, se resienten de las diferentes previsiones para el reconocimiento del subsidio salarial vinculado cuya concesión está vinculada a la existencia de las condiciones para que la actividad pueda continuar, ya contempladas en el art. 3, co. 2, que no ha sufrido ningún cambio.

Entonces cuáles son las consecuencias de las diversas previsiones llevadas a cabo?

La respuesta parece bastante obvia y es que la solicitud de *intervención extraordinaria* debe encontrar ahora una justificación adecuada en el *programa* que se debe elaborar. Sobre el solicitante recae la obligación de considerar el *resultado de la empresa*, la *facturación* y la *deuda de los dos años anteriores*, que conduzcan a una tendencia negativa o involución, suficiente para justificar, en general, la necesidad de la fase prevista de *reestructuración, reorganización, conversión* o de la reducción del tamaño de la empresa, debido a la denunciada crisis reversible, o como mínimo del inicio del procedimiento concursal.

En el caso de la crisis, además de requerirse un informe técnico con la motivación para apoyar la situación económica y financiera crítica (art. 1, letra a), existe la obligación por parte de la empresa de presentar un *plan de recuperación* con la descripción de «*las medidas adoptadas o que deban adoptarse para superar las dificultades (...) distintas para cada sector de actividad de la empresa, así como para cada unidad de negocio afectada por la intervención extraordinaria para conceder el subsidio salarial*» y también un *plan de gestión* de los despidos estructurales.

Esto es lo que se exige en el caso de que la causa de la crisis no se deba a un suceso repentino e imprevisible exigiéndose en tal caso solo el *plan de recuperación* y de *gestión de los despidos* (letras c) y d) del art. 1 respectivamente).

El d.m. 18.12.2002 regula, también, la concesión de un tratamiento especial en el caso de *cese de la actividad*, precisando el art. 2 que este suceso puede cubrir toda la empresa o un sector de la misma, exigiéndose en tal caso la presentación de un “*plan de gestión de los trabajadores despedidos*” destinado a reducir el recurso a la movilidad, siempre que durante el período de subsidio salarial “*o que en los doce meses siguientes al final de dicha intervención*” la movilidad no constituya un instrumento de recolocación, ni que sea parcial, del personal empleado.

El art. 3 de la misma norma, pues, no prevé ninguna causa de exclusión si el subsidio salarial viene exigido por el *cese de la actividad*, si bien excluye de ella las *empresas en crisis* que hayan iniciado la actividad productiva en los dos años anteriores, o que no la hayan comenzado, o que hayan sufrido transformaciones societarias significativas, ocurridas entre empresas que presenten una estructura de propiedad sustancialmente coincidente, con el fin de contener los costes de gestión.

No se menciona en la ley de reforma del mercado de trabajo, además de las disposicio-

nes objeto de derogación, el d.m. 18.12.2002 y la misma l. 291/2004 de conversión, con enmiendas, del d.l. 249/2004, por el que se establecen medidas urgentes en materia de política laboral y social, que el art. 1, aunque dentro de los límites de gasto previstos por el Fondo para la ocupación de las cuales el art. 1, co. 7, l. 236/1993, prevé la prórroga del tratamiento extraordinario de subsidio salarial por crisis empresarial por un período de doce meses, en el caso de *cese de la actividad* de toda la empresa¹¹ (art. 2, co. 71, l. 28/2012).

Los instrumentos que, sin embargo, ahora se mencionan tienen una carga específica para la empresa, no prevista en el caso del tratamiento regulado en el art. 3, l. 223/1991, con el propósito de permitir la continuación de la relación para lograr no ya con una *finalidad de seguridad social* de tutela de la renta sino para mantener la *condición de ocupado* –manteniéndose la relación en vigor no ya en virtud de una especie de *ficción legal*– ya que la continuación de la misma, aunque suspendida, conserva las obligaciones principales que recaen sobre las partes, como se demuestra por el hecho de que durante el período de subsidio se devengan como resultado de la antigüedad adquirida las cuotas correspondientes por el fin de la relación¹².

Las diferentes previsiones sobre el *presupuesto objetivo* en presencia del cual se puede ahora acceder a tales amortiguadores, concretadas en la existencia de las condiciones para que la actividad pueda continuar, chocan con el objetivo primordial que el legislador perseguía a través del art. 3, l. 223/1991 –que ahora se prevé derogar– consistente en el fin de preservar la profesionalidad adquirida por los trabajadores de la empresa, en *crisis* o en *situación de insolvencia*, permitiendo la continuidad de la relación, a través de la garantía de la renta para permitir, a través de la entrada de nuevos empresarios, protegiendo también el empleo¹³, incluso cuando no sea factible la continuación de la actividad cesada y no continuada.

2. En particular, el destino de la relación de trabajo después del despido colectivo y por causa objetiva justificada

Finalizado el análisis sistémico del ámbito de aplicación de las nuevas causas de intervención, ordinaria y extraordinaria, y de los nuevos instrumentos identificados en términos de tutela de la renta, pero ya no tendente a permitir la suspensión de la relación de trabajo para asegurar su mantenimiento en casos en los que sea posible realizar una *transmisión temporal (alquiler)* o *definitiva (venta)*, de la empresa o de sus unidades a las cuales estaba asignado el empleado, se debe determinar si, y en qué medida, la disciplina en materia de flexibilidad y tutela del empleo, prevista en el art. 1, l. 280/2012, en las declaradas perspectivas de crecimiento y las modificaciones correspondientes de la l. 604/1966, con referencia en particular al *despido por causa objetiva justificada* –siempre que la empresa en quiebra emplee a menos de quince empleados– viene a incidir sobre el poder del órgano del procedimiento para poner fin a la relación laboral.

Con el fin de entender las consecuencias derivadas de la reestructuración de la disposición normativa, de aplicación incluso en aquellos casos en que el empresario tenga los requi-

¹¹ Para un comentario del d.m. 18.12.2002, vid. CAIAFA, A., *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, en *Diritto Europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Caiafa - Cosio (dirs.), Milano, 2008, 119; GALLO, E., *La modifica dei crediti concessivi della Cigs*, en *Dir. prat. lav.*, 2002, 2770 ss.

¹² Cass., 2.12.1991, n. 12908, en *Fallimento*, 1992, 575 ss.

¹³ CAIAFA, A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 374.

sitos dimensionales establecidos en el art. 18, co. 9, l. 300/1970, en su versión modificada por las nuevas disposiciones, parece conveniente centrarse en la normativa vigente y, en particular, en aquello previsto en los arts. 4 y 24, l. 223/1991, que contemplando dos tipos distintos de resolución de la relación no encuentran aplicación sobre los trabajadores de las *pequeñas empresas*, entendiéndose por pequeñas empresas aquellas que ocupen a menos de quince trabajadores dependientes de la unidad productiva o en el ámbito del mismo municipio¹⁴.

En cuanto a los límites dimensionales del art. 1, co. 40, al reformular y modificar el art. 18, l. 300/1970, las disposiciones precedentes en materia de resolución de la relación encuentran aplicación en los casos de *causa objetiva justificada*, o en caso de despido declarado *ineficaz*, o por ausencia de la justificación, si la causa objetiva ha sido identificada en la falta de idoneidad física o física del trabajador, o de despido realizado contraviniendo el art. 2110, co. 2, cod. civ., siempre que el empleador, en cada sede, “*establecimiento, sucursal, oficina o departamento independiente*” –al que estuviese asignado el empleado–, emplee a más de quince trabajadores, o más de *cinco*, si se trata de un empresario agrícola, pudiendo además agricultor, pudiendo por otro lado subsistir el requisito dimensional en el ámbito del mismo municipio, aun cuando cada unidad de producción individualmente considerada no lo alcance.

Para los *despidos colectivos* –como veremos– el legislador ha establecido un procedimiento específico que comporta, en caso de incumplimiento, consecuencias diversas según si el despido no ha sido ordenado por escrito (*readmisión*), o si ha violado los procedimientos establecidos en el art. 4, co. 12, proporcionando, en tal caso, una indemnización no inferior a seis mensualidades ni superior a *doce*, con la obligación de pagar las contribuciones más los intereses, para todo el período comprendido entre la fecha de despido y la reconstitución de la relación, sanciones estas que no tienen un contenido diferente siempre y cuando la violación haya contemplado los criterios de selección previstos en el co. 1 del mismo art. 4 (art. 1, co. 42, l. 28/2012).

En ausencia del presupuesto numérico, el empresario no está obligado por los procedimientos y criterios de selección, incluso cuando intente efectuar la reducción de personal, o proceder a una resolución de todas las relaciones dando lugar, en tales situaciones, a un *despido individual plurisubjetivo por causa objetiva justificada*¹⁵, aunque está obligado a proporcionar la prueba de la imposibilidad de usar la prestación de forma diversa.

Así que la única diferencia sustancial real radica en la obligación de seguir el procedimiento sindical de consulta e información vinculante sólo para los empresarios que tengan más de quince empleados y tengan la intención de proceder a la terminación de la relación laboral de más de cinco de ellos en el plazo de ciento veinte días no incluyéndose, por el contrario, aquellos que tengan un número inferior.

Después de la promulgación de la l. 108/1990, todos los despidos, incluso los que no

¹⁴ Son áreas que, independientemente de la dimensión de la empresa y del número de los trabajadores empleados, quedan excluidas de la disciplina debido a la existencia de una reglamentación específica del sector correspondiente, como sucede con los trabajadores del transporte, los empleados de las empresas recaudatorias, entes públicos no económicos, las empresas de navegación marítima y aérea.

¹⁵ SOMA, F., *Licenziamento collettivo e licenziamento individuale: ancora incertezze dopo la legge n. 223/1991?*, en *Orient. giur. lav.*, 1994, 632 ss.; CALAFA, A., *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, cit., 238; en sentido contrario, NOCELLA, M., *Licenziamenti collettivi, crisi aziendali e piccola impresa*, en *Dir. lav.*, I, 1998, 336 ss., quien ha excluido esta calificación sobre la base que viene a recuperar la ya superada distinción entre el despido individual y el colectivo prefiriendo entender que la disciplina aplicable a los despidos colectivos no está comprendida en el ámbito de aplicación de la l. 223/1991.

caen en el ámbito de la l. 223/1991, sin duda entran en la disciplina limitadora de los despidos individuales con la consiguiente obligación de la denominada *repesca*, exclusivamente, para los individuales y no para los colectivos, excluidos por otro lado también del art. 11, l. 604/1966, pero ahora regulados en el art. 24, l. 223/1991, ya que esta norma en su co. 5 afirma textualmente que los despidos colectivos están disciplinados por tal artículo¹⁶.

El art. 5, l. 108/1990, ha introducido un *iter* procedimental para los despidos individuales realizados en la pequeña empresa relativo a la impugnación y, por lo tanto, relativo a la fase posterior a la orden de despido, estableciendo que la demanda a juicio no se puede presentar si no está precedida de una solicitud de conciliación, de conformidad con el procedimiento previsto en el contrato o en los convenios colectivos de trabajo, o en los arts. 410 y 411, cod. proc. civ., convirtiéndose la falta de solicitud de conciliación en causa de improcedibilidad de la demanda, detectable incluso de oficio, en la primera audiencia y estando el juez facultado para conceder a las partes un plazo perentorio, no superior a sesenta días, para la proposición de la solicitud de conciliación¹⁷.

El art. 1, co. 40, l. 28/2012, en una perspectiva de crecimiento, ha modificado, en parte, la l. 604/1966, previendo que la comunicación de despido debe indicar la especificación de la causa que lo ha provocado, reduciéndose el plazo para impugnarlo ante el Tribunal o bien para comunicar a la parte empleadora la solicitud de la tentativa de conciliación o arbitraje (*ciento ochenta días*). Se introduce también un procedimiento de conciliación ante la Comisión Provincial de la Dirección Territorial de Trabajo, que se lleva a cabo antes de comunicar el *despido por causa objetiva justificada*, o determinado por *razones relacionadas con la actividad productiva, con la organización del trabajo y el regular funcionamiento de la misma* (art. 3, segunda parte de la l. 604/1966), que constituye ahora *requisito de admisibilidad* no a los fines de la proposición de la demanda judicial sino más bien para la misma comunicación de despido y que en caso de violación se considerará ineficaz.

Y luego, junto al *despido colectivo*, determinado por una efectiva y estable transformación de la estructura de la empresa o incluso por una reducción de personal relacionada con un redimensionamiento de la actividad empresarial, o incluso por la intención de cesar en su actividad, se sitúa un despido determinado por *causa económica*, con una reglamentación diferente en función de si la empresa emplea a más o menos de quince empleados, y, por supuesto, siempre que la terminación de la relación de trabajo afecte a un número de empleados inferior a *cinco*, en el plazo de ciento veinte días.

La l. 223/1991 ha regulado expresamente los *despidos tecnológicos* con anterioridad, en el acuerdo interconfederal de 1965, que prevía expresamente la posibilidad de despedir, por reducción de personal, «(...) *como resultado de la transformación o reorganización tecnológica*»¹⁸.

¹⁶ Id., 338, que argumentando lo contrario ha observado que la previsión del art. 24, co. 5, implicaría la posibilidad de que existan otros despidos colectivos que no están sometidos a la ley y a los que se aplicarían las normas sobre despidos individuales y, en particular, los acuerdos interconfederales siempre que la empresa entre en el ámbito de aplicación de estos últimos.

¹⁷ Sobre esta cuestión cfr. Corte Cost., 4.3.1992, n. 82.

¹⁸ Sobre esta cuestión vid.: VENEZIANI, B., *Innovazioni tecnologiche e licenziamenti collettivi*, en *Riv. giur. lav.*, I, 1989, 423 ss.; CARINCI, F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 203 ss.; DEL PUNTA, R., *Licenziamenti collettivi, riduzione di attività, innovazione tecnologica*, en *Riv. it. dir. lav.*, II, 1985, 331 ss., en particular el art. 13, que, al describir el *iter* procedimental, establece que la intención de proceder al despido debe contener la indicación de los motivos, así como las eventuales medidas de apoyo a la recolocación del empleado en cuestión y el plazo perentorio de *siete días* para que la Dirección Territorial convoque a las partes frente a la Comisión, según el art. 410, cod. proc. civ., con el fin de permitir que las mismas

En fin, la no existencia de una diferencia ontológica, en la actualidad, entre *despido colectivo e individual múltiple* –que anteriormente sí existía debido al contenido de la medida establecida por el empresario y a la decisión de éste de atenerse en la identificación de los sujetos a los criterios de selección establecidos en los acuerdos interconfederales para los despidos colectivos, mientras que en el caso del despido individual plural tenía que asumir la carga de demostrar la supresión de puestos de trabajo individuales, así como la imposibilidad de utilizar a los trabajadores después de ser despedidos– superada por la nueva reglamentación especial del *despido determinado por causa económica*, aunque en realidad éste no es diferente del despido por *causa objetiva justificada*, debido a que a la supresión del puesto de trabajo ha seguido una reorganización de la empresa en cuestión para una mejor gestión económica, pero que para su aplicación requiere un *iter* diferente, debido al número de empleados.

La falta de cumplimiento del procedimiento descrito determina la ineficacia del despido, con las consecuencias a que se refiere el co. 7, tras el cambio aplicado por el art. 18, l. 300/1970, del art. 1, co. 40, l. 28/2012, que prevé la concesión de una indemnización por daños y perjuicios entre un mínimo de *seis* y un máximo de *doce* mensualidades desde la última retribución, según la gravedad de la violación formal o procedimental cometida, mientras que para las empresas de pequeñas dimensiones la indemnización sigue siendo la prevista en la l. 108/1990.

A pesar de la distinción y la revisitación del *iter* procesal operadas por lo que se refiere a la existencia de la causa objetiva indicada, siguen siendo de aplicación los principios enunciados por la *Corte di Cassazione* en varias ocasiones¹⁹.

En la actual disciplina –cuya derogación está prevista para el 1.1.2016–, vigente por lo tanto hasta el 31.12.2015, el curador podrá proceder a la resolución de la relación, antes de que expire el plazo mencionado en el art. 3, co. 1, y, en caso de que se haya autorizado la prórroga, al expirar el plazo sucesivo de seis meses, si se considera que no es «*posible la continuación de la actividad, ni a través de la cesión de la empresa o de sus unidades*» y, por supuesto, el despido afectará a todo el personal, a menos que no sea posible la conservación de algún puesto de trabajo para la realización de actividades estrechamente relacionadas con el proceso de liquidación.

El art. 3, co. 3, l. 223/1991, remite, respectivamente, a los arts. 4 y 24 [de la misma ley], y establece que si no es posible la continuación de la actividad, ni a través de la *cesión* de la empresa o de sus unidades, o si los niveles de empleo sólo se pueden preservar parcialmente, el curador debe proceder, en el primer supuesto, al despido, de acuerdo con las normas esta-

–que pueden ser asistidas por las respectivas organizaciones, o por un abogado o por un consultor laboral– identifiquen y examinen también las soluciones alternativas al despido y que una vez transcurrido el plazo de veinte días a partir del momento en el que la dirección remite la convocatoria de la reunión, o si el intento fracasa, se proceda a la comunicación del despido.

¹⁹ La *Corte di Cassazione*, al pronunciarse sobre la legitimidad del despido por causa objetiva justificada determinado por la supresión del puesto de trabajo como consecuencia de una reorganización orientada a una gestión más económica de la empresa, confirmó que para su configuración no se requiere que se hayan suprimido todas las tareas asignadas previamente al trabajador despedido, podría ser que las mismas únicamente se hayan repartido y atribuido de manera diferente, y, además, que el hecho justificante del despido no tiene que subsistir necesariamente en el momento de la comunicación, pudiendo decidirse a la vista de una futura reorganización empresarial (Cass., 24.2.2005, n. 3848, en *Not. giur. lav.*, 2005, 502 ss.), aunque corresponde al empleador demostrar la efectividad de las causas y la imposibilidad de utilizar al empleado para realizar tareas similares a las realizadas anteriormente (Cass., 4.11.2004, *cit.*; Cass., 23.3.2004, n. 5808, en *Not. giur. lav.*, 2004, 577 ss.). Sobre esta cuestión, vid., CAIAFA, A., *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, *cit.*, 241.

blecidas al art. 24, y, en el segundo, a la colocación en situación de movilidad, según el art. 4, de los trabajadores excedentes²⁰.

La eliminación, en el texto aprobado, de la previsión existente anteriormente de exclusión del complejo *iter* fijado para la aplicación de los despidos colectivos, en los casos de “cese de la actividad y resolución de la autoridad judicial”²¹, parece ser consistente con las demás disposiciones contenidas en el art. 3, l. 223/1991, que, de hecho, en el co. 3, regula, de una manera alternativa, situaciones que son sustancialmente diferentes, refiriéndose tanto al *despido colectivo*, del art. 24, como a la *colocación en situación de movilidad*, del art. 4 de la misma ley [l. 223/1991]²².

En la práctica, la diferencia entre los dos supuestos contemplados en los arts. 4 y 24 no tiene que ver con la posibilidad de realizar, o no, *el programa de recuperación*, expresamente exigido por el art. 1, l. 223/1991 para las empresas *in bonis*, y ahora también en el art. 3, a raíz de la reforma operada, para aquellas en crisis e insolventes, en relación a la posibilidad de resolver, al final del período de subsidio salarial, una parte o todas las relaciones de trabajo debido a la imposibilidad de llevar a cabo la hipotética *operación traslativa* que habría permitido la conservación temporal.

No puede ignorarse por otro lado que a pesar de la expresión literal del art. 24, co. 2, cuando establece que las disposiciones en materia de despidos colectivos son aplicables sólo en los casos en que el empresario “*tiene la intención de poner fin a la actividad*”, la jurisprudencia admite que aquella norma también se refiere a la situación en la que la actividad ya haya cesado.

Fuera de la hipótesis considerada, entonces, de la operación traslativa temporal o definitiva de la empresa, si a la apertura del procedimiento concursal sigue el cese de toda actividad productiva y no es, por lo tanto, posible recurrir a medidas alternativas, el responsable del procedimiento o el empresario en el caso del concordato preventivo con cesión de bienes, cuando resulte imposible vender la empresa o sus unidades, tiene, debido a la desintegración del conjunto del patrimonio, que resolver las relaciones laborales aún no extinguidas, que estaban en suspensión, siguiendo el *iter* descrito en la norma.

El legislador, de hecho, no ha tenido en consideración un supuesto ulterior en que la venta de la empresa se puede lograr una vez transcurrido el periodo para el subsidio salarial, tanto es así que, en ese caso, no habrá la obligación de llevar a cabo la actividad de infor-

²⁰ Cass., 12.5.1997, n. 4146, en *Mass. giur. lav.*, 1997, 916 ss., ha entendido aplicable la disciplina prevista para los despidos colectivos sólo en casos de ejercicio provisional, permitiendo esta institución la conservación de algunos puestos de trabajo y no, a pesar de que acabe cesando la actividad empresarial, con la consiguiente imposibilidad de continuación, de todos los puestos de trabajo; en sentido contrario: Cass., 27.4.2004, n. 8047, *cit.*, que ha reconocido, por el contrario, que la disciplina prevista en los arts. 3, 4, 5 y 24, l. 223/1991, tiene carácter general, con el resultado de que la obligatoriedad de la misma «no encuentra límites en el caso de cese de la actividad empresarial» y ello sobre la premisa de que «la movilidad se conjuga con los otros mecanismos previstos para la recolocación de los trabajadores», por lo que «es la expresión de un principio general, que debe aplicarse incluso ante la mera supresión de la empresa»; en el mismo sentido, Corte Cost., 13.6.2000, n. 190, en *Mass. giur. lav.*, I, 2000, 494 ss.; Corte Cost., 1.2.1999, n. 6, en *Foro it.*, I, 1999, 1865 ss., con nt. de Cipriani.

²¹ Proyecto de ley n. 585-ter B, en *Lavori preparatori* –X legislatura– julio 1991, Cámara de los Diputados, 469 y 470.

²² Cass., 27.4.2004, n. 8047, que destaca por contener una interpretación del *iter* formativo de la ley que, en el texto originalmente aprobado por el Senado, había excluido que la normativa debiese aplicarse en el caso de cese de la actividad empresarial por orden de la autoridad judicial, pero que luego, en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, debido a la supresión de aquella previsión, es la manifestación clara de una voluntad legislativa de ampliar la legislación para abarcar el supuesto mencionado. Cfr. también, Cass., 7.2.2003, n. 1832, en *Not. giur. lav.*, 2003, 532 ss.

mación y consulta, presuponiendo así la existencia de un mínimo de trabajadores (más de quince).

El art. 3, co. 3, l. 223/1991, establece claramente que al final del disfrute del subsidio pueden ocurrir dos situaciones diferentes, en función de si se ha producido una operación traslativa total o parcial de la empresa, y si es por tanto posible conservar algunos de los puestos de trabajo, o si, por el contrario, ha sido constatada la inexistencia del presupuesto para la cesión, con la consiguiente obligación de resolver inmediatamente todas las relaciones.

La solución a pesar de ser diversa, dependiendo de si la actividad ya ha cesado y no continúa, por no haber una gestión temporal o un ejercicio provisional de la empresa, o, aun, por no haber podido el órgano del procedimiento lograr la cesión de la empresa o de sus unidades, y salvaguardar los niveles de ocupación, no ha tenido una afectación diferente de la precedente, de manera que subsiste la obligación de seguir el procedimiento previsto para la realización del despido de todo el personal, resolviendo la diferencia, tras la declaración de movilidad (art. 4) y el despido colectivo (art. 24) en la existencia de perspectivas para garantizar la eventual readmisión de los trabajadores suspendidos, de manera que en caso de que no se concrete la posibilidad prevista de la recuperación, no siendo posible la salvaguardia parcial del nivel de ocupación, el despido no podrá evitar la afectación de todo el personal.

Y, de hecho, no habiendo la ley (art. 24) excluido de las causas del *despido colectivo* el cese de la actividad, posterior a la apertura del procedimiento concursal, aquí nos encontramos con un despido que presenta, entre sus elementos constitutivos, no sólo la existencia de una “*reducción o transformación de la actividad laboral*”²³, sino también el *cese de la actividad*, habiendo el legislador intentado superar la consolidada orientación jurisprudencial según la cual el despido apoyado en tal causa se configuraba como un *despido plural por causa objetiva justificada*²⁴.

En particular, según el juicio de legitimidad, en el caso en que, en el ámbito del concurso (pero la solución sería la misma también en los otros procedimientos liquidatorios), se considere imposible continuar la actividad, no surge ningún límite expreso respecto de la obligatoriedad del procedimiento, desde el momento en que el art. 3, co. 3, textualmente prevé que «*cuando no sea posible la continuación de la actividad, incluida la cesión de la empresa o de sus unidades, o cuando los niveles de ocupación sólo se puedan preservar parcialmente, el comisario, (...) tiene la facultad de colocar en movilidad, de conformidad con el art. 4 o con el art. 24, a los trabajadores excedentes*».

Sin fundamento se entiende también la argumentación que deduce la no obligatoriedad del *iter* procesal antes mencionado en razón de la naturaleza especial de la normativa del concurso, en el ámbito de la cual prevalecen los intereses de los acreedores, ya que el curador no está en disposición de no atenerse a las instrucciones de los órganos competentes para autorizar la elección de las primeras medidas.

A este respecto se ha observado que la relación entre *norma general* y *norma especial* presupone la identidad de la materia, pero la segunda se encuentra en relación de especie a

²³ Forma esta que se ha tomado prestada de los acuerdos interconfederales del 20.12.1950 y de 5.5.1965 sobre despido por reducción de personal.

²⁴ A tal conclusión llegó la *Corte di Cassazione* (Cass., 3.3.2003, n. 3129) en base a la premisa de que la disciplina prevista en los arts. 3, 4, 5 y 24, l. 223/1991, tiene un carácter absolutamente general, por lo que su obligatoriedad no encuentra límite en el caso de cese de la actividad empresarial, en la medida en que «*la movilidad viene a conjugarse con los mecanismos adicionales previstos para la recolocación de los trabajadores*», de tal manera «*que se eleva a la expresión de principio general, que se puede hacer valer incluso cuando se esté en presencia de la mera supresión de la empresa*». Cfr., también, Corte Cost., 1.2.1999, n. 6, en *Foro it.*, cit.

género respecto de la primera, en cuanto contiene, además de los elementos comunes, también elementos particulares o específicos, no contenidos en la norma general²⁵.

Según el posicionamiento indicado, la l. 223/1991, es norma especial ya que contiene elementos comunes a la materia regulada por la disciplina concursal y otros previstos para regular los *despidos colectivos*, siempre y cuando resulte imposible la continuación de la actividad empresarial, por lo que prevalece sobre aquella.

En cambio se ha confirmado plenamente la disciplina por lo que se refiere a la cuestión de los *despidos colectivos* habiendo el art. 1, co. 44, incorporado las modificaciones que inciden, en particular, sobre el art. 4, co. 9, mediante la sustitución de la expresión *simultáneamente*, en relación a la lista de trabajadores, cuya relación se resuelve, que deberá contener la identificación del afectado, su lugar de residencia, cualificación, clasificación, edad, situación familiar, así como, en particular, la indicación precisa de la modalidad con la que se han aplicado los criterios de selección del art. 5, co. 1, de la ley [l. 223/1991], y que deberá ser comunicada a la *Ufficio Regionale del Lavoro e della Massima Occupazione*, así como también a la *Commissione Regionale per l'Impiego* y a las asociaciones sectoriales, dentro de los *siete* días siguientes a la comunicación de los despidos.

Y también se ha revisado la posibilidad de que las partes «*en el ámbito de un acuerdo sindical celebrado en el transcurso de un procedimiento de despido colectivo*» subsanen cualquier defecto en la comunicación, con la consiguiente modificación del art. 4, co. 12.

Resulta en fin substituido el art. 5, co. 3, por lo que se refiere a las consecuencias del despido comunicado cuando no se siga la forma escrita, o si se ha incumplido el procedimiento reclamado en el art. 4, co. 12, y no hayan sido eliminados los defectos de la comunicación, a través del acuerdo sindical previsto en el del art. 1, co. 2, o aún en el caso de violación de los criterios de selección.

En coherencia con las disposiciones transitorias, previstas en el art. 2, co. 70, por lo que se refiere a la indemnización a los trabajadores en situación de movilidad a partir del 1.1.2013 hasta el 31.12.2016, parece redefinirse el tratamiento por razón de lo dispuesto en el art. 7, l. 223/1991. Precisamente el párrafo siguiente prevé su derogación efectiva a partir del 1.1.2017, fecha prevista para la desaparición de algunos párrafos del art. 5 (co. 4, 5, 6), del art. 10 (co. 2), del art. 16 (co. 1-3), del art. 25 (co. 9) y de los arts. 6-9.

En cuanto al período de transición hacia el nuevo conjunto de amortiguadores sociales, la ley introduce la posibilidad, para los años comprendidos entre 2013 y 2016, de la concesión de subsidios salariales y de movilidad, con el fin de permitir el paso del antiguo al nuevo sistema, condicionada a la existencia de recursos financieros, así como de disponer la prórroga de los mismos, por un período adicional, fijado en *doce* meses, con una cantidad descendente. Lo que pone de relieve la configuración de un tratamiento diverso y del todo injustificado, que no puede resultar coherente sólo porque se haya dictado ante la necesidad de gestionar una fase de transición, si no que se manifiesta del todo injustificado respecto de las diferentes reglamentaciones operadas sobre los diversos supuestos de desempleo que se hayan verificado con efectos a partir del 1.1.2013, para los cuales se aplica, por el contrario, la *prestación social por desempleo* (ASPI).

La causa que determina el reconocimiento del ASPI consiste en la desocupación involuntaria y está relacionada, por tanto, con todos los supuestos en que la relación laboral no haya cesado por dimisión o por resolución acordada, excepto que –como ya se ha mencio-

²⁵ Cass., 18.6.1999, n. 6146; Cass., 5.2.1975, n. 427.

nado— la primera no haya sido determinada por una justa causa, como resultado de la falta de pago de las retribuciones o en el caso previsto en el art. 2112, co. 4, cod. civ., cuando las condiciones de trabajo, en caso de transmisión de la empresa, hayan sufrido una modificación sustancial habiendo el legislador reconocido, precisamente, en este caso que el empleado dimita, dentro de tres meses siguientes, según el art. 2119, co. 1, cod. civ.

Tenemos, por lo tanto, dos categorías de trabajadores desocupados para los cuales las protecciones parecen ser muy diferentes en términos de duración si tenemos en cuenta las disposiciones transitorias.

El art. 2, co. 70, dedicado a los amortiguadores sociales, identifica la fecha de derogación del art. 3, l. 223/1991, a partir del 1.1.2016, en base a que en esa fecha debería existir ya un régimen de las diferentes protecciones derivadas de la ASPI, prevista en favor de los trabajadores que hayan perdido su empleo involuntariamente, y que se caracteriza por la desaparición —como se ha remarcado en repetidas ocasiones— de la *condición de ocupado*, previamente reconocida con el fin de conseguir la conservación de los medios organizativos de la empresa, debido a que el subsidio salarial concursal tenía la función de impedir la resolución de la relación laboral y de garantizar su continuidad jurídica, hasta el momento en que fuese posible la adquisición de la empresa por parte de otras empresas, con más capacidad de gestión, y se hubiese establecido una fuente de subsidio de la renta vinculada a la finalidad para la que estaba prevista la concesión²⁶.

La alternatividad entre los dos modelos regulados, respectivamente, por los arts. 1 y 3, l. 223/1991, hasta ahora conceptualmente clara, está destinada a desaparecer en el momento en que la segunda de las disposiciones normativas sea derogada definitivamente, y lo es ya ahora como resultado de la modificación del art. 46-*bis*, d.l. 83/2012, debido a la necesidad de vincular esta disciplina a la existencia de perspectivas de continuación o reanudación de la actividad.

Y, de hecho, si la continuación de la actividad resulta ordenada no ya por fines de producción en sentido propio, sino más bien, porque resulta útil por razones conservadoras y, por lo tanto, viene a constituir una fase instrumental obligada para intentar la realización de una operación traslativa, temporal o definitiva, y a través de esta se favorece el mantenimiento de los niveles de ocupación, además de la mejor satisfacción de los derechos de crédito, será inevitable recurrir al modelo previsto en el art. 3, l. 223/1991, siempre que la empresa haya quedado sujeta a un procedimiento concursal liquidatorio, donde se aplicará el art. 1 de la misma ley [l. 223/1991] en el caso de que la empresa esté en crisis reversible y tenga la intención de presentar la solicitud para la admisión del procedimiento de concordato de continuación (art. 186-*bis*, LF).

No puede, por otro lado, ignorarse que, debido a la diversidad de estructura y propósito de las dos fases de intervención hasta ahora conocidas, reguladas respectivamente por los arts. 1 y 3, l. 223/1991, no es del todo seguro que la ocurrencia de uno de los supuestos previstos, específicamente, en la primera norma (art. 1) sea idónea para legitimar el poder general de suspensión, ya que requiere la existencia de una estrecha interdependencia entre la causa del subsidio y la suspensión de la correspondiente relación, con el resultado de que la decisión de recurrir debe estar justificada, a los efectos de su legitimidad, en la existencia de alguno de los supuestos previstos (*reestructuración, reorganización, conversión o crisis*), ya que la desaparición de la condición legitimante daría lugar a la obligación del pago del sa-

²⁶ CAIAFA, A., *Il rapporto di lavoro subordinato dalla dichiarazione di fallimento all'eventuale sopravvivenza e circolazione dell'azienda*, en *Mass. giur. lav.*, 1999, 1240 ss.

lario correspondiente, en la medida en que la decisión de admisión del subsidio tiene eficacia constitutiva y, al mismo tiempo, derogatoria de la disciplina de la relación laboral²⁷.

3. *In fine*, las modificaciones recientes (2014/2015)

Al Gobierno, con la l. 183/2014 (llamada *Jobs Act*), le ha sido delegada la misión de emitir, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor (16.12.2014), decretos legislativos en materia de reforma de los *ammortizzatori sociali*, de servicios para el trabajo y de políticas activas, así como de *reordenación de la disciplina de las relaciones laborales* y de la actividad de inspección y, además, de tutela y conciliación de las demandas de asistencia, de vida y de trabajo²⁸.

Por la parte que interesa al presente trabajo, merece especial atención la profundización, producida por la reforma, de los procedimientos concursales de los institutos contractuales vigentes, con el fin de promover el uso del *contrato de trabajo por tiempo indefinido*, como instrumento común de empleo, y reducir de esta manera el trabajo precario creado mediante el contrato de colaboración en proyectos.

El art. 1, co. 7, letra c), l. 183/2014, contiene una descripción del *contrato de trabajo de tutela progresiva*, vinculado a la antigüedad del trabajo prestado, para el cual se prevé la exclusión de la readmisión, en el caso de los *despidos económicos*, sustituida por el reconocimiento de una indemnización.

Estos despidos pueden ser *individuales y colectivos*, y en función del número de empleados y de afectados, se regulan, respectivamente, por el art. 3, l. 604/1966, y por los arts. 4 y 24, l. 223/1991.

Tales previsiones se mueven por la necesidad de «*fortalecer las oportunidades para entrar en el mundo del trabajo por parte de aquellos que buscan empleo, y reordenar los contratos de trabajo vigentes para hacerlos más coherentes con las necesidades actuales del contexto laboral y productivo*».

El objetivo reside en prever para los nuevos puestos de trabajo, resultado de la rediseñada política activa, la exclusión de la readmisión en el lugar de trabajo cuando el despido, por causas económicas, se considere ilegítimo, reconociendo, en tal caso, una indemnización cierta y progresiva en función de la antigüedad del trabajo prestado, reservándose la *tutela real* para los despidos nulos y discriminatorios.

La progresividad de la protección debe entenderse referida a los trabajadores contrata-

²⁷ Cass., 6.8.1996, n. 7194, en *Orient. giur. lav.*, 1996, 966 ss.; Cass., 10.5.1995, n. 5090, *ivi*, 1995, 535 ss., que prevé que el rechazo de la solicitud comporte la obligación por parte del empleador de proceder al pago de les retribuciones siempre que la suspensión se haya decidido unilateralmente.

²⁸ Con referencia a la *Legge delega* 183/2014 (sobre «*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*» [jobs act], han sido emitidos los siguientes seis decretos: 1. «*Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, vita e di lavoro*» [d.lgs. 80/2015]; 2. «*Disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni*» [d.lgs. 81/2015]; 3. «*Disposizioni per la razionalizzazione e la semplificazione dell'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale*» [d.lgs. 149/2015]; 4. «*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro*» [d.lgs. 148/2015]; 5. «*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e le politiche attive*» [d.lgs. 150/2015]; 6. «*Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità*» [d.lgs. 151/2015].

dos después de la fecha de entrada en vigor del decreto, que merezcan la calificación de *operarios, empleados o directivos*, independientemente del sector privado o público, haciendo mención la disposición normativa genéricamente a los *empleadores*.

Coexiste, sin embargo, el viejo con el nuevo régimen, en el sentido de que los trabajadores contratados después de aquella fecha se registrarán por el decreto, exclusivamente, mientras que nada cambia por lo que respecta a la relación laboral del personal ya empleado, con el resultado de que cuando la empresa ocupe a más de *quince* empleados y le sea de aplicación, por tanto, la *tutela real*, de ésta se podrán continuar beneficiando los trabajadores cuya relación de trabajo ya esté en vigor, mientras que para los nuevos empleados regirá la nueva normativa.

La vigente normativa viene, por tanto, a cambiar el marco de referencia en lo que respecta a los *despidos económicos*, que dan lugar hoy a dos tutelas diferentes, en función del número de empleados, ya que la llamada *tutela obligatoria* se mantendrá para las empresas que tengan menos de quince empleados en el municipio correspondiente, a menos que el personal sea superior a sesenta en el ámbito nacional, siendo reconocida al empresario la alternativa entre la readmisión o el resarcimiento del daño, con una indemnización progresiva de acuerdo con la antigüedad laboral.

Las novedades son evidentes, introduciendo la actual disciplina un régimen dual, llamado *binario*, que se caracteriza por una variante, en función del número de empleados, pero que excluye la readmisión, aunque reconociendo para los nuevos empleados una tutela progresiva de tipo resarcitorio en un intento de aumentar el empleo.

Actualmente los efectos sancionatorios de los despidos ordenados ilegalmente como consecuencia del procedimiento de *despido colectivo* están regulados por el art. 1, co. 46, l. 92/2012 [que sustituye al art. 5, co. 3, l. 223/1991], y lo adapta a la nueva redacción del art. 18, l. 300/1970, modificado a su vez por el art. 1, co. 42, de la misma l. 92/2012, con el efecto de que, en particular, en caso de despido ordenado: *i)* sin observancia de la forma escrita, se aplica el régimen sancionatorio previsto por la nueva redacción del art. 18, co. 1, l. 300/1970, o bien la readmisión en el lugar de trabajo y una indemnización calculada de acuerdo con la última retribución global devengada desde el momento del despido hasta la efectiva reincorporación y, en cualquier caso, no inferior a *cinco* mensualidades; *ii)* violando los procedimientos mencionados en el art. 4, co. 12, l. 223/1991, se aplica la tutela prevista para los despidos económicos en el nuevo texto del art. 18, co. 7, tercer punto, l. 300/1970, o una indemnización determinada a partir de un mínimo de *doce* y un máximo de *veinticuatro* mensualidades desde la última retribución total efectiva; *iii)* contraviniendo los criterios de selección de los trabajadores puestos en situación de movilidad, se aplica la tutela prevista en el nuevo texto del art. 18, co. 4, l. 300/1970, o la readmisión en el puesto de trabajo y una indemnización calculada a partir de la última retribución total devengada desde el momento del despido hasta la efectiva reincorporación, sin que pueda exceder de las *doce* mensualidades.

La delegación hace referencia a los despidos por *causas económicas* y no se puede ampliar a aquellas situaciones para las cuales el actual proyecto de decreto prevé un sistema diferente de sanciones relacionado de forma separada: *i)* con la falta de forma escrita, que se sanciona de forma homóloga a los despidos individuales discriminatorios nulos u ordenados oralmente; *ii)* con la inobservancia del *iter* procedimental, previsto en el art. 4, co. 12, o de los criterios de selección del art. 5, co. 1, l. 223/1991, mediante la aplicación del régimen establecido para los despidos ordenados sin recurrir a una causa objetiva o subjetiva justificada o a una justa causa (dos mensualidades por cada año de trabajo sin poder resultar inferior a cuatro ni superior a catorce).

El art. 2 del decreto de delegación²⁹ confirma la tutela readmisoria en caso de despido *oral, nulo por discriminatorio*, o por tratarse de alguna de las prohibiciones previstas en la ley o en el convenio colectivo, mientras que, como ya se anticipó, en el caso de terminación por causa objetiva o subjetiva justificada o justa causa, será admitido a juicio, donde se determinará la no reaparición de las causas indicadas, para declarar *extinguida* la relación laboral, con la condena del empresario a pagar una indemnización, no sujeta a la contribución a la Seguridad social, por importe de *dos* mensualidades de retribución final por cada año trabajado, sin resultar menor de *cuatro* ni superior a *veinticuatro* mensualidades.

La readmisión permanece, por tanto, únicamente para el despido por causa subjetiva justificada o por justa causa, en el caso de que se constate la ausencia del hecho material alegado, logrando si el resultado es negativo la condena a la restauración de la relación y al pago de una indemnización resarcitoria, calculada de acuerdo con la última retribución desde el día del despido hasta la efectiva readmisión, con deducción de lo que el empleado haya percibido o podría haber percibido al aceptar una oferta de trabajo (art. 4, co. 1, letra c), d.lgs. 181/2000).

Diferente, sin embargo, resulta el destino del despido ordenado con violación del requisito de motivación o de un vicio en el *iter* procedimental en el caso de despido disciplinario, previéndose el reconocimiento de una indemnización, no sujeta a la contribución a la Seguridad social, de importe equivalente a una mensualidad de retribución final por cada año trabajado, sin que resulte inferior a *dos* mensualidades ni superior a *doce*, sin la posibilidad de que el tribunal aplique un régimen distinto en caso de constatar la *ausencia del hecho material alegado*.

4. Conclusiones

Sin duda, actualmente, cada ley contiene elementos y previsiones concretas e incuestionables. Sin embargo, en algunas ocasiones, los elementos y previsiones contempladas plantean algunas controversias que reclaman un análisis exegético de las mismas a fin de garantizar que su interpretación y aplicación se ajustará a las necesidades concretas del supuesto de hecho que están llamadas a regular.

Nuestro ordenamiento jurídico, en continua evolución, viene siendo reformado regularmente a través de nuevas disposiciones que en algunas ocasiones, y por distintas razones, plantean dudas e interrogantes en el proceso de ser aplicadas.

De todo ello, se desprende la existencia de una frontera entre lo que efectivamente existe y lo que se querría que existiese en el entramado normativo. Frontera que plantea situaciones paradójicas en las que, por un lado, algunas interpretaciones de las reformas operadas son perfectamente admisibles pese a que quizás no pueden ser compartidas y, por otro lado, otras interpretaciones carecen de fundamento y se manifiestan operativamente inviables. Todo ello pone de manifiesto los límites de proceder a interpretaciones forzadas de las normas vigentes.

Y es que una reforma, a fin de que sea aceptada y compartida por parte de los operadores, no puede no prestar atención a argumentos y razones como las que acabamos de exponer. Es más, debería prestar una especial atención a las mismas.

Con estos precedentes, el establecimiento de nuevas reglas en materia de crisis empresa-

²⁹ D.I. 23/2015, que contiene disposiciones en materia de contrato de trabajo por tiempo indefinido “*a tutele crescenti*” [de garantías crecientes] ex l. 183/2014 [*i.e., jobs act*].

rial y gestión de la insolvencia, desde la perspectiva específica de la defensa de la ocupación, no puede eludir que: *i)* el inicio del procedimiento concursal no resuelve la relación laboral de carácter indefinido si no es que concurre una causa objetiva vinculada con la imposibilidad de continuar con la actividad empresarial; *ii)* el correspondiente órgano del concurso, en caso de que la actividad haya cesado o dejado de desarrollarse, deberá reclamar la aplicación del régimen de subsidio salarial extraordinario para las empresas que dispongan de más de 15 o 50 trabajadores en función de que nos encontremos, respectivamente, delante de una empresa del sector industrial o comercial, siendo previsible el reinicio de la actividad con relación a los parámetros objetivos fijados por el decreto; *iii)* el tratamiento, previsto para un periodo de *doce* meses, podrá ser prorrogado 6 meses solamente en el caso de que subsistan fundadas expectativas de continuación o reinicio de la actividad empresarial (también en el caso de que se esté tramitando una cesión); *iv)* el curador o el deudor que proponga el convenio, siempre en el caso de que el número de trabajadores sea de más de 15, deberá ajustarse al procedimiento de la l. 223/1991 en caso de que trate de despedir a más de *cinco* empleados dentro del periodo de *cientos veinte* días y también en el caso de que pretenda cesar en el ejercicio de su actividad; *v)* la anterior ley no será aplicable a los despidos proyectados cuando concurren causas objetivas derivadas de una eventual imposibilidad constatada de continuar o reprendre la actividad, de la cesión del establecimiento o de alguna de sus unidades; *vi)* en el caso de transmisión por algún título del establecimiento o de alguna de sus unidades, realizado en el marco de *procedimiento de liquidación*, no será aplicable el art. 2112, cod. civ., reconociendo, a pesar de ello, en el caso de que se haya garantizado, como mínimo parcialmente, el nivel ocupacional de la empresa, el derecho de los trabajadores despedidos a reincorporarse a la empresa en el marco de los procesos de contratación de personal que pudiesen existir a lo largo de un año; *vii)* en caso de traspasos de personal, será aplicable la disciplina prevista en el art. 8, co. 4-*bis*, l. 223/1991, no siendo aplicable, por lo tanto, de la obligación prevista en el art. 5, co. 4 de la misma ley [l. 223/1991].

Los acuerdos de reestructuración de deudas

SUMARIO: 1. Introducción. - 1.1. Acerca de los créditos financieros de “considerable” entidad. - 2. La exclusión del instituto del ámbito de la concursabilidad. - 3. El tratamiento de los acreedores que no se adhieran al acuerdo y el problema de la constitucionalidad de la norma. - 3.1. La producción de intereses durante la espera. - 4. La presentación y la publicación del acuerdo. La posible anticipación de sus efectos. - 5. El procedimiento de *automatic stay*. Los efectos de la presentación del acuerdo (o de la solicitud de *concordato*). - 6. El informe y la declaración del experto. - 6.1. La prededucción del crédito del experto. - 7. La regulación de la homologación: una ocasión desperdiciada por el legislador en las diferentes reformas.

1. Introducción

Desde su introducción en el año 2005, el instituto del acuerdo de reestructuración de deudas ha sido objeto de crítica por una gran parte de la doctrina, así como de los profesionales, de la empresa y de la banca, sobre la base de la inadecuación de su regulación a las exigencias que motivaron su surgimiento¹.

Dicha crítica no desapareció ni siquiera después de las oportunas reformas efectuadas tanto por el decreto del año 2007², como por la ley del 2010³. Continuaba considerándose excesivamente riguroso y limitativo el requisito del pago “regular”, esto es, íntegro y en tiempo, de los acreedores que no aceptaran el acuerdo; excesivamente complicado el procedimiento de *automatic stay* del art. 182-*bis*, co. 6, LF, y con fuertes carencias el régimen de tutela de la nueva financiación del art. 182-*quater*, LF, ya sea la concedida en ejecución de un acuerdo homologado, como la tendente a obtener la homologación.

Por eso no ha causado sorpresa alguna que las reformas de la LF realizada por el *Decreto sviluppo*⁴ y recientemente por el *Decreto crescita per la giustizia*, el conocido como “*anti credit crunch*”⁵, hayan afectado, en algunos aspectos de forma radical, a la normativa sobre

¹ Por d.l. 35/2005: para un primer acercamiento a la materia, vid. (A.A.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces, Bari, 2008, y esp. TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, 21 ss., y esp. 23; GIANNELLI, G., *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, 27 ss.

² Por d.l. 169/2007 (en GU, n. 169/2007).

³ L. 122/2010 (en GU, n. 176/2010).

⁴ D.l. 83/2012 (en GU, n. 147/2012), convertido posteriormente en la l. 134/2012 (en GU, n. 187/2012), que sigue siendo el pilar de la compleja regulación de la materia.

⁵ D.l. 83/2015, de medidas urgentes para el sector concursal, civil y procesal (en GU, n. 147/2015), convertido en l. 132/2015 (en GU, n. 192/2015).

La nueva reforma [«de la justicia y cambios en materia procesal, civil y concursal»], facilita los acuerdos entre los acreedores y la empresa. Después de una larga fase de endurecimiento de las normas, por efecto del decreto-ley recién aprobado, se empiezan a vislumbrar mayores esperanzas de salvación para las empresas en crisis. Una parte significativa de dicha disposición, en efecto, introduce e moderniza diferentes instituciones en el ámbito concursal, como los préstamos a empresas en dificultad, los acuerdos de reestructuración de la deuda y el concordato preventivo. Entre las ventajosas novedades para las empresas, de hecho, se encuentran la racionalización de los procedimientos concursales, la extensión de la “*esdebitazione*” [exoneración de pago] también a los concursos ya concluidos, la posibilidad para el concursado de inscribirse con una nueva actividad en el registro de las empresas, y la extensión

los acuerdos de reestructuración de deudas.

No obstante, debe dejarse claro inmediatamente que las reformas, por mucho impacto que vayan a producir, no cambian ni la naturaleza del instituto ni los rasgos fundamentales de su regulación⁶.

Ello significa, ante todo, que los acuerdos de reestructuración siguen constituyendo un negocio de carácter privado⁷, que no se concluye con la generalidad de los acreedores por medio del procedimiento mayoritario, sino tan solo con una parte de los mismos, siempre que no signifiquen menos del 60% y que el amplio margen del que goza la autonomía privada al diseñar su contenido justifica que se le pueda conceptualizar como una “figura de geometría variable”⁸.

A ello debe añadirse que dicho acuerdo resulta potencialmente apto para resolver las dificultades de la empresa deudora en la medida en que elimina —o previene— el estado de crisis⁹ en que aquella se encuentre ya que la homologación, que persigue la exención de la revocatoria, se concibe más en interés de determinados acreedores —en concreto de los que en abstracto podrían verse afectados por una revocatoria— que del deudor.

Por lo que se refiere a los aspectos “procesales” del art. 182-*bis*, LF, la norma —como se verá de inmediato— los mantiene sustancialmente inalterados, lo cual contribuye a corroborar que las reformas, aunque objetivamente incisivas, no han transformado los “rasgos fundamentales” de la fisonomía del instituto.

1.1. Acerca de los créditos financieros de “considerable” entidad

El legislador, a través de la introducción del art. 182-*septies*, LF, referido a los casos en los que las empresas resultan especialmente expuestas a las obligaciones relacionadas con los bancos o sociedades financieras, prevé en primer lugar la posibilidad de alcanzar una nueva tipología de acuerdo de reestructuración de la deuda. Por una parte, la cantidad de créditos financieros incluida en el convenio/acuerdo, no podrá ser inferior a la mitad de la deuda total. El porcentaje de los acreedores financieros reunidos bajo este acuerdo no podrá tampoco ser inferior al 75% (*ex art.* 182-*septies*, co. 2, LF). Por otra parte, tendrán que ser liquidados todos los acreedores no financieros, tales como los proveedores de bienes y servicios, las empresas, los profesionales y los particulares (*ex art.* 182-*septies*, co. 1, LF)¹⁰.

de la transacción fiscal también a los acuerdos de reestructuración de la deuda.

⁶ Para los demás aspectos relevantes de la Reforma, con especial referencia al *concordato preventivo*, en este volumen, vid., MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano*, *ànte*; COSTA, C., *El concordato preventivo: solicitud anticipada [“en blanco”], supuestos de abuso y problemas conexos, ànte*, con especial referencia al así denominado *concordato preventivo* “en blanco”; CAIAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa, ànte*. [Y vid. también, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia: il concordato preventivo*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv.]

⁷ El carácter privado de la norma ha sido confirmado por el más reciente d.l. 83/2015, transformado en la l. 132/2015. Sobre esta cuestión me remito al análisis más detallado en el § 2, donde en particular se trata de la exclusión del instituto del ámbito de la concursabilidad.

⁸ La expresión, después ampliamente utilizada, es de AMBROSINI, S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, en *Trattato di diritto commerciale*, Cottino (dir.), Padova, 2008, 160.

⁹ Sobre la noción de estado de crisis y estado de insolvencia y sus interrelaciones, TERRANOVA, G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007. Desde la perspectiva española, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Insolvencia, insolvenza imminente e insolvenza qualificada*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 51 ss.

¹⁰ [*Amplius*, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., cit., *ànte*.]

De esta manera, según la intención del legislador, se evitaría que algunos créditos financieros puedan bloquear el resultado de los procedimientos en la perspectiva de una reestructuración precoz [*i.e.*, *tempestiva*].

El deudor, en el marco de ese procedimiento, podrá solicitar la extensión del acuerdo también a bancos y financieras diferentes de las que se hayan adherido al mismo, siempre que posean un interés económico y una situación jurídica homogéneos respecto a los sujetos ya incluidos en esta moratoria: ha de ser también proporcionada información precisa acerca del acuerdo, se les deberá permitir participar de forma activa en los acuerdos, además deberán facilitárseles indicaciones puntuales sobre la situación patrimonial, económica y financiera de la empresa. Por último, la satisfacción de los créditos prevista no podrá ser inferior a la que se pueda lograr con procedimientos alternativos viables (*ex art. 182-septies*, co. 2, LF).

Una vez hayan sido comprobadas dichas condiciones, a través de la certificación de un profesional, si el deudor obtuviera una moratoria temporal de la cantidad debida a uno o más bancos o intermediarios financieros, la dilación será efectiva también hacia bancos y financieras no adherentes. Estos pueden todavía oponerse en el plazo máximo de 30 días a partir de la notificación de la conclusión del acuerdo. A tal fin se debe acompañar tal oposición con un informe de un experto nombrado y en posesión de los requisitos previstos en la Ley (*ex art. 67*, co. 3, LF), a fin de que el acuerdo no surta efecto contra ellos. Después será el tribunal, dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la oposición, el que decidirá, previa verificación del cumplimiento de las condiciones, mediante resolución motivada (*ex art. 182-septies*, co. 6, LF). El objetivo de estas disposiciones es evitar que algunos créditos financieros puedan taponar todo el procedimiento, y frustrar, paradójicamente, los intereses de todos los acreedores y la posibilidad de una recuperación rápida y eficaz.

2. La exclusión del instituto del ámbito de la concursalidad

Como ocurrió con otras reformas, también la del año 2012 [con el *Decreto sviluppo*] parece destinada a volver a hacer surgir la cuestión, todavía no resuelta, acerca de si los acuerdos de reestructuración pueden considerarse un procedimiento concursal¹¹.

A riesgo de ser tachado de excesivamente tradicional, el que escribe no entiende posible, en términos generales, poder hablar de procedimiento concursal en sentido propio sin que concurran los siguientes elementos: *i*) una resolución judicial de apertura, en la que se proceda al nombramiento de un órgano encargado de la gestión del procedimiento; *ii*) universalidad de efectos, ya sea desde el punto de vista activo (todo el patrimonio del deudor), como desde el punto de vista pasivo (la generalidad de los acreedores); *iii*) inicio del concurso entre los acreedores y paralización de la producción de intereses para los créditos quirografarios; *iv*) el principio, aunque cada vez en menor medida, de la (al menos tendencia) a la paridad de trato entre los acreedores; *v*) la existencia de una colectividad de acreedores afectada y regida por el principio mayoritario¹².

¹¹ [Sobre la superación del carácter concursal del procedimiento en general y con especial referencia a las soluciones preconcursales ofrecidas por los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos, desde la perspectiva española, en este volumen, CORDÓN MORENO, F., *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español*, *ante*; LLEBOT MAJÓ, J.O., *La enajenación anticipada de la unidad productiva: solución no prevista o el final del derecho concursal* (?), *ante*.]

¹² [Id.]

Desde este punto de vista, no se puede comprender en la noción de concursabilidad (y ni siquiera en la de procedimiento) los planes de saneamiento acreditados del art. 67, co. 3, letra d), LF.

A análoga conclusión sobre la carencia de los requisitos de concursabilidad debe llegarse, a pesar de opiniones contrarias, con respecto a los acuerdos de reestructuración del art. 182-*bis*, LF¹³.

De hecho, en el instituto que se está tratando: *i*) no se prevé el nombramiento de órgano del procedimiento alguno; *ii*) el acuerdo con los acreedores –como ya se ha recordado– resulta apto, en abstracto, para producir la desaparición del estado de crisis aunque no se produzca la homologación judicial; *iii*) el acuerdo puede afectar sólo a una parte del patrimonio del deudor y se concluye, como regla, con una parte de los acreedores, siempre que representen al menos el 60% del total; *iv*) no existe un inicio formal del concurso entre acreedores y no se produce la paralización de la producción de intereses derivados de los créditos quirografarios; *v*) no se prevé el respeto de la *par conditio creditorum*, pudiéndose contemplar en el acuerdo un tratamiento para ciertos acreedores quirografarios (por ejemplo para los proveedores estratégicos en el caso de continuidad de empresa) mejor que el reservado para determinados privilegiados.

A mayor abundamiento, resulta significativo que en el art. 101, co. 5, de la norma que regula conjuntamente los impuestos sobre beneficios (d.p.r. 917/1986), los acuerdos de reestructuración aparezcan contrapuestos a los procedimientos concursales y que en el Anexo A del Reg.Ins.mod.int. [versión de julio de 2008], los acuerdos de reestructuración no figuren en la lista de los *procedimientos de insolvencia* que aquel contiene. Tampoco puede olvidarse el hecho de que la l. 11/2011 ha permitido utilizar el acuerdo de reestructuración a las empresas agrícolas, que siguen (desafortunadamente) al margen de los procedimientos concursales¹⁴.

En contra, aunque hoy suponga una posición minoritaria, se resalta la estructura bifásica del instituto y la gran cantidad de “intervenciones judiciales” presentes en el art. 182-*bis*, LF, comenzando por la paralización de las acciones ejecutivas y cautelares¹⁵. No obstante, precisamente esto hace surgir la impresión de que de ese modo se terminan por confundir dos planos, el de la judicialización y el de la concursabilidad, que son conceptualmente distintos.

Tampoco parece posible invocar la calificación como procedimiento concursal como remedio para la pretendida inconstitucionalidad¹⁶ del vigente art. 182-*bis* (en concreto en la parte en la que impone una moratoria de cuatro meses a los acreedores que no se adhieran al acuerdo): no parece que una norma pueda convertirse en constitucionalmente legítima por el sólo hecho de que se le atribuya al instituto que regula una determinada naturaleza en lugar de otra.

Sea como fuere, tal disputa, de carácter fundamentalmente teórico, no debe sobredimensionarse en cuanto a sus posibles implicaciones prácticas, las cuales se reducen a aspectos relacionados con la llamada *consecutividad* entre procedimientos (especialmente después de la pérdida de relevancia de la acción revocatoria) y a la aplicabilidad del art. 111, co. 2, LF.

¹³ Cfr., *ex aliis*, NOCERA, I.L., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, en *Dir. fall.*, I, 2012, 377. En la jurisprudencia, Trib. Bologna, 17.11.2011, en www.ilcaso.it.

¹⁴ [*Amplius*, en este volumen, CAIAFA, A., *cit.*, *ante*.]

¹⁵ Cfr., aunque sin apoyar *tout court* su naturaleza concursal, TERRANOVA, G., *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, en *Dir. fall.*, I, 2012, 1 ss.

¹⁶ [Sobre la que se volverá en el próximo epígrafe.]

Parece excesivo mantener que la pretendida naturaleza concursal de los acuerdos de reestructuración pueda comportar la aplicación extensiva o análogica a los mismos, en cuanto sea posible, de la normativa sobre el *concordato preventivo*¹⁷ o incluso directamente de los principios concursales de carácter general.

Sobre la base de la postura que aquí se defiende, debe mantenerse que, con respecto a los acuerdos de reestructuración, no pueden aplicarse ni las normas relativas a la consecución entre procedimientos ni la prededucción a favor de los créditos concedidos en función del acceso a un procedimiento concursal.

En fin, una vez hechas las anteriores consideraciones de carácter introductorio, debe centrarse ahora la atención sobre la vigente normativa.

En definitiva, debemos resaltar el acentuado carácter privatístico de las soluciones pre-concursales, en línea con el cambio de sentido apuntado por el legislador comunitario que tiene en la actualidad como finalidad básica la garantía de la continuidad de la organización y estructura empresarial.

La ReCE 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, se fija como objetivo «animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior». Sin embargo, estos últimos objetivos constituyen verdaderas bases programáticas para los países de la UE en el proceso de unificación del derecho concursal, y a ellos responde el nuevo Reg.UE 2015/848, de 20.5.2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), que prevé expresamente (*Considerando 10*) que su ámbito de aplicación deba extenderse «a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios»¹⁸.

3. El tratamiento de los acreedores que no se adhieran al acuerdo y el problema de la constitucionalidad de la norma

La base sobre la que se asienta el acuerdo de reestructuración, para cuya perfección se exige, como ya se ha recordado, el consentimiento de acreedores que representen al menos el 60% del total, se halla en la tutela de aquellos que permanezcan fuera del acuerdo por haberse negado a adherirse.

De hecho, una vez conseguido el consentimiento del mencionado porcentaje, el aspecto más delicado y relevante consiste en conseguir demostrar que el deudor se encuentra en disposición de pagar a los acreedores que no se encuentren vinculados por el acuerdo en el modo y en los plazos establecidos por la ley.

¹⁷ [*Amplius*, COSTA, C., *cit.*, *ànte*. Vid., también, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, *cit.*]

¹⁸ [*Amplius*, en este volumen, entre otros, CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *ànte*, por el cual se está produciendo, en España como en otros países, una progresiva, aunque lenta, sustitución de la finalidad originaria del concurso, que es la satisfacción de los acreedores, por la finalidad conservativa de la empresa, con el desplazamiento de lo privado hacia lo público que ello comporta.]

Desde su introducción a través de la “minireforma” del 2005, el art. 182-*bis*, LF, estableció en su primer apartado que tal pago debía realizarse “con regularidad”. En su informe el experto debía certificar, en particular, la idoneidad del acuerdo a fin de garantizar el pago regular a beneficio de los “acreedores ajenos”. La expresión “pago regular” era interpretada mayoritariamente en el sentido tanto de pago *integral* como *puntual*. La utilización del término “pago” (*pagamento*) en lugar de “satisfacción” (“*soddisfacimento*”), que utiliza el art. 160, LF, en materia de *concordato preventivo*, podría interpretarse, según algunos autores, en el sentido de que dicho pago solo podría llevarse a cabo con dinero u otros medios corrientes de pago, de acuerdo además con la noción de regularidad prevista en el art. 5, LF.¹⁹

Sin embargo, tan restrictiva previsión acerca del pago regular ha sido precisamente una de las causas principales del escaso éxito de los acuerdos de reestructuración, ya que resultaba muy infrecuente en la práctica que un empresario en crisis estuviera en condiciones, ni más ni menos, de pagar por entero y a su vencimiento hasta el 40% de las deudas que hubiera contraído. Ello resultaba aún más claro en aquellas situaciones en las que existía un número elevado de proveedores y algunos de ellos, además, no pudieran ser considerados como “estratégicos” para la continuidad de la actividad empresarial, los cuales terminaban rechazando la quita, con frecuencia bastante gravosa, contenida en la propuesta de acuerdo. Por eso era frecuente la “conversión” *in itinere*, habitualmente con el apoyo de los bancos, de supuestos de acuerdo de reestructuración en solicitud de *concordato preventivo*, para la cual, sobre todo si es de carácter liquidativo, sólo se requiere el dinero necesario para el depósito de los gastos del procedimiento.

Oportunamente, el legislador ha intervenido en el sentido de hacer más sencillo el acceso al instituto contenido en el art. 182-*bis*, LF, estableciendo, en la parte final del co. 1, que el acuerdo ha de resultar idóneo para «*garantizar el pago íntegro de los acreedores que no se adhieran al acuerdo en las siguientes condiciones: a) dentro de los ciento veinte días desde la homologación, para los créditos ya vencidos en esa fecha; b) dentro de ciento veinte días desde el vencimiento, para el caso de los créditos que no hayan vencido en el momento de la homologación*».

Por lo pronto, la intención del legislador [con el *Decreto sviluppo*] tiene el mérito de aclarar que el pago de los acreedores que no se adhieran al acuerdo debe producirse *por entero* y no, como se mantuvo en el pasado por una resolución judicial (que quedó afortunadamente aislada)²⁰, en la misma medida prevista en el acuerdo para los acreedores que prestaran su consentimiento al mismo.

No obstante, la verdadera novedad rompedora de la norma [del *Decreto sviluppo*] consiste en la imposición a los acreedores que no se hubieran adherido al acuerdo de una espera legal de cuatro meses [*i.e.*, 120 días], a partir de la homologación, o bien a partir de la fecha de vencimiento, dependiendo de que se trate de créditos vencidos o no en el momento de la homologación. Se trata de una modificación de considerable importancia que permite la autofinanciación del empresario con los flujos que se derivan de la gestión empresarial imponiendo una moratoria limitada en el tiempo que afecta incluso a aquellos acreedores que no se han adherido al acuerdo. Quien escribe, después de haber defendido durante años la necesidad de diferir, con respecto al vencimiento “natural”, la exigibilidad de los créditos de los acreedores que no se hubieran adherido, así como la oportunidad de sustituir el adjetivo

¹⁹ *Amplius*, PANZANI, L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 481; TERRANOVA, G., *Stato di crisi*, *cit.*

²⁰ Trib. Milano, 21.12.2005, en *Fallimento*, 2006, 670.

“regular” por “íntegro”, no puede sino manifestar su satisfacción por la opción del legislador, que sin duda supondrá un incentivo para la utilización de un medio de solución de la crisis que sobre todo por tal motivo todavía no ha logrado despegar.

No obstante, frente a tal posición legislativa, han surgido las habituales opiniones críticas. En concreto existen dos posiciones en contra de tal medida que parten sin embargo de argumentos contrapuestos²¹.

Partiendo de la experiencia adquirida en reestructuraciones empresariales recientes, algunos, mayoritariamente provenientes del sector bancario, estiman que la espera resulta demasiado escasa, ya que, en su opinión, cuatro meses desde la homologación, especialmente en supuestos complejos, pueden resultar insuficientes para asegurar el pago total de los créditos vencidos en tal fecha, lo que invalidaría la ejecución del plan (entendida como el cumplimiento de los compromisos previstos) en el que se basa el acuerdo.

Por el contrario, una parte de la doctrina advierte del riesgo de que un sistema como el expuesto, en el que se esterilizan durante un lapso de tiempo significativo las pretensiones de los acreedores que no se hubieran adherido (en especial en el caso en que a una *automatic stay* del art. 182-bis, co. 6, siga una solicitud de *concordato preventivo* que no contenga el plan previsto en el art. 161, co. 6) pueda entenderse incompatible con la norma constitucional que acoge el derecho a la defensa²².

Sin embargo, unas breves consideraciones sobre el sistema pueden servir para ofrecer una modesta reflexión sobre el tema.

Sobre la bondad de la opción legislativa (que entre otras cosas tiene en cuenta un elemento importante en la práctica, que habitualmente se llama “caducidad fisiológica”) ya se ha comentado y debe reiterarse que parece destinada a incentivar la utilización del instituto, en el sentido de un mayor y más frecuente uso de las soluciones negociadas de la crisis empresarial²³.

En cuanto a las dudas que suscitan las esperas impuestas legalmente, debe afirmarse que las mismas sólo producen efectos automáticos durante períodos bastante tolerables: la solicitud prevista en el art. 182-bis, co. 6, LF, pierde eficacia si no se admite después de la audiencia (que ha de fijarse dentro de los treinta días desde el depósito) y la basada en el art. 161, co. 6, puede traer consigo la concesión de un plazo entre 60 y 120 días el cual además se reduce a la mitad si está en marcha el procedimiento preconcursal. Por otra parte, el poder de decisión del juez (comenzando por el poder de prórroga en caso de que existan “razones justificadas”) supone en todo caso una protección importante contra aquellas conductas claramente abusivas y tendenciosas.

Los 120 días que prevé el art. 182-bis, LF, no son producto de una solicitud de medidas cautelares, sino del hecho de que el deudor, a pesar de las muchas dificultades que son consustanciales a tales situaciones, es capaz de lograr el consentimiento de al menos el 60% de los acreedores y se encuentra por ello en condiciones de solicitar la homologación del acuerdo, siendo congruente el amparo, durante dicho arco temporal, frente a pretensiones

²¹ [Contra, PANZANI, L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 486 ss.]

²² Cfr. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, en www.ilfallimentarista.it, 26.6.2012, 25 y ss., 14, y FABIANI, M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, en www.ilcaso.it, II, doc. n. 303/2012, 8. [Vid., GUERRIERI, G., *Risanamento dell'impresa e diritto societario*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Oporto (EuriConv - Universidade do Porto), 2015, en prensa por EuriConv; GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, cit.]

²³ *Amplius*, TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, 21 ss., en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit.; GIANNELLI, G., *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa*, *ivi*, 27 ss.

cautelares y ejecutivas (incluidas la solicitudes de concurso) provenientes de los acreedores que no se hubieran adherido, que con frecuencia se utilizan para presionar al deudor y obtener beneficios individuales en sacrificio tanto del resto de acreedores como de las posibilidades de continuidad empresarial (y por tanto de la posibilidad de evitar el concurso).

Es cierto que al sopesar los intereses en presencia el legislador ha otorgado mayor importancia a la reestructuración de la empresa en crisis y a las pretensiones de los acreedores que presten su consentimiento frente a la posición de aquellos que decidan no ser parte del acuerdo (no se olvide además que no se acogió la opinión de quienes en la fase preparatoria de la norma apoyaron que la espera debía durar ciento cincuenta o incluso ciento ochenta días)²⁴. No obstante, no parece que ello suponga la inconstitucionalidad del art. 182-*bis*, co. 1, LF, ni siquiera desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva. Por otro lado, tal régimen no trae consigo un deterioro tan grave si se compara con lo que están llamados a “soportar”, *mutatis mutandis*, los acreedores disidentes en el *concordato preventivo*, teniendo en cuenta el reducido espacio que concede la ley a los supuestos de oposición a la homologación y de resolución del *concordato*; por no mencionar la espera de hasta un año prevista en la normativa relativa al sobreendeudamiento (art. 8, 1. 3/2012)²⁵ para los acreedores que no hubieran prestado su consentimiento.

Por tanto, si se parte, con base en la jurisprudencia del tribunal constitucional, de la discrecionalidad de la que goza el legislador en la búsqueda de un equilibrio entre los diversos –e inevitablemente contrapuestos– intereses en juego, podría no resultar fácil, ante un régimen no demasiado desequilibrado como el presente (y de la orientación general ínsita en el sistema) afirmar *tout court* la inconstitucionalidad de la norma.

3.1. La producción de intereses durante la espera

Un aspecto de gran relevancia en la práctica es el relativo a la producción de intereses durante la espera, sobre el cual la ley no dice nada (naturalmente el problema afecta sólo a los intereses que sean producto de la llamada fecundidad natural del dinero –por tanto a los legales y, si hubieran sido pactados, a los convencionales– y no a los intereses moratorios, lo cual no resulta insignificante en el caso de créditos comerciales).

La imposibilidad para los acreedores que no se hubieran adherido de lograr el pago antes de que terminen los cuatro meses podría interpretarse en el sentido de que se ha querido

²⁴ [La de la reestructuración (*i.e.*, revitalización) es una exigencia, según LLEBOT MAJÓ, J.O., *cit.*, *ante*, ahora prevalente respecto a las demás razones igualmente legítimas. En la misma línea, siempre en este volumen, vid. MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*; donde se analiza los dos elementos que integran el nuevo paradigma, de un lado, incentivación de la reestructuración societaria en sede preconcursal y de otro lado, mecanismo de segunda oportunidad para el deudor persona física; JACQUET YESTE, T., *La conservación de la empresa en el Sistema español*, *ante*; SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso*, *infra*. Pero la primacía del interés en el mantenimiento de la viabilidad de la empresa, es decir del empresario en buena fe, es fijada por la ReCE 2014. Así, entre otros, en este volumen, CORDÓN MORENO, F., *cit.*, *ante*; SARCINA, A., *cit.*, *infra*; y vid. también, PULGAR EZQUERRA, J., *El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español*, en (AA.VV.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas - Perales Viscasillas - Porfirio Carpio (dirs.), Madrid, 2015, 253 ss.]

²⁵ Para un análisis exhaustivo y profundo de la normativa, *de iure condito* y *de iure condendo*, y en comparación con el ordenamiento español, vid. (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014. [En este volumen, entre otros, VELLA, F., *Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento*, *infra*, donde se contiene ulterior argumentación.]

introducir un retraso *ex lege* del plazo originario de vencimiento, del que se deduciría que no se deberían aquellos intereses que, en lo no previsto en el art. 182-*bis*, co. 1, LF, hubieran surgido en tal período²⁶. No puede descartarse que en efecto fuera esa precisamente la intención del legislador de la reforma, teniendo en cuenta su orientación favorable al instituto.

Sin embargo, en sentido contrario, podría ponerse de manifiesto que la norma, tal y como está formulada, no alarga el plazo de vencimiento, sino que impide la exigibilidad de créditos *aunque hayan vencido*, que por naturaleza son productores de intereses. De hecho, ante el silencio de la norma sobre el particular, parece que podrían invocarse los principios generales sobre las obligaciones pecuniarias y, en particular, lo establecido en el art. 1282, co. 1, cod. civ., según el cual los créditos dinerarios líquidos y exigibles producen intereses de pleno derecho salvo que la ley o el título establezcan otra cosa.

Además tal conclusión parece corroborarse si se realiza una lectura conservativa desde el punto de vista constitucional, al menos para quien duda de la legitimidad de dicha espera. Ciertamente la producción de intereses, en su función “indemnizatoria”, debería evitar el riesgo de que se pueda producir en el instituto una “expropiación sin compensación”.

Sea como fuere, la posibilidad de excluir la producción de intereses, aunque sea coherente con la presumible intención del legislador (encontrándonos probablemente ante un caso en el que *lex minus dixit quam voluit*) resulta, desde el punto de vista del derecho positivo, objetivamente problemática.

4. La presentación y la publicación del acuerdo. La posible anticipación de sus efectos

La parte relativa a la presentación y a la publicación del acuerdo de reestructuración no se ha visto modificada con las reformas, salvo cuestiones marginales.

De hecho, el art. 182-*bis*, co. 2, LF, continúa estableciendo el principio según el cual el acuerdo debe ser publicado en el Registro mercantil y adquiere eficacia desde el día en que se produzca tal publicación²⁷.

Los efectos que se derivan del cumplimiento de las obligaciones de publicación están establecidos en el co. 3 y son los siguientes: *i*) la prohibición, para los acreedores con título y causa anterior a la fecha de publicación, de iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor; *ii*) la prohibición, para los mismos sujetos, de adquirir privilegios “no pactados”; *iii*) sobre la base del reenvío al art. 168, co. 2, LF, la suspensión de las prescripciones que se hubieran interrumpido por los actos de ejecución y la falta de operatividad de las caducidades²⁸.

La previsión *sub ii*) se ha introducido de forma oportuna, modificando la norma idéntica contenida en el co. 6. De este modo se ha corregido una aporía del sistema, desde el momento en que la ineficacia de los privilegios de origen judicial provenientes de la *automatic stay* (y por tanto *anteriores* a la consecución del acuerdo) no pueden dejar de establecerse *a fortiori*, como efecto de la publicación del acuerdo mismo.

Sin embargo, no se produce reenvío alguno a la segunda parte del co. 3, art. 168, LF, que establece la ineficacia de las hipotecas judiciales inscritas dentro de los noventa días que precedan a la publicación en el Registro mercantil de la solicitud de admisión al *concordato*

²⁶ Cfr. LAMANNA, F., *Il c.d. Decreto Siviluppo, cit.*, que no descarta dicha opción interpretativa.

²⁷ *Amplius*, PANZANI, L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali, cit.*, 491 ss.

²⁸ [Id., en particular, sobre las consecuencias que pudieran derivarse de la publicación en el Registro mercantil.]

preventivo. Por eso las hipotecas inscritas *in articulo mortis* con respecto a la presentación de la solicitud de homologación del acuerdo mantienen su eficacia (salvo por lo que de inmediato se aludirá en relación con la solicitud de *concordato* que no vaya acompañada de plan).

El bloqueo de las acciones cautelares y ejecutivas –establece el mencionado co. 3, art. 182-*bis*, LF– despliega efectos durante sesenta días desde la publicación, lo cual, en realidad, representa una “laguna” en la normativa, al menos siempre que el auto de homologación se dicte con posterioridad²⁹. En ese caso, de hecho, el deudor se queda, desde el sexagésimo día en adelante, falto de “cobertura” y por tanto expuesto a las acciones de los acreedores que no se hubieran adherido, incluidas las solicitudes de concurso (sobre todo si ya estuvieran pendientes). En concreto, esta aporía podría además traducirse en un factor de aceleración de los plazos de depósito de la resolución.

Como ya se ha visto con anterioridad, la imposibilidad para los acreedores con título y causa anterior de iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor y de obtener privilegios no pactados surge de la publicación del acuerdo en el Registro mercantil, pero podría también conseguirse por medio de la publicación de la solicitud de suspensión prevista en el co. 6 [art. 182-*bis*, LF].

No obstante, con tal finalidad, resulta necesario, o bien haber logrado ya el acuerdo o acompañar dicha solicitud del informe del experto independiente previsto en la ley [ex art. 67, co. 3, LF] y de la declaración del propio empresario acerca de la existencia de negociaciones con al menos el 60% de los acreedores (ambos puntos serán retomados más adelante).

Con la reforma se ha introducido un modo más simple y rápido de obtener automáticamente la suspensión que se está aludiendo: acudir de forma temporal al *concordato preventivo*, por medio de la llamada solicitud con “reserva” (art. 161, co. 6, LF)³⁰, para después “volver” al acuerdo de reestructuración depositando la solicitud de homologación según establece el art. 182-*bis*, co. 1, LF, conservando hasta el auto de homologación –según establece la norma sobre la solicitud de *concordato*– los efectos que produce esta solicitud, comenzando por la prohibición de acciones ejecutivas y cautelares³¹.

Como se observó por todos los comentaristas inmediatamente después del *Decreto Sviluppo* [2012]³² la novedad relativa al depósito de la solicitud “con reserva” supone una de las novedades más relevantes de la ley del año 2012, la cual se ha inspirado en este punto en el *Chapter 11 del Bankruptcy Code* estadounidense, con el objeto de impedir que el paso del tiempo necesario para preparar el plan y la propuesta transcurra en perjuicio tanto de las perspectivas de reestructuración de las deudas (sobre todo cuando la crisis no se haya traducido todavía en insolvencia), como de los acreedores menos “espabilados”³³.

Sobre el particular resulta necesario aclarar –como ya ha habido oportunidad de poner de manifiesto– que la norma del art. 161, co. 6, LF, resulta inequívoca cuando permite dicha presentación *sin* la propuesta, *sin* el plan –aunque dada la relación de este con aquella según establece el art. 161, co. 2, letra e), LF, hubiera sido preferible invertir el orden– y *sin* el resto de la documentación requerida.

²⁹ Entre los primeros que destacaron tal aspecto, cfr. INZITARI, B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, en *Il Caso.it*, II, 263/2011, 24 [www.ilcaso.it/opinioni/263-inzitari-12-09-11.pdf].

³⁰ [*Amplius*, COSTA, C., *cit.*, *ante.*]

³¹ [*Ib.*]

³² D.l. 83/2012 (en GU, n. 147/2012), convertido con modificaciones en l. 134/2012.

³³ [*Amplius*, COSTA, C., *cit.*, *ante.*]

No parece lícito inferir de la obligación de “descripción analítica” de los modos y de los plazos de cumplimiento, establecido por la citada letra e), una —claramente inexistente— carga de descripción sintética en el caso de solicitud sin plan, ya que una interpretación como esa supondría una flagrante contradicción tanto con la letra como con la *ratio* del nuevo instituto.

Sólo en los casos en que el deudor solicite al juez, sobre la base del art. 182-*quinquies*, co. 1 y 4, LF, la autorización³⁴ para contraer nueva financiación o para pagar créditos anteriores a la solicitud presentada según el art. 161, co. 6, LF³⁵, puede interpretarse que exista una carga de fundamentación suplementaria del plan, ya que el experto debe, en el primer caso, verificar por completo las necesidades financieras hasta la homologación y comprobar la adecuación de la financiación a la mejor satisfacción de los acreedores y en el segundo caso, comprobar el carácter necesario de las prestaciones anteriores que vayan a pagarse para la continuidad de la actividad empresarial y su adecuación, también aquí, a la mejor satisfacción de los acreedores (a su vez, el juez, al autorizar, deberá efectuar un control sobre la corrección metodológica de tales verificaciones y comprobaciones)³⁶.

Por tanto, fuera de estos supuestos, la solicitud presentada según el art. 161, co. 6, LF, puede perfectamente prescindir de cualquier indicación sobre el contenido del plan y de la propuesta, incluso cuando el deudor haya, por ejemplo, formulado su propia oferta de acuerdo según el art. 182-*bis*, LF, a los acreedores; acuerdo cuya conclusión resultará facilitada, en una suerte de círculo virtuoso, por el surgimiento inmediato de los efectos protectores antes aludidos.

En relación con la norma analizada, no parece difícil pronosticar que el automatismo subyacente en la presentación de la solicitud de *concordato* sin plan [regulado en el art. 182-*bis*, co. 6, LF] está destinado a hacer mucho menos apetecible la puesta en marcha del instituto, objetivamente más incierto y complejo. Por lo cual puede considerarse una modalidad en recesión en el marco del vigente sistema regulatorio, a pesar de que la última intervención legislativa [d.l. 83/2015], que en su conjunto merece una valoración positiva, parece volverlo a proponer con un mayor énfasis.

5. El procedimiento de *automatic stay*. Los efectos de la presentación del acuerdo (o de la solicitud de *concordato*)

Dejando aparte que como se acaba de aludir va a ser dura la competencia que va a sufrir el procedimiento regulado en el art. 181-*bis*, co. 6, LF, como consecuencia del art. 161, co. 6, LF, aquel continúa siendo la forma existente para lograr una *automatic stay* (aunque es claro que no será así en la práctica) en la regulación de los acuerdos de reestructuración, hasta el punto de que prácticamente no se ha tocado en la reforma.

El empresario a día de hoy puede solicitar al juez, incluso durante las negociaciones y por tanto con anterioridad a la formalización del acuerdo, que declare de modo anticipado la prohibición de iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas sobre su patrimonio. El

³⁴ Ahora, con la reciente reforma de 2015, incluso antes de la presentación de la documentación *ex art.* 161, LF.

³⁵ [Sobre el cual *vid.*, *amplius*, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*, y *espc.* el § 5.1 sobre el nuevo acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y el acuerdo de moratoria; COSTA, C., *cit.*, *ante*, con especial referencia al *concordato preventivo* “en blanco”.]

³⁶ Sobre la función del experto designado y el contenido del informe, *vid.*, PANZANI, L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, *cit.*, 488 ss.

efecto prohibitivo, que se extiende a la adquisición de privilegios (que no se hayan pactado), opera *ipso iure* desde la publicación de la solicitud en el Registro mercantil, aunque desaparezca si dicha solicitud no se acoge en la audiencia que ha de celebrarse dentro de los treinta días desde la presentación del acuerdo y se comunica a todos los acreedores (el plazo, en interés de la plena información de los acreedores, ha de entenderse que no es de caducidad, al menos en cualquier supuesto en que sea imposible en esos treinta días realizar dicho interés y no se suspenderá en los días festivos, dada la naturaleza cautelar, *sub specie* de inhibitoria en vía de urgencia, del procedimiento).

De forma coherente con el tenor literal del co. 1, art. 182-*bis*, LF, el “nuevo” [*i.e.*, vigente] co. 6 [art. 182-*bis*, LF] exige que la solicitud venga acompañada de la declaración del experto acerca de la idoneidad de la propuesta, una vez aceptada, para asegurar el pago *íntegro* (ya no regular) de los acreedores con los que no se esté negociando o que se hayan negado a ello por cualquier causa, anticipando de ese modo su negativa *a priori* a cualquier propuesta.

Según el “nuevo” co. 7 [art. 182-*bis*, LF], el juez establece el bloqueo de las acciones cautelares y ejecutivas, así como la prohibición de adquirir privilegios en sede judicial, si y en cuanto compruebe la existencia de los presupuestos necesarios para el logro del acuerdo y las condiciones para el pago *íntegro* de las dos “categorías” de acreedores mencionadas.

Está claro, como se ha resaltado cuando se ha comentado el co. 1 [art. 182-*bis*, LF], que el requisito del pago íntegro (pero no en tiempo) está destinado a facilitar tanto la presentación como la concesión por el juez de la solicitud de *automatic stay*, cuyos efectos –repetimos– se pueden conseguir más fácilmente por medio de la presentación de la solicitud de concordato sin plan del art. 161, co. 6, LF³⁷.

Si por un momento se vuelve al análisis del co. 6 [art. 182-*bis*, LF], debe resaltarse que en el mismo se menciona la «documentación a la que se refiere el art. 161, co. 1 y 2, letras a), b), c) y d)» y no la de la (“nueva”) letra e): de donde se deduce que el empresario y sus asesores no deben presentar, para la concesión de la medida suspensiva, el plan que contenga la descripción analítica de los modos y plazos de cumplimiento de la propuesta; como también en base a la reforma de 2015, la utilidad específicamente individualizada y económicamente verificable que el proponente se obliga a garantizar a cada uno de los acreedores.

Por lo que se refiere a los efectos de la presentación del acuerdo, la primera parte del co. 8 [art. 182-*bis*, LF] reproduce casi *verbatim* el antiguo co. 8 de la norma, estableciendo que como consecuencia de la presentación de un acuerdo dentro de los plazos fijados por el juez, se aplica lo dispuesto en los co. 2, 3, 4, 5, de la norma que se está comentando.

No obstante, la utilización del artículo indeterminado “un” en lugar del determinado “del” antes de la palabra “acuerdo” muestra, en realidad, la posibilidad –inexistente antes de la reforma– de que el contenido del acuerdo sea *diferente* de lo que estuviera previsto inicialmente, ya que para la aplicación de la norma lo que se tiene en cuenta es simplemente que se haya presentado en el plazo establecido *jussu judicis*.

En cambio la segunda parte del co. 8 [art. 182-*bis*, LF] es completamente nueva. Según la misma, en el mismo plazo establecido por el juez para la presentación de un acuerdo se permite la presentación de una solicitud de *concordato preventivo*, en cuyo caso adquieren firmeza los efectos aludidos en los co. 6 y 7, art. 182-*bis*, LF. La norma supone la aplicación de una especie de principio de “vasos comunicantes” entre *concordato preventivo*³⁸ y acuer-

³⁷ [Vid. COSTA, C., *cit.*, *àntè*; GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, *cit.*]

³⁸ [En tema, GUIDOTTI, R., *Le soluzioni della crisi dell'impresa in Italia*, *cit.* Y, con especial referencia al *concordato* “en blanco”, en este volumen, COSTA, C., *cit.*, *àntè*.]

dos de reestructuración, coherente con la idea de que es bueno dar oportunidad y tiempo al empresario y a sus asesores para identificar el instrumento que mejor se adapte a las características de la situación concreta –con frecuencia mutable–, cambiando si fuera necesario “de caballo durante la carrera”.

6. El informe y la declaración del experto

Entre las novedades más destacadas de la reforma del 2012 con sus consecuentes corolarios se encuentra indudablemente la regulación de la que sigue siendo una de las figuras centrales del sistema: el experto independiente.

La reforma legal, que en esta sede no es posible examinar *funditus*, se concentra, como es sabido, en los siguientes aspectos: *i*) el nombramiento del experto por el empresario mismo; *ii*) los requisitos de independencia; *iii*) la ya mencionada falta de influencia del informe para el surgimiento de los efectos de la solicitud de concordato; *iv*) el contenido de su función; *v*) la responsabilidad penal.

El nuevo art. 67, co. 3, letra d), LF, aclara ante todo –de forma coherente con la “filosofía” presente en el modelo del reformador legal desde el año 2005 hasta hoy– que el experto independiente se nombra siempre y en todo caso por el deudor, eliminando de ese modo las pocas dudas que quedaban sobre el sujeto titular de dicho poder (siendo la tesis “pública” desde siempre y no casualmente, minoritaria). Ello, entre otras cosas, permitirá eliminar definitivamente la práctica, realmente un poco “hipócrita”, de realizar la solicitud al juez, con la sola finalidad de verla rechazada con un “la resolución judicial no ha lugar” por carencia de competencia judicial en la materia.

Mucho más importante, en términos de *aliquid novi*, es la regulación en la misma norma de rigurosos requisitos de independencia, sobre la cual se ofrece ante todo una definición de carácter general y residual, ligada a la ausencia de relaciones personales o profesionales con la empresa o con todo aquel que tenga cualquier interés en el saneamiento hasta el punto de comprometer la independencia de su opinión.

Además se han introducido requisitos específicos, ya sea por medio del reenvío a lo establecido en el art. 2399, cod. civ., sobre la independencia de los auditores en las sociedades anónimas³⁹, o por la eficacia impeditiva derivada de haber prestado, en los últimos cinco años, servicios de trabajo subordinado o autónomo a favor del deudor o por haber participado en los órganos de administración o de control de la persona jurídica en estado de crisis.

La prohibición de asumir el encargo, que resulta evidentemente oportuna para asegurar la verdadera autonomía de las valoraciones del experto, se extiende además de forma expresa a cualesquiera sujetos con los que este se halle ligado profesionalmente.

Un “contrapeso” aún más relevante al nombramiento privado del experto lo constituye la introducción de un régimen de responsabilidad penal severo para el profesional que en sus informes o declaraciones exponga informaciones falsas u omite información relevante (expresión esta última que realmente resulta demasiado genérica y por eso podría ocasionar problemas de constitucionalidad por la indeterminación del concepto⁴⁰). Para tales conduc-

³⁹ Vid. AMBROSINI, S., *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, en *Trattato di diritto commerciale*, Cottino (dir.), vol. IV, t. I, *Le società per azioni*, Padova, 2010, 749 ss.

⁴⁰ Así también, FABIANI, M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit., 6.

tas el art. 236-*bis*, LF, establece la pena de reclusión entre dos y cinco años y la multa entre 50.000 y 100.000 euros, susceptible de incrementarse (hasta un tercio) si el hecho se hubiera cometido con el fin de lograr, para sí o para tercero, beneficio injusto y hasta la mitad si el hecho produce daño a los acreedores.

En un marco normativo que se ha transformado sensiblemente y en el que se ha introducido oportunamente un mayor rigor (aunque quizás demasiado centrado en la entidad de la pena, también se pretende limitar el riesgo de prescripción del delito y con ello garantizar hasta cierto punto la efectividad de la sanción) se integran las nuevas normas sobre los informes y declaraciones del experto en relación con los acuerdos de reestructuración.

El informe que debe acompañar la solicitud de homologación según el co. 1, art. 182-*bis*, LF, –nos dice el nuevo texto de la norma– debe ante todo confirmar la veracidad de los datos empresariales. Tal elemento, que hoy se exige *ex professo*, se consideraba antes implícito por vía interpretativa ya que –como el que escribe había puesto de manifiesto– no resulta posible confirmar la realizabilidad de un acuerdo sin que exista una verificación previa de los datos de partida.

En segundo lugar, el documento en cuestión sigue debiéndose detener en la realizabilidad del acuerdo: con especial referencia, no ya a su idoneidad para asegurar el pago regular de los acreedores que no se hayan adherido, sino –como ya se ha recordado– a la posibilidad de satisfacerlos íntegramente según los nuevos plazos establecidos (ciento veinte días desde la homologación o desde el vencimiento según se trate, respectivamente, de créditos vencidos o no).

Desde un punto de vista práctico, la respuesta a la cuestión sobre la producción de intereses *medio tempore*, planteado antes desde un punto de vista teórico, reviste importancia notable, ya que no resulta realizable un acuerdo si no es razonablemente pronosticable, al finalizar la espera, la existencia de tantos recursos como para poder pagar también tales deudas.

Se exige entregar otro tipo de documento, como es sabido, según el co. 6 de la norma, junto a la solicitud de suspensión de acciones cautelares y ejecutivas. Para tal supuesto, la ley habla no de un informe sino de una “declaración” del experto (la misma expresión que se usa para el documento que ha de presentar el empresario sobre la existencia de negociaciones). Tal declaración tiene un objeto doble: por un lado el profesional ha de acreditar la posibilidad de lograr el acuerdo (siendo necesario que verifique que se está negociando con al menos el 60% de los acreedores) y por otro la capacidad para pagar de forma *íntegra* a los acreedores que no se adhieran.

Podría darse el caso, asimismo, de que, habiendo el empresario sometido su propuesta (única o de forma diferenciada) de quita o espera a todos los acreedores y disponiendo de cierta cantidad de recursos financieros líquidos, el experto, con el fin de lograr el bloqueo de las acciones cautelares y ejecutivas, se limite a declarar que se ha realizado la comunicación a todos los acreedores (y por tanto que las negociaciones se puede decir que se han iniciado) y que la liquidez existente en caja es suficiente para cubrir las reclamaciones de aquellos acreedores ya se hayan negado a negociar. Se trata obviamente de aspectos sobre los cuales el juez después deberá detenerse en su comprobación, para la eventual concesión de la suspensión solicitada.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal del experto relacionada con su labor del art. 182-*bis*, co. 6, LF, descrita, debe resaltarse que el art. 236-*bis*, LF, habla, tanto en la rúbrica como en el texto de la norma, de “*informes e acreditaciones*” [*attestazioni e relazioni*] y no de “*declaraciones*” [*dichiarazioni*], como se denomina a lo que ha de elaborar el experto

para el *automatic stay*. No obstante, no parecen existir dudas acerca de la aplicabilidad de la sanciones penal de restricción de la libertad personal y pecuniaria también a tal concepto, siendo necesario para encajar en la interpretación restrictiva de las normas penales poner de relieve que la “declaración” se comprende en el *genus* más amplio de “acreditaciones”, como lo demuestra entre otras cosas el hecho de que en aquella debe existir un pronunciamiento positivo sobre la idoneidad de la propuesta, una vez aceptada, para asegurar el pago de aquellos acreedores a los que se refiere la nueva [vigente] redacción del co. 6 y por tanto, en definitiva, *acreditando* la conformidad con el fin prefijado.

6.1. La prededucción del crédito del experto

Como es sabido, inmediatamente después de la reforma orgánica del año 2006, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias reconocieron la prededucción a favor de los créditos de los expertos⁴¹, partiendo obviamente del experto que redacta el informe en la presentación de la solicitud de concordato o de homologación de acuerdo de reestructuración. No obstante, con el fin de evitar un incremento excesivo de los créditos prededucibles, una parte de la jurisprudencia relativa al concordato circunscribió la operatividad del beneficio a la eventualidad de la admisión al procedimiento, solución que, después de todo, parecía materialmente equilibrada, ya que se ajustaba, desde el punto de vista de los conceptos, a la distinción objetiva entre prestaciones de medios y prestaciones de resultado.

La introducción por medio de la l. 122/2010, del art. 182-*quater*, LF, ha modificado el marco de referencia, previendo expresamente, en el co. 4, la prededucibilidad de las “*con-traprestaciones*”.

Sobre el particular quien escribe ha juzgado discutible la atribución de la prededucción sólo al crédito del profesional que redacta el informe, dada la disparidad de tratamiento que se ha introducido (al menos aparentemente) con respecto a otros profesionales implicados en el intento por evitar el concurso –singularmente los que redactan el plan y la solicitud de acceso al procedimiento y el resto de asesores (peritos, asesores laborales, etc.)–, siendo preferible que se hubiera hecho también referencia expresa a dichos profesionales.

Esta incongruencia objetiva, que no se justifica por la peculiar “posición” del experto, podía superarse, al menos parcialmente, si se consideraba que la norma en cuestión no puede derogar el principio contenido en el art. 111, co. 2, LF, relativo a los “procedimientos concursales”. De ahí que mientras en el caso del acuerdo de reestructuración la restrictiva letra de la ley resultaba difícilmente superable (ya que no se puede reconducir el instituto a la categoría de los procedimientos concursales en sentido propio), en cambio, en el caso de actividad tendente al acceso de la empresa al *concordato preventivo* podía mantenerse la prededucibilidad de los créditos de los que fueran titulares los profesionales que hubieran realizado su trabajo para tal fin.

En otras palabras, en el *concordato preventivo* el crédito del experto que hubiera redactado el informe debía considerarse prededucible, incluso en el caso de que posteriormente se declarase el concurso, si se reconociera expresamente en el auto de admisión al procedimiento, mientras que los créditos del resto de profesionales podían intentar ser admitidos en la masa pasiva como prededucibles y esta calificación se valoraba, en cuanto a la adecuación

⁴¹ En general, y con especial referencia a la prededucción de los créditos profesionales (es decir, relativos a la actividad de los “expertos” designados), vid. PANZANI, L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 508 ss.

de las respectivas prestaciones al art. 111, co. 2, LF, por el juez delegado⁴².

No obstante, parte de la jurisprudencia era de otra opinión y consideraba que la mencionada interpretación se oponía al contenido de la norma que sólo hacía referencia al crédito del experto que hubiera redactado el informe.

La reforma del año 2012, en lugar de aclarar, como hubiera sido deseable, que la prededucción afecta también a los profesionales que no sean el redactor del informe y se extiende al supuesto de los acuerdos de reestructuración, ha optado por la derogación *tout court* del art. 182-*quater*, co. 4, LF.

Habiendo sido desecho el nudo de forma gordiana, parece inevitable que surja un doble corolario: por un lado, el experto nunca más podrá obtener la “patente” de prededucibilidad en la admisión del empresario al *concordato*, con lo que se le equipara al resto de asesores del deudor; por otro lado, estos últimos podrán solicitar y obtener, en la formación de la masa pasiva del concurso, la calificación de prededucibles para sus créditos, por haber desaparecido el único dato normativo que, al menos según algunos autores, impedía tal solicitud.

Todo ello con respecto al caso del *concordato preventivo*, ya que los acuerdos de reestructuración no caen dentro del perímetro de aplicación del art. 111, co. 2, LF, del que se deduce el privilegio derivado del art. 2751-*bis*, n. 2, cod. civ., para el experto que redacta el informe y para el resto de asesores.

En todo caso, a la tesis hasta aquí expuesta debe hacerse una precisión, relacionada con lo establecido en la última parte del art. 167, co. 7, LF. En concreto, la prededucibilidad de los créditos surgidos de la realización, después de la presentación de la solicitud de *concordato* sin plan, de actos exigidos por la ley, parece que puede aplicarse también a los encargos profesionales surgidos en ese mismo período que tengan que ver con la presentación del *concordato*, los cuales no requieren autorización alguna, constituyendo el lógico e imprescindible desarrollo del llamado *pre-concordato*. Y ello vale asimismo para los acuerdos de reestructuración, dada la redacción de la última parte del art. 161, co. 6, LF, que permite superar, para este caso, el problema de la naturaleza no propiamente concursal del instituto.

7. La regulación de la homologación: una ocasión desperdiciada por el legislador en las diferentes reformas

A pesar de la relevancia capital de la fase de homologación (siendo la cautelar prevista en los co. 6 y 7, art. 182-*bis*, LF, por su naturaleza, meramente eventual) la segunda parte del co. 4 se limita a establecer, igual que en la redacción originaria introducida en el año 2005, que «*el juez, una vez resueltas las oposiciones, procede a la homologación sin audiencia pública mediante auto motivado*».

La opción legal de no desarrollar tan escasa norma, no afrontando al menos alguno de las cuestiones principales surgidas del debate producido en los últimos años, debe criticarse, ya que con tal decisión se ha renunciado a la oportunidad de ofrecer a intérpretes y operadores una normativa más detallada y menos susceptible de hacer surgir ambigüedades exegéticas.

Quedan así sobre la mesa problemas nacidos de la elaboración doctrinal y jurisprudencial, comenzando por la competencia sobre la solicitud de homologación en caso de cambio de sede en el año anterior a la presentación de la solicitud. De hecho puede considerarse

⁴² Sobre el particular, cfr., por todos, FERRO, M. - FILOCAMO, F.S., sub *art. 182-quater*, en *La legge fallimentare*, Ferro (dir.), Padova, 2011, 2182 ss.

todavía difícil la aplicación al supuesto de la regla de la llamada *perpetuatio jurisdictionis*, establecida de forma expresa en los arts. 9 y 161, LF, para la “quiebra” [concurso] y el *concordato preventivo* respectivamente, que comportaría la falta de relevancia de dicho cambio de sede. En contra de esta opinión podría invocarse el argumento *a fortiori* que se deduce de lo establecido en el art. 182-*bis*, co. 6, LF, donde se requiere que la presentación se efectúe “ante el juez competente según el art. 9”, ya que, si esta regla vale para la solicitud de *automatic stay*, que precede al logro del acuerdo, no puede no regir también con respecto a la posterior presentación de la solicitud (sobre lo cual, si se opinara de otro modo, debería pronunciarse otro juez).

La ley calla asimismo sobre el *iter* procesal que lleva al auto de homologación. Resulta necesario acudir entonces sobre el particular, a los principios generales, el primero de los cuales es el del respeto al contradictorio: el juez debe dictar un auto de convocatoria y ordenar la notificación al deudor, con el fin de que pueda ejercitar su derecho de réplica.

Pero la cuestión más polémica, realmente controvertida, sigue siendo la relativa a la amplitud del poder de decisión del juez en sede de homologación⁴³, con respecto a la cual, intentar acudir, de forma casi “taumatúrgica”, a las nociones de control de legitimidad y de mérito no parece que contribuya en demasía a dar solución al problema, sobre todo porque resulta muy discutible, desde el punto de vista teórico, el significado de tales categorías conceptuales.

Por eso parece preferible acudir a los resultados interpretativos a los que ha llegado, para los casos en que no se presenten oposiciones, la jurisprudencia⁴⁴, la cual ha puesto de manifiesto que el juez, en el ejercicio de su función homologatoria, no puede limitarse a comprobar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos legalmente, debiendo sobre todo verificar si –desarrollando una actividad de control similar a la que la ley le atribuye en sede de admisión al *concordato preventivo*–, sobre la base de lo que se expone en el informe del experto, existen elementos suficientes para concluir que el acuerdo puede ser cumplido, en particular con respecto a los acreedores que no se adhieran. De ese modo, el juicio no tiene que ver con el mérito del plan o del acuerdo (ello estaría fuera de las competencias del juez) sino con las valoraciones que sobre ello haya realizado el experto, desde el punto de vista de su coherencia y de su integridad lógico-argumentativa.

En cuanto a la eventualidad de que se hayan presentado oposiciones, no parece que haya duda –como ha reiterado la jurisprudencia más reciente– que en tal caso el juez puede y debe investigar, además, cualquier aspecto que tenga que ver con la imposibilidad de cumplir el acuerdo que surja de los motivos concretos alegados sobre el particular por los que se hayan opuesto.

⁴³ Sobre el particular, *ex aliis*, PATTI, A., *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009; PALUCHOWSKI, A., *Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale. L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, en *Fallimento*, 2011, 98 ss.

⁴⁴ En la doctrina, *vid.* PATTI, A., *op. ult. cit.*, el cual resalta que el control judicial debe atener al uso de los criterios metodológicos de comprobación correctos, a la motivación fundada y clara de las opciones de reestructuración elegidas en función del logro de los recursos adecuados para el pago completo de los acreedores no adheridos, a la exposición de los elementos que funden un pronóstico favorable y a la lógica, coherencia y no contradicción con los presupuestos de las conclusiones expuestas; sugiriendo además que tal examen podría venir acompañado de la utilización, por parte del juez, de otros instrumentos informativos y de comprobación, en ejercicio de su poder de oficio, dada la naturaleza no contradictoria del procedimiento de homologación.

Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. - 2. El proceso de formación de la ley de sobreendeudamiento. - 3. La naturaleza jurídica de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento. - 4. Presupuesto subjetivo de aplicación de los procedimientos. - 5. Presupuesto objetivo: el estado de “sobreendeudamiento”. - 6. Las causas de inadmisibilidad de los procedimientos. - 7. El órgano de composición de la crisis. - 8. El acuerdo de reestructuración de las deudas, el plan del consumidor y el procedimiento de liquidación. - 9. La exoneración del deudor.

1. Consideraciones generales

Con la l. 3/2012, el legislador italiano finalmente ha puesto fin a un largo ostracismo legislativo en relación con el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, señalando la necesidad de proporcionar una disciplina de composición de la crisis por sobreendeudamiento accesible a todos los sujetos excluidos del ámbito de aplicación del procedimiento de declaración de concurso y de los otros procedimientos concursales, en la misma línea que en otros países de la UE¹.

El extremo retraso con el que se ha abordado el problema de los deudores excluidos del concurso y de los consumidores sobreendeudados es fruto de una visión consolidada durante siglos en el sistema jurídico italiano, que se basaba en supuestos obsoletos debido a la evolución del contexto socio-económico. Por ejemplo, por un lado se creía que el pequeño emprendedor o aquel que no ejercía una actividad empresarial tenía muy pocos acreedores, siendo por tanto innecesaria la activación de un procedimiento concursal que, por su naturaleza, es complejo y costoso. Por otro lado, se pensaba que el consumidor recurría al crédito sólo en casos excepcionales y por lo tanto no podía endeudarse excesivamente.

Pero la dinámica económica nos muestra hoy una imagen completamente diferente en la que la economía de cada persona, ya sea persona física o jurídica, consumidor, profesional o emprendedor individual o colectivo, es un asunto muy complejo, en el que se encuentran muchos elementos de endeudamiento activo y pasivo, derivando en un aumento de la oferta de nuevos instrumentos de crédito y en un cambio en los patrones de consumo. Y todo ello en un contexto en el que el esquema negocial de la financiación ha cambiado radicalmente, sea por la “disgregación del nexo causa de intercambio/causa de préstamo”, sea por la multipli-

¹ Sobre las razones que han conducido a la introducción de la disciplina del sobreendeudamiento, vid. (AA. VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014. Sobre este tema, vid. las observaciones de TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, *ivi*, 39 ss., que señala cómo el sobreendeudamiento civil se está alejando de la lógica puramente economicista del *consumer bankruptcy law* estadounidense para ser más consistente con nuestro ordenamiento, que pretende recuperar una tutela de los derechos de la ciudadanía, en particular del derecho a una existencia libre y digna. Con especial referencia a los ordenamientos del *common law* y *civil law* PERRINO, A.M., *Crisis del crédito y sobreendeudamiento: ineficiencias y responsabilidad*, *infra*: el autor pone de relieve cómo en el sistema de *common law* el instrumento de la exoneración, además de propiciar la recuperación del deudor en el ciclo económico, de acuerdo con la idea de que el precio sufrido por parte de los acreedores debido a aquél sería inferior al precio que sin él toda la comunidad asumiría por la responsabilidad potencialmente perpetua del deudor, responde a una ulterior función de amortiguador social.

cación de las relaciones en las que se basa tal esquema².

2. El proceso de formación de la ley de sobreendeudamiento

El proceso que ha llevado a la aprobación de la l. 3/2012 ha sido largo y arduo. Todo comenzó con el proyecto de ley 307 B, aprobado por el Senado el 1.4.2009, pero *congelado* en la Cámara hasta el 26.10.2011. Ante la perspectiva de un largo *iter* legislativo, el Gobierno ha intervenido con un decreto ley (d.l. 212/2011). Casi al mismo tiempo, sin embargo, el Parlamento ha aprobado la l. 3/2012.

En este punto, para evitar la vigencia concurrente en nuestro ordenamiento de dos disciplinas diferentes sobre la composición de la crisis, se ha llegado a un acuerdo en el sí de la Comisión de Justicia del Senado con el Gobierno, en virtud del cual la ley reemplazaría el decreto, a excepción de la normativa sobre el *consumidor*. El d.l. fue finalmente convertido en la l. 10/2012, pero sin referencia al proceso de composición de la crisis por sobreendeudamiento del consumidor³.

3. La naturaleza jurídica de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento

El legislador, al dictar el nuevo marco normativo, ha venido a reconocer una indicación precisa sobre la naturaleza jurídica de estos nuevos instrumentos de composición de la crisis, titulando el cap. II, l. 3/2012 (*Procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento y de liquidación del patrimonio*).

El art. 6 define expresamente tales procedimientos como procedimientos concursales⁴. Por otra parte, la naturaleza concursal⁵ se desprende claramente de los arts. 12, co. 3; 12-ter,

² Sobre este punto vid. ALPA, G. - BESSONE, M., *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di «credito al consumo»*, en *Riv. soc.*, 1975, 1359 ss. Para profundizar, SARCINA, A., *Un «piano» italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 123 ss.; CERINI, D., *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012; FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999, esp. 12 ss. y 20 ss. El autor, en particular, observa como en el actual panorama económico, caracterizado por un incremento del consumo a través de una amplia concesión del crédito sin garantía real, el individuo es considerado como un elemento productivo en tanto que *consumidor*, que no debe ser excluido de la productividad, al igual que la empresa. Para una mirada sociológica, vid., en este volumen, DEL NEGRO, G., *Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social*, *infra*.

³ Para una visión amplia y comparativa entre los sistemas europeos, vid. (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., vid., además, PERRINO, A.M., cit., *infra*, quien observa que, a pesar de que la labor del legislador italiano había sido facilitada por la experiencia del modelo francés y alemán en materia de sobreendeudamiento, la gestación ha resultado muy atormentada y ha dado lugar a la configuración de una pluralidad de disciplinas en materia de sobreendeudamiento, diversas entre ellas por razón de los destinatarios y procedimiento.

⁴ Cfr. art. 6, co. 1, l. 3/2012: «Con el fin de remediar las situaciones de sobreendeudamiento no se sujeta ni es susceptible de quedar sujeto a procedimientos concursales distintos de los establecidos en el presente capítulo (...)».

⁵ En el mismo sentido, SARCINA, A., *Un «piano» italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., esp. 140 ss., quien pone de manifiesto que el acuerdo de la composición de la crisis por sobreendeudamiento es un procedimiento concursal, y que a pesar de su nombre, tiene similitudes tanto con el *concordato preventivo* como con los acuerdos de reestructuración de las deudas del art. 182-bis, LF. FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, en *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le altre procedure concorsuali*, Vassalli - Luiso - Gabrielli (dirs.), vol. IV, 2014, 556 ss.; BATTAGLIA, R., *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della l. n. 3/2012*,

co. 2, que prescriben la obligatoriedad frente a todos los acreedores anteriores a la publicidad de la propuesta tanto del acuerdo de composición de la crisis por sobreendeudamiento como del plan del consumidor homologado por el tribunal.

Tales procedimientos, pues, se caracterizan por un marcado perfil público que encuentra su máxima expresión en la intervención del juez sea en la fase inicial del procedimiento a través del examen de la propuesta, las disposiciones sobre el cumplimiento de las medidas de publicidad y sobre el denominado paraguas protector, sea en la fase final de homologación, en la que se debe decidir sobre las posibles reclamaciones de los acreedores⁶.

4. Presupuesto subjetivo de aplicación de los procedimientos

La redacción original del art. 7, l. 3/2012, que admitía en el procedimiento de sobreendeudamiento al deudor «a) que no puede someterse a los procedimientos concursales del art. 1 l.fall; b) y que no haya recurrido en los tres años anteriores al procedimiento de composición de la crisis» habían causado incertidumbre sobre la clasificación del presupuesto subjetivo de admisión. Incertidumbre que, según doctrina mayoritaria, fue colmada a través de una lectura conjunta de la norma referida con el art. 6 de la misma ley, según el cual la nueva disciplina estaba destinada al deudor que «por su situación de sobreendeudamiento no puede someterse a los procedimientos concursales vigentes»⁷. Sin embargo, como acertadamente ha señalado parte de la doctrina, el problema no quedaba resuelto, porque la lectura combinada determinaba una evidente asimetría en la redacción de la condición de admisibilidad para los procedimientos de composición de la crisis: el art. 7, co. 2, se refería exclusivamente a los procedimientos previstos por el art. 1, LF, es decir el concurso y el *concordato preventivo*⁸.

La definición en negativo del presupuesto subjetivo, por otro lado, permitía considerar su ámbito de aplicación en términos de amplio alcance. De hecho, se consideraban sujetos a los procedimientos de composición de la crisis los deudores civiles, profesionales y la sociedad entre profesionales y emprendedores comerciales que no superasen el umbral establecido legalmente⁹. Por el contrario, no había unanimidad sobre el consumidor entendido como persona física que hace uso del crédito al consumo en el sentido del art. 3, co. 1, letra a), d.lgs. 206/2005, en cuanto en la conversión del d.l. 212/2011, las disposiciones específicas estable-

en *Fallimento*, 2013, 1433 ss.; GUIOTTO, A., *La continua evoluzione dei rimedi alla crisi da sovraindebitamento*, en *Fallimento*, 2012, 1285 ss.; CAMPOBASSO, M., *Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, en *Diritto Commerciale*, Campobasso (coord.), vol. 3, ed. V, 2014, 479.

⁶ [PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*, quien subraya que los tres módulos proporcionados por la l. 3/2012 traicionan el espíritu negocial que inspira los modelos propuestos por el ordenamiento francés y alemán y terminan asignando un papel no natural al juez, dando paso de esta manera a un procedimiento de carácter concordatario.]

⁷ Vid., TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, *cit.*, 29 ss.; GIANNELLI, G., *Presupuestos para la aplicación de los procedimientos del sobreendeudamiento*, *infra*; SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, *cit.*, 123 ss. Sobre este punto vid. FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, *cit.*, 559, quien evidencia que ya en el texto normativo anterior no había duda de que se había de tratar de un deudor que no fuese susceptible de quedar sometido a ningún procedimiento concursal, incluidos los acuerdos de reestructuración de las deudas del art. 182-bis, LF. En este sentido, también TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, *cit.*, 29; SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, *cit.*, 123 ss.

⁸ CENSONI, P.F., *Profili sostanziali di questa nuova procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Condizioni di ammissibilità della procedura (presupposti soggettivi e oggettivi)*, Congreso del Centro studi sulle procedure concorsuali, quien observa que la asimetría no existía en el texto originario del d.l. 212/2011.

⁹ Para un examen amplio del presupuesto subjetivo contemplado en el d.l. 212/2011, *amplius*, DIMUNDO, F., *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili*, en *IlSole24Ore - Guida al diritto*, 3, 2012, 29 ss.

cidas para el consumidor no se habían convertido, a la espera de un proyecto de ley *ad hoc*.

Con el fin de poner remedio a las evidentes dudas interpretativas, el legislador, con el d.l. 179/2012, ha incidido en la clasificación del presupuesto subjetivo, eliminando, *in primis*, las asimetrías existentes entre las diferentes normas de la l. 3/2012 y proporcionando, pues, dos procedimientos concursales diferentes: uno relativo a todos los deudores «*en situación de sobreendeudamiento que no estén sujetos ni sean susceptibles de someterse a procedimientos concursales diferentes de los regulados*» en el cap. II, l. 3/2012¹⁰; el otro relativo exclusivamente al consumidor, definido en el art. 6, co. 2, letra b), como «*el deudor persona física que haya asumido obligaciones únicamente para fines no relacionados con actividad empresarial o profesional*»¹¹.

Hoy, por lo tanto, los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento son accesibles a una amplia y heterogénea categoría de sujetos unidos sólo por el hecho de no ser susceptibles de someterse a otros procedimientos concursales distintos de los regulados por la misma ley¹².

Así, pueden acceder a ella los empresarios comerciales individuales y colectivos que no superen el umbral establecido legalmente, a saber los empresarios que no pueden someterse al procedimiento de concurso ni al procedimiento de *concordato preventivo*, ya que carecen de los requisitos dimensionales establecidos en el art. 1, co. 2, LF¹³.

En el ámbito subjetivo, por otro lado, parte de la doctrina tiende a incluir también al empresario comercial que supere aquel umbral, que no puede ser declarado en quiebra porque las deudas vencidas y no pagadas son inferiores a treinta mil euros *ex art.15, últ. co.*, LF¹⁴. Este enfoque, sin embargo, no parece correcto, ya que el umbral mencionado no afecta a la condición subjetiva, sino que constituye una condición de procedibilidad de la acción¹⁵, que no excluye la accesibilidad a otro procedimiento concursal, como por ejemplo el *concordato preventivo*¹⁶.

Se cree que incluso los empresarios individuales que superen el umbral establecido legalmente podrían caer dentro del espectro de aplicación de la disciplina, aunque dicha aplicabilidad *extendida* debería limitarse a aquellos empresarios dispuestos a proponer un acuerdo de composición de la crisis sólo a los acreedores *personales* cuyo crédito derive de relaciones ajenas al ejercicio de la empresa¹⁷. En cualquier caso, para ellos, la eventual declaración suce-

¹⁰ GUIOTTO, A., *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, en *Fallimento*, 1, 2012, 22, quien pone en evidencia la extrema heterogeneidad de los supuestos a los que se aplica la nueva disciplina del sobreendeudamiento.

¹¹ *Amplius*, SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, *cit.*, 123 ss.

¹² [PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 77 ss. *Ivi*, además, GIANNELLI, G., *cit.*, *infra*; CAIAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa*, *ante*.]

¹³ Activo patrimonial en los últimos tres años, o desde el inicio de la actividad si tiene una duración inferior, de importe total anual no superior a trescientos mil euros; ingresos brutos, en el mismo período, de importe anual total no superior a doscientos mil euros; deudas, aunque no estén vencidas, de importe no superior a los quinientos mil euros.

¹⁴ Sobre la admisibilidad, vid. DIMUNDO, F., *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili*, *cit.*, 31.

¹⁵ MONTANARO, M., *Commento sub art. 15 l.fall.*, en *La legge fallimentare dopo la riforma*, Nigro - Sandulli - Santoro (dirs.), Torino, I, 2010, 208.

¹⁶ Vid., *amplius*, sobre el *concordato preventivo*, COSTA, C., *El concordato preventivo: sollicitud anticipada ["en blanco"], supuestos de abuso y problemas conexos*, *ante*; FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, *cit.*, 559 ss.

¹⁷ Esta afirmación parece encontrar confirmación en el art. 42, co. 3, letra a), LF, que excluye de la exoneración a las «*obligaciones derivadas de relaciones ajenas al ejercicio de la empresa*».

siva de la quiebra resolvería el acuerdo *ex art. 12, co. 5, l. 3/2012*, en virtud de la naturaleza absorbente del procedimiento concursal, que involucra a todo el patrimonio del sujeto.

De acuerdo con un enfoque consolidado podrían acceder a los procedimientos también los empresarios que hayan cesado del comercio y por lo tanto no puedan acceder al concurso (ni puedan someterse a otros procedimientos concursales) en el plazo de un año desde la cancelación del registro de la empresa *ex art. 10, LF*¹⁸. No se considera, en cambio, legitimado el heredero del empresario fallecido, por la inaplicabilidad por analogía del art. 11, LF, en cuanto norma excepcional.

La disciplina en materia de sobreendeudamiento es también expresamente aplicable a los empresarios agrícolas de conformidad con el art. 7, co. 2-*bis*, l. 3/2012, con la aclaración necesaria de que, si bien pueden presentar una propuesta de acuerdo de composición de la crisis, no pueden someterse a un procedimiento de liquidación¹⁹.

También pueden acceder a los procedimientos las nuevas sociedades llamadas *start-up* innovadoras, de conformidad con el art. 31, co. 1, d.l. 179/2012²⁰, a pesar de exceder el umbral fijado por el art. 1, LF. Elección ciertamente meritoria, con el fin de promover las iniciativas empresariales con un alto contenido innovador, pero al mismo tiempo con un perfil de alto riesgo²¹.

Además, también están legitimados los profesionales intelectuales, es decir, aquellas personas cuya actividad profesional está subordinada a la superación del examen de Estado de conformidad con el art. 33, co. 5, Cost., y a la inscripción en un registro regulado por leyes especiales (p.e., abogados, ingenieros, arquitectos, notarios, farmacéuticos, etc.). También están legitimados a acceder a estos procedimientos los artistas y otros trabajadores autónomos que ejerzan una actividad llamada liberal, que por tanto no necesitan para su ejercicio la

¹⁸ En este sentido, MICHELOTTI, F., *La preparazione alla composizione della crisi nell'attività del professionista*, en *Sovraindebitamento e usura*, Ferro (dir.), Milano, 2012, 312; PANZANI, L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *www.treccani.it*, 27.11.2012; PACCHI, S., *Il sovraindebitamento. La risposta Italiana*, en *Riv. dir. comm.*, 1, 2013, 698; PELLECCIA, E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2013, 1262. Además, se precisa que no se puede excluir ni a la empresa individual ni al supuesto de cancelación de oficio posterior a la declaración de quiebra siempre que, de conformidad con el art. 10, co. 2, LF, se pueda demostrar que el momento de cese efectivo sea sucesivo al de la cancelación formal. En tal caso, de conformidad con el art. 12, co. 5, l. 3/2012, la declaración de quiebra resuelve el acuerdo con los acreedores, incluso cuando ya haya sido homologado.

¹⁹ *Amplius*, CAIAFA, A., *cit.*, *ante*; DIMUNDO, F., *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili*, *cit.*, 31. En este sentido hay que señalar la subsistencia de la declaración de inadmisibilidad de la propuesta presentada por un empresario agrícola por no aportar la documentación necesaria para la reconstrucción de la situación económica y patrimonial. Vid. Trib. Cremona, 17.4.2013, en *www.ilcaso.it*.

²⁰ El legislador en el art. 31, co. 1, d.l. 179/2012, establece expresamente que la sociedad *start-up* innovadora no puede quedar sujeta a un procedimiento concursal, con la excepción de los procedimientos establecidos en el cap. II, l. 3/2012, teniendo en cuenta la elevada tasa de riesgo empresarial vinculada a la inversión en actividades con un alto nivel de innovación. Sin embargo, de conformidad con el co. 3 del mismo artículo, la exclusión de la sumisión a un procedimiento concursal está condicionada a la pérdida de los requisitos por parte de la *start-up* acaecida antes de la expiración del plazo de cuatro años desde la fecha de constitución y, en todo caso, una vez transcurridos los cuatro años, lo que implica la terminación del régimen más ventajoso. Sobre el tema, vid. también, en este volumen, GIANNELLI, G., *cit.*, *infra*.

²¹ FARINA, M., *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un aspetto definitivo alla crisi del consumatore?*, en *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Bonfatti - Falcone (dirs.), Milano, 2014, 277, quien avanza dudas de inconstitucionalidad respecto de la disposición que introduce una clara disparidad de trato entre las *start-up* y otras empresas; FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, *cit.*, 561 ss., quien observa como la intervención del d.l. *crecimiento 2.0* ha roto de nuevo la uniformidad en el tratamiento de la insolvencia.

superación de un examen estatal, así pues todos los sujetos que no desarrollen una actividad económica en el sentido del art. 2082, cod. civ. Por otra parte, se cree que pueden acceder al procedimiento de composición de la crisis también las sociedades entre profesionales constituidas según la l. 183/2011, para el ejercicio de actividades profesionales y reguladas según el modelo societario de las sociedades de lucro, ya que estas últimas no serían susceptibles de quedar sujetas a los tradicionales procedimientos concursales por su actividad estrictamente profesional²².

Respecto a los organismos públicos, sin embargo, en el silencio de la ley, se ha esbozado una orientación contraria a la posibilidad de beneficiarse de la disciplina del sobreendeudamiento, pues estos últimos ya tienen la posibilidad de acceder a procedimientos concursales alternativos como la liquidación coactiva administrativa u otras disposiciones especiales relativas a los determinados tipos de organismos²³.

Según la doctrina, es plausible que también el socio responsable ilimitadamente de la sociedad personalista, aunque pueda acceder a la quiebra *ex art.* 147, LF, pueda beneficiarse de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento, sólo en tanto que deudor *ex se*, fundando esta aplicabilidad, confirmada indirectamente, en el art. 12, co. 5, l. 3/2012, según el cual «*la sentencia de quiebra pronunciada contra el deudor resuelve el acuerdo*»²⁴.

Por último, en el ámbito de aplicación de estos procedimientos se incluyen los consumidores, es decir, «*el deudor persona física que haya asumido obligaciones únicamente para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada*», según lo establecido por el art. 6, co. 2, letra b), l. 3/2012. A los consumidores, sin embargo, se les concede la doble posibilidad de presentar un plan de reestructuración con la ayuda del OCC y seguir el *iter* de homologación del plan sin el previo consentimiento calificado de los acreedores *ex art.* 12-*bis*, o de proponer un acuerdo en el ámbito del procedimiento de composición de la crisis accesible a todas las personas mencionadas anteriormente, que se rige por la secc. I, l. 3/2012 que requiere, por el contrario, un consentimiento calificado

²² Un argumento a favor de la admisibilidad de las sociedades entre profesionales a los procedimientos de composición de la crisis podría encontrarse en el art. 16, co. 3, d.lgs. 96/2001, que excluye del ámbito de aplicación del concurso a las sociedades entre abogados, pero sobre todo en la nueva disciplina de la ordenación forense de la profesión legal contenida en la l. 247/2012, que atribuye al Gobierno la facultad de reglamentar el ejercicio de la abogacía en forma societaria, pero nunca se ejerció, estableciendo en el art. 5, co. 2, letra m), el principio según el cual «*el ejercicio de la profesión legal en forma societaria no constituye actividad empresarial y, en consecuencia, la sociedad entre abogados no está sujeta a la quiebra ni a los procedimientos concursales distintos de aquellos relativos a la composición de la crisis por sobreendeudamiento*». En este volumen, GIANNELLI, G., *cit., infra*.

²³ Sobre este punto, DIMUNDO, F., *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili, cit.*, 31, quien establece que la exclusión se refiere a la empresa de titularidad pública, pero no a las denominadas empresas, órganos y entidades públicas económicas.

²⁴ Sobre el presupuesto subjetivo del procedimiento, *vid.*, en este volumen, GIANNELLI, G., *cit., infra*. *Vid.* también, FABIANI, M., *La gestione del sovraindebitamento dell'imprenditore "non fallibile" (D.L. 212/2011)*, en *www.ilcaso.it*, doc. n. 278/2012, 4 ss.; FERRI JR., G., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, en *Riv. dott. comm.*, 2012, 427; PELLECCIA, E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento, cit.*, 1263; MICHELOTTI, F., *La preparazione alla composizione della crisi nell'attività del professionista, cit.*, 313; LIMITONE, G., *Accesso alla procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile di s.a.s.*, en *www.ilfallimentarista.it*, 9.6.2014; RONDINONE N., *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, en *Dir. fall.*, 2014, 163 ss., quien afirma que el estado de sobreendeudamiento se coloca en un plano diferente de la denominada insolvencia civil y por lo tanto es inapropiado incluir en la discusión la tradicional distinción entre esta última y la *insolvencia comercial*.

por parte de los acreedores²⁵.

5. Presupuesto objetivo: el estado de “sobreendeudamiento”

El requisito objetivo está representado por el estado de sobreendeudamiento, es decir aquella particular «situación de continuo desequilibrio económico entre las obligaciones asumidas y el patrimonio liquidable a corto plazo disponible para cumplir con ellas, lo que determina las principales dificultades para cumplir con sus obligaciones, o la definitiva incapacidad para cumplirlas regularmente»²⁶. La noción no expresa un concepto unívoco y consolidado como el de la insolvencia previsto en el art. 5, LF, ya que se basa en un parámetro —«el desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio liquidable»— que nunca ha sido considerado por la doctrina como una manifestación inequívoca de la insolvencia del empresario comercial²⁷. Un concepto de sobreendeudamiento así formulado se basa en una visión estática de las condiciones económicas imperantes en el deudor, una versión que no se adapta a la delimitación del carácter continuo del estado de desequilibrio, típicamente caracterizado, en cambio, desde una perspectiva dinámica.

Para comprobar el estado de sobreendeudamiento, es necesario, por tanto, hacer referencia a la insuficiencia de la liquidez necesaria para hacer frente a las deudas vencidas o de vencimiento inmediato, evaluación que, como bien ha observado la doctrina, encuentra su lugar natural en contextos relativos a sujetos privados diferentes a los empresarios, que por otro lado entran en el ámbito subjetivo de aplicación subjetiva de los procedimientos.

La adopción de una crisis estática como presupuesto objetivo de acceso a los procedimientos aparece como de dudosa utilidad en la lógica del sistema normativo moderno; y esto, en primer lugar, por las dificultades de determinación y discernimiento de los diferentes conceptos de insolvencia y crisis, y, en segundo lugar, y lo más importante, por la nueva dinámica del crédito al consumo, que no se basa necesariamente en garantías personales o reales, sino en parámetros retributivos dinámicos, similares a los utilizados para la concesión de crédito a las empresas, que en el pasado justificaron la trazabilidad del concepto de insolvencia solamente a los empresarios.

En consecuencia, el concepto de sobreendeudamiento podría haberse enmarcado en el concepto más amplio y general de crisis utilizado como presupuesto objetivo de acceso al procedimiento de *concordato preventivo* y a los acuerdos de reestructuración de las deudas en virtud del art. 182-bis, LF, (comprendiendo este concepto tanto las meras tensiones financieras, como también el estado de insolvencia, como viene precisado en el art. 160, últ. co., LF)²⁸.

²⁵ [En este volumen, SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso, infra.*]

²⁶ Sobre el presupuesto objetivo vid., entre otros, TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza, cit.*, 33; en este volumen, GIANNELLI, G., *cit., infra*; SARCINA, A., *cit., infra*. Asimismo, para profundizar en esta cuestión, vid. RINALDINI, C., *Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1411 ss.; PELLECCIA, E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento, cit.*, 1249 ss.

²⁷ Sobre este punto, vid. CENSONI, P.F., *Profili sostanziali di questa nuova procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, cit.*, quien critica la redacción de la norma, destacando por un lado que la verificación del desequilibrio está relacionada no con todo el patrimonio del deudor sino sólo con la parte *liquidable* a corto plazo, y, por otro, que la palabra *asumidas* ha sido interpretada por algunos como obligaciones asumidas voluntariamente por el deudor, excluyéndose las extracontractuales; FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi, cit.*, 563.

²⁸ Sobre este punto, y esp. sobre las conexiones con las instituciones típicamente “concursoales”, en este vo-

Como una complicación adicional a una disciplina ya difícil, el legislador, en la elaboración de la l. 3/2012, ha modificado la definición del presupuesto objetivo, incluyendo en el art. 1, co. 2, letra a), la referencia a la «*dificultad significativa para cumplir con las propias obligaciones, o la incapacidad definitiva para cumplirlas regularmente*», introduciendo, evidentemente, una perspectiva típica de la insolvencia empresarial.

Sin embargo, a pesar de la perplejidad sobre la noción de sobreendeudamiento, el esfuerzo interpretativo para dar sentido a esta expresión se revela, en cierto modo, superfluo desde el momento en que el acceso a los procedimientos se basa únicamente en la iniciativa del deudor, el cual se auto-califica sobreendeudado, y teniendo en cuenta que el Tribunal realiza un control sobre la existencia de los presupuestos subjetivo y objetivo únicamente en sede de homologación, a la luz, por lo demás, también de elementos posteriores adquiridos en el interin y del consentimiento cualificado de los acreedores²⁹.

6. Las causas de inadmisibilidad de los procedimientos

Para acceder a los procedimientos de composición de la crisis, tanto el deudor como el consumidor deberían ser ajenos a las situaciones particulares que el art. 7, co. 2, l. 3/2012, indica como causas de inadmisibilidad, a saber: *i)* el sometimiento a otros procedimientos concursales distintos de los del cap. II, l. 3/2012; *ii)* la utilización, en los cinco años anteriores, a otro procedimiento de sobreendeudamiento; *iii)* haberse emitido previamente orden de revocación, resolución o anulación del acuerdo homologado o de revocación y declaración de cese de los efectos de la homologación del plan de los consumidores, según los arts. 14; 14-*bis*, l. 3/2012; *iv)* el carácter incompleto de la documentación adjunta, que no permita reconstruir totalmente la situación económica y patrimonial del deudor.

Es necesaria, sin embargo, una aclaración sobre la posición del empresario agrícola, quien, a pesar de estar incluido expresamente en el ámbito de aplicación de los procedimientos sobre composición de la crisis, ahora también puede acceder tanto a los acuerdos de reestructuración de la deuda del art. 182-*bis*, LF, como a las transacciones fiscales del art. 182-*ter*, LF, a la luz de los cambios introducidos por el art. 23, co. 43, d.l. 98/2011, convertido en la l. 111/2011, sobre «medidas urgentes para la estabilización financiera» para los empresarios agrícolas en estado de crisis o de insolvencia. El legislador, en sede de modificación de la l. 3/2012, ha introducido para tales sujetos en el art. 7, co. 2-*bis*, una especificación que limita los casos de inadmisibilidad de los procedimientos excluyendo el supuesto contemplado en la letra a), según la cual el deudor no queda «*sujeto a procedimientos concursales diversos de aquellos regulados en el presente capítulo*». Elección, esta, criticable, en cuanto que, sin ninguna razón, crea una anomalía evidente, evidenciada en el hecho de que el empresario agrícola se convierte en el único sujeto que en referencia a las deudas de la empresa puede optar voluntariamente a acceder a dos procedimientos concurrentes de composición de la

lumen, SARCINA, A., *cit.*, *infra*; FRASCAROLI SANTI, E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 516 ss., quien observa que el concepto de crisis incluye también el de sobreendeudamiento. Sobre este punto, DI MARZIO, F., *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, en *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Di Marzio - Macario - Terranova (dirs.), Milano, 2012, 9, quien evidencia que bajo un perfil económico los términos *crisis* y *sobreendeudamiento* tienden a ocupar un espacio común, revestido desde la perspectiva jurídica con el término más preciso de *insolvencia*.

²⁹ MACARIO, F., *Finalità e definizioni*, en *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, *cit.*, 20; PELLECCIA, E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, *cit.*, 1257.

crisis, así como beneficiarse en todo caso del procedimiento de transacción fiscal³⁰.

7. El órgano de composición de la crisis

En la presentación de la solicitud de admisión a uno de los procedimientos de composición de la crisis, el deudor debe necesariamente hacerse asistir por un OCC, a quien la ley le reserva un conjunto de funciones que deben desempeñar a lo largo de todo el proceso de composición de la crisis³¹. El OCC, de hecho, se puede definir como el motor de todos los procedimientos de sobreendeudamiento, ya que ayuda no sólo al deudor en la preparación de la propuesta o plan, sino también a los acreedores y al juez del procedimiento³².

La designación del organismo, ante el silencio de la ley, se cree que corresponde exclusivamente al deudor, como lo confirma, por un lado, la previsión del nombramiento judicial, a petición de parte, del profesional o de la sociedad entre profesionales o de un notario en virtud del art. 15, co. 9, y, por otro lado, la afinidad de funciones con el profesional fedatario designado por el deudor en el *concordato preventivo* ex art. 161, LF, en los acuerdos de reestructuración de deudas ex art. 182-*bis*, LF. Y en los planes del art. 67, letra. d), LF³³.

Pueden convertirse en OCC los entes públicos y privados³⁴ que reúnan los requisitos de independencia, profesionalidad y adecuación patrimonial, valorados en base al d.m. 202/2014, promulgado casi tres años después de la fecha inicialmente programada³⁵.

Los órganos se han de inscribir en el registro llevado por el Ministerio de Justicia. Pueden inscribirse de derecho en el registro, previa solicitud, los órganos de conciliación constituidos por las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura, la secretaria social, las asociaciones profesionales de abogados, censores jurados de cuentas, expertos contables y notarios.

Los deberes y las funciones asignadas al OCC también pueden ser realizadas por un notario, por un profesional o por una sociedad de profesionales, pero que estén en posesión de los requisitos del art. 28, LF. En este caso, sin embargo, la designación la hace el Presi-

³⁰ Cfr. FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, cit., 564. Para un estudio más a fondo vid. CAIAFA, A., *La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 153 ss.

³¹ Sobre el OCC, vid., *amplius*, en este volumen, DEL LINZ, M., *Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano*, *infra*, que analiza los requisitos y las modalidades de inscripción al OCC, ex d.m. 202/2014, en cumplimiento del art. 15, co. 3, l. 3/2012. [Para los lineamientos generales de la organización y función del OCC entre luces y sombras, vid. CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità del piano nella procedura da sovraindebitamento civile*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 235 ss. Y también,] CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale. Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, vol. 3, Torino, 2014, 473; FARINA, M., *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit., 290 ss.; FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, cit., 583; PELLECCIA, E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 1257; PANZANI, L., *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, en www.ilfallimentarista.it, 12.12.2012, 28.

³² CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità del piano nella procedura da sovraindebitamento civile*, cit., esp. 238 ss.; PANZANI, L., *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, cit., 28.

³³ Vid. FARINA, M., *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit., 290 ss., que, criticando el debilitamiento de la connotación pública del OCC, da por descontada la elección del órgano por parte del deudor.

³⁴ Los órganos privados no se contemplaban en el texto originario de la ley. Sobre este punto, vid. *Id.*, 290 ss., que se expresa de una manera crítica sobre el debilitamiento de la connotación pública del órgano, ya que podría agravar el inherente conflicto de intereses que caracteriza su actuación.

³⁵ Vid., *amplius*, DEL LINZ, M., cit., *infra*.

dente del tribunal o el juez delegado por él, a petición del deudor que quiera tener acceso al procedimiento³⁶.

Las múltiples funciones otorgadas por la ley al OCC o al profesional nombrado por el juez han sido objeto de vivas críticas por parte de la doctrina, porque pueden dar lugar a posibles conflictos de intereses³⁷. Estas funciones, de hecho, son en abstracto reconducibles tanto al papel de asesor legal y financiero del deudor, como al de auxiliar del juez, como a la tarea de garante frente a terceros en general, y a los acreedores, en particular³⁸. En cualquier caso sus funciones se pueden resumir sintéticamente de la siguiente forma: *i)* asumir cualquier iniciativa funcional en cuanto a la elaboración y modificación del plan de reestructuración y a la ejecución del mismo; *ii)* constatar la veracidad de los datos contenidos en la propuesta y en los documentos adjuntos³⁹; *iii)* certificar la viabilidad del plan; *iv)* cumplir con la publicidad exigida; *v)* llevar a cabo las comunicaciones ordenadas por el juez; *vi)* ejercer las funciones de liquidador, cuando así lo disponga el juez; *vii)* eventualmente ejercer la función de custodia y administrador del patrimonio del deudor.

En caso de plan del consumidor, al OCC se reserva, según el art. 9, co. 3-*bis*, también la función de evaluar los méritos de la conveniencia del mismo plano respecto de la alternativa liquidatoria, función generalmente reservada a los acreedores⁴⁰.

Por último, con respecto a la remuneración de OCC, hasta la entrada en vigor del reglamento que aún tiene que ser aprobado por el Ministerio de Justicia, en caso de acuerdo o plan, el importe se fija en un 40%, de acuerdo con los parámetros previstos para los comisarios judiciales en el ámbito del procedimiento de *concordato*. Por el contrario, en el caso de liquidación de los bienes *ex art. 14-ter*, los honorarios se determinan en base a los parámetros previstos para el curador de la quiebra.

8. El acuerdo de reestructuración de las deudas, el plan del consumidor y el procedimiento de liquidación

El legislador, con la última intervención mediante la modificación de la l. 3/2012, contenida en el d.l. 179/2012, convertido en l. 221/2012, esboza tres procedimientos distintos para la composición de la crisis del sobreendeudamiento: el acuerdo de reestructuración de las deudas, el plan de los consumidores y la liquidación de todos los bienes.

El acuerdo de reestructuración de las deudas por sobreendeudamiento es aquel procedimiento que puede proponer el deudor, incluidas las personas físicas, en posesión de los presupuestos señalados en el art. 6 y se concreta en una propuesta que debe incluir plazos y forma de pago de los acreedores, divididos en clases, y también debe indicar las eventuales garantías emitidas para el pago de las deudas y las operaciones para la eventual liquidación de los bienes. Se trata de un nuevo tipo de procedimiento, a medio camino entre la estructura

³⁶ El profesional así designado se equipara al OCC: *amplius*, Id. Sobre la designación judicial del profesional se señalan dos resoluciones: Trib. Vicenza, 8.7.2013; Trib. Ivrea, 21.3.2013, ambas se pueden consultar en www.ilcaso.it.

³⁷ Sobre algunas de estas críticas vid. PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*, quien atribuye al OCC una naturaleza híbrida y de doble filo, remarcando por otro lado que se trata de un órgano en una situación inevitable de conflicto de intereses.

³⁸ FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, *cit.*, 583 ss.

³⁹ En virtud del art. 15, co. 10, se prevé que para el cumplimiento de sus propias competencias, el órgano, previa autorización judicial, puede acceder a los datos contenidos en el registro fiscal, en los sistemas de información crediticia y en otras bases de datos públicas.

⁴⁰ Vid., *amplius*, en este volumen, SARCINA, A., *cit.*, *infra*.

del *concordato preventivo* del art.160, LF, y la de los acuerdos de reestructuración de las deudas del art. 182-*bis*, LF⁴¹.

Con el acuerdo, el deudor, en primer lugar, garantiza el pago regular de los créditos inembargables, de conformidad con el art. 545, cod. proc. civ., y el pago en su totalidad, aunque diferido, de los impuestos de la UE, del IVA y de los retenidos y no consignados.

El acuerdo, por otro lado, con respecto a los créditos privilegiados, con prenda o hipoteca, puede prever la posibilidad de no satisfacerlos íntegramente, siempre y cuando se asegure el pago en un grado no inferior a aquel que se pueda conseguir con lo recabado en caso de liquidación, teniendo en cuenta el valor de mercado correspondiente a los bienes sobre los que recae la causa de prelación, según atestigüen los OCC⁴².

El procedimiento también es accesible para el consumidor en estado de sobreendeudamiento, que, sin embargo, de conformidad con el art. 7, co. 1-*bis*, pueden presentar, como alternativa, un plan con los mismos elementos del acuerdo de reestructuración, pero que se diferencia de éste último en los aspectos procedimentales, ya que la formación del plan por el OCC tiene como único destinatario el juez que lo habrá de homologar, sin la necesidad del consentimiento cualificado de los acreedores. En otras palabras, el juicio de meritoriedad del deudor se remite en una primera fase al OCC que tendrá que elaborar el plan y, en un segundo momento, será el juez quien tendrá que decidir si admite o no al deudor en el procedimiento⁴³.

En cuanto al contenido de la propuesta de acuerdo o del plan del consumidor, más allá de los requisitos obligatorios especificados por el art. 7, co. 1, puede ser muy variado y diverso, de conformidad con el art. 8. El legislador, de hecho, para la reestructuración de las deudas y la satisfacción de los créditos reconoce la máxima autonomía a las partes tanto sobre la modalidad de satisfacción como en la elección de los medios concretos de satisfacción. El deudor puede acordar con sus acreedores cumplir sólo en parte la cantidad originalmente adeudada, o sólo dilatar la fecha del cumplimiento de los créditos o incluso satisfacerlos mediante la cesión de los ingresos futuros⁴⁴.

La propuesta también puede contener la previsión del ejercicio provisional de la actividad empresarial, en cuyo caso la aceptación de la propuesta por parte de los acreedores vale como aceptación del ejercicio provisional.

Aún más, la propuesta de acuerdo o del plan también puede prever la atribución del patrimonio del deudor a un gestor para la liquidación, custodia y distribución del importe recabado entre los acreedores. El gestor es nombrado por el juez y debe cumplir con los requisitos para el nombramiento exigidos en virtud del art. 28, LF, para el curador.

La amplia autonomía reconocida por el legislador al deudor en la determinación de cómo cumplir con sus deudas debe facilitar la consecución del acuerdo, aunque siempre existe el riesgo de que se convierta en una estratagema para impedir a los acreedores el ejercicio de las acciones ejecutivas que les corresponden.

Para fomentar la consecución de un acuerdo que permita la superación de la crisis el legislador ha facilitado también la obtención del consentimiento de los acreedores. En este

⁴¹ Id.

⁴² Cabe destacar que, de conformidad con el art. 8, últ. co., l. 3/2012, «*la propuesta de acuerdo con continuación de la actividad empresarial y el plan del consumidor pueden prever una espera de hasta un año desde la homologación para el pago de los acreedores privilegiados, con prenda o hipoteca, a menos que se contemple la liquidación de los bienes o derechos sobre los que subsista la causa de la prelación*».

⁴³ Id.

⁴⁴ Id.

sentido, se reconoce en el art. 11, l. 3/2012, el principio del consentimiento tácito, en virtud del cual los acreedores que no hayan expresado su consentimiento a la propuesta de acuerdo dentro de los diez días previos a la audiencia fijada para su homologación se entiende que consienten en los términos en que la propuesta haya sido comunicada⁴⁵. De esta manera, el legislador ha querido superar la previsible falta de interés de los acreedores en el rescate del sujeto sobreendeudado.

El quórum de consentimientos suficiente para la homologación del acuerdo se ha reducido a 60% de los acreedores, mientras que en el texto anteriormente vigente era del 70%⁴⁶.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la presentación de una propuesta de acuerdo, el contenido del plan del consumidor ha de ser evaluado y homologado por el Tribunal, el cual, para tomar una decisión al respecto, tendrá en cuenta también el informe detallado elaborado por el OCC y adjunto a la solicitud conforme a los arts. 14-ter, co. 3; 15, co. 6.

Este informe contiene una evaluación realizada por el OCC sobre el comportamiento pasado del consumidor y la opinión sobre la exhaustividad y fiabilidad de la documentación presentada acompañando a la propuesta, así como un pronóstico sobre la viabilidad y conveniencia del plan en relación a la liquidación alternativa.

El legislador, por lo tanto, en presencia de un plan del consumidor sustituye el consentimiento cualificado de los acreedores por el juicio del tribunal sobre la oportunidad del plan, teniendo en cuenta tres criterios: viabilidad, ausencia de actos en fraude de los acreedores y falta de culpa del consumidor en la determinación de la situación de sobreendeudamiento⁴⁷.

El d.l. 179/2012 ha previsto un instrumento adicional para la satisfacción de los acreedores del sujeto que no puede acceder a la quiebra: el procedimiento de liquidación del patrimonio recogido en los arts. 14-ter y ss., l. 3/2012⁴⁸.

Este procedimiento puede ser activado voluntariamente por el deudor, como alternativa a la propuesta de acuerdo o al plan del consumidor. Además, también puede ser originado por la solicitud por parte del deudor o de alguno de los acreedores de la conversión de alguno de los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento ya en curso, en los casos de cese de los efectos del acuerdo o del plan homologado previstos en el art. 14-quater⁴⁹, o

⁴⁵ En la nueva redacción de la ley, a la luz de la introducción del principio del silencio como consentimiento tácito, ya no está prevista la obligación de pago regular de los acreedores ajenos al acuerdo, que fue consagrado expresamente en el art. 3, co. 4, d.l. 212/2011.

⁴⁶ TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, cit., 34, quien señala que las novedades de 2012 además de rebajar el umbral de acreedores necesario para la aprobación, hacen continuas referencias al procedimiento de *concordato preventivo*, destacando así la naturaleza híbrida de aquel particular procedimiento. En la misma línea, en este volumen, SARCINA, A., cit., *infra*.

⁴⁷ PERRINO, A.M., cit., *infra*, quien recalca que, en el plan del consumidor, el juez es el único árbitro de la legalidad, viabilidad y oportunidad, creando la sensación que la función judicial está destinada a usurpar, con un toque de paternalismo itálico, la prerrogativa de la autonomía negocial. Sobre este punto vid. también SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 142 ss., según el cual el plan del consumidor, en lugar del protagonismo de la autonomía negocial, se presenta como un acto unilateral.

⁴⁸ Se ha observado que el procedimiento de liquidación de los art. 14-ter y ss., a pesar de las aparentes similitudes con la disciplina de la legislación alemana contenida en la *Insolvenzordnung*/1994, sustancialmente es diferente, ya que no sigue a la liquidación concursal de los bienes del deudor. Para más información sobre este punto, vid. PERRINO, A.M., cit., *infra*.

⁴⁹ La conversión en procedimiento de liquidación está prevista «en los casos de anulación del acuerdo o de cese de los efectos de la homologación del plan del consumidor en el sentido del art. 14-bis, co. 2, letra a). La conversión también se contempla en los casos de los arts. 11, co. 5; 14-bis, co. 1, así como de resolución del acuerdo o de cese de los efectos de la homologación del plan del consumidor según el art. 14-bis, co. 2, letra b), donde se establecen las causas imputables al deudor».

puede ser iniciado de oficio, a modo de sanción⁵⁰.

La estructura del procedimiento de liquidación sigue en gran medida la del procedimiento de quiebra y se caracteriza por los siguientes elementos: *i*) desapoderamiento del deudor; *ii*) delimitación del pasivo por el tribunal en base a las solicitudes de admisión formuladas por los acreedores de conformidad con el art. 14-*septies*⁵¹; *iii*) liquidación del patrimonio por parte de un órgano del procedimiento, el mismo OCC, designado por el tribunal, que preparará un posible plan de liquidación en base al valor de los bienes inventariados de conformidad con el art. 14-*sexies*⁵².

El procedimiento permanece abierto hasta la finalización del plan de liquidación y, en todo caso, al menos durante cuatro años a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al procedimiento según el art. 14-*novies*, últ. co., en un claro intento de evitar que el deudor realice conductas oportunistas dirigidas a eludir en poco tiempo sus obligaciones devolviendo a los acreedores su propio patrimonio, independientemente de su consistencia.

En el patrimonio a liquidar, en virtud del art. 14-*undecies*, se incluirán las deudas y los créditos sobrevenidos en los cuatro años siguientes a la presentación de la solicitud de acceso al procedimiento de liquidación, menos aquel pasivo en el que se haya incurrido para adquirir y conservar los bienes mismos. Por el contrario, de conformidad con el art. 14-*ter*, co. 6, se excluirán: *i*) los créditos inembargables según el art. 545, cod. proc. civ.; *ii*) los créditos que tengan carácter de alimenticios y de subsistencia, los sueldos, pensiones, salarios y los que el deudor gane con su actividad, hasta el límite de lo que sea necesario para mantenerse a sí mismo y a su familia, según haya indicado el tribunal; *iii*) los frutos derivados del usufructo legal sobre los bienes de los hijos, los bienes constituidos en fondo patrimonial y los frutos de estos, excepto lo dispuesto por el art. 170, cod. civ.; *iv*) las cosas que no puedan ser embargadas por disposición legal.

9. La exoneración del deudor

La disciplina concerniente al procedimiento de liquidación presenta en el art. 14-*terdecies*, l. 3/2012, la importante novedad de la exoneración de las deudas concursales no satisfechas al final de la liquidación del patrimonio del deudor, a través de una declaración de inexigibilidad por parte del juez⁵³.

En otras palabras, el legislador, con espíritu de recompensa, ha reconocido al deudor

⁵⁰ El procedimiento de liquidación se caracteriza por un doble espíritu, ya que es visto por un lado como un beneficio destinado únicamente al deudor que se lo merezca y por otro como una sanción en caso de cese patológico de los efectos del acuerdo para la composición de la crisis o del plan del consumidor. Pero para tratar de dar sentido a esta ambivalencia funcional debemos interrogarnos sobre cuál es el elemento de recompensa que caracteriza al procedimiento de liquidación voluntaria respecto del coercitivo. La respuesta parecería consistir en la expectativa de la exoneración prevista en el art. 14-*terdecies*, que exige que el deudor con su comportamiento sea digno de ese beneficio. Sin embargo, se ha señalado que este elemento no es decisivo, ya que la exoneración beneficia sólo a las personas físicas, mientras que las otras categorías de deudores quedan excluidas *ex lege*.

⁵¹ Cabe observar, conforme al art. 14-*octies*, que el liquidador procede a la formación del pasivo con plena autonomía, quedando la intervención del juez circunscrita sólo a aquellos casos de reclamaciones formuladas por los acreedores que no deben ser atendidas directamente por el liquidador.

⁵² FARINA, M., *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit., 288 ss.

⁵³ Esta institución es bien conocida en el ámbito del concurso, donde encuentra un régimen específico en los arts. 142 ss., LF. Sobre este punto, vid., p.e., PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, cit. 90 ss.; SARCINA, A., cit., *infra*; FRASCAROLI SANTI, E., *Procedimenti di composizione della crisi*, cit., 581.

que haya puesto a disposición de los acreedores todo su patrimonio un *fresh start*, siempre y cuando el deudor sea una persona física.

El legislador, en perfecta armonía con la exoneración del concurso, y nuevamente pensando en términos de recompensa, ha excluido de este beneficio a aquellos que no hubiesen cooperado activamente en la solución de su estado de crisis por sobreendeudamiento, hubiesen agravado, o hubiesen cooperado para agravar el propio estado de inestabilidad con una conducta poco previsor, o hubiesen realizado actos de desviación o pagos preferenciales.

Por otra parte, el legislador ha introducido en el art. 14-*terdecies*, co. 1, letra e), l. 3/2012, un insólito juicio de meritoriedad que subordina el beneficio de la exoneración a la circunstancia que el deudor haya desarrollado, en los cuatro años establecidos por el art. 14-*undecies*, una actividad productiva adecuada en relación a la propia competencia y a la situación de mercado o, en cualquier caso, haya buscado trabajo y no haya rechazado, sin causa justificada, ofertas de empleo⁵⁴.

⁵⁴ PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, cit., 90 ss.

Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento

SUMARIO: 1. Introducción: ámbito de aplicación. - 1.1. El presupuesto objetivo. - 1.2. El presupuesto subjetivo: el empresario agrícola. - 2. El consumidor y el profesional. - 3. El socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas.

1. Introducción: ámbito de aplicación

La incorporación de la composición de la crisis por sobreendeudamiento, que ha tenido lugar con la l. 3/2012, colma, en Italia, un vacío normativo originado por la proliferación a partir del d.l. 35/2005 de instrumentos de solución de la crisis que no obstante resultan de forma indiscutible no aplicables a los no empresarios ni a los empresarios no sujetos al procedimiento concursal¹.

La elección legislativa ha sido la de permitir, partiendo del ejemplo de la experiencia de otros países² también a los sujetos no concursables, el acceso a los procedimientos de composición de crisis con efectos de desendeudamiento que les pusiesen a salvo de ulteriores acciones por parte de los acreedores una vez que su patrimonio hubiese sido utilizado para la satisfacción incluso parcial de las deudas³.

¹ En este sentido, tanto en el contexto comunitario como el referido al ordenamiento jurídico italiano, SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 123 ss. La necesidad de introducir en Italia una normativa similar a aquella ya introducida por la ley concursal para regular la insolvencia de los deudores civiles estaba ya, por ejemplo, observada por CASTAGNOLA, A., *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, en AGE, II, 2004, 243.

² Vid., por ejemplo, EEUU, *Bankruptcy Code, Chapter 7, U.S. Code, Chapters 7, 11, 12, 13*; en Francia, la Ley 1010/1989; *Code de la Consommation*, art. 330-1; en Alemania, la *Insolvenzordnung* § 305/1994: *amplius*, en este volumen, SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso*, *infra*; PERRINO, A.M., *Crisis del crédito y sobreendeudamiento: ineficiencias y responsabilidad*, *infra*.

³ Los primeros signos recientes de apertura del legislador nacional a la problemática inherente al desendeudamiento de los sujetos no comprendidos en el círculo de los concursables habían ya aparecido con el d.l. 98/2011, que aplicaba el art. 182-*bis*, LF (acuerdos de reestructuración de deudas) también en el ámbito de los empresarios agrícolas, pero permanecía, evidentemente, la exigencia de hacer operativo en todos los ámbitos ese concepto de *discharge* que circulaba en la escuela del derecho de toda Europa y al otro lado del Atlántico. Sobre este punto, *amplius*, CALAFA, A., *La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 153 ss.

En España sin embargo se mantiene firme el principio de la unidad de la disciplina concursal, aplicable tanto para los empresarios como para los consumidores, a pesar de que el RDL 1/2015 introduzca procedimientos simplificados de desendeudamiento aplicables específicamente a los consumidores y a las familias: *amplius*, en este volumen, MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso*, *ante*. Con referencia al sistema español, *de iure condito* y *de iure condendo*, entre otros: CORDÓN MORENO, F., *Inexistencia en España de normas concursales específicas para los consumidores*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 99 ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Las soluciones negociadas al sobreendeudamiento de la persona física en España*, *ivi*, 269 ss.; ZUBIRI DE SALINAS, M., *La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España*, *ivi*, 349 ss.; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale e spagnolo*

La exigencia de regulación de la crisis del deudor sobreendeudado era sentida de manera evidente desde tiempos antiguos: en la *Constitución de los Atenieses*, Aristóteles refiere que Solón adoptó medidas para cancelar las deudas de los pequeños productores agrícolas para evitar que quedasen reducidos a la esclavitud y vendidos y para lograr su reinserción en la vida civil⁴; también Julio César advertía, en el 49 a.C., la necesidad de introducir una disciplina del sobreendeudamiento que permitiese a los deudores liberarse de sus deudas ofreciendo a los propios acreedores el valor de realización de sus bienes; disciplina que se justificaba no solo para evitar al deudor el estado de esclavitud por deudas, sino también para evitar que el deudor sufriese la devaluación del valor de realización de su propio patrimonio, a causa de la Guerra Civil que había causado una fuerte devaluación del patrimonio inmobiliario; la solución elegida fue que el deudor ofreciese los propios bienes a los acreedores al valor corriente de la época precedente al inicio de la Guerra Civil, estimado por un colegio de árbitros, y no a aquel corriente al momento de la oferta *solutionis causa*⁵ (Caes., *Bello civ.*, III, 1). En efecto, César adoptó este procedimiento *ad timorem novarum tabularum tollendum minuendumve quae fere bella et civiles dissensiones sequi consuevit et ad debitorum tuendam extimationem* (*Bello civ.*, III, 1).

Se encuentra ya así delineado, en el procedimiento cesariano, los perfiles aparentemente contradictorios de toda disciplina del sobreendeudamiento, esto es, la protección del deudor y la composición y tutela de la situación acreedora en su conjunto, unida a la preocupación de evitar la depreciación de la garantía patrimonial de los acreedores, y además la presencia de un tercer órgano que supervisa la composición de la crisis.

La referencia a la solución cesariana es también útil para comprender como el sobreendeudamiento ha estado históricamente considerado en términos de desequilibrio patrimonial del deudor; solución que tal vez sería justificable en la lógica de una economía estática y principalmente agraria como era la romana, pero no puede ser así cuando los llamados a beneficiarse no son solo los deudores que no ejercen una actividad económica sino también empresarios o profesionales, como sucede en la modalidad prevista en el derecho italiano.

1.1. *El presupuesto objetivo*

De esta diversidad de planteamiento es evidentemente tributario el art. 6, co. 2, l. 3/2012, *succ. mod. integr.*, que define el sobreendeudamiento⁶ como el continuo desequilibrio entre

a confronto, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 85 ss.

⁴ Aristoteles, *Costituzione degli Ateniesi*, Bologna, 1999, § 6.

⁵ CANFORA, L., *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, Bari, 1999, 320; BOCCHIOLA, M. - SARTORI, M., *L'inverno della Repubblica*, Milano, 2012, 93 ss.; GOLSWORTHY, A., *Caesar*, London, 2006, 582.

⁶ Para un análisis eficaz de la noción de sobreendeudamiento, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., y esp., TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, 29 ss.; PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, 61 ss. y esp. 77 ss.; GRIPPA C., *Sullo stato di insolvenza civile vs. Insolvenza commerciale*, 343 ss. Vid. también, MODICA, L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, donde se subraya como la noción de sobreendeudamiento comprende la totalidad del ámbito relativo a los derechos civiles «desde la consideración de la capacidad de endeudamiento como variable a apreciar preventivamente –pero una valoración meramente cuantitativa y calibrada *hic et nunc*– hasta la fase más dramática en la cual el acreedor o acreedores hayan ya accionado los instrumentos que les son concedidos para la satisfacción coactiva de sus propias pretensiones». Esto no obstante, PANZANI, L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, en www.treccani.it/magazine/diritto, 9, para quien la noción de sobreendeudamiento es «nueva, pero no demasiado», desde el momento en que el legislador establece una jurisprudencia en el tema de la

las obligaciones asumidas y el patrimonio fácilmente liquidable para hacerlas frente, o la definitiva incapacidad del deudor para cumplir regularmente las propias obligaciones⁷.

El actual planteamiento es probablemente tributario de los antecedentes comunitarios y precisamente de una Recomendación (CM/Rec (2007)8) que define el sobreendeudamiento como «una situación en la cual las deudas de un individuo o de una familia manifestamente y por un largo periodo, exceden la capacidad de pago»; e, incluso, se puede recuperar una pista en un documento de la Comisión Europea, que define el sobreendeudamiento como «una situación de temporal o permanente desequilibrio, en el patrimonio de la familia, resultante de un esperado o inesperado incremento de los gastos, o viceversa, de la disminución del crédito de la familia»⁸.

En la formulación recibida del d.l. 179/2012, la utilización de la conjunción “o” deja imaginar que los dos supuestos son autónomos y asumen cada uno de ellos su propia relevancia⁹. La dicotomía que deriva de la escisión de la noción de sobreendeudamiento determinada por la disyuntiva “o” evidenciaría la *intentio legis* de hacer alternativos, y no coexistentes, los dos aspectos de la crisis que permiten acceder al régimen jurídico introducido por el reformado art. 6, l. 3/2012: el patrimonio denota un trato puramente estático de la crisis, en contraposición a su lado dinámico, expresado claramente en la expresión “fácilmente liquidable” que es indicativa de una terminología propiamente financiera.

La referencia a la capacidad de cumplir regularmente las propias obligaciones es evidentemente prestada por el art. 5, co. 2, LF¹⁰, del cual se diferencia al menos en dos aspectos:

sociedad inactiva (cfr. Cass., 14.10.2009, n. 21834).

⁷ El texto ha sido reformado por el d.l. 179/2012, convertido en l. 221/2012 (en GU, 18.12.2012, n. 294). El texto del d.l. 179/2012 había modificado el art. 6, co. 2, l. 3/2012, con la sustitución de la conjunción “no solamente” por la conjunción disyuntiva “o”. De modo que si el texto introducido por la l. 3/2012 construía el supuesto como una hendíasis, la reforma introducida por el d.l. 179/2012, convertido en l. 221/2012, califica el supuesto en términos de yuxtaposición; cuestión de poca importancia desde el punto de vista interpretativo.

Si esta intuición es correcta, es necesario en consecuencia afirmar que las nociones son en realidad dos, en cuanto que una hace referencia a la definitiva incapacidad del deudor para cumplir regularmente las propias obligaciones; la otra, a su vez, invoca el desequilibrio continuo entre las obligaciones asumidas y el patrimonio fácilmente liquidable: *amplius*, GIANNELLI, G., *Ambito di applicabilità della procedura di sovraindebitamento*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 114 ss. Sobre la idea de que la normativa en examen se caracteriza por la presencia de elementos propios de los acuerdos de reestructuración de deuda, regulados por el art. 182-bis, LF, y otros aspectos típicos del *concordato preventivo*, SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, op. cit., esp. 140 (nt. 82); GUIOTTO, A., *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *Fallimento*, 2012, 21 ss.

⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Toward a common operational European Definition of Over-indebtedness*, Directorate general for Employment, Social affair and equal opportunities, February 2008, Bruxelles, 33 ss.

⁹ Así, en particular, SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, op. cit., esp. 140 (nt. 82); FERRI JR., G., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell’impresa in crisi*, en (AA.VV.), *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, 60 ss.; 52 y 54 (*Manuale Breve*); LO CASCIO, G., *L’ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, en *Fallimento*, 2013, 821 ss.; PACILEO, F., *Ancora sullo “stato di insolvenza”. Appunti sull’art. 5 l. fallim. e spunti sulla nozione di “sovraindebitamento” di cui alla l. n. 3/20012*, nt. a Cass., 17.2.2012, n. 2351, en *Dir. fall.*, II, 2013, 43 ss.; PIEPOLI, G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, en *BBTC*, 1, 2013, 38 ss.; VATTERMOLI, D., *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, en *Dir. fall.*, I, 2013, 763 ss.; VALENSISE, P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 107 ss.

¹⁰ SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, op. cit., 138 (nt. 67, esp. sobre la diferencia entre el estado de insolvencia civil comparado al estado de insolvencia empresarial). Sobre el tema, observa, en efecto, PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell’ordinamento italiano*, cit., que el legislador italiano ha permanecido estancado en una elección dual: por un lado, el régimen de la insolvencia mercantil, por otro aquel de la insolvencia civil/sobreendeudamiento. En los procedimientos para la crisis –si bien, el tipo, o la entidad

el primero se relaciona con el adjetivo “definitivo”, referido a la incapacidad para cumplir las propias obligaciones; el segundo alude al objeto de tal incapacidad, que concierne al *cumplimiento* de las obligaciones y no a la *satisfacción* de las mismas.

Resulta realmente difícil explicar tales diferencias en términos de una simple cuestión de estilo o de *lapsus calami*; lo es sobretudo por la referencia a la definitiva incapacidad que parece evocar términos de irreversibilidad que, realmente, no son expresamente mencionados en el art. 5, LF; lo que nos lleva a una conclusión aparentemente absurda, esto es, que la involvencia asumida por el art. 5, LF, como presupuesto objetivo para la sujeción al concurso del empresario podría ser una hipótesis de crisis (en sentido amplio) menos grave respecto a la incapacidad del insolvente civil o del deudor no concursable, para la cual se requiere precisamente el carácter definitivo; tal intuición puede ser desmentida por la referencia, contenida en el art. 5, LF, al adverbio “más” que absorbe efectivamente el mismo significado que el adverbio “definitivamente” usado a su vez en el art. 6, co. 2, letra a), l. 3/2012, *succ. mod. integr.*; en otras palabras, los dos adverbios aluden ambos a una situación definitiva e irreversible de la incapacidad de cumplir las propias obligaciones.

Una diversa lectura es, pues, posible y realza en la disciplina del sobreendeudamiento *civile* el carácter definitivo que, a su vez, no está expresamente utilizado por el art. 5, LF.

Se exige, entonces, un estudio de las posibles razones que han llevado al legislador a una formulación diversa, razones que pueden ser trazadas en dos consideraciones diversas: la primera es que la regulación de la insolvencia *mercantil* no es más definitiva por elección legislativa, dejando abierto el camino a formas de reorganización de la empresa y reestructuración de la crisis también después de la declaración de concurso, que no excluye la recuperación del valor empresarial y, lo que es más importante, a formas de continuar la actividad de la empresa¹¹; basta pensar en la disciplina del convenio preventivo, introducida por el d.l. 35/2005, convertido en l. 80/2005 y después sucesivamente reformado hasta el denominado *Decreto sviluppo*, también para la empresa insolvente o en estado de crisis irreversible –presupuesto objetivo que está comprendido pero que no agota el concepto de *empresa en crisis* del art. 160, ult. co., LF, en el texto reformado– no excluye formas de recuperación de la continuidad empresarial (arts. 182-*quinquies*, co. 4; 186-*bis*, LF) ni tampoco la disciplina del ejercicio provisional pendiente de concurso (art. 104, LF) o a la posibilidad de concluir contratos de arrendamiento de empresa (art. 104-*bis*, LF) o de proseguir los contratos en curso de ejecución (arts. 72 ss., LF), donde no se duda que una continuación de la actividad, al menos en sentido objetivo, todavía existe; pero esta es una hipótesis de trabajo que puede ser solo insinuada, en la disciplina del sobreendeudamiento civil donde los instrumentos de ordenación previstos son tendencialmente de tipo liquidatorio (a excepción del plan de continuación de la actividad de la empresa, previsto por el art. 7, l. 3/2012) y aparentemente excluye, al menos para los no empresarios, formas de reestructuración de la deuda basadas en la continuación de la actividad económica; de manera que esto que puede no ser definitivo para el empresario, seguramente tampoco lo sea para el no empresario.

Esta explicación, por otro lado, encuentra confirmación en el verbo “cumplir” utilizado por el novedoso art. 6, letra a), l. 3/2012, *succ. mod. integr.*, en lugar de “satisfacer”; en el

fuesen de cualidad diversa– proliferan, abandonando una vez más los intentos, que tienen lugar en los trabajos de reforma, de reducirlo a unidad.

¹¹ Desde la perspectiva española, sobre la vecina y derivada noción de *insolvencia inminente* (en cuanto no actual pero previsible), BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada*, en (AA. Vv.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 85 ss.

sentido de que no solo las acepciones utilizadas pueden referirse a diversas modalidades de extinción de las obligaciones puesto que la satisfacción puede abrazar un abanico de hipótesis diversas del cumplimiento, pero también en el sentido de que *cumplimiento* es la noción civilística que se corresponde a una disciplina de la insolvencia civil; mientras que *satisfacción* alude a las formas de extinción de las obligaciones realizadas (puede parecer un juego de palabras) más allá del momento de la satisfacción en sentido estricto y que reenvía a una actividad destinada a persistir en el tiempo y a generar flujos de caja con los cuales *satisfacer* a los acreedores; esto es a un concepto que alude necesariamente al ejercicio de una actividad empresarial, más que a un acto singular de cumplimiento¹².

Si esta idea fuese correcta se explicaría entonces porqué el legislador ha decidido utilizar en el art. 6, l. 3/2012, términos civilísticos a los que la legislación concursal realmente no se ha habituado; y se explica también porqué el art. 8, l. 3/2012 utiliza el término “satisfacción” para el pago de los acreedores en ejecución de un plan destinado a articularse en el tiempo; de manera que la definitiva incapacidad para cumplir evoca un concepto de insolvencia civil (y como tal quedaría contrapuesta sea a la incapacidad para satisfacer las propias obligaciones dictadas por el art. 5, LF, sea al desequilibrio permanente previsto por el art. 6, co. 3, l. 3/2012).

En la misma línea se situarían aquellas opiniones que consideran que los dos supuestos dictados por el art. 6, l. 3/2012, *succ. mod. integr.*, se mueven sobre dos planos diversos, uno de insolvencia civil (caraterizado por la definitiva incapacidad de cumplir las propias obligaciones y, por tanto, por un desequilibrio patrimonial entre activo y pasivo) y otro de insolvencia mercantil, caracterizado por el desequilibrio financiero¹³.

Y sin embargo, es cierto que con la noción de desequilibrio permanente, el art. 6, l. 3/2012, parece aludir a dos supuestos diversos que evocan una especie de crisis, no se sabe si conscientemente; puesto que parece que se quieren acumular dos conceptos diversos, uno de ellos referido al desequilibrio patrimonial, evocado por la contraposición entre las obligaciones asumidas y el patrimonio, y otro al desequilibrio financiero, evocado exactamente por la característica de la inmediata liquidez del patrimonio¹⁴.

Inmediata liquidez que a su vez puede referirse tanto al objeto de los bienes que componen el patrimonio esto es a su negociabilidad (por ejemplo un inmueble industrial puede ser liquidable con menor facilidad que una inversión en acciones), o bien al *status* jurídico de negociación (un depósito en títulos con vencimiento se liquida menos fácilmente que acciones cotizadas en bolsa; un inmueble que ya ha sido objeto de una venta preliminar es más fácilmente liquidable que un inmueble objeto de embargo o pignoración o una *res litigiosa* objeto, por ejemplo, de un juicio de partición de herencia y semejantes), o bien al mercado de referencia en el cual los bienes en cuestión se encuentran.

¹² GIANNELLI, G., *Ambito di applicabilità*, cit., 116.

¹³ Un *input* interpretativo podría ser proporcionado por el informe explicativo del d.d.l. 3533/2012, posteriormente convertido en el d.l. 179/2012, que aclara como el descenso del porcentaje de los créditos necesarios para homologar el acuerdo entre los deducidos no consumidores y los acreedores del setenta por ciento al sesenta por ciento sea una clara manifestación de la voluntad del reformador de llevar la normativa aquí en examen hacia ordenamiento alemán en materia de insolvencia civil. Sobre la caracterización “civil”, más que “mercantil” del estado de la insolvencia a la luz de las recientes intervenciones legislativas, vid. GRIPPA, C., *Sullo stato di insolvenza civile vs. insolvenza commerciale*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 343 ss.

¹⁴ Sobre las diversas perspectivas relativas a las condiciones de desequilibrio permanente, *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit. Sobre el tema, también vid. CONDINO, O., *Il sovrindebitamento del consumatore*, en *Il diritto degli affari*, 25.2.2013; PACILEO, F., *Ancora sullo “stato di insolvenza”*, cit.

Incluso la lectura de la primera parte del art. 6, letra a), l. 3/2012, en términos de desequilibrio financiero no parece del todo congruente: en efecto *i)* las obligaciones contraídas son asumidas como parámetro de referencia con independencia de que hayan vencido o no, *ii)* es decir, parece que nos encontramos frente a una suerte de actualización del desequilibrio patrimonial en el que se asume que todas las obligaciones han vencido (o que se ha verificado el vencimiento de la deuda por el beneficio del término *ex art.* 1186, cod. civ.).

En todo caso, en el texto definitivo de la ley [l. 3/2012], el desequilibrio permanente es considerado como aquel que «*determina la dificultad significativa de cumplir las propias obligaciones*» y se contrapone a la definitiva incapacidad de cumplirlas; de manera que el continuo desequilibrio se contrapone a la definitiva incapacidad de cumplir las propias obligaciones no solo desde un punto de vista cualitativo sino también desde un punto de vista cualitativo; puesto que las dificultades significativas para cumplir las propias obligaciones presuponen un nivel de gravedad y de irreversibilidad del endeudamiento inferior respecto a la definitiva incapacidad para cumplir¹⁵; en un proceso, esto es, de progresiva agravación de la crisis de sobreendeudamiento que no solo permite señalar la diferencia con la crisis de la empresa (aunque no necesariamente mercantil) respecto a la crisis de quien no es empresario, sino también de ampliar el ámbito de aplicación de la disciplina en examen a aquellos supuestos en los que la crisis, aunque *relevante*, ha devenido ya irreversible y, por esto mismo, definitiva, evitando así el efecto preclusivo que anteriormente había temido y que el legislador ha querido exorcizar prudentemente.

No solo eso, sino que también se explica ahora porqué, mientras la incapacidad de cumplir es condición determinante del sobreendeudamiento, el art. 8, l. 3/2012 utiliza el término satisfacción para la regulación (también parcial) de los créditos en ejecución de un plan destinado a articularse con el tiempo; de manera que la definitiva incapacidad para cumplir se evoca en la noción de insolvencia civil como el momento de aparición de la crisis (y como tal se contrapone a la incapacidad para satisfacer las propias obligaciones, dictada por el art. 5, LF, así como al desequilibrio permanente previsto por el art. 6, co. 3, l. 3/2012) mientras la satisfacción (que es diversa del cumplimiento) se refiere al momento (programático) de composición de la crisis¹⁶.

1.2. *El presupuesto subjetivo: el empresario agrícola*

El carácter polisémico de la noción de sobreendeudamiento se corresponde con la pluralidad de sujetos potencialmente beneficiarios; tanto porque el concepto de crisis de sobreendeudamiento hace referencia a una noción de crisis financiera más ajustada para los profesionales y los empresarios que producen flujos de caja, como a una noción de desequilibrio patrimonial que mejor se adapta a quienes no producen rentas importantes sino que tienen un patrimonio insuficiente para hacer frente a las obligaciones contraídas. El legislador ha querido, por tanto, acumular todos los sujetos que no tenían acceso a los procedimientos de

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Para ulteriores consideraciones, cfr. FABIANI, M., *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), *cit.*, 6, donde se evidencia, con referencia a la disciplina en su versión original, la anomalía del sistema para-concursal dispuesto por el legislador con la finalidad de recabar el consentimiento de los acreedores en un procedimiento en el cual se decía que estaba fundamentado «en llegar a un acuerdo con un porcentaje cualificado de una clase de acreedores, pero sin ninguna coacción de los derechos de crédito de todos aquellos que no participan en el acuerdo», por lo tanto, muy similar a los acuerdos de reestructuración.

composición de las crisis de empresa, esto es: *i)* los empresarios no concursables porque no quedan sometidos a lo dispuesto por el art. 1, LF; *ii)* los empresarios no concursables porque no ejercitan una actividad mercantil, por tanto, los empresarios agrícolas; *iii)* las empresas expresamente declaradas no concursables porque disfrutan de una exención específica, como las *start-up* innovadoras, en el sentido del art. 31, d.l. 179/2012; *iv)* los profesionales; *v)* otros insolventes civiles no mercantiles, las asociaciones y las fundaciones que no ejercitan una actividad de empresa; *vi)* los socios de sociedades no sujetas a concurso (por ejemplo la sociedad agrícola de personas) y los socios sujetos a concurso *ex art.* 147, LF, pero que no han de beneficiarse por deudas propias de los efectos del procedimiento de acuerdo preventivo (art. 184, LF)¹⁷.

La categoría del empresario agrícola aparentemente no presenta grandes problemas definitivos, si no fuera por el que supone la legitimación¹⁸ para acceder a los acuerdos de reestructuración previstos por el art. 7, co. 2-*bis*, l. 3/2012 [modificado por la l. 221/2012] o más bien por los acuerdos de reestructuración de la deuda, previstos por el art. 182-*bis*, LF¹⁹, como se recuerda por el art. 23, co. 43, d.l. 98/2011; problema que se resuelve en todo caso a la luz de un *favor* legislativo para la figura del empresario agrícola, cuya legitimidad constitucional ha estado recientemente reiterada, aunque tenga lugar la inadmisibilidad de la cuestión, por el Tribunal Constitucional²⁰. Siendo este el problema evocado, que en esta sede solo puede mencionarse, refleja bien la posibilidad, expresamente prevista para el empresario

¹⁷ El d.l. 179/2012, en los arts. 25 ss., disciplina la categoría de las nuevas empresas innovadoras (también las *start up* innovadoras), que, en cuanto no concursables, pueden usar la ley, esto es: «*societades de capitales, constituidas también en forma cooperativa, según el derecho italiano o bien Societas Europaea, cuyas acciones o cuotas no están negociadas en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación*» (art. 25, co. 2, d.l. 179/2012 ya l. 221/2012); por otra parte, el sistema de prerequisites necesarios para que una realidad empresarial para ser calificada como *start up* ha sido recientemente revisado por el d.l. 76/2013 por el que «*las intervenciones urgentes para la promoción de la ocupación, en particular, juvenil, de la cohesión social así como en relación al impuesto sobre el valor añadido*», que, *inter alia*, ha contribuido a hacer menos restrictivos los criterios de cualificación del supuesto en examen (y si se piensa en la eliminación de los vínculos anteriormente impuestos a los equipos societarios de las empresas innovadoras). [Vid., *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit.]

¹⁸ Sobre la extensión del concepto de empresario agrícola aplicable al derecho concursal, PORTALE, G.B., *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, en *Il nuovo diritto fallimentare*, Olivieri - Piscitello (coord.), Napoli, 2007, 12, contestando a la falta de sujeción al procedimiento concursal del empresario agrícola, cuando este esté marcado por una organización societaria, consideradas las ventajas de las que se puede beneficiar un empresario; FERRI JR., G., *Procedure concorsuali (riforma delle)*, *profili sostanziali*, en *Treccani*, vol. XXIV, actualizado, Roma, 2006, 2, donde se observa que si bien algunas actividades son definidas agrícolas por el art. 2135, cod. civ., con el corolario de la sujeción a las normas que disciplinan la empresa agrícola, «no parece de por sí suficiente para sustraerla a la aplicación de aquellas previstas para la empresa mercantil». Para profundizar en otras cuestiones relativas a este tema, *amplius*, CAIAFA, A., *La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, cit., 153 ss.

¹⁹ NARDECCHIA, G.B., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, en *Fallimento*, 2008, 704; PRESTI, G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, en *BBTC*, 1, 2006, 16. En la jurisprudencia, *inter alia*: Trib. Udine, 22.6.2007, en *Fallimento*, 2008, 701; Trib. Milano, 23.1.2007, en *Fallimento*, 2007, 701; Trib. Bari, 21.11.2005, en *Fallimento*, 2006, 479.

Contra, siguiendo el ejemplo del art. 6, co. 1, l. 3/2012 cuando el procedimiento de sobreendeudamiento se refiere «*a las situaciones de sobreendeudamiento no sujetas, ni susceptibles de quedar sujetas a los vigentes procedimientos concursales*», y haciendo por tanto una consideración *en negativo* de los acuerdos *ex art.* 182-*bis*, LF, entre los procedimientos concursales: VALENSISE, P., sub *art.* 182-*bis*, en (AA.VV.), *La riforma della legge fallimentare*, Sandulli - Santoro (coord.), Torino, 2006, 1087 y 1107; PEZZANO, A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, en *Dir. fall.*, II, 2006, 678 ss.; VERNA, G., *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis della legge fallimentare*, en *Dir. fall.*, I, 2005, 865 ss.

²⁰ Corte cost. 20.4.2012, n. 104, en *Fallimento*, 2012, 1174 ss.

agrícola, de acceder al procedimiento de composición de la crisis, a causa de la condición de admisibilidad prevista por el 7, co. 2, letra a), que se opone al recurso del procedimiento de solución para todos aquellos que quedan sujetos al procedimiento concursal; por lo que la posibilidad expresa de acudir al recurso del procedimiento de sobreendeudamiento prevista por el art. 7, co. 2-bis, l. 3/2012, puede entenderse como una norma de exención (y por tanto especial) respecto a las condiciones de (in)admisibilidad previstas por el art. 7, co. 2, letra a), l. 3/2012, o viceversa como un reconocimiento de que la posibilidad de acudir al art. 182-bis, LF, no es exclusiva del uso del procedimiento de sobreendeudamiento debido a que el acuerdo de reestructuración de la deuda *ex art. 182-bis, LF*, no forma parte del procedimiento concursal. Más provechoso parece preguntarse (pregunta que solo me limito a mencionar) si el uso de una u otra institución se opone al recurso de alguna otra solución alternativa²¹.

Como se ha anticipado, el acuerdo de reestructuración de la deuda no tiene (a diferencia del acuerdo de solución de la crisis) una naturaleza concursal²² y, a su vez, el empresario agrícola no puede acceder al instrumento de solución constituido por el acuerdo [concordato] *preventivo* del cual es tributario, como instrumento de carácter concursal, el acuerdo de solución de la crisis.

De ello se deduce que el empresario agrícola podrá acceder tanto a un instrumento negocial y no concursal como es el acuerdo de reestructuración de la deuda *ex art. 182-bis, LF* como a un instrumento concursal bastante derivado del convenio [concordato] *preventivo* como el acuerdo de solución de la deuda previsto por l. 3/2012.

Cabe todavía considerar si el uso del procedimiento objeto de examen por parte del empresario agrícola –exonerado, como es sabido, de la llevanza de contabilidad– comporta, como recientemente se ha establecido en determinados fallos judiciales²³, la obligación del depósito de la documentación oportuna para reconstruir completamente la situación patrimonial y económica propia en el sentido del art. 7, co. 2, letra d), l. 3/2012, debiendo proporcionarla para la redacción *ex novo* de los documentos de síntesis necesarios para este fin.

2. El consumidor y el profesional

El art. 6, co. 2, l. 3/2012, ha sido modificado por el art. 18, d.l. 179/2012, que ha introducido en la letra b), un nuevo concepto de consumidor como aquel que ha asumido obligaciones para fines ajenos a la actividad profesional o empresarial eventualmente desarrollada; este concepto está posteriormente especificado por la ley de convalidación 221/2012 que ha añadido que el consumidor debe ser persona física²⁴.

Esta especificación permite por tanto individualizar sobre el plano subjetivo a los destinatarios de la disciplina en dos macrocategorías, los sujetos no vinculados con carácter general a los procedimientos concursales que pueden presentar un acuerdo de reestructuración de la deuda o recurrir al procedimiento de liquidación, por un lado, y el consumidor que, como

²¹ [Amplius, CAIAFA, A., *La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, cit.]

²² Contra, VALENSISE, P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, cit.

²³ Trib. Cremona, 17.4.2014. [Sobre esta aportación jurisprudencial, vid., en este volumen, DEL LINZ, M., *Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano*, infra].

²⁴ Amplius, entre otros, TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, cit.; PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, cit.; SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit.; [LENOCI, V., *L'accordo di ristrutturazione con i creditori e il piano del consumatore*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 213 ss.]

único legitimado, puede presentar el plan de saneamiento²⁵.

El resultado de la revisión del art. 6, l. 3/2012, es sin embargo una disposición de significado decididamente ambiguo, en cuanto que la referencia al *eventual* desarrollo de una actividad empresarial o profesional puede suscitar la duda acerca de si la propuesta de solución de la crisis puede ser también planteada legítimamente por empresarios y profesionales, quienes se enfrentan a una situación de sobreendeudamiento que deriva “exclusivamente” de las obligaciones no relevantes para la actividad ejercitada²⁶.

En otras palabras, se puede hipotizar que el uso del plan de solución de la crisis puede ser presentado por un empresario o un profesional siempre que haya desarrollado un sobreendeudamiento exclusivamente por deudas no vinculadas a la actividad ejercitada²⁷.

Si esta hipótesis interpretativa fuese viable podría surgir una alternativa: para la primera, el profesional o empresario podría usar el plan de solución de la crisis exclusivamente para arreglar su propia exposición [deudora] que no tiene un origen ni profesional ni empresarial y, para el resto, hacer uso de otros instrumentos (acuerdo de reestructuración) para las deudas profesionales o industriales, por las que puede sufrir la agresión de los acreedores.

Esta lectura, sin embargo, no parece que tenga recorrido ya que termina por introducir una suerte de arreglo de las deudas del sector limitada a aquellos contratos no referidos directamente al ejercicio de la actividad económica, mientras que la liquidación de las deudas profesionales sigue otro camino; tal lectura además de estar privada de lógica se sitúa en clara contradicción con lo dispuesto por el art. 2740, cod. civ., que prevé la responsabilidad del deudor por deudas contabilizadas en su patrimonio e introduce además evidentes formas de lesión del crédito al imponer a los acreedores que habían concedido créditos a favor de la actividad profesional o empresarial a sufrir los efectos del plan de saneamiento por deudas no empresariales ni profesionales, sin que ni siquiera la OCC ni el juez puedan sindicar la falta de pago de los créditos profesionales o empresariales; establecido en estos términos el discurso no está exento de generar dudas respecto a su constitucionalidad por violación del art. 47, Cost.

Según una solución diversa el deudor no consumidor, siempre que haya contraído una deuda por motivos diversos al ejercicio de la propia actividad profesional o empresarial, puede presentar un único plan de reestructuración de la crisis que comprenda tanto las deudas personales (domésticas) como las que tengan un origen empresarial o profesional.

Esta solución, que presenta la indudable ventaja de sustraerse a la violación del art. 2740, cod. civ., y que permitiría a estos sujetos una ordenación unitaria de su endeudamiento, no convence porque vaciaría el significado de la elección del legislador, que semánticamente queda evidenciada por la utilización del adverbio exclusivamente, de consentir la utilización del plan de ordenación de la crisis exclusivamente para el endeudamiento *civil*, no mercantil ni profesional.

²⁵ SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 137.

²⁶ [PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell’ordinamento italiano*, cit., cuando se constate que el sobreendeudamiento no está calificado directamente por la naturaleza de las deudas, dada la ausencia de especificación entre deudas personales, contratos para la empresa o para el desarrollo de una profesión.] Sobre este punto, además, GUIOTTO, A., *La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, en *Fallimento*, 2012, 22, para quien, no importando la naturaleza de las deudas (personales, relativas a la actividad de la empresa o al ejercicio de una profesión libre) a los fines de la sujeción al procedimiento de composición del sobreendeudamiento, un empresario concursable sobreendeudado exclusivamente a causa de gastos personales no puede gozar de los beneficios ex l. 3/2012, succ. mod. integr.

²⁷ SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 137.

En otras palabras, la solución que aquí se termina por permitir para todos los deudores civiles de acceder a la presentación del plan de solución de la crisis independientemente de la formación del endeudamiento, es la que la ley intenta evitar.

Aparentemente la contraposición del art. 6, l. 3/2012, es tributaria de la análoga contraposición del art. 3, cod. cons.; en realidad entre los dos supuestos no parece existir continuidad.

En efecto la elección del legislador en la disciplina en examen se ha hecho en el sentido de transponer un concepto de consumidor justificativo de la cualidad y origen de su endeudamiento y no de una situación de relación respecto a otros sujetos en posición de fuerza o titulares de una situación ventajosa de carácter contractual o informativa; desde este punto de vista, el concepto de consumidor del art. 6, l. 3/2012, se distingue de aquel de consumidor contrapuesto al profesional del art. 3, letra c), cod. cons.²⁸. En efecto, mientras que el consumidor del art. 3, letra a), cod. cons., es una noción de tipo relativo, de modo que puede acceder a la disciplina de protección contractual prevista por el código de consumo cualquiera que se encuentre en una situación de desequilibrio contractual o una desventaja de tipo informativo, el consumidor como presupuesto subjetivo para acceder a la presentación del plan de solución de la crisis, está determinado en razón de la calidad del origen del sobreendeudamiento, de modo que la solución a la [exposición] deudora no es un elemento de la disciplina a aplicar en cuanto elemento constitutivo del supuesto y prueba de ello es, como ya habíamos anticipado, que solo aquellos que hayan contraído deudas exclusivamente por motivos diversos del ejercicio de una actividad empresarial o profesional pueden acceder a los instrumentos de protección ofrecidos por el art. 7, co. 1-*bis*, l. 3/2012.

Por otro lado, la elección del legislador se justifica por una particular exigencia de tutela del sobreendeudamiento no profesional ni empresarial, esto es, de aquellos que no tengan la fuerza contractual o los medios para negociar con los acreedores un acuerdo de reestructuración; lo que explica entonces porqué la presentación del plan reclame el trámite de OCC, que asume un papel bien diverso de aquel que correspondería a un simple organismo de conciliación, terminando por realizar la función de órgano de asistencia técnico profesional y, al mismo tiempo, garante de la viabilidad del plan, con no despreciables problemas desde el punto de vista del conflicto de intereses.

Por tanto, no se puede concluir que el legislador ha intentado permitir solo a los consumidores el acceso al plan de saneamiento, lo que nos lleva a dos consideraciones diversas: la primera, es que el concepto de consumidor no es tributario de la disciplina civil, que asume una relatividad del concepto respecto a la contraparte negocial; la segunda es que el adverbio “exclusivamente” es un elemento de selección del supuesto, en el sentido de que es la cualidad del tipo de endeudamiento el que identifica al consumidor y excluye del beneficio al recurso del plan de solución a cualquier sujeto que haya alcanzado un endeudamiento de tipo diverso²⁹.

De ello se desprende la peculiaridad de una elección de tutela del consumidor bajo

²⁸ Cuya última modificación viene con d.lgs. 21/2014. Cfr. PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*, nt. 27.

²⁹ Lectura también coherente con la reciente equiparación, querida por la Comisión europea, entre profesionales liberales y pequeñas y medianas empresas –contemplados ambos como motores para el desarrollo económico y la ocupación– para el establecimiento de líneas de financiación más adaptadas a los profesionales, puestas a disposición por los Estados y las Regiones: el despacho profesional es considerado como un instrumento ocupacional y de empuje para la economía, con el reconocimiento de aquellas dotes de iniciativa empresarial de las cuales están dotados ya numerosos estudios profesionales (*Action plan*, Comisión Europea, *Sostegni ad avvocati, commercialisti, medici, ingegneri e tutti i liberi professionisti; credito e fondi europei per gli studi*).

diversos aspectos: *i*) solo el consumidor puede acceder al plan como instrumento autónomo y diferente respecto al acuerdo (arts. 6, co. 1, l. 3/2012; 7, co. 1-*bis*, l. 3/2012); *ii*) el plan del consumidor puede prever una moratoria de hasta un año a partir de la aprobación por los acreedores privilegiados, prenda e hipoteca, mientras que una facultad semejante se asigna al acuerdo de solución pero solo si se prevé la continuación de la actividad empresarial; se aprecia así la atribución al consumidor de una disciplina que responde más bien a otras exigencias y a una perspectiva de la actividad económica como generadora de ingresos, que no es fácil de encontrar, por definición, en la actividad del consumidor; *iii*) el plan prescinde del consentimiento de los acreedores, incluso aunque se expresen por mayoría.

Al mismo tiempo, atendiendo a la peculiaridad de los intereses protegidos, se justifica la aparición de un perfil público del procedimiento; desde el poder discrecional del juez para disponer la suspensión del procedimiento de ejecución forzosa (art. 12-*bis*, co. 2, l. 3/2012), discrecionalidad que no parece existir en el caso de acuerdo (art. 10, co. 2, letra c), l. 3/2012); a la valoración del consumidor que en tanto puede beneficiarse de la homologación del plan, mientras que el juez determina que no ha asumido obligaciones sin la razonable perspectiva de poderlas cumplir, o que negligentemente ha causado el sobreendeudamiento (art. 12-*bis*, co. 3, l. 3/2012). Este último perfil, en concreto, está particularmente reforzado por los más recientes fallos judiciales en esta materia³⁰, los cuales se sustentan *i*) en la proporcionalidad, respecto a la capacidad patrimonial del sujeto, del recurso al crédito, *ii*) en el perfil complementario de la asunción de obligaciones sobre la base de la razonable perspectiva del correcto cumplimiento –valoración que ha de deducirse del informe del profesional correspondiente– y *iii*) en la (in)existencia de concretas alternativas para la mejor satisfacción de los acreedores, para concluir, en presencia de los requisitos antes mencionados, en el sentido de la corrección de la conducta y por tanto de la homologación del plan.

Parece que en estas razones especiales puede situarse el origen de la compleja disciplina de la crisis del sobreendeudamiento ampliable también a todos los otros sujetos no concursables que se han recuperado solo alrededor del consumidor, tanto en términos de acceso al plan de ordenación de la crisis (inalcanzable para aquellos cuya deuda tenga un origen profesional o empresarial), como en términos de valoración pública de los intereses involucrados.

3. El socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas

Entre los sujetos que pueden recurrir a la disciplina de la solución al sobreendeudamiento están también los socios con responsabilidad ilimitada de las sociedades de personas³¹. Este aspecto reclama una aclaración, puesto que la norma hace referencia a los sujetos a los que no se aplican los procedimientos concursales y, dado que los socios con responsabilidad ilimitada o están sujetos al concurso (art. 147, co. 4, LF) o se benefician de los efectos del desendeudamiento del convenio preventivo (art. 184, LF) no deben poder beneficiarse de los instrumentos de solución de la crisis previstos en la ley objeto de examen.

Esta lectura, sin embargo, no es totalmente convincente porque excluye de los beneficios de la ley a aquellos que se han endeudado personalmente al haber contrariado deudas no

³⁰ Cfr. Trib. Catania, 24.6.2014; Trib. Catania, 17.6.2014; Trib. Ascoli Piceno, 4.4.2014. [Sobre estas aportaciones jurisprudenciales, vid., en este volumen, PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*; DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.]

³¹ TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, *cit.*, 32, esp. nt. 18; GIANNELLI, G., *Ambito di applicabilità*, *cit.*, 121; SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, *cit.*, 139.

societarias y que no podrían disfrutar de los efectos de desendeudamiento de la presentación de una propuesta de convenio (que cubriría únicamente las deudas sociales), ni del cierre de un concurso por pago de las deudas empresariales (siendo pacífico en la jurisprudencia que el pago de las deudas empresariales de una sociedad de personas permite la clausura del procedimiento, incluso en presencia de una deuda personal importante de los socios con responsabilidad ilimitada). Ulteriores argumentos de reflexión se ofrecen de la consideración de que los socios con responsabilidad ilimitada no son en sí mismos susceptibles de concurso y, por tanto, la ordenación concursal de su deuda dependerá sustancialmente del inicio de un procedimiento concursal que contemple la exposición deudora de la sociedad³².

Por otra parte, no se puede asumir que los socios de una sociedad de personas concursada puedan recurrir a un procedimiento de solución de la crisis ya que es incompatible con el art. 145, co. 4, LF, y con el art. 7, l. 3/2012.

Una solución de equilibrio viene sin embargo trazada y se puede encontrar en la lectura de los límites subjetivos en clave cronológica, en el sentido de permitir el acceso a los procedimientos de composición del sobreendeudamiento a las personas que no hayan estado sujetas a procedimientos concursales (“grandes”, es decir: “no pequeñas”) o que ya se han beneficiado de los efectos del desendeudamiento por las deudas empresariales relacionadas con el procedimiento concursal, pero limitadas a las deudas de la empresa. Esta lectura sería constitucional, puesto que no deja desprotegido a ningún sujeto, sea éste empresario concursable que profesional, que empresario no sujeto a concurso, que consumidor y al mismo tiempo, evitar la yuxtaposición entre procedimientos, en cuanto que el conflicto entre éstos quedaría resuelto en términos de preferencia de la apertura del procedimiento concursal sobre el procedimiento de composición de la crisis.

Si esta interpretación es correcta, se deduce que el legislador ha querido colmar una laguna del sistema para hacer frente a la multiplicación de los instrumentos de desendeudamiento que ha tenido lugar con la intervención legislativa de los últimos años –y que preocupaba tanto a los empresarios individuales y a los colectivos, como a los no empresarios– que dejaba desprotegidos a los socios con responsabilidad ilimitada de sociedades de personas, para quienes los efectos beneficiosos de la ordenación de la deuda societaria no se extendían al endeudamiento individual; solución, precisamente, coherente con la que aparece en la l. 3/2012³³.

³² GIANNELLI, G., *Ambito di applicabilità*, cit.

³³ Sobre el tema del socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas, del mismo modo, TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, cit., 32 ss. Naturalmente el socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de personas podrá recurrir a los diversos instrumentos de composición de la crisis según sea profesional, empresario agrícola o simple consumidor, en razón del origen profesional, empresarial o civil del propio endeudamiento. [Vid. también, GIANNELLI, G., *Ambito di applicabilità*, cit., 117 ss., y esp. 121 ss.; PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, cit., 77 ss., y esp. 80.]

El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso

SUMARIO: 1. Caracterización del contexto europeo. - 2. La experiencia italiana. - 2.1. La senda hacia el reconocimiento del consumidor. - 3. Un plan “alternativo” de revitalización *ad hoc*. - 4. Análisis del procedimiento.

1. Caracterización del contexto europeo

La l. 3/2012, *succ. mod. integr.*, ha procedido a incorporar al contexto normativo italiano los procedimientos de reestructuración de las crisis de sobreendeudamiento e insolvencia del deudor civil con una normativa específica dedicada al consumidor, basada en los debates históricos sobre *over-indebtedness* desarrollados desde hace dos décadas en las instituciones europeas¹.

Nuestro análisis se inicia centrandó su atención en el ordenamiento comunitario destacando, en primer lugar, la ausencia tanto de una definición normativa a nivel comunitario como de una sistematización conceptual y metodológica homogénea en materia de sobreendeudamiento que vaya más allá de las reiteradas declaraciones de intenciones de los organismos comunitarios², careciendo los operadores en la práctica de criterios uniformes a

¹ Entre otros, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 61 ss. Y también, VELLA, F., *Il sovra indebitamento dei consumatori*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Bologna (EuriConv - Università di Bologna), 2014, en prensa por EuriConv; MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, ed. VI, 2013, 2027 ss.; TERRANOVA, G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Cizur Menor (Navarra), 2009; PIEPOLI, G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, en *BBTC*, 1, 2013, 38 ss.; NIGRO, A., *Il nuovo procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *Dir. banc.*, II, 2012, 4 ss.; TRISORIO LIUZZI, G., *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3)*, en *Giusto proc. civ.*, 2012, 647 ss. Por otro lado, debemos destacar cómo un modelo económico basado en el consumismo y en el endeudamiento conduce al consumidor a desarrollar un rol fundamental en el juego de equilibrios del sistema económico general, la denominada *Consumer Economy*: vid. BAUMAN, Z., *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, 2007. Desde una perspectiva histórica de la fenomenología asociada a este debate, vid. MANFREDINI, A.D., *Rimetti a noi i nostri debiti, Forme della remissione del debito: dall' antichità all' esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2013.

² Sobre la oportunidad de superar las divergencias entre los Estados miembros en materia de tratamiento preventivo, social, económico y jurídico del sobreendeudamiento, divergencias que originan disparidad de tratamientos entre los operadores implicados (consumidores, proveedores de crédito, etc.) y formulando un concepto unitario de sobreendeudamiento o, por lo menos, una aproximación a nivel comunitario consciente de la falta de homogeneidad de los diferentes sistemas jurídicos, pueden ser consultados diferentes documentos y recomendaciones de los organismos comunitarios y particularmente del CESE a partir de 1992, posteriormente CESE 2002 (esp. 3.1, letra d), CESE 2008 (1.1; 2.5; 3.2.1; 6.3.3 y esp. 6.3.1.2), hasta el más reciente CESE 2014 (1.1; 1.2; 1.4; 1.6; 1.8; y esp. 3.1). A este respecto vid. también [Directiva 2008/48/CE], CCD 2008 (relativa a los contratos de crédito al consumo, y que deroga la Directiva 87/102/CEE) y, posteriormente, Directiva 2014/17/UE (relativa a los contratos de crédito, al consumo, para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial) que pretenden conseguir una armonización total para garantizar que todos los consumidores de la UE puedan crear un auténtico mercado interior. Siempre desde la perspectiva de la exigencia de armonización fundamentada, de hecho, en el principio de cooperación leal entre los Estados miembros *ex art. 4, párr. 3, TUE*, y en la misma línea armonizadora, más recientemente se puede considerar el cambio de paradigma del derecho de insolvencias en el marco comunitario, que se ha visto expresado en la RECE

partir de los cuales puedan determinar el momento en el que el deudor se encuentra en una situación de excesivo endeudamiento o la dimensión del mismo³. Algunas soluciones a esta situación podrían ser identificadas a través del estudio de distintas experiencias nacionales, individualmente analizadas desde una perspectiva comparada⁴. En este contexto es en el que surge la reveladora contribución del legislador italiano a través de la referida l. 3/2012, que ha suscitado en Italia, y también fuera de ella, una reflexión sobre la cuestión del sobreendeudamiento y la insolvencia civil en relación con los dos módulos de gestión de la crisis de sobreendeudamiento internacionalmente experimentados: *consumer bankruptcy* y *debt mitigation program*⁵.

2014. Según asegura la Comisión, las divergencias entre normas nacionales hacen que aumenten los costes y la incertidumbre a la hora de evaluar los riesgos de invertir en otro Estado miembro, fragmentan las condiciones de acceso al crédito y dan lugar a diferentes tasas de recuperación para los acreedores. Además, estas divergencias hacen más difícil la concepción y la adopción de planes de reestructuración para los grupos de empresas transfronterizas, y pueden actuar como desincentivos para las empresas que desean establecerse en distintos Estados.

Sobre el estado de la cuestión en Europa, *inter alia*: (AA.VV.), *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Devenney – Kenny (dirs.), Cambridge, *University press*, 2012; (AA.VV.), *Consumer credit, debt and bankruptcy a comparative and international perspectives*, Niemi - Ramsay - Whitford (eds.), Oxford / Portland, 2009, y esp. FRADE, C. - ABREU, C., *Overindebtedness and financial stress: a comparative study in Europe*, 253 ss.; (AA.VV.), *Towards a common operational European definition of over-indebtedness* (estudio realizado por el *Observatoire de l'Épargne européenne*, el *Centro de Estudios Políticos Europeos* y el *Personal Finance Research Centre* de la Universidad de Bristol, para la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, Comisión Europea, Bruselas, 2008. Y también: (AA.VV.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann (dir.), Palazón Garrido - Méndez Serrano (coord.), Barcelona, 2011. Sobre la armonización también a través de normas prudenciales, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)*, en *Revista de Der. civil*, II, 2015, 1 ss.

Una profundización de los estudios en materia de sobreendeudamiento en el diverso panorama europeo desde la perspectiva jurídica italiana, teniendo presente el sistema español y también la experiencia alemana, en este volumen, PERRINO, A.M., *Crisis del crédito y sobreendeudamiento: ineficiencias y responsabilidad, infra*. Desde la perspectiva específicamente española, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008, 85 ss.

³ Cfr., D'ALESSIO, G. - IEZZI, S., *Household over-indebtedness: definition and measurement with Italian data*, en *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers, Banca d'Italia*, 149, 2013. También, CASTAGNOLA, A., *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, en *AGE*, 2, 2004, 243. Y también desde el punto de vista español, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico*, cit., 17 ss. y esp. 24 ss. Respecto a los consumidores, TRUJILLO DÍEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003; COLINO MEDIAVILLA, J.L., *Concurso de consumidor. Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos/Unión Europea (III Seminario Harvard-Cpomplutense de Derecho de los Negocios)*, 2007, 8 ss. [en <http://eprints.ucm.es/7848/1/concccons2007-publicHarv2006EPRINT.pdf>]; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 85 ss. QUINTANA CARLO, I., *El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal*, en (AA.VV.), *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. 2, Madrid-Barcelona, 2005, 2257.

⁴ [Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico*, cit., 65 ss., «conviene realizar un estudio sobre el contenido de estos regímenes comparados y del comunitario, en la medida en que pueda ser de utilidad para la extracción de conclusiones en cuanto a la necesaria implantación en nuestro país [España] de mecanismos de tratamiento jurídico del sobreendeudamiento doméstico de las familias y los particulares».]

⁵ El primero (*consumer bankruptcy*), adoptado en los países anglosajones, contempla la “quiebra” [insolvencia] del consumidor. El ordenamiento italiano tiene, por otro lado, el mérito de haber incorporado mecanismos de *discharge*, la posibilidad del deudor de liberarse de los créditos impagados una vez finalizado el procedimiento concursal, en línea con la previsión de la *Bankruptcy Law* de EEUU y, en particular, el *Title 11, US Code*.

Un impulso determinante en el sentido de exigir a los poderes públicos una mayor y más eficaz regulación normativa a nivel europeo lo representaron los dictámenes del CESE (2002, 2008 y 2014) reclamando la necesidad de proceder a la definición conceptual del sobreendeudamiento familiar. Textualmente, uno de los pasajes más significativos del dictamen del CESE 2008 afirma que «teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas normativos existentes a nivel nacional, con orígenes, principios y métodos distintos, más que optar por la vía de la armonización de los distintos sistemas, el Comité se inclina por la opción de definir un conjunto de principios generales que deberán garantizarse en todos los procedimientos ejecutivos derivados de deudas no pagadas»⁶. En este sentido, amás recientemente el dictamen exploratorio CESE 2014, que, *inter alia*, afirma: «si bien se han detectado sus causas, no existe ninguna definición armonizada del concepto de sobreendeudamiento, ni medios para conseguir una perspectiva precisa de la situación que se vive en los Estados miembros»⁷. De hecho, el ya citado CESE 2014, se posiciona en la misma línea apuntada por la Comisión europea⁸, destinada a promover a nivel comunitario una regulación en esta materia que se desarrolle en paralelo al proceso de armonización en materia de insolvencia empresarial⁹.

El otro sistema (*debt mitigation program*) ha sido el utilizado en los países del *Civil Law* en los que, a los procedimientos concursales previstos para resolver la crisis empresarial, se suman procedimientos específicos para gestionar la crisis del deudor civil, particularmente el consumidor. En algunos de estos países, se admite la *discharge* o exoneración de pasivo pero no de manera automática, siendo necesario comprobar la buena fe (Dinamarca) o desarrollar un procedimiento extrajudicial (Austria y Alemania) que incorpora un plan de reestructuración de la deuda. En Holanda, antes de poder optar por la exoneración de pasivo, el deudor deberá desarrollar un proceso extrajudicial a lo largo del cual se diseña un plan de reestructuración de su deuda y, solamente después del fracaso de este podrá solicitar la remisión del pasivo pendiente.

En la mayoría de estos modelos nos encontramos delante de una *discharge* condicionada a fin de evitar al máximo el riesgo de abuso, riesgo que también persigue en EEUU la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA) de 2005. Sobre todo ello, vid. FERRETTI, G. - M.A. SZWEDOSKY, *Il fallimento del consumatore nella riforma della l.f. polacca*, en *Il Foro Padano*, 2010.

Para un análisis comparado de la *discharge* entre ordenamientos del *Common Law* y del *Civil Law*, ROJAS ELGUETA, G., *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law-Common Law*, en *BBTC*, I, 2012, 310. También, en este volumen, PERRINO, A.M., *cit., infra*. Desde la perspectiva española de *iure condendo*, CORDÓN MORENO, F., *Inexistencia in España de normas concursales específicas para los consumidores*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.* 99 ss.; CARRASCO PERERA, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen Español de iure condendo*, *ivi*, 259 ss.

Una referencia particular a la posibilidad de aplicar la *discharge* a España, estableciendo paralelismos con la experiencia estadounidense PULGAR EZQUERRA, J., *Las soluciones negociadas al sobreendeudamiento de la persona física en España*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 269 ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La liberación de la deuda restante tras la liquidación en el sobreendeudamiento de los particulares*, *ivi*, 289 ss.

⁶ Vid., CESE 2008 (6.3.3.1.). En un sentido parcialmente distinto, REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 5 ss., y esp. 6 con relación a la funcionalidad de un modelo de armonización completa de los objetivos y estrategias de prevención de las situaciones de sobreendeudamiento de los deudores civiles.

⁷ Textualmente, CESE 2014 (1.2) sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social». La lucha contra el sobreendeudamiento de los consumidores y la prevención de la exclusión social tienen un enfoque holístico. Este fenómeno no puede combatirse de manera eficaz con medidas aisladas y no coordinadas a escala europea. Resulta indispensable que los consumidores, las administraciones públicas y las empresas cooperen en mayor grado, a fin de poner en marcha métodos más creativos y eficaces (7.3). Parcialmente distinto, REIFNER, U., *Verso i Principi*, *cit.*, 6.

⁸ Comunicación de la Comisión UE, 22.5.2012 «Una agenda europea de los consumidores. Estimular la confianza y el crecimiento».

⁹ Exigencia ya resaltada en CESE 2002, 3.1, letra d).

Más allá de motivaciones de carácter meramente socioeconómico¹⁰, en todo este proceso está presente la fidelidad hacia los Principios Fundamentales del Derecho comunitario¹¹: la necesidad de alcanzar un mercado común apelando a los procesos de armonización jurídica a nivel europeo para crear las mismas condiciones de concurrencia entre aquellos que conceden crédito y los que lo obtienen, además de ofrecer una justa protección al sujeto económico “consumidor”, parte débil de la relación contractual.

Antes de entrar a valorar la opción emprendida por el ordenamiento italiano, con no pocas vacilaciones pero también con una voluntad de progreso, sistematización y esclarecimiento normativo¹², debemos poner de manifiesto la existencia de una experiencia como la española, una experiencia con elementos en común con la italiana¹³ a pesar de que en España, hasta el año 2013 [con L. 14/2013, de «Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización... »], a diferencia de lo sucedido en Alemania¹⁴ o Francia¹⁵, no se procedió a una ordenación sistemática de esta materia la última expresión de la cual fue la aprobación del RDL 1/2015, convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, siempre en el marco de la normativa concursal¹⁶.

A este respecto, debemos subrayar que el sistema concursal español se encuentra organizado alrededor, entre otros, del principio de unidad, unidad que se materializa aglutinando

¹⁰ CESE 2013.

¹¹ Arts. 3, letra t) y 153, Tratado de Roma; arts. 2 y 34, TUE.

Con especial referencia al tema del sobreendeudamiento de los ciudadanos europeos, y en el contexto de las legislaciones nacionales o comunitaria, es indispensable una visión de conjunto del problema y la aplicación de medidas eficaces que evalúe cómo están actuando los Estados miembros, dado que han puesto y siguen poniendo en marcha dispositivos de prevención destinados a gestionar tales situaciones de sobreendeudamiento que, sin embargo, resultan ser de carácter heterogéneo. Como consecuencia de ello, el CESE 2014 considera que en todos los Estados miembros, debe ponerse en marcha un procedimiento adecuado y uniforme, basado en el art. 38, Carta de los Derechos Fundamentales, el art. 114, TFUE, o el art. 81, TFUE, de conformidad con los principios generales propuestos por la Comisión en una propuesta de directiva, que demuestre de manera concreta el interés del Parlamento por resolver los problemas de los ciudadanos europeos (1.6 y 1.8).

¹² Así, NIGRO, A. - VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Appendice*, Bologna, 2013.

¹³ MAZZAMUTO, S., *Apertura dei lavori*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., XXV ss.; SANDULLI, M., *Considerazioni introduttive*, en *op. ult. cit.*, 3 ss., trata de la plena concordancia de principios entre la normativa española y la italiana; FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, en *op. ult. cit.*, 367 ss.; GARCÍA CRUCES, J.A., *Osservazioni conclusive*, en *op. ult. cit.*, 369 ss.

¹⁴ Cfr. TERRANOVA, G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 101 ss.; GUGLIEMUCCI, L., *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung)*, Milano, 2000; MUCCIARELLI, F.M., *L'insolvenza del debitore in Germania*, en *AGE*, 2, 2004, 337 ss.; MALTESE, D., *La nuova legge tedesca e la riforma delle procedure concorsuali*, en *Fallimento*, 2001, 146 ss.; PAPE, G., *Entwicklung des Verbraucherinsolvenzfahrens im Jahre 2003*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 35, 2003, 2492. BREUER, W., *Das neue Insolvenzrecht*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2, 1999, 125 ss.; VON HIPPEL, E., *Herausforderungen der Rechtswissenschaften*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1998, 532 ss.

¹⁵ Cfr., para un recorrido histórico y actual de la materia, LAURIAT, A. - VIGNEAU, V., *L'insolvenza da sovraindebitamento civile in Francia*, en *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 45. ss.; CARDARELLI, M.C., *L'insolvenza del debitore civile in Francia*, en *AGE*, 2, 2004; CAPPONI, B., *L'insolvenza del debitore civile: una recente iniziativa del legislatore francese*, en *Corr. giur.*, vol. VII, 1990, 1057.

¹⁶ Sobre el concepto, fundamento y finalidad de mecanismo de “segunda oportunidad (*fresh start* o como sea *discharge*), vid., *amplius*, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El sobreendeudamiento de los consumidores. La experiencia española*, Escrito para *Dialogi europaei / a latere*, Bolonia (EuriConv - Università di Bologna), 2014, en prensa por EuriConv; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La liberación de la deuda restante tras la liquidación*, cit., 289 ss. y esp. 292 ss. *Ivi*, además, sobre sus ventajas e inconvenientes, 294 ss.

toda la normativa concursal, desde una perspectiva tanto procedimental como substantiva¹⁷, en una sola ley, la LC¹⁸. La normativa concursal española producida a lo largo de los últimos años ha tratado de ser coherente con este principio aunque no es seguro que haya sido igual de sensible con intereses diferentes de los asociados a la unidad jurídica y, particularmente, con un tratamiento equilibrado de las distintas identidades y circunstancias que rodean y condicionan la figura del deudor de tal manera que, con carácter general y hasta la aprobación de las reformas legales apuntadas en el párrafo anterior, se han aplicado de manera indistinta sobre toda clase de deudores las mismas disposiciones en un contexto determinado por un único presupuesto objetivo y un único procedimiento (el llamado *concurso*), en el marco del que, con anterioridad a las recientes reformas operadas en la materia, se intentó por distintos medios promover la exoneración de pasivo del deudor persona natural como una de las alternativas aplicables a su situación de suspensión de pagos e insolvencia¹⁹.

Aún en relación con el ordenamiento concursal español, podemos destacar que con carácter general la promulgación de la vigente LC atenuó sensiblemente las formas “repre-sivas” presentes en la antigua normativa concursal española, admitiendo, por ejemplo, la posibilidad que el deudor común conserve el poder de administrar sus propios bienes, no impidiendo la declaración de concurso, en el caso de los empresarios, la continuidad de su actividad económica empresarial. El legislador español, por otro lado, distingue la figura del deudor culpable del que no lo es y, en el caso del denominado concurso voluntario, no se procede a la suspensión y sustitución de deudor en el ejercicio de sus facultades, a favor de la administración concursal, supuesto que sí se producirá cuando el inicio del procedimiento concursal se realiza a instancia de los acreedores del deudor²⁰.

¹⁷ Significativos y convergentes son los paralelismos con el Derecho concursal italiano, FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, cit., 367 ss. Un análisis desde la perspectiva española sobre el derecho concursal italiano, en GARCÍA CRUCES, J.A., *Osservazioni conclusive*, cit., 369.

¹⁸ En el contexto de esta obra, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema “concursal” español en las sucesivas reformas*, ante. En otras ocasiones, SANDULLI, M., *Considerazioni introduttive*, op. cit., 3 ss.; FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, cit., 367 ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico*, cit., 33 ss. Y también, ZUBIRI DE SALINAS, M., *La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 349 ss. Apuntes interesantes también se encontrarán en PEÑAS MOYANO, B. - PORRINI, D., *Il sovraindebitamento delle famiglie: il rimedio del fallimento del debitore e l'esperienza spagnola* (disponible en <http://www.side-isle.it>).

¹⁹ Solo excepcionalmente los tribunales han declarado canceladas las deudas no satisfechas en el concurso de particulares, vid. en este sentido el Auto JM Barcelona, n. 3, 26.10.2010, que aludió al «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 situación de exclusión social». La legislación concursal de otros países europeos (como Alemania y Francia, y más recientemente –con sus especificidades– Italia), recoge mecanismos dirigidos a la “segunda oportunidad” (*second chance* o *fresh start*) de los consumidores o particulares honestos, deudores de buena fe, que soliciten voluntariamente la declaración de concurso, pudiendo acordarse la liberación de las deudas pendientes, si concurren ciertas condiciones. Con referencia al sistema italiano, vid. en este volumen, DEL LINZ, M., *Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano*, infra, en relación con diversos pronunciamientos jurisprudenciales allí reseñados. Sobre las ineficiencias de la normativa española, pese a las diversas y profundas ocasiones de reforma normativa habidas desde partir de 2003, vid.: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La liberación de la deuda restante tras la liquidación en el sobreendeudamiento de los particulares*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 290 ss.; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 85 ss.

²⁰ [Entre los estudios más recientes, en este volumen, QUIJANO GONZÁLEZ, J., cit., ante. Desde una perspectiva comparada, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada*, cit., esp. 63 ss. También, QUINTANA CARLO, I., *El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal*, cit., 2255 ss.]

Es cierto que el sistema concursal español se ha caracterizado de manera especial por la presencia del citado principio de unidad (legal, de procedimiento y de disciplina) abarcando la gestión de crisis tanto del deudor mercantil como del que no lo es. Con todo, y hasta las diferentes reformas operadas en el ordenamiento concursal español a partir de 2013 (primero, a través de la promulgación de la L. 14/2013, “de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización”, y, en último lugar y con carácter reciente, a través de la promulgación del L. 25/2015, “de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social”, la realidad española evidenciaba nítidamente que la legislación concursal se encontraba especialmente diseñada para hacer frente a escenarios de insolvencia protagonizados fundamentalmente por sociedades mercantiles, especialmente las capitalistas, manifestando deficiencias e insuficiencias en términos regulatorios en el tratamiento de la insolvencia de otros sujetos como los consumidores o el pequeño empresario persona natural tanto desde la perspectiva del *fresh start* como desde la perspectiva que ofrece la lucha contra el riesgo de exclusión social asociado a las situaciones de sobreendeudamiento²¹.

Sin embargo, las reformas legislativas en materia concursal operadas en España a lo largo de los últimos años a través de normas como las acabadas de referir²², sin cuestionar

²¹ Sobre esta cuestión, *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., y esp., REIFNER, U., *Verso i Principi*, cit., 6 ss. En este volumen, DEL NEGRO, G., *Sobreendeudamiento de la personas y exclusión social*, *infra*, la cual propone una reflexión sobre el «riesgo al que se expone una sociedad que excluye de sus dinámicas sociales un número creciente de personas, generando fracturas en el pacto social».

²² A este respecto, el RDL 1/2015, convalidado con ciertas modificaciones por la L. 25/2015, siguiendo el nuevo paradigma concursal de ámbito comunitario (ReCE 2014), ha vuelto a modificar la legislación concursal española con la intención, en esta ocasión, de establecer un régimen generalizado de “segunda oportunidad” que tiene como finalidad recuperar al deudor y evitar que acuda a la economía sumergida. Últimamente, el Decreto Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aprobado en el Consejo de Ministros del 24.5.2015, acoge de manera expresa el principio de la “segunda oportunidad”, reconociendo en su Exposición de Motivos que «hasta el momento, los poderes públicos no han fomentado la segunda oportunidad suficientemente en España». En concreto, respecto a los particulares en general, se prevé que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, si bien tal remisión o cancelación no se extiende a las deudas de derecho público (por ejemplo deudas tributarias y con la SS). Además, para que proceda esta extinción de las deudas, es preciso: *i*) que el concurso no haya sido declarado culpable; *ii*) que cumpliendo los requisitos del art. 231 haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos; *iii*) que en el proceso hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, y al menos el 25% de los créditos concursales ordinarios, si bien, con carácter alternativo a este específico requisito, se contempla la posible remisión de todos los créditos ordinarios si el deudor cumple con los requisitos previstos en el art. 178-bis.3.5, destacando el referido al sometimiento al plan de pagos previsto en el ap.6 del mismo artículo. Vid., en este volumen, sobre la así llamada Ley “de segunda oportunidad” promulgada en España, *amplius*, MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso, ante*, dedicado específicamente al estudio de, por un lado, los fundamentos del beneficio de la exoneración y las funciones asociadas a su existencia en relación con las personas consumidoras o empresarias y, por otro lado, su regulación en el ordenamiento concursal español a través del sistema previsto en el art. 178-bis, LC, promulgado por la L. 25/2015. Para profundizar en el proceso de convergencia en curso en el seno de la UE, vid.: *inter alia*, en este volumen, CORDÓN MORENO, F., *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español, ante*; MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante*, los cuales, más allá de las justas exigencias de armonización entre los diversos ordenamientos europeos, ponen el acento final en el objetivo principal que, ante cualquier situación, los legisladores están llamados a cumplir, esto es favorecer la rehabilitación del deudor insolvente o si se prefiere concederle un nueva oportunidad. Vid., además PULGAR EZQUERRA, J., *El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español*, en (AA.VV.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas - Perales Viscasillas - Porfirio Carpio (dirs.), Madrid, 2015, 253 ss., para la cual hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor incapaz de satisfacer los acreedores. Esta armonización, tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal.

Junto con innegables aciertos, como su aplicación a todas la persona, incluidas las físicas, se entremezclan

nominalmente el principio de unidad asociado al procedimiento concursal, tienden a regular diferentes aspectos específicamente vinculados con el *fresh start* de las personas naturales deudoras (empresarias o no). Por otro lado, también debemos destacar la existencia de la L. 16/2011, de contratos de crédito al consumo que, transponiendo al Derecho español, la normativa europea, procedió a incorporar algunas previsiones de índole preventiva y tutelar especialmente dirigidas al deudor consumidor²³.

2. La experiencia italiana

Volviendo a Italia y concretamente al objeto de este trabajo, podemos considerar la reforma de 2012 (la *Legge Centaro*) como la primera pista²⁴ relevante en términos legislativos en materia de sobreendeudamiento que, más allá de posibles incoherencias, ha permitido a Italia no quedar excluida de una tendencia general en el conjunto de Europa y su proceso de convergencia jurídica²⁵. Todo ello es el resultado, pero no la culminación, de un tortuoso proceso de reforma del Derecho concursal iniciado en los años 2004 y 2005²⁶.

otras cuestiones mucho más dudosas, especialmente el carácter temporal de la exoneración, pues los créditos supuestamente extinguidos pueden “resucitar” transcurrido un plazo de cinco años. Así, CUENAS CASAS, M., *¿Un régimen de segunda oportunidad?*, en *El Notario del Siglo XXI*, 6 ss. Con relación a las sombras de esta reforma supuestamente llamada a instaurar, por primera vez en España, un régimen de segunda oportunidad para pymes, autónomos y particulares, vid. RODRÍGUEZ MASEDA, J.C., *No hay segunda oportunidad si el Estado no paga los platos rotos*, en *La Voz de Galicia*, 3.

Por último, en cuanto a los autónomos, la L. 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización prevé una medida adicional destinada, según se expone en el propio texto, a facilitar una segunda oportunidad. Para ello, se prevé ampliar de uno a dos años el plazo que debe mediar entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación, cuando afecte a la residencia habitual del autónomo, modificando a tal efecto el art. 10.5, L. 20/2007 (del Estatuto del Trabajador Autónomo).

²³ Vid., CCD 2008, *supra*, nt. 2. Sobre el tema, *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., y, entre otros, CARRASCO PERERA, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores*, cit., 259 ss.; ZUBIRI DE SALINAS, M., *La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España*, cit., 349 ss.

²⁴ Ha sido calificada como un elemento de extraordinaria relevancia y con una importante incidencia en la estructura de las relaciones obligacionales con una incuestionable influencia sobre la economía y la vida cotidiana. En cualquier caso, todo ello deber ser valorado con precaución a fin de evitar la afectación de principios constitucionales (arts. 3.2, 3.24, 3.42, Cost.). A este respecto, TERRANOVA, G., *Presentazione*, en (AA.VV.), *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, op. cit., 8.

²⁵ GIRONE, L., *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di “sovraindebitamento” dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (disegno di legge C 2364)*, en *Dir. fall.*, 1, 2009, 818.

En este sentido, y específicamente referido al proceso de convergencia jurídica del Derecho concursal a nivel europeo, SARCINA, A., *Prólogo*, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, ult. cit., XV ss.; MAZZAMUTO, S., *Apertura dei lavori*, *ivi*, XXV ss. También sobre ello, FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, *ivi*, 368.

Sobre el proceso de convergencia legislativa en ámbito europeo en esta materia, vid. ReCE 2014, *supra*, que también plantea la necesidad de unificar los procedimientos insolvencia y segunda oportunidad, dadas las diferencias existentes entre los distintos Estados miembros en materias (como la duración del periodo de condonación de deudas, o las condiciones en que ésta puede concederse).

²⁶ «Es evidente que la reforma concursal italiana es una reforma incompleta (pero también activa) repleta de contradicciones y promesas que, dentro de determinados límites, deben ser valoradas positivamente en el sentido que de esta manera se procede a incorporar elementos innovadores que a su vez permiten al intérprete dinamizar el sistema concursal vigente. Son tantas las cosas a mejorar»: así, FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 368, 2008. En este mismo sentido, NIGRO, A. - VATTERMOLLI, D.,

Antes de esta Ley, Italia no disponía de una normativa autónoma sobre la insolvencia del deudor civil, a pesar de las recomendaciones en este sentido procedentes de las instituciones comunitarias²⁷, manteniendo el ordenamiento italiano una coherencia con la inercia iniciada hace siglos (*ius mercatorum*) que defendía una concepción del procedimiento concursal especialmente sensible con la protección del sistema económico vigente en cada momento histórico más que con la protección de los deudores, a través de la “marginación” de las empresas en dificultades y sin prestar apenas atención a otras tipologías de deudores en dificultades, y aún menos al deudor consumidor²⁸.

Una primera clave en la toma de conciencia de la transcendencia socioeconómica del fenómeno del sobreendeudamiento de los no empresarios²⁹ y de la necesidad de proceder a su regulación se remonta a principios del presente siglo con la presentación a cargo de la importante asociación de consumidores italiana *Adiconsum* de una iniciativa legislativa en materia de sobreendeudamiento de la persona física y crédito al consumo (concedido por entidades de crédito) no sujeta a ninguno de los procedimientos concursales regulados en Italia³⁰. A pesar de las diferentes adhesiones recibidas por parte de numerosos agentes sociales, esta iniciativa nunca llegó a buen puerto³¹.

Entre 2002 y 2004, se produjeron una serie de iniciativas³², que en su mayoría no fructificaron a pesar de la importancia que iban cobrando las cuestiones relacionadas con el sobreendeudamiento de las personas naturales, especialmente los consumidores³³. En este contexto de desafección del legislador y sus reticencias a prestar atención al grave y trascendental fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores se ponía progresivamente de manifiesto la importancia de ampliar la disciplina concursal al ámbito del deudor civil y,

Diritto della crisi delle imprese, cit.

²⁷ Sobre esta exigencia en el seno de la UE, vid., *supra*, nts. 6, 9, 10, 11 y 25.

²⁸ Un detenido análisis sobre el contexto histórico y económico en el que se forja el instituto de la “quiebra” [*fallimento*] y su relación con la distinción entre comerciantes y no comerciantes como destinatarios pasivos del mismo, podrá encontrarse en BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, vol. I, 1923, VII ss. También, MANFEDRINI, A.D., *Rimetti a noi i nostri debiti, cit.*; MARCUCCI, M., *Insolvenza del debitore civile e “fresh start”*. *Le ragioni di una regolamentazione*, en *AGE*, 2, 2004, 221 ss.; PORTALE, G.B., *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali* [en www.dircomm.it/2009/n.1/02.html].

²⁹ Sobre el impacto que tiene el endeudamiento excesivo tanto en los clientes, en términos de imposibilidad de pago a tiempo, de presión social y de impacto mental y psicológico en términos de riesgo de pérdida de reputación y sostenibilidad, SIMANOWITZ, A., *Challenges to the field and solutions: overindebtedness, clients dropouts, unethical collection practices, exorbitant interest rates, mission drift, poor governance structures, and more*, en *New pathways out of poverty*, Daley-Harris - Awimbo (coord.), Sterling (Virginia), 2011, 60 ss. y 81 ss., donde se afirma que el sobreendeudamiento ha sido la principal causa de la crisis actual del sistema de microcrédito.

³⁰ En este sentido, la aproximación sobre crédito responsable en Europa, de REIFNER, U., *Verso i Principi, cit.*, 5 ss. Y desde la perspectiva del ordenamiento italiano, PIEPOLI, G., *Sovraindebitamento e credito responsabile, cit.*, 45 ss.

³¹ La iniciativa sobre sobreendeudamiento de *Adiconsum*, junto a otros organismos de la sociedad civil buscaba precisamente poner remedio a la situación de sobreendeudamiento de las familias y, más en general, de los sujetos privados que no ejercían actividad comercial.

³² Una relevante contribución al estudio de tales iniciativas se podrá encontrar, JORIO, A. - FORTUNATO, S., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004; para un estudio sobre los diferentes módulos legislativos valorados, PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, cit.*, 61 ss., esp. 69 ss.

³³ Debemos remontarnos al año 2002 con la Propuesta de Directiva, finalmente aprobada el año 2008 [CCD 2008]. En este sentido, REIFNER, U., *op. ult. cit.*; PORTALE, G.B., *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento, cit.*

particularmente, a la situación de las familias de las personas endeudadas³⁴. Las reticencias del legislador podrían interpretarse como discriminatorias, tanto para ese tipo de deudores (que carecía de los instrumentos normativos para abordar la crisis de los que sí disponían los empresarios), como para sus acreedores (que solamente disponían de un sistema de ejecuciones individuales con múltiples dificultades asociadas³⁵). En este contexto, el legislador italiano inició un cambio de rumbo con la promulgación de la l. 3/2012 (*Legge Centaro*) con un impacto social, económico y jurídico nada despreciable.

El objetivo declarado de esta ley no era otro que poner fin a la escalada de acciones individuales contra los consumidores sobreendeudados intentando, al mismo tiempo, dotar de mejores instrumentos a la gestión de las situaciones de insolvencia asociadas a aquéllos, garantizando, a su vez, un nivel mínimo de recursos financieros para su propio sustento y el de su familia³⁶. Con todo, el tratamiento deparado al deudor consumidor difería notablemente, en términos de herramientas e instituciones existentes, del dispensado al empresario insolvente.

Inicialmente, la ley se decantó por articular un único procedimiento en dos fases: una fase de reestructuración y otra de liquidación destinadas ambas, con carácter general, a todos los sujetos endeudados en exceso. Todo ello con la finalidad evidente de extender la aplicación del Derecho concursal, previsto inicialmente para sujetos vinculados a la clase empresarial, a un conjunto de sujetos, especialmente personas naturales, sin acceso a los procedimientos concursales clásicos³⁷. Con relación a los presupuestos de aplicabilidad, en los primeros borradores de la ley se establecía como condición para su aplicación no haber utilizado ningún procedimiento de gestión de la crisis en el trienio (luego convertido en quinquenio) anterior a la correspondiente propuesta. Con relación al presupuesto objetivo, el sobreendeudamiento exigido se entendía como una «*situación de permanente desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio líquido existente a corto plazo para hacer frente a su cumplimiento, así como la incapacidad definitiva del deudor para cumplir regularmente con sus obligaciones*»³⁸. De esta manera, en un primer momento se preveía la posibilidad del deudor de negociar un acuerdo de reestructuración de su deuda con el conjunto de sus acreedores bajo la supervisión del OCC³⁹.

³⁴ Como revela TERRANOVA, G., *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, en *Il civilista*, 2012, 7, «la posibilidad de las familias para desembarazarse de un volumen de deuda tan grande a fin de recobrar una serenidad que les ha de permitir vivir de manera libre y digna».

³⁵ Con referencia a la preeminencia de la Persona sobre toda exigencia, y en todo caso en situaciones de crisis o de insolvencia, «*il creditore che affama il debitore è un cretino, perché non rivedrà mai più i suoi soldi*» [el acreedor que “hace morir de hambre/empobrece” al deudor es un cretino porque no volverá más a ver su dinero]: la valoración pragmática de TRAVAGLIO, M., *Pagliaccio a chi?*, en *Il Fatto Quotidiano*, 8.7.2015, 24.

³⁶ En relación al impacto que la situación de la persona sobreendeudada tiene sobre su familia, PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento*, cit., 61 ss.; PARENTE, F., *Sovraindebitamento familiare e proposta di ristrutturazione*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 225; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas*, en (AA.VV.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Tomillo Urbina - Álvarez Rubio (coord.), Madrid, 2008, 251 ss.

³⁷ Para un análisis en profundidad de los diversos tratamientos, desde una perspectiva histórica, que ha merecido la insolvencia de los no “comerciantes” con relación a los que desarrollan una actividad económica, vid., NICOLAMARINO, E., *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito di fallibilità: ragioni storiche* [www.educatt.it/collegi/archivio/QDL201002nicolamarino.pdf].

³⁸ Así, MACARIO, F., *Sovraindebitamento dei debitori “non fallibili”*, en *El libro dell'anno del Diritto 2013*, *Enciclopedia giuridica telematica Treccani* [www.treccani.it/enciclopedia].

³⁹ En este sentido, CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità del piano nella procedura da sovraindebitamento*

El procedimiento, iniciado exclusivamente a solicitud de la parte deudora, se estructuraba, al menos inicialmente, a partir de una propuesta de acuerdo de un plan de reestructuración del pasivo que garantizase el pago regular, sujeto a determinadas condiciones y posibles esperas, de todos los acreedores no adheridos al acuerdo y el pago integral de los créditos privilegiados (siempre que sus titulares no hubiesen renunciado total o parcialmente a los mismos). Inicialmente, la ley contenía una descripción del sistema de plazos, pagos y garantías así como previsiones en materia de liquidación de bienes o el nombramiento de un profesional encargado de administrar el patrimonio destinado a ser liquidado.

Presentada la propuesta ante el juez, acompañada de la documentación especialmente prevista en el art. 9, co 2 y 3, l. 3/2012, el juez procedía a examinarla desde la perspectiva de los requisitos establecidos en el art. 9, co. 2, particularmente en lo relativo a la adhesión del 70% del pasivo⁴⁰. Superado este control, el juez resolvía sobre la homologación del acuerdo.

Más allá del reconocimiento de la buena voluntad de la ley, que no era otra que alcanzar una solución a la problemática social derivada de las situaciones de sobreendeudamiento⁴¹, su contenido se alejaba de su objetivo nominal, habiendo recibido por ello importantes críticas por parte de numerosos comentaristas.

De esta manera, y en primer lugar, el procedimiento se prestaba a un uso con fines estratégicos o, dilatorios, pudiendo los deudores recurrir al mismo con la finalidad de gozar de las moratorias previstas, incluso en el caso de falta de expectativas razonables de apoyo por parte de los acreedores o de ausencia de elementos que permitiesen prever el cumplimiento del plan. Todo ello con una doble consecuencia que se materializaba, por una lado, en una evidente restricción de la tutela ejecutiva de los acreedores y, por otro lado, en un dispendio de recursos. A su vez, la ley se preocupaba de solventar las situaciones de sobreendeudamiento sin entrar en el fondo de las causas que lo generaban y las posibles políticas de naturaleza preventiva para hacerles frente⁴².

Con todo, el aspecto que mereció más críticas era el relacionado con la subsistencia de la obligación del deudor de satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores no adheridos al acuerdo, impidiendo por lo tanto la ley la efectiva remisión de las deudas y, por lo tanto, la posibilidad de alcanzar una segunda oportunidad para el sobreendeudado⁴³.

En este contexto, se suscitaban diversas dudas sobre la idoneidad del sistema para incentivar a los acreedores a prestar su consentimiento para alcanzar una solución pactada a la crisis del deudor bajo la supervisión del OCC. Es cierto que, frente a un procedimiento como el concursal y en un contexto en el que los acreedores se encuentran delante del dilema de ejecutar el patrimonio del deudor desmembrándolo o de pactar con él, la clase acreedora no dispone de especiales incentivos o intereses para salvaguardar al deudor sobreendeudado concluyendo acuerdos con él. Todo ello conduce a resultados no especialmente positivos en

civile, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares*, cit., 242 ss.; PERRINO, A.M., cit., *infra*.

⁴⁰ El art. 6, d.l. 212/2011, luego integrado en la *Legge Centaro*, regulando la adopción del acuerdo, hacía ya hacía referencia a dos mayorías distintas exigidas, pudiendo reducirse el suelo del 70% al 50% cuando la situación de sobreendeudamiento estuviese protagonizada por un consumidor.

⁴¹ Vid. *supra*, nt. 29, 31, 34.

⁴² En este sentido, casi textualmente, MANENTE, D., *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, nr. 3, dopo il c.d. «Decreto Crescita-bis»*, en *Dir. fall.*, 5, 2013, 559 ss.

⁴³ Y vid., además, y con relación al déficit en materia de regulación de la insolvencia que podría haberse corregido aprovechando la reforma concursal operada entre los años 2004 y 2005, FORTUNATO, S., *Osservazioni conclusive*, cit., 368; ID., *Fallimento dell'impreditore o crisi dell'impresa?*, cit., 73 ss.

lo que a la gestión del sobreendeudamiento se refiere⁴⁴. Ello pone de manifiesto el ancestral problema derivado de afrontar tanto la crisis de la empresa (aunque no se trate una empresa susceptible de protagonizar los tradicionales procedimientos concursales) como la crisis del deudor civil a través de un mismo procedimiento. Y es que situaciones distintas merecen ser abordadas empleando estrategias e instituciones diferentes. Y en la medida en que el deudor civil no está dotado de una organización y de una estructura de naturaleza empresarial, podría haberse establecido un procedimiento específico más rápido y fluido para el deudor civil⁴⁵.

A este respecto es significativo y, a su vez, ineficiente el punto de partida de la ley según el cual el procedimiento objeto de regulación se caracterizaba normativamente por su carácter híbrido y polivalente, condenado, por lo tanto, y por estas mismas razones, al fracaso⁴⁶. Y es que, la aproximación empleada por el legislador, lo repetimos, podía perfectamente ser calificada como deficiente, síntoma todo ello de su especial desinterés por el diseño, la formulación y la estructura de la Ley.

Parecía que en este desalentador contexto, plagado de movimientos dubitativos por parte del legislador en el marco de una aparente renovación del Derecho concursal pero también de una crisis económica y sociopolítica de gran calado, el legislador optó conscientemente por la indefinición normativa, explorando posibilidades inspiradas en distintas figuras concursales destinadas a ser aplicadas al deudor civil, especialmente el acuerdo de reestructuración⁴⁷. La reforma entonces operada por el legislador, de alguna manera, representaba una regresión respecto del planteamiento inicial, fundamentalmente en términos de claridad y definición, desatendiendo con todo ello las expectativas generadas, especialmente en lo relativo a la creación de un cuerpo legislativo moderno y seguro dedicado al consumidor sobreendeudado.

Con todo, en este contexto de indefinición legislativa y de máxima expectativa ciudadana, sí debemos reconocer al legislador su tentativa de sensibilizarse respecto de la situación de aquellas familias y consumidores en situación de especial vulnerabilidad. Ahora bien, ello no nos impide afirmar que la técnica empleada se manifestaba poco satisfactoria, desembocando todo ello en la necesidad de una nueva intervención legislativa, en una espiral de reformas que se está convirtiendo en una característica recurrente del modo de actuar del legislador actual⁴⁸.

Contemporáneamente, resaltamos la necesidad de “identificar” específicamente al consumidor sobreendeudado (familias incluidas) desde el punto de vista de una economía humanista que lo concibe como un sujeto a tutelar, es decir, como un agente prioritario en el progreso civil y social⁴⁹. Tutelar al individuo en su actividad económica y social, tutelar

⁴⁴ Así, DI DATO, M.A., *L'esdebitazione "civile" nell'ordinamento italiano*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 323 ss.

⁴⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., cit., ante; PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento*, cit., 61 ss. y esp. 67 ss.; CORDÓN MORENO, F., *Inesistenza in España de normas concursales*, cit., 99 ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Las soluciones negociadas*, cit., 269 ss. y esp. 272 ss., que realizan una detenida crítica de esta cuestión en el Derecho concursal español.

⁴⁶ Vid., sobre esta cuestión, *Consiglio Nazionale del Notariato (Studio n. 25-2012/E), Il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 27 gennaio 2012*, 28.9.2012; BATTAGLIA, R., *La composizione delle crisi da sovra indebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, en *Dir. fall.*, I, 2012, 423 ss. Vid., *supra*, nt. 42.

⁴⁷ DI TORREPADULA, N.R., *La governance nel fallimento*, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 9 ss.; TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, 21 ss.

⁴⁸ Así, NIGRO, A. - VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese*, cit.

⁴⁹ A este respecto, y subrayando la necesidad de interpretar las instituciones económicas desde una perspec-

en su devenir además de en su ser, empleando para ello una perspectiva dinámica y sensible a la defensa de la dignidad del individuo (*Homo dignus*) y sus intereses en el marco de las múltiples relaciones jurídicas en las que se desarrolla. En este contexto se hace manifiesta la necesidad de construir un contexto de dialogo, después de las grandes tragedias del pasado siglo, entre libertad e igualdad fundando, a su vez, un sistema capaz reconocer la igualdad desde una perspectiva que adapte su significado a cada momento histórico. A partir de aquí, pasemos del sujeto a la persona como una categoría más práctica en el momento de interpretar su participación en la red de relaciones sociales. Nace así una nueva antropología mediante la constitucionalización de la persona en sí misma. Y es que no es casual que los derechos humanos se encuentren en una fase de revalorización, debiendo aplicarse en cualquier ámbito tal y como testimonian el debate que ha existido sobre la Constitución europea⁵⁰.

2.1. La senda hacia el reconocimiento del consumidor

Tras la entrada en vigor de la *Legge Centaro*, los disonancias en relación con su contenido no se hicieron esperar, especialmente los relativos a la aplicación del procedimiento regulado a un universo múltiple de destinatarios, consumidores incluidos, hasta el punto de conducir al legislador a una rápida revisión de su contenido⁵¹, diseñando una disciplina *ad hoc* destinada específicamente al tratamiento de la insolvencia del deudor consumidor y manteniendo, a su vez, el propósito de consolidar las disposiciones recién promulgadas en materia de insolvencia civil, sin perder nunca de vista la prioridad de defender la continuidad empresarial de las empresas en el umbral de la insolvencia (art. 8, co. 4, l. 3/2012, de acuerdo con el d.l. 179/2012)⁵².

Sintéticamente, podemos afirmar que si el “primer” art. 6, l. 3/2012, con el “fin” de poner fin a la crisis de sobreendeudamiento, contemplaba la posibilidad para el deudor de concluir un acuerdo con sus acreedores, en la reforma operada, y ampliando el texto de aquel

tiva centrada en las *personas* en sus diferentes contextos existenciales, no basada en la simple maximización de las utilidades, vid. HANN, C. - HART, K., *Antropología económica. Storia, etnografia, critica*, trad. it. E. Guzzon, Torino, 2011, 12 ss. Por otro lado y desde un ángulo específicamente jurídico que analiza la relación entre la función de los mercados y las políticas públicas, IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, 109. También, en (AA. VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., vid. REIFNER, U., *Versi i Principi*, cit.; TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, y, con una referencia concreta a la definición y alcance del concepto social de *ciudadanía* en la Europa contemporánea, FORCADELL ÁLVAREZ, C., *Cittadinanza europea: percorsi storico concettuali*, en (AA.VV.), *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2010, XIX ss.

⁵⁰ Así, RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 148, 179 ss. y esp. 183. Por otro lado, y tomando como punto de partida la obra del jurista y filósofo napolitano Giambattista Vico, vid. LIMONE, G., *La cittadinanza e le formazioni minori in G. Vico*, Vatolla (Salerno), 2002, obra en la que se pone de manifiesto que la Regla jurídica no deja de ser una respuesta a una necesidad o, desde otro punto de vista, la expresión última de una lucha política que ha conducido a su establecimiento.

⁵¹ Decreto 179/2012, también denominado *Decreto sviluppo-bis*, reconvertido luego en la l. 221/2012, siendo extremadamente significativas las modificaciones operadas entre las que debemos destacar la evolución hacia tres institutos (*i.e.*, módulos) distintos: el acuerdo de gestión del sobreendeudamiento (un verdadero proceso concursal de naturaleza y finalidad reestructuradora), el “plan” del consumidor, objeto particular de nuestro estudio y el procedimiento de liquidación del patrimonio del deudor.

⁵² Sobre la continuidad de la empresa como una de las finalidades que han orientado el trabajo del legislador en el trienio 2005-2007, MAFFEI ALBERTI, A., cit., *ante*; PIRAS, A., *Prefacio*, en (AA.VV.), *Diritto Fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, XIX.

precepto, se reconoce expresamente al consumidor la posibilidad de presentar un “plan” con las características y contenido previstos en los arts. 7 y 8. De esta manera, se hace añicos el planteamiento inicial del legislador, que consistía en conformar un sistema de carácter polivalente y omnicompreensivo, al introducir exclusivamente en favor del consumidor una vía específica de gestión de su situación de insolvencia.

En este sentido, el art. 6, co. 2, letra b), l. 3/2012, define la figura del consumidor, a diferencia de lo que sucedía en la primera versión del texto⁵³ en la que ni siquiera se le caracterizaba como sujeto protagonista de una crisis. Así, se considera consumidor aquel «*deudor persona física que ha asumido obligaciones exclusivamente con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional que pudiese desarrollar*». Por lo tanto, el consumidor puede desarrollar actividad empresarial pero solamente las deudas derivadas de su condición de consumidor podrán quedar sujetas al régimen especial previsto para los consumidores en el art. 7. El vínculo conceptual entre consumidor y familia es evidente desde el momento que quien contrae créditos con finalidades distintas del ejercicio empresarial o profesional, lo hace en su mayor parte para sostener al núcleo familiar⁵⁴.

En otro orden de cosas, la reforma operada procede a delimitar conceptualmente la condición de sobreendeudamiento en el art. 6, co. 2, letra a), l. 3/2012⁵⁵. A este respecto, se sustituye la conjunción “y” por la disyuntiva “o” reconduciendo el sobreendeudamiento a dos categorías concretas: *i)* “sobreendeudamiento patrimonial” identificado como un desequilibrio no momentáneo entre el patrimonio de endeudado y las obligaciones que este tiene asumidas (perspectiva estática); *ii)* incapacidad para cumplir con regularidad las obligaciones propias, procediendo el legislador con esta formulación a hacerse eco de la definición de insolvencia de acuerdo con el art. 5, LF (perspectiva dinámica)⁵⁶.

Mientras que el anterior art. 6, co. 2, definía, como ya apuntamos, el sobreendeudamiento como una situación de desequilibrio continuado entre las obligaciones asumidas y el patrimonio a corto plazo liquidable para hacerles frente, así como la incapacidad definitiva del deudor para cumplir regularmente con las obligaciones propias, la nueva redacción resultado de la reforma contempla una «*situación continuada de desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio liquidable a corto plazo que comporta una relevante dificultad para cumplir con las propias obligaciones o la incapacidad definitiva para cumplirlas con regularidad*»⁵⁷.

A su vez, y aprovechando la reforma operada, se abordan las condiciones de admisibilidad y se procede a solventar algunas lagunas y a aclarar determinados aspectos objeto de discusión en los debates doctrinales de naturaleza exegética suscitados alrededor de la primera versión de la ley.

⁵³ Nos referimos al d.l. 212/2011 (luego refundido en el marco de la *Legge Centaro*).

⁵⁴ En este volumen, GIANNELLI, G., *Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento*, *infra*; PERRINO, AM., *cit.*, *infra*; en este volumen, VELLA, F., *Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento*, *ante*.

⁵⁵ Sobre la noción italiana de sobreendeudamiento, *supra*, nt. 1. Para una profundización del concepto de crisis e insolvencia, vid., TERRANOVA, G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 100 ss.; PORRECA, P., *L'insolvenza civile*, en *La riforma della legge fallimentare*, Didone (dir.), Torino, II, 2009, 2081, esp. 2111; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Insolvenza, insolvenza imminente e insolvenza cualificada*, *cit.*, 51 ss. Una reconstrucción histórica de la distinción entre insolvencia civil y mercantil en MACARIO, F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, en *Riv. soc.*, 2008, 102.

⁵⁶ SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 137.

⁵⁷ *Id.*, 138 ss.

La referencia genérica de la ley, contenida al inicio del art. 6, a las situaciones de sobreendeudamiento “no sujetas ni susceptibles de sujetarse” a procedimientos concursales distintos de los regulados en ella salva el riesgo de trato discriminatorio, que podría haberse derivado de la interpretación de la versión anterior, poniendo fin a diferentes equívocos sucedidos, por ejemplo, con ocasión de la promulgación del código de los consumidores cuando se discutía la tutela del profesional respecto a aquellos actos ajenos al ejercicio de su actividad profesional.

El ámbito subjetivo del texto reformado es ciertamente más extenso que su versión precedente en la medida que se da un sentido amplio al concepto de deudor civil que abarca tanto a deudores no empresarios como a empresarios excluidos de la aplicación del art. 1, co. 2, LF: entidades sin ánimo de lucro (fundaciones, asociaciones, etc.)⁵⁸, asociaciones entre profesionales, socios de sociedades personalistas susceptibles de la aplicación del art. 147, LF⁵⁹, así como las empresas incluidas en la categoría recién creada (arts. 25 ss., d.l. 179/2012) de las empresas de innovación (incluidas las *start up* en materia de innovación) además del empresario agrícola⁶⁰.

En este contexto, y a la luz del art. 7, co. 2, l. 3/2012, se exige que el deudor: *i*) que no haya utilizado en los cinco años anteriores procedimientos de sobreendeudamiento; *ii*) que no haya sido objeto de la aplicación de los arts. 14 y 14-*bis*, l. 3/2012, por causas a él imputables o por no disponer de documentación que permita determinar su situación económica y financiera; *iii*) que revista tal condición «en la fecha de presentación de la correspondiente propuesta, independientemente de las situaciones precedentes en el contexto de las cuales se pudo haber generado la situación de sobreendeudamiento origen del procedimiento»⁶¹.

En suma, y en lo que se refiere al objeto de este trabajo, la intervención del legislador ha comportado un cambio de ruta respecto al planteamiento inicial de la ley con el fin expreso de suprimir las incongruencias detectadas, aumentando a su vez la eficacia y capacidad operativa de los instrumentos normativos dados los desalentadores resultados obtenidos en la aplicación de la primera versión de la ley⁶².

El legislador finalmente persigue con esta intervención conseguir para al deudor *común* una «liberación de sus deudas no satisfechas a sus acreedores concursales»⁶³. De esta ma-

⁵⁸ Quedan excluidas las entidades no comerciales que, “de hecho”, ejercen actividades empresariales sujetas por lo tanto a la normativa concursal prevista para los empresarios. Con relación a los entes de Derecho público, estos no pueden gozar de las ventajas asociadas a los procedimientos estudiados aunque sí que quedan sujetos a la modalidad de liquidación administrativa prevista en el quinto título de la LF. Sobre esta cuestión, debemos subrayar las contribuciones doctrinales de COSTI, R., *Fondazione e impresa*, en *Riv. dir. civ.*, I, 1968, 26 ss.; RESCIGNO, P., *Fondazione e impresa*, en *Riv. soc.*, 1967, 812. Desde una perspectiva jurisprudencial, Cass., 16.3.2004, n. 5305, en *Dir. fall.*, II, 2005, 843. También, App. Palermo, 7.4.1989, en *Giur. comm.*, II, 1992, 61, según la cual pueden ser concursados todos aquellos entes que ejercitan una actividad económica de naturaleza empresarial, también de forma indirecta. Para las aportaciones jurisprudenciales sobre el concurso de asociaciones irregulares, Trib. Alba, 25.3.2009, en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2009, 1099, en *Fallimento*, 2009, 1427; Trib. Genova, 7.6.2001, en *Dir. fall.*, II, 2002, 180 y en *Vita not.*, 2002, 683, donde se rebate que la declaración de concurso de una asociación no reconocida no comporte el concurso de los sujetos que han actuado por cuenta de esta asociación.

⁵⁹ Sobre ello, TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, cit.; GIANNELLI, G., *Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento*, ante.

⁶⁰ Un amplio análisis sobre la aplicabilidad de la normativa sobre sobreendeudamiento civil al empresario agrícola, en su versión anterior a la reforma, se podrá encontrar en CAIAFA, A., *La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 163 ss.

⁶¹ Cfr., SOLLINI, E., *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Napoli, 2013, 31.

⁶² DI DATO, M.A., *op. loc. cit.*

⁶³ Salvo que se trate de algún tipo específico de créditos expresamente excluidos y siempre que se cumpla con

nera, a cualquier deudor, y no solo al deudor empresarial, se le ofrece la posibilidad de dar respuesta (a través de una segunda oportunidad o *fresh start*) a una situación prácticamente insostenible desde la perspectiva de los instrumentos tradicionales de la autonomía privada⁶⁴. Y estamos aludiendo con ello al instituto de la exoneración de pasivo (“*esdebitazione*”) pensado desde la lógica reformista del Derecho concursal empresarial adaptado a las particulares condiciones en las que se encuentra el consumidor sobreendeudado. En este contexto, es obvio que el estudio del sobreendeudamiento y los procedimientos de exoneración de pasivo deben estar comprendidos dentro del ámbito concursal al que pertenece de manera incuestionable la versión actual de la ley que estamos estudiando.

A este respecto, no es casual que para regular el sobreendeudamiento civil, el legislador se haya fijado en las disposiciones del acuerdo de reestructuración del art. 182-*bis*, LF, y de *concordato preventivo* del art. 160, LF, en la medida en que resultan funcionales para la gestión de la crisis del sujeto sobreendeudado. En este sentido, el art. 7, l. 3/2012, se inspira directamente en el contenido de los arts. 160 y 182-*bis*, LF, dedicados respectivamente al *concordato preventivo* y al acuerdo de reestructuración de la deuda⁶⁵. De esta manera, y en esta misma lógica reformista, surge el plan de saneamiento (en lugar del acuerdo de reestructuración previsto como veremos posteriormente para un perfil de deudor no consumidor), haciéndose eco así de la figura regulada en art. 67, LF (reformada a través del d.l. 169/2007) incorporada por el legislador a fin de ampliar el catálogo de herramientas concursales⁶⁶.

3. Un plan “alternativo” de revitalización *ad hoc*

El nuevo art. 7, co. 1-*bis*, l. 3/2012, se erige en la piedra angular de la operación de reestructuración de la *Legge Centaro* al facultar al consumidor para que presente una propuesta de “plan”. Por lo tanto el consumidor endeudado en exceso se erige en el protagonista de un procedimiento al amparo del cual afrontar su crisis a través de un “plan” de reestructuración que, supervisado por el OCC⁶⁷, le permita superar su situación dando satisfacción a las posiciones acreedoras.

Se pretende con ello diversificar los dos procedimientos resolutorios del estado de endeudamiento excesivo, identificando específicamente, dentro de la categoría de los deudores civiles, al consumidor para el que se prevé un procedimiento concreto. Con ello, se persigue lanzar un conjunto de mensajes, estímulos e incentivos a los acreedores del consumidor basados en el carácter no empresarial del mismo.

Desde esta óptica, en el caso del plan reservado a los consumidores, el legislador se ha

determinadas condiciones *ex art.* 14-*terdecies*, l. 3/2012.

⁶⁴ En este sentido, PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*.

⁶⁵ AMBROSINI, S., *Los acuerdos de reestructuración de deudas, ànte*; COSTA, C., *El concordato preventivo: solicitud anticipada, supuestos de abuso y problemas conexos, ànte*.

⁶⁶ MACARIO, F., *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori non fallibili. Il completamento della riforma*, en ODCC, 2, 2012, 203 ss.

⁶⁷ Sobre este tema, y esp. sobre el papel del OCC, en este volumen, DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*, CARDINALE, E., *L’attestazione di fattibilità, cit.*; FILOCANO, F.S., *Gli organismi di composizione della crisi: l’assetto organizzativo*, en *Sovraindebitamento e usura, cit.*, 455 ss.; D’AQUINO DI CARAMANICO, R., *Organismi di composizione della crisi*, en (AA.VV.), *Composizione della crisi da sovraindebitamento, cit.*, 81 ss.; GUIOTTO, A., *Gli organismi di composizione della crisi*, en *Fallimento*, 2012, 1101 ss.

decantado por articular una vía judicial sin apenas presencia de los acreedores⁶⁸ minimizando, por lo tanto, el margen de la autonomía privada (a diferencia del resto de procedimientos protagonizados por deudores no consumidores). Así, el plan se sujeta exclusivamente al control jurisdiccional sin que sea necesario el consenso de los acreedores (art. 12-*bis*, l. 3/2012), erigiéndose, por lo tanto, en un acto prácticamente unilateral⁶⁹.

No obstante, los dos procedimientos de gestión del sobreendeudamiento no están exentos de coincidencias relevantes. Este hecho plantea la duda de si el legislador podría haber unificado el procedimiento de sobreendeudamiento, ramificando las posibles soluciones al mismo, es decir: la modalidad “plan” para el consumidor y la modalidad “acuerdo” para el procedimiento protagonizado por el resto de deudores civiles no consumidores, en el que, por otro lado, el *iter* resolutivo es más complejo en la medida que se exige un apoyo cualificado de la masa de acreedores (un 60%). Y es que, entre los diferentes aspectos que comparten los dos procedimientos, se encuentran los requisitos previstos en el art. 7, co. 2, l. 3/2012, para dar inicio al procedimiento o la necesaria intervención del OCC en el procesos de presentación y homologación del acuerdo o el plan a fin de garantizar el cumplimiento de la ley.

Por otro lado, también se ha puesto de manifiesto el carácter bidimensional de los dos mecanismos de gestión de la crisis (“acuerdo” y “plan”), tomando prestados en su diseño elementos procedentes del Derecho contractual y, al mismo tiempo, elementos procedentes de la regulación de las soluciones a la crisis empresarial. En ambos casos, nos encontramos de frente a una oferta en la que el sobreendeudado opera como un agente activo que impulsa el procedimiento de gestión y resolución de la crisis, tal y como también sucede en el caso de los deudores empresarios. Y es que subyace en todo ello la voluntad de aproximar dos mundos y realidades tan diferentes como similares en tanto que víctimas de la misma y urgente coyuntura socioeconómica⁷⁰. Ahora bien, no podemos obviar los problemas de funcionalidad del plan como elemento de gestión de la crisis en la medida que, a diferencia de los que sucede con otras tipologías de deudor, el deudor consumidor es titular de un patrimonio estático no sujeto a las oscilaciones y dinámicas asociadas al desarrollo de una actividad económica.

A su vez, y como hemos señalado, los dos procedimientos están inspirados en el ordenamiento concursal. A este respecto, la lectura del art. 6, co. 1, l. 3/2012, denota cómo el legislador sitúa el tratamiento del sobreendeudamiento civil entre los procedimientos concursales, aunque marca cierta distancia respecto de algunos elementos típicos del Derecho concursal. Por otro lado, cabe indicar que la conclusión de un acuerdo en materia de sobreendeudamiento, vinculante también para los acreedores disconformes es solamente una fase de un procedimiento más amplio en el que el OCC y los tribunales tienen una función que desarrollar. Es por ello que podemos hablar de un legislador que se decanta por un procedimiento con manifiestas connotaciones concursales que produce efectos de exoneración en detrimento de un modelo negocial o transaccional⁷¹.

⁶⁸ Profundizando en todo ello, SOLLINI, E., *La composizione della crisi*, cit., 57.

⁶⁹ Así, PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento*, cit., 84, según la cual el consumidor: «non propone bensì impone» [no propone sino que impone].

⁷⁰ Y es que mientras que la planificación puede ser útil y racional en el contexto del pequeño empresario no susceptible de ser concursado, no retiene esta funcionalidad en el contexto del tratamiento de la insolvencia civil en la medida que es prácticamente nula la capacidad del deudor protagonista para generar recursos financieros que justifiquen el diseño de un plan tal y como sí sucede en sede empresarial. A este respecto, DI MARZIO, F., *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, en (AA.VV.), *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 12 y 15.

⁷¹ Cfr., SOLLINI, E., *La composizione della crisi*, cit., 15.

Con todo, se mantiene vigente cierta sensación de perplejidad sobre la configuración e identidad jurídica del “plan” previsto para el consumidor sobreendeudado. Todo ello muy probablemente producto de transponer al ámbito de la crisis del deudor civil sobreendeudado la lógica y los principios procedentes del ámbito concursal, por ejemplo, del plan de saneamiento regulado en el art. 67, co. 3, LF, reformado a través de la d.l 169/2007⁷². Por otro lado, continúan vigentes diferencias relevantes relacionadas con la necesidad, en el marco del estricto procedimiento concursal, de obtener determinados niveles de consenso con los acreedores, que no existe en el caso del consumidor sobreendeudado y que ponen de manifiesto un mayor acento en el ámbito concursal en la autonomía privada pura que no encontramos en el tratamiento de la crisis del consumidor⁷³.

4. Análisis del procedimiento

A menudo, se afirma desde la perspectiva concursal, en consonancia con la lógica que guía la organización procedimental y negocial de la crisis empresarial, que esta disciplina debe ser coherente con el fin de gestionar y resolver las diversas cuestiones y necesidades económicas y financieras de la empresa en crisis mediante un acuerdo entre las partes implicadas. El éxito del resultado final pasa, por lo tanto, por sanear la empresa en crisis a través de la participación de las distintas partes implicadas en la consecución de una solución al problema común⁷⁴.

El procedimiento diseñado para alcanzar tales objetivos se caracteriza por el desarrollo de una serie coordinada de actos de manera que, cada uno de ellos, se erija en presupuesto de eficacia del acto sucesivo y también del resultado final⁷⁵. En este contexto, el legislador establece un procedimiento para el consumidor inspirado en distintos instrumentos procedentes del estricto ámbito concursal y paraconcursal. Con carácter general, la estructuración procedimental de la adopción del acuerdo de sobreendeudamiento entre el deudor y sus acreedores es expresión de una concepción moderna de la autonomía privada⁷⁶ que, en un contexto tan delicado como es el representado por la crisis de sobreendeudamiento, prevé la existencia de un procedimiento judicial que, en cierto sentido, está destinado a ser resuelto positiva o negativamente en términos de homologación del acuerdo concluido entre deudor y acreedores, en el específico ámbito de la crisis de sobreendeudamiento del deudor común consumidor. A su vez, y por otro lado, la estructuración del procedimiento destinado a la aprobación de un plan de saneamiento queda a disposición e iniciativa del propio deudor consumidor, desa-

⁷² A este respecto, TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, cit., 21 ss.

⁷³ Cfr., GUIOTTO, A., *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, en *Fallimento*, 2012, 212, en la que se realiza un primer análisis de esta disciplina en la que concurren elementos típicos de la propuesta anticipada de convenio [*concordato*] ex art. 161, LF; y elementos propios de los acuerdos extrajudiciales de la deuda en el sentido del art. 182-bis, LF.

⁷⁴ Cfr., TERRANOVA, G., *Il risanamento «amichevole» della crisi d'impresa*, cit.

⁷⁵ Como principio, la procedimentalización va cobrando progresivamente importancia. Ello se debe a que, favoreciendo la cooperación entre una multiplicidad de órganos públicos y sujetos privados en el ejercicio del poder, se erige un modelo de intervención pública y, por lo tanto, administrativa, acorde con los principios de pluralidad y participación democrática que caracterizan nuestro ordenamiento. Así, SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 144 ss.

⁷⁶ Un análisis de las distintas derivadas de la nueva normativa desde la perspectiva de la reforma del Derecho concursal y la reinterpretación a su cargo del fenómeno de la autonomía negocial en (AA.VV.), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Di Marzio - Macario (dirs.), 2010.

rollándose casi íntegramente bajo la coordinación y control directo de la autoridad judicial con el auxilio técnico y administrativo del OCC prescindiendo, por lo tanto, de la voluntad de los acreedores.

A este respecto, en todo el proceso de saneamiento del deudor consumidor, pesa sobre los componentes del OCC la obligación de certificar tanto la veracidad del contenido del plan propuesto, de los documentos aportados, así como la viabilidad del propio plan⁷⁷, previéndose, en caso de incumplimiento, tanto para el deudor como para el OCC las sanciones previstas en el art. 16, co. 2, l. 3/2012.

La ley otorga así una función muy relevante a cargo del OCC que, con todo, también incorpora importantes dosis de ambigüedad e incertidumbre, tanto en relación con la propuesta de plan como en relación con la propuesta de un acuerdo de connotación eminentemente extrajudicial⁷⁸. Todo ello pone de manifiesto la finalidad del legislador de desplazar fuera de las salas de los tribunales una parte de la gestión de la crisis, tratando rebajar los dispendiosos costes asociados a su gestión. Pero no hay prueba más fuerte que la prueba de los hechos y lo cierto es que si el juez se encuentra presente a lo largo de todo el procedimiento, ¿qué racionalidad subyace detrás de un órgano extrajudicial como es el OCC⁷⁹? Se estaba pensando seguramente en una verificación no únicamente jurídica, sino también económica y patrimonial, del plan del consumidor, así como en un examen a través del reformado art. 12-*bis*, l. 3/2012, dirigido a determinar si el consumidor ha asumido obligaciones sin perspectiva racional alguna de poderlas cumplir o, de manera culposa, ha gestado su situación de sobreendeudamiento.

Sea como sea, entre la documentación que el proponente tiene la obligación de presentar al juez (*ex art. 9, co. 3-bis, l. 3/2012*) gran parte de la cual ya ha sido adjuntada con el depósito de la propuesta del plan, se prevé un informe detallado a cargo del OCC, no sujeto a la aprobación de los acreedores, que valore la posición y méritos del consumidor sobreendeudado. Como garante del correcto funcionamiento del procedimiento, el OCC está llamado por otro lado a realizar una evaluación prospectiva y verificadora de la adecuación del plan con relación a la alternativa liquidadora tal y como establece el art. 9, co. 3-*bis*, letra e), l. 3/2012.

Con todo, es cuestionable la falta de previsión de la posibilidad de que los acreedores del consumidor sobreendeudado puedan plantear observaciones al informe del OCC, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos concursales no dedicados a los consumidores y, por ende, el conjunto de procedimientos concursales dedicados a las crisis empresariales y en los que es posible que los acreedores realicen observaciones al informe del OCC o del administrador concursal⁸⁰.

Por otro lado, debemos poner de manifiesto que la propuesta del deudor (en forma de

⁷⁷ Sobre esta cuestión, *amplius*, CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità*, cit., 240 ss. y esp. 242 ss. También, Cass., 23.1.2012, n. 1521. También, y en relación a un caso protagonizado por un consumidor, Trib. Pistoia, 27.12.2013: *amplius*, en este volumen, PERRINO, A.M., cit., *infra*; DEL LINZ, M., cit., *infra*.

⁷⁸ Aquí se pone de manifiesto la afinidad entre la actividad del OCC y un instituto similar ya regulado en el d.lgs. 28/2010: la *mediaconciliazione*. En este sentido, CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità*, cit., que identifica parcialmente la actividad del OCC con la *mediaconciliazione*, es decir, como un instrumento de apoyo en las crisis de operadores económicos tradicionalmente excluidos del sistema de soluciones concursales.

⁷⁹ El OCC sigue siendo una figura incierta en la medida que en el concurren un buen número de funciones (auxiliares, verificación de datos, colaboración con las partes, etc.) que en algún caso pueden entrar en conflicto con otros órganos del concurso. Sobre los interrogantes que suscita esta figura, PERRINO, A.M., cit., *infra*. También, SOLLINI, E., *La composizione della crisi*, cit., 14; MANENTE, D., *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili*, cit., 603 ss.

⁸⁰ Vid. DI MARZIO, F., *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, cit., 13.

plan o de acuerdo) debería ser capaz de enfrentarse a cada una de las relaciones obligacionales de manera flexible y, por lo tanto, no solamente a través de la búsqueda de alternativas basadas en el pago de las deudas sino también a través de daciones en pago de bienes, constitución de garantías a favor de algunos o del conjunto de acreedores, etc.

Una vez más se han realizado *ajustes* sobre el instituto de las esperas⁸¹ en el pago, que se extienden a los distintos procedimientos de gestión de las crisis de sobreendeudamiento previendo una dilación en los pagos de una duración de un año desde la homologación llevada a cabo por el tribunal⁸² con la condición de que la propuesta de plan: *i*) sea presentada, en un caso, por el consumidor (art. 8, co. 4, l. 3/2012); *ii*) prevea, en el otro caso, la continuación de la actividad empresarial del proponente. Fuera de estos supuestos no es posible conceder dilación alguna en los pagos. Con ello, el legislador persigue ser coherente con los objetivos de la l. 3/2012, es decir, la reactivación de la actividad de la empresa como fundamento del acuerdo de la reestructuración de las deudas así como la defensa de los consumidores con la previsión de un plan de saneamiento de su situación de sobreendeudamiento.

Nos ocupamos a continuación de la homologación del “plan” de acuerdo con las previsiones del art. 12-*bis*, l. 3/2012. Este precepto pone de manifiesto una serie de características propias que lo diferencian de la homologación prevista en el art. 12, l. 3/2012. De hecho, la homologación en el procedimiento dedicado al deudor consumidor, a diferencia de lo que sucede en materia de deudor civil no consumidor, se fundamenta en los méritos apreciados por el tribunal en el análisis de su conducta sin que sea necesario alcanzar ningún tipo de acuerdo o consenso con sus acreedores. A este respecto, y con anterioridad a la homologación, el juez procederá a estudiar la adecuación del “plan” a los requisitos establecidos en los arts. 7, 8 y 9, verificando, por ejemplo, la ausencia de actos del consumidor realizados en fraude de sus acreedores⁸³.

Es en este punto en el que el juez efectúa una evaluación del plan de cara a resolver en relación con el mismo⁸⁴ y aquí se manifiesta la voluntad del legislador de que el juez analice

⁸¹ La cuestión de las esperas (o moratorias) tiene detrás una historia larga y tortuosa. Se encuentran registradas ya en plena Edad Media (1264) esperas y moratorias de naturaleza bienal a lo largo de la cual los deudores no podían ser inquiridos por los acreedores. Esperas y moratorias de naturaleza mercantil también han sido habituales en épocas convulsas. Así, PERTILE, A., *Storia del diritto italiano*, vol. VI, 2, Torino, 1902, 379 ss. También, en el contexto de las tierras de Bari [*terrae Baroli*] se han localizado modalidades de moratoria de duración trienal para los deudores derivadas de la guerra contra el rey de Francia con la condición de que sus titulares fueran más pobres que sus acreedores (vid. *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani* en DN. [compilación *Decisioni del Sacro Regio Consilio Neapolitano*] Matthaeo de Afflictis [Matteo degli Afflitti] (...) *Collectae* (...) *Emendate* [Decisión CCCLXXVII, Venetiis, Apud Hieronimum Cavalcalupum, MDLXIV], 291 ss.

⁸² Figura inspirada en el art. 186-*bis* que, bajo la rúbrica «*Convenio con continuidad de la actividad empresarial*» (introducido en la LF a raíz del d.lgs. 83/2012) donde, a fin de preservar la continuidad de la actividad, y entre los diferentes beneficios concedidos al emprendedor, figura la posibilidad de incorporar a la propuesta de convenio una espera de un año desde la fecha de la correspondiente homologación para el pago de los acreedores que disponen de un privilegio en forma de prenda o hipoteca. Vid., a este respecto, entre otros, en este volumen, MAFFEI ALBERTI, A., *cit.*, *ante*. Sobre la vinculación, excesiva o inadecuada en ocasiones, entre los sectores financiero e inmobiliario, es decir, que proviene de préstamos o créditos con garantía inmobiliaria, y de sus posteriores titulizaciones, vid., desde el punto de vista de la realidad española, ARDERIU CALVO, A., *La vinculación entre los sectores financiero e inmobiliario*, Fernández Gimeno (dir.), Tesis doctoral, Universitat Politècnica de Catalunya - Departament d'Organització d'Empreses, Barcelona, 2015 [en <http://linkis.com/www.tdx.cesca.cat/ha/KJBno>].

⁸³ [Sobre este tema, vid. también, entre otros, en este volumen, VELLA, F., *cit.*, *ante*.]

⁸⁴ Así, FABIANI, M., *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*, *cit.*, 10, donde se revela que «según el paradigma típico de la reforma concursal, el juez no debe ocuparse ni de la gestión de la crisis ni del contenido sustantivo de los acuerdos adoptados pero sí debe efectuar una verificación preliminar del plan previsto para tutelar el patrimonio del deudor a fin de valorar si se reúnen todos los requisitos de *homologa-*

la buena fe del deudor como parámetro para valorar sus méritos y, por lo tanto, la posibilidad de que el deudor consumidor pueda “ganar” el derecho a gozar del trato especial que la ley reserva a los deudores consumidores sobreendeudados. A este respecto, se reclama de los consumidores, pero también de cualquier sujeto pasivo de una relación obligacional, un comportamiento diligente en el cumplimiento de las obligaciones propias en el sentido previsto por el art. 1176, cod. civ., o, lo que es similar, adoptar las precauciones necesarias en la persecución de los objetivos financieros y, de manera especial, tomar las medidas preventivas necesarias en materia de gestión responsable del crédito (*responsible borrowing*) actuando de manera consciente y con discernimiento⁸⁵.

A este respecto, la valoración que el juez realiza del deudor y su comportamiento, por otro lado, ofrece garantías al conjunto de acreedores, un conjunto que a pesar de encontrarse implicado en la crisis aún no puede participar en su resolución en términos procedimentales. Con todo, en la audiencia que deberá pronunciarse sobre la homologación del “plan”, el juez debe confiar al OCC la responsabilidad de gestionar las comunicaciones de información a los acreedores (que tendrán derecho a participar en ella), especialmente en lo relativo al depósito de la propuesta de “plan” a cargo del consumidor.

La intervención en solitario del juez se realiza al amparo de tres criterios fundamentales: i) el carácter factible del plan al amparo del informe del OCC de acuerdo con el art. 9, co. 3-*bis*, l. 3/2012; ii) la capacidad del “plan” para satisfacer determinados créditos previstos en el art. 7, co. 1, l. 3/2012⁸⁶; iii) el perfil del consumidor endeudado sujeto al procedimiento, en la medida que juez pueda excluir que el deudor «hubiera asumido las obligaciones sin ninguna expectativa de poder cumplirlas o que de manera culposa se hubiera encaminado hacia el sobreendudamiento recurriendo al crédito de manera desproporcionada en relación con sus propias capacidades patrimoniales». Todo ello, y como también sucede en el caso del acuerdo, será verificado por el juez de acuerdo con los presupuestos acabados de enunciar y sin apenas intervención de las partes en su proceso deliberativo (art. 10, l. 3/2012)⁸⁷. Si finalmente el juez considera que concurren los requisitos exigibles, procederá a decretar la homologación del “plan”, disponiendo su publicación en los términos del art. 12, l. 3/2012⁸⁸.

ción». En un sentido parecido, PANZANI, L., Composizione delle crisi da sovraindebitamento, cit., 17. Y con relación a la jurisprudencia, en materia de tratamiento de la crisis del consumidor sobreendeudado y su rehabilitación, Trib. Pistoia, 27.12.2013, cit. que por primera vez en Italia homologa un “plan para el consumidor” adaptado a la situación del deudor. El plan homologado por el Trib. Pistoia prevé la remisión del cincuenta por ciento del pasivo y el pago del cincuenta por ciento restantes en noventa plazos mensuales, es decir, una espera de siete años y medio. Todo ello calculando los ingresos del consumidor y sus gastos mensuales necesarios para el mantenimiento del núcleo familiar. Sobre posteriores y más recientes resoluciones, vid., en este volumen, PERRINO, A.M., cit., infra; DEL LINZ, M., cit., infra.

⁸⁵ Sobre tales precauciones, y la necesidad de que los operadores económicos pongan a disposición de los deudores todo un conjunto de informaciones y recomendaciones prácticas en lo que se ha venido a llamar *responsible lending*, REIFNER, U., *Verso i Principi*, cit. Sobre el tema y esp. sobre la obligación de evaluación precontractual, por parte del prestamista, de la solvencia del prestatario, vid. STJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014 / Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan, Asunto C-565/12 [en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0565>].

⁸⁶ En esta cuestión, URICCHIO, A.F., *Gli aspetti fiscali nella procedura da sovraindebitamento*, en (AA.VV.), *El sobreendudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 197 ss.

⁸⁷ Sobre ello, MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2039 ss. [También es destacable la resolución Trib. Pistoia, 27.12.2013: *amplius*, en este volumen, PERRINO, A.M., cit., infra; DEL LINZ, M., cit., infra.]

⁸⁸ Se prevé la inmediata publicación utilizando todas las alternativas contempladas en el art. 10. También, BOGGIALI, D., *Le crisi da sovraindebitamento*, en *Studio n. 61-2012/I*, 6 [en www.notariato.it]. También, en un

En caso de que hayan sido planteadas dudas acerca de viabilidad global del plan, el juez lo homologará cuando considere que al menos es capaz de satisfacer los créditos en una proporción no inferior a la que se habría conseguido a través de la liquidación del patrimonio del deudor (art. 14-ter, l. 3/2012). Por lo tanto, el consumidor (deudor persona física) mediante el “plan” puede liberarse del pago íntegro de sus créditos siempre que estos se satisfagan en un porcentaje superior al que se hubiese producido en caso de liquidación (art. 7, co. 1, l. 3/2012), sin perjuicio de su obligación de pagar íntegramente sus deudas tributarias aunque sea con esperas⁸⁹.

A partir de lo anterior, empleando la lógica de la reinserción o rehabilitación social⁹⁰ y entrando en contradicción con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 2740, cod. civ.), el d.l. 179/2012 incorporó a través del art. 14-terdecies, l. 3/2012, el instituto de la exoneración de pasivo pudiéndose ya afirmar que existe una norma específica en materia de exoneración aplicable específicamente al deudor consumidor persona física en el contexto de la insolvencia civil, una norma que se suma a la prevista con carácter general en el art. 142, LF. Con todo ello, fructifica una reforma de evidente contenido social destinada a permitir su readmisión en el mercado pero también en el circuito de relaciones sociales y económicas empleando la óptica de *fresh start* inspirada en el instituto del *discharge* estadounidense⁹¹.

Con relación a las consecuencias del “plan” homologado, éstas se encuentran reguladas en el art. 12-ter, l. 3/2012, en gran medida similares a las previstas en materia de convenio o liquidación. Y es que, como consecuencia de la homologación: *i*) quedarán bloqueadas las acciones ejecutivas contra el deudor y la constitución de nuevos derechos de prelación; *ii*) todos los acreedores afectados que forman parte del procedimiento y que pudieron plantear sus reclamaciones con anterioridad a la fecha publicación del decreto de homologación dictado por el juez quedarán sujetos a los efectos del mismo, mientras que los acreedores que se hayan incorporado con posterioridad a tal fecha no podrán desarrollar ninguna actuación ejecutiva contra los bienes del deudor que hayan sido objeto del procedimiento; *iii*) este procedimiento judicial no afecta los derechos de los acreedores frente a coobligados del deudor, garantes u obligados en vía de regreso [subsidiaria]⁹².

En caso de no homologación del “plan”, el juez, en el sentido del art. 12-bis, co. 3, l. 3/2012, declara el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada *ex art.* 12-bis, l. 3/2012⁹³.

La fase de cumplimiento y ejecución por parte del consumidor, como también sucede con el deudor común no necesariamente consumidor, se desarrolla bajo la supervisión del OCC, en los términos previstos por el art. 13, l. 3/2012. En esta fase, el deudor consumidor (pero también el no consumidor) deberá cumplir con las obligaciones asumidas en el “plan” (o acuerdo) y, en primer lugar, pagar las deudas por “créditos inembargables” y por créditos

sentido amplio, MAFFEI ALBERTI, A., *op. ult. cit.*, 2039 ss., esp. 2045. Jurisprudencialmente, resolución Trib. Pistoia, 27.12.2013, *cit.*: *amplius*, en este volumen, PERRINO, A.M., *cit.*, *infra*; DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.

⁸⁹ DI DATO, M.A., *op. loc. cit.*, y con relación a las derivadas fiscales en materia de sobreendeudamiento, URICCHIO, A.F., *Gli aspetti fiscali, cit.*, 206 ss.

⁹⁰ Vid. DEL NEGRO, G., *cit.*, *infra*.

⁹¹ *Supra*, nts. 4 y 5. Entre otros, PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento, cit.*, 63 ss.

⁹² Sobre todo ello, MAFFEI ALBERTI, A., *op. ult. cit.*, 2040 ss.

⁹³ No así en la hipótesis de acuerdo con los acreedores, en cual caso la falta de mayoría comporta la resolución de inadmisibilidad e improcedibilidad de la propuesta. En este sentido, ID., 2046 ss.; MANENTE, D., *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili, cit.*, 576.

señalados por el art. 7. co. 1, l. 3/2012, *succ. mod. integr.*, en la forma allí indicada.

A pesar de que falta un pronunciamiento legal expreso en este sentido, podemos considerar que la actividad dirigida a liquidar el activo la llevará a cabo el propio deudor pese a que si los bienes son objeto de algún tipo de garantía el juez, previa audiencia del OCC, deberá nombrar a un liquidador⁹⁴.

Por otro lado, el art. 7, l. 3/2012, permite al deudor proceder a modificar el “plan” (o el acuerdo) cuando el cumplimiento del mismo se haya convertido en imposible por razones no imputables al propio deudor, evitando de esta manera el *rigor legis* que habría consentido a los acreedores solicitar del juez la resolución del acuerdo o del “plan”.

Los arts. 14 y 14-*bis*, l. 3/2012, se ocupan de abordar separadamente las incidencias que a modo de patología pueden afectar la ejecución tanto del acuerdo como del “plan”. A este respecto, el art. 14 prevé la declaración de nulidad y la posterior resolución del procedimiento poniendo de manifiesto nuevamente las derivadas contractuales del proceso. En el mismo sentido, son regulados los supuestos de cese y revocación de los efectos derivados de la homologación del “plan” del consumidor⁹⁵.

El cese y la revocación de los efectos pueden tener lugar de oficio o a instancia de parte. En este último caso, el acreedor podrá solicitar el cese de los efectos del “plan” al amparo de los presupuestos regulados en el art. 14-*bis*, l. 3/2012. Asimismo, el art. 14-*quater* de la misma ley regula la posibilidad de convertir el “plan” en un procedimiento de liquidación del patrimonio⁹⁶.

Se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, en relación a la crisis empresarial y su sujeción al Derecho concursal, que los diferentes mecanismos de conciliación de intereses previstos por el legislador (acuerdos o planes), y cuyos efectos fundamentalmente atañen al deudor y sus contrapartes contractuales, deberían haber sido más incentivados con el fin de desalentar una eventual declaración de insolvencia (*fallimento*). A este respecto, en la actualidad podemos afirmar que el consumidor sobreendeudado, a imagen y semejanza del deudor civil no consumidor, dispone de un mayor número de alternativas para gestionar su precaria situación económica. De hecho, con la introducción del procedimiento de liquidación de patrimonio (del que da testimonio el art. 14-*ter*, l. 3/2012)⁹⁷, el consumidor y, en general, el deudor persona natural en situación de sobreendeudamiento, disponen de alternativas en términos de gestión procedimental de la crisis cuando no se puedan cumplir con las obligaciones del art. 7, letras a) y b).

A modo de conclusión, podemos afirmar que a pesar de los esfuerzos para poner en marcha una regulación sensible con los nuevos tiempos y especialmente con los derechos e intereses de los consumidores, si nos guiamos por la efectividad de la tutela prevista, no podemos esconder las contradicciones y desencantos que origina el planteamiento imple-

⁹⁴ MAFFEI ALBERTI, A., *op. ult. cit.*, 2053 ss.; TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, *cit.*, 37 ss.; PACCHI, S., *La composizione del sovraindebitamento*, *cit.*, 90 ss.

⁹⁵ MAFFEI ALBERTI, A., *op. ult. cit.*, 2058 ss.

⁹⁶ *Id.*, 2064 ss.

⁹⁷ Para una ulterior profundización en el procedimiento de liquidación, DONZELLI, R., *Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo*, en (AA.VV.), *La nuova composizione della crisi da sovra indebitamento*, *cit.*, 69; BOTTAI, L.A., *La liquidazione del patrimonio del debitore in procedura di sovraindebitamento*, en *Fallimentarista*, 21.3.2012.

mentado⁹⁸. El camino es extremadamente sinuoso⁹⁹ encontrándonos delante de un conjunto de materias especialmente complejas. En este contexto, el legislador trata de allanar caminos y suprimir tabúes a la espera de ulteriores concreciones normativas en búsqueda de una sistematización del derecho concursal en un contexto unitario y durable¹⁰⁰.

Por todo ello y con la voluntad de contribuir a animar en términos de propuestas de debate, debemos retomar las enseñanzas de Ascarelli, que animaba al jurista a tener presente la función efectivamente desarrollada por el instituto jurídico en el contexto de un lugar y época determinada a través de la búsqueda constante del difícil equilibrio de los intereses implicados más allá de la simple invocación a elementos abstractos en un contexto de coherencia sistemática¹⁰¹. En lo hasta aquí desarrollado, el recurso al denominado método funcional del análisis comparado entre ordenamientos, a fin de determinar las equivalencias mínimas (o funcionales, o si se prefiere, que hayan o estén funcionando)¹⁰², más que las diferencias conceptuales o dogmáticas, puede ayudar en esta desafiante misión.

⁹⁸ En este sentido, se sitúan las advertencias de IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 109: «la eficacia del Derecho reside siempre en la identificación y caracterización de las garantías». Sobre los resultados poco satisfactorios de la implementación de los procedimientos, CATERINO, D., *Sui concetti di rimedio, estraneità e convenienza nella procedura della crisi da sovraindebitamento civile*, en *Il sovraindebitamento civile e del consumatore*, op. loc. cit., 181 ss. y esp. 196; DI DATO, M.A., op. loc. ult. cit., 327.

⁹⁹ En tal sentido, DONZELLI, R., *Prime riflessioni sui profili processuali*, cit., 610.

¹⁰⁰ Cfr., FABIANI, M., *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, en *Corr. giur.*, 2012, 451, pero también TERRANOVA, G., *Presentazione*, en *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit., 7; FORTUNATO, S., *Fallimento dell'imprenditore o crisi dell'impresa?*, *ivi*, cit., 81.

¹⁰¹ Sobre los riesgos de no seguir este camino y la necesidad no solamente de conocer la realidad sino también de entender cómo en ella operan las normas y los institutos jurídicos, SARCINA, A., *Prologo*, en SALAS FUMÁS, V., *Novecento: il secolo dell'impresa*, Milano, 2012, 9 ss., en línea con ASCARELLI, T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 55.

¹⁰² Para una análisis comparativo de este enfoque y su utilidad así como los riesgos a él asociados, cfr. HESSELINK, M.W., *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005, 82, esp. 92. *Ratione materiae*, FORTUNATO, S., *Il diritto societario in prospettiva europea: principi generali e ricadute comunitarie*, en *Riv. soc.*, 1994, 426 ss. Sobre los riesgos de que este método analítico no resulte funcional, cfr. (AA.VV.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Bertorello (ed.), Milano, 2003.

Crisis del crédito y sobreendeudamiento civil: ineficiencias y responsabilidad

SUMARIO: 1. Sobreendeudamiento e influencias del derecho del *common law*... - 1.1. ...también sobre el legislador comunitario. - 2. Relevancia de la *discharge*, en general... - 2.1. ...en el derecho del *common law*. - 3. Las influencias de la *discharge* del *common law* sobre el sistema del *civil law*. - 3.1. En particular: el caso francés... - 3.2. ...y el alemán. - 4. Al fin, el caso italiano. - 4.1. Las distonías de los tres módulos previstos por la ley italiana: respeto al espíritu negocial... - 4.2. ...y al rol del tribunal. - 5. La incongruencia del organismo de composición de la crisis.

1. Sobreendeudamiento e influencias del derecho del *common law*...

El fenómeno económico del sobreendeudamiento civil es un reflejo de la crisis del crédito; y una solución útil al mismo se encuentra en la liberación de las deudas, institución fuertemente afectada por opciones ideológicas y a menudo contaminada por engañosas influencias.

Influencias, con todo, poderosas, blindadas por la globalización, que han hecho de palanca para promover la expansión de las instituciones del *common law*.

En la fase inmediatamente precedente al *annus horribilis* de la crisis económica en que estalló la burbuja inmobiliaria en América, debido al mercado *subprime* de las tarjetas de crédito y de las hipotecas, hubo quien atribuía el estancamiento de la economía italiana a la prudencia de las familias a la hora de endeudarse, deseando una invocación masiva al crédito al consumo, al que se atribuía la capacidad de agitar la situación varada frente a la cual se encontraba aquella economía¹.

1.1. ... también sobre el legislador comunitario

También el legislador comunitario prestó oídos a los cantos de sirena que venían de ultramar, donde el crédito al consumo era sólido y estructurado y, lejos de presentar propuestas para prevenir la aparición del fenómeno del sobreendeudamiento, apeló, por el contrario, con el *Considerando 7*, CCD 2008 (Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo), a «una legislación comunitaria con visión de futuro»², autocualificada de esta manera, en

* Por cortesía de *EuriConv*, una primera versión de este texto para los *Dialogi europaei* fue publicada con título *Sovraindebitamento e «discharge»: suggestioni, illusioni e pentimenti*, en *Foro it.*, 1, 2015, 330-334. Se incluye aquí de nuevo una versión actualizada que abarca el análisis de las importantes modificaciones legislativas e intervenciones de la jurisprudencia.

¹ STANGHELLINI, L., “*Fresh Start*”: *implicazioni di “policy”*, en *L’insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, Presti - Stanghellini - Vella (dirs.), en *AGE*, 2004, 440, nt. 4.

De hecho, en 2007, el porcentaje de la deuda de Italia en relación con el PIB fue del 48%, frente al 99,5% de los EEUU y al 110,2% en Gran Bretaña, mientras que en 2008, Italia tuvo un porcentaje de la deuda en relación con el PIB del 45,3%, que correspondió al 145% en Gran Bretaña y una cifra similar en los EEUU.

² Que el legislador italiano ha transpuesto a través del d.l. 141/2010. Sobre éste, vid. SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consu-*

definitiva, con el fin de facilitar «el surgimiento de un mercado interno eficiente de crédito al consumo»³.

La CCD 2008 ha venido a crear la base del crédito responsable sobre una correcta información pre-contractual, encomendando a los mecanismos del mercado la ingrata y ardua tarea de evitar el “mal crédito”, y construyendo el conjunto de soluciones al mismo sobre la configuración de derechos de rescisión concedidos a los consumidores⁴.

La obligación de evaluar la solvencia del consumidor, establecida por el art. 8, CCD 2008, de hecho, se confía, según el *Considerando 26*, a la responsabilidad individual de los acreedores, tanto es así que el Tribunal de Justicia ha considerado suficiente, a los efectos del art. 8, la evaluación de la solvencia del consumidor sobre la base de la única información proporcionada por él mismo, siempre que sea la adecuada y vaya acompañada de los documentos justificativos, descartando la obligación del acreedor de proceder a un control sistemático de la información declarada⁵.

Las opciones ideológicas que transpira la CCD 2008 parecen desplazar el eje de la disciplina. Por un lado, parece que se frena el tradicional enfoque en materia de consumo, encaminado a tutelar el interés de los consumidores en la seguridad y calidad de los productos. Parece prevalecer, por el contrario, y de forma muy evidente, el interés del consumidor en adquirir productos al menor precio posible. Lo que se traduce en una estimulación del consumo pero también, inevitablemente, del crédito, que no necesariamente tiene que ser “bueno”. Por otro lado, frente al desequilibrio estructural que marca la concesión de crédito, determinado por el hecho de que una de las partes, endémicamente fuerte porque tiene el acceso al dinero, está en condiciones de dictar las reglas del intercambio a la otra parte, endémicamente débil, ya que necesita tener acceso al dinero con el fin de satisfacer sus propias necesidades, se proponen remedios que permanecen en el umbral del intercambio. Esto se debe a que están diseñados sólo para eliminar o al menos reducir las asimetrías surgidas entre las partes. Sin embargo, se creía que el derecho del consumidor se había convertido en derecho especial⁶ con respecto al tronco central del derecho común, por su vocación de proporcionar tutela, con normas imperativas, a las necesidades de la parte más débil; tutela, que ha llevado, por ejemplo, al desarrollo de la categoría de nulidad de la protección⁷.

midor. Sistemi giuridico europeo a debate, Sarcina (dir.), Lecce, 2014; CARGNIEL, E. - DE VELLIS, G., *Disciplina del credito ai consumatori: nuovi “strumenti di trasparenza” e forma dei contratti bancari*, en *Resp. civ.*, 2012, 312.

³ Sobre la Directiva, vid., por ejemplo, REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 5.

⁴ Sobre ellos, cfr. MUCCIARONE, G. - SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.legs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, en *BBTC*, I, 2012, 37; BUONGIOVANNI, V., *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, en *Eur. dir. priv.*, 2014, 455.

⁵ En este sentido, Tribunal de Justicia 18.12.2014, asunto C- 449/13, Bakkaus y 27.3.2014 asunto C-565/12, Kalnan, que determina como única sanción la no exigibilidad de los intereses convencionales en el caso en que el prestamista no cumpla plenamente su obligación de verificación precontractual.

⁶ Sobre la elaboración de la noción de derecho especial, vid. CASTRONOVO, C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, en *Jus*, 1981, 158, impreso en *Diritto privato generale e diritti secondi - La ripresa di un tema*, en *Eur. dir. priv.*, 2006, 397, así como, entre otros, PLAIA, A., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano 2009 y con especial atención al sector en cuestión, vid. ALBANESE, A., *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, en *Vita e pensiero*, 2, 2009.

⁷ Sobre ello, vid., entre otros, PAGLIANTINI, S., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, en *Nuove leggi civ.*, 2012, 751; D'AMICO, G., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, en *Contratti*, 2012, 977; DI MAJO, A., *Giustizia e materializzazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra regole di fattispecie e regole di procedura*, en *Eur. dir. priv.*, 2013, 797.

Algunos cambios de dirección que tienden a trasladar el eje de la responsabilidad del deudor a la del acreedor se aprecian en la posterior Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4.2.2014, relativa a los contratos de crédito al consumo en relación con bienes inmuebles residenciales, que, en un contexto orientado a «facilitar la creación de un mercado interior que funcione correctamente y que se caracterice por un alto nivel de protección de los consumidores en materia de contratos de crédito relativo a bienes inmuebles y para garantizar que los consumidores interesados en este tipo de contratos puedan confiar en el hecho de que las entidades con las que interactúan se comporten de una manera profesional y responsable» (*Considerando 5*), proclama el objetivo de «garantizar un alto nivel de protección de los consumidores que suscriben contratos de crédito relativo a bienes inmuebles» (*Considerando 15*), ya que los consumidores y las empresas, no encontrándose en la misma posición, no necesitan el mismo nivel de protección (*Considerando 11*). Y asimismo se programa «la educación financiera» de los consumidores (art. 6 de la Directiva) y la imposición a los acreedores, a los intermediarios del crédito y a los representantes designados de reglas de comportamiento, que suenan como admoniciones morales, prescribiéndose que actúen «de manera honesta, justa, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos e intereses de consumidores» (art. 7).

Mayor importancia parecen asumir la obligación de evaluar la solvencia (art. 18) y la previsión del reconocimiento del derecho de resolución anticipada del contrato de crédito (art. 25), quedando por ver, sin embargo, la modalidad que adoptarán los Estados miembros para cumplirlas⁸.

2. Relevancia de la *discharge*, en general...

Es en este contexto, hipotecado por visiones y perspectivas axiológicas de la macroeconomía, que aparece el instrumento propio del derecho del *common law* de la *discharge* o liberación del deudor insolvente.

Instrumento al cual se le reconoce involuntariamente una virtud salvadora, en base a la consideración, por un lado demasiado optimista y por otro miope, que reconocer la posibilidad de liberación del deudor insolvente podría alentarle a acumular deudas, y, por tanto, a recurrir al crédito, generando dinero y, en consecuencia, estimulando a la economía.

Italia ha venido finalmente a introducir estas reglas sobre sobreendeudamiento y liberación de deudas, realizando un trabajo notable, que ha permitido la salida a la luz de un híbrido, resultado de la mezcla entre el sistema conocido del *common law* y algunos aspectos del modelo del *civil law* que se había ido formando, aderezado con el paternalismo típico italiano, en virtud del cual el legislador, respecto al deudor insolvente, se muestra duro pero bondadoso⁹.

⁸ Cabe destacar, sin embargo, el art. 124-*bis*, tub, precursor de la posterior evolución normativa e introducido justamente por el d.lgs. 141/2010, que establece que «antes de la conclusión del contrato de crédito, el financiador evalúe la solvencia del consumidor sobre la base de información adecuada, proporcionada por el mismo consumidor o, si es necesario, obtenida consultando una base de datos pertinente». [Sobre el mismo, vid. PIEPOLI, G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, en *BBTC*, I, 2013, 38.]

También se observa que el dictamen del CESE 2014 solicitó la adopción de una definición común de endeudamiento excesivo, recordando, entre otras cosas, que la lucha contra el endeudamiento excesivo también presupone la existencia de un marco europeo en materia de usura. Sobre el tema, *amplius*, SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, *cit.*, 124; [DEL NEGRO, G., *Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social*, *infra*.]

⁹ [Id.]

2.1. ...en el derecho del common law

El sistema del *common law* ha experimentado una evolución muy radical, casi parecido a una palingenesis.

El estigma moral que ha acompañado en sus albores al deudor incumplidor se remonta a las leyes de las XII Tablas. De todas ellas, la Tabla III contemplaba la repartición entre los acreedores del cuerpo del deudor insolvente, medida que estaba dirigida a la protección de los intereses de la clase acreedora: de ella dependía el comercio y se pensó que la coacción psicológica, además de la física, al deudor incumplidor serviría de baluarte idóneo para la protección de los intereses de los acreedores.

El derecho del *common law* se convertía así en padre de la reclusión por deudas, introducida por el *Estatuto de Marlbridge* de 1267¹⁰.

La visión absoluta que acompaña a aquella opción moral se refería al simple incumplimiento, sin reconocer valor alguno a la conducta honesta pero desafortunada.

También la primera *bankruptcy*, que esbozó los procedimientos concursales contra el deudor insolvente (piénsese en la *Bankruptcy Act* del 1542 y la *Act Teuching Orders for Bankrupts* del 1570), fue pensada para proteger a los acreedores –sólo– contra los mercaderes y comerciantes¹¹.

La perspectiva ius-económica no comienza a ver la luz hasta el *Act to Prevent Frauds Frequently Committed by Bankrupts* de 1705, que introduce la *discharge* para el comerciante honesto pero incumplidor¹².

La reclusión por deudas del deudor civil, sin embargo, llega casi a las puertas de nuestro tiempo, concretamente a finales de 1869, y sólo en 1861 se amplió al deudor la oportunidad de disfrutar de la liberación civil.

Hasta entonces, pues, el Reino Unido encontró que el deudor insolvente civil merecía la restricción de la libertad personal, sin ninguna posibilidad de liberarse de la carga de sus deudas (casi, del peso de su propia culpa). Por otra parte, el *Act* de 1705 se refería al comerciante honesto pero desafortunado, ya que se pretendía aumentar los créditos de la burguesía con el fin de financiar las empresas del mar.

La evolución de la fisonomía de la *discharge* es hija de la impronta liberal, que dirige la atención no hacia el deudor sino hacia el mercado: la liberación se introduce cuando se cree que es funcional para las exigencias del mercado.

Por lo tanto, el derecho del *common law*, que había ideado e introducido la reclusión por deudas, desarrolló y reconoció la liberación del deudor insolvente sólo cuando entendió que la posibilidad de que el deudor incumplidor volviese a ser un miembro productivo de la sociedad podría resultar útil al mercado y podría, por consiguiente, determinar la eficacia global del sistema económico.

El eje de la protección inmediata se trasladó de la clase acreedora al deudor, pero sólo como un medio para conseguir la protección del mercado.

El gobierno federal de los EEUU fue más allá de las necesidades ideológicas de la

¹⁰ Sobre ello vid., por todos, COHEN, J., *The History of Imprisonment for Debt and its Relation to the Development of Discharge in Bankruptcy*, en *JLH*, 3, 1982, 154; así como ZENO-ZENCOVICH, V. - ROJAS ELGUETA, G., *Storie di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, en *Mat. storia cult. giur.*, 2007, 289.

¹¹ Sobre esta cuestión y, en general, sobre la evolución también ideológica vinculada a la institución de la *discharge*, vid. ROJAS ELGUETA, G., *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, en *BBTC*, I, 2012, 310.

¹² Sobre ello vid. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, vol. 2, 1765-1769.

protección del mercado, llegando, con el *Chapter 13, Bankruptcy Code* americano, a prever la *super-discharge*, es decir, la liberación también de las deudas contraídas fraudulentamente. Esto significa que no sólo el deudor desafortunado y no culpable está protegido en ese sistema, sino que también lo está el deudor que ha asumido de manera fraudulenta deudas, mostrando a los terceros una capacidad económica que en realidad no tenía.

Posteriormente, el gobierno federal no dudó, en 2005, en modificar el *Bankruptcy Code* de 1978, a fin de excluir la liberación automática e inmediata prevista en el *Chapter 7* mientras sea posible obtener el pago de una parte de la deuda de acuerdo con el procedimiento establecido en el *Chapter 13*.

Y no debe pasarse por alto que, en ese sistema, el instrumento de la liberación, además de propiciar la reincorporación del deudor al ciclo económico, de acuerdo con la idea de que el precio sufrido a consecuencia de ella por los acreedores es aún más bajo que el precio que, en ausencia de ella, debería asumir toda la sociedad con una responsabilidad de deudor potencialmente perpetua, responde a una función adicional, valiosa, de amortiguador social. Función valiosa cuando no se contemplan, sobre todo en el sistema norteamericano, instrumentos capaces de hacer frente adecuadamente a sucesos (como, por ejemplo, los despidos y las enfermedades), que generalmente son la causa de la asunción de las deudas que genera el sobreendeudamiento del deudor civil.

3. Las influencias de la *discharge* del *common law* sobre el sistema del *civil law*

Era difícil, por lo tanto, imaginar que las peculiaridades del sistema de *common law* pudieran echar raíces y establecerse en el sistema del *civil law*.

En este sistema, de hecho, al menos por lo que se refiere a los países que se han inspirado en las cuestiones fundamentales del *Code Napoleon* de 1802 para crear su propia normativa, las normas sobre la materia han resultado consistentes no sólo desde una perspectiva ius-económica, la cosechada por el sistema del *common law*, sino también desde una perspectiva estrictamente dogmática, que se centra en la tipicidad de las limitaciones propias de la responsabilidad patrimonial y, antes de eso, en el valor, tendencialmente firme, de la asunción de los compromisos que generan las obligaciones.

Deuda y responsabilidad son los pilares sobre los cuales se erige el derecho de las obligaciones. Y el derecho de las obligaciones se rige por el principio comunmente expresado con la máxima *pacta sunt servanda*.

Los Estados del *civil law* que se inspiraron en las cuestiones fundamentales del Código Napoleón de 1802 adoptaron como regla fundamental el principio, que es también una de las piedras angulares del derecho italiano, de la responsabilidad universal del deudor con todo su patrimonio, presente y futuro, por las deudas contraídas¹³; de manera que las limitaciones a esta responsabilidad debían estar absolutamente tipificadas y bien reguladas.

Y estas cuestiones se corresponden con la diferente organización de los Estados euro-

¹³ Principio coherente por otro lado con la tutela proporcionada por el ordenamiento a los intereses del acreedor en el caso de un empeoramiento de la situación patrimonial del deudor, de la que como expresión más elocuente el art. 1461, cod. civ., que permite a un contratante suspender la ejecución de su propia prestación si existe el temor, demostrado por el empeoramiento de las condiciones económicas de la otra parte –hipótesis que también se puede asimilar al conocimiento de un cambio en la situación patrimonial acontecido después de la conclusión del contrato–, de no poder conseguir el cumplimiento de la contraprestación. En este sentido, vid. Cass., 30.1.2013, n. 2217, en *Foro it.*, Rep. 2013, voz *Contratto in genere*, n. 493.

peos, que tienden a ser no ya Estados liberales sino Estados sociales, que tienen como objeto de regulación no el mercado en si mismo sino el deudor.

Sin embargo, los cantos de sirena de la experiencia de ultramar, decíamos, eran muy fuertes, y no todos los legisladores han sido capaces de comportarse como Ulises; lo que ha provocado la aparición de una variedad de soluciones en el ámbito de la UE¹⁴.

Dicho esto, es muy significativo que los legisladores de los países miembros de la UE hayan reaccionado, ante las insinuaciones sobre las soluciones para afrontar el sobreendeudamiento, de diferentes maneras¹⁵, tanto es así que hay quien ha llevado a cabo un estudio comparativo que trata del «cuerno de la abundancia de fascinante información sobre los regímenes de insolvencia del deudor civil»¹⁶.

3.1. En particular: el caso francés...

En el variado panorama europeo se han venido yuxtaponiendo dos opciones de referencia.

El *sistema* francés¹⁷ se refiere a las deudas no profesionales, exigibles y vencidas, contraídas con buena fe por parte del deudor en el ámbito de su gestión familiar y con un marcado carácter negocial.

Este *sistema* apunta en primer lugar a la renegociación de la deuda contraída, confiando la gestión administrativa del procedimiento a una comisión especial, que busca llegar a un arreglo amistoso entre las partes y que actúa como mediadora con el objetivo de desarrollar un plan convencional de reorganización, de indudable naturaleza contractual. Naturaleza contractual, enfatizada por el legislador de 2010, que ha limitado el margen de maniobra de la autoridad judicial, encargada únicamente de proteger los intereses fundamentales.

Sólo como resultado del fracaso de la salida negociada, la comisión puede tomar medidas tales como el escalonamiento de los pagos o el aplazamiento del pago de determinadas deudas o incluso medidas extraordinarias, que lleven a la liberación de las deudas pendientes, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de impugnarlas ante el juez¹⁸.

3.2. ...y el alemán

El sistema alemán¹⁹ prevé dos disciplinas especiales (el procedimiento de liberación y, con carácter subsidiario, el procedimiento de insolvencia simplificada) reservadas para los consumidores y una tercera (el procedimiento de liberación de deudas pendientes), destinada

¹⁴ Sobre el variado y, en muchos sentidos, ineficaz sistema comunitario así como sobre las legislaciones nacionales de los países miembros, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit.

¹⁵ Para una revisión de las mismas, vid. SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 123 ss. Vid. también PELLECCIA, E., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 427.

¹⁶ TABB, C.J., *Lessons from the Globalization of Consumer Bankruptcy*, en *Law & Social Inquiry*, 2005, 763.

¹⁷ Definido por la ley del 1.7.2010: sobre la evolución del mismo vid., por todos, LAURIAT, A. - VIGNEAU, V., *L'insolvenza da sovraindebitamento civile in Francia*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 45.

¹⁸ Id.

¹⁹ Regulado por la *Insolvenzordnung*/1994. Sobre el tema, SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 126 ss., esp. nt. 13.

a todas las personas físicas insolventes y no sólo a los consumidores.

En cualquier caso, según este sistema, el acceso al procedimiento viene precedido de un intento de transacción extrajudicial.

El plan de liberación propuesto al deudor y que obtenga el consenso de los acreedores adoptará la forma de una transacción (*Vergleich*). Si, por contra, no se alcanza ningún acuerdo o si la propuesta de acuerdo presentada por el deudor es rechazada por el tribunal sobre la base de que el plan no será aceptado por los acreedores, se inicia el procedimiento de insolvencia simplificada, marcado por el nombramiento de un administrador fiduciario, al cual el deudor le hará entrega del importe recabado de la venta de su patrimonio embargable, a los efectos de su posterior distribución a los acreedores.

Por último, en el procedimiento de liberación de las deudas residuales, después de la buena conducta observada durante un período de seis años, el deudor, que ya ha visto sus activos liquidados, cede al administrador fiduciario la parte embargable de los propios créditos laborales, además de cumplir las obligaciones consistentes en realizar una actividad laboral adecuada, ceder al administrador la mitad del patrimonio hereditario y comunicar cualquier cambio de domicilio.

Es evidente, por lo tanto, a pesar de las diferencias sustanciales de la disciplina, que ambos sistemas tienen en común la renegociación de la deuda, en base a un plan de pagos, y la limitación de la intervención de los tribunales, a los cuales se les encomiendan funciones de supervisión y control.

4. Al fin, el caso italiano

Decíamos antes que el legislador italiano ha llegado el último. Su tarea ha sido facilitada por la experiencia de los dos sistemas europeos y enervada por un sistema dogmático similar y un interés y sensibilidad común, aunque la crisis estadounidense de 2008 no fuese un brillante ejemplo del éxito de una disciplina que promociona la *discharge* como correctivo al sobreendeudamiento.

La gestación de la nueva disciplina ha tenido una andadura extremadamente tormentosa. El *iter* se inició con un d.l. que regulaba el sobreendeudamiento (d.l. 212/2011); en espera de la conversión del d.l., surgió una ley ordinaria (l. 3/2012), que se superpone al decreto, derogándolo; para sellar la derogación, la l. 10/2012, para la conversión del d.l., prevé la supresión de los arts. 1-12, dedicados precisamente “a la crisis” del sobreendeudamiento.

A raíz de la promulgación de la l. 3/2012, vio la luz un nuevo d.d.l. y, al cabo de unos meses, el legislador volvió a intervenir con un d.l. titulado, de modo muy sugerente, “*Crescita 2.0*” y luego “*Sviluppo-bis*” (d.l. 179/2012, convertido en l. 221/2012) para redisciplinar casi *ex novo* la materia²⁰.

²⁰ Sobre el mismo, además de las representaciones contenidas en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., vid. GUIOTTO, A., *Nuove modifiche alla disciplina della crisi da sovraindebitamento*, en *Fallimento*, 2012, 1277; BATTAGLIA, R., *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012*, en *Fallimento*, 2013, 1433; CATERINI, E., *Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio in solutum*, en *Rass. dir. civ.* 2014, 337; y las contribuciones de LENZI, R., *Strumenti negoziali al servizio della composizione della crisi da sovraindebitamento*; PAGLIANTINI, S., *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*; PALMIERI, A., *Consumer bankruptcy e debt mitigation: modelli a confronto*; PANZANI, L., *Il ruolo del giudice e degli organismi di composizione della crisi nelle procedure*; todos en *Studi senesi*, vol. 125, fasc. 2, 2013, respectivamente 266, 371, 389, 404. Además de VELLA, F., *Presupuestos para la aplicación de los procedi-*

La revisión ha sido radical, ya que del tronco de la disciplina han surgido varias opciones disciplinarias, de modo que, hoy en día, no existe la disciplina del sobreendeudamiento, sino las disciplinas del sobreendeudamiento, muy diferentes.

4.1. *Las distonías de los tres módulos previstos por la ley italiana: respeto al espíritu negocial...*

Los tres procedimientos previstos, es decir el acuerdo de composición de la crisis, el plan del consumidor y la liquidación de los bienes se desvían de los ejemplos europeos, traicionando el espíritu negocial de los remedios propuestos por el sistema francés y el sistema alemán y terminando asignando al juez un papel quizá antinatural.

El acuerdo de composición está destinado al sobreendeudamiento del deudor que no tiene acceso a los procedimientos concursales tradicionales y parte de una propuesta dirigida a los acreedores, con la ayuda del OCC²¹ contemplado en el art. 15, l. 3/2012, requiere el consentimiento de una mayoría cualificada y, en caso de que se consiga, es homologado por el tribunal, que resolverá las eventuales oposiciones planteadas por los acreedores al informe elaborado por el órgano de composición.

Se desprende claramente pues de la transformación del acuerdo previsto inicialmente por la l. 3/2012 la traición al espíritu negocial.

Originalmente, de hecho, se exigía el consentimiento de los acreedores que representasen por lo menos el 70% de los créditos y que no vinculaba a la minoría (en base al art. 12, co. 2 y 4, que requería, respectivamente, la verificación previa de la idoneidad para garantizar el pago de los acreedores ajenos al acuerdo y la ausencia de efectos en caso de falta de pago).

En la actualidad, el acuerdo reproduce las previsiones del *concordato preventivo*²²: desde la perspectiva de los contenidos se plantea una posible quita sobre los créditos privilegiados, con la excepción de los créditos públicos vinculados a la financiación de la UE (por ejemplo, IVA) respecto a los que simplemente se tolera una mera espera en su pago²³ (art. 7 según remisión del art. 12-*bis* con relación al plan del consumidor). Desde la perspectiva procedimental, el acuerdo se emmarca en una secuencia de carácter negocial, destinada a poner de manifiesto sus efectos, a la que sigue la homologación judicial cuando el plano es aprobado por un porcentaje del pasivo, reducido al 60%, conformado por todos los acreedores previos al momento en el que se ha dado publicidad de la propuesta y decreto (art. 12, co. 3, l. 2/2012)²⁴.

Por tanto, se reconoce una fuerza preeminente a la regla de la mayoría, la cual nece-

mientos de sobreendeudamiento, ànte, en que también cabe mencionar las nuevas perspectivas en el plano fiscal.

²¹ CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità del piano nella procedura da sovraindebitamento civile*, en (AA. VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 235 ss. [En este volumen, DEL LINZ, M., *Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano*, *infra*.]

²² Sobre esta cuestión, por ejemplo, en este volumen, CATERINO, D., *Gestión/administración del patrimonio del deudor en la disciplina italiana para el sobreendeudamiento: historia de una ausencia*, *infra*.

²³ Sobre la relevancia de la cual, en materia de *concordato*, Corte cost., 25.7.2014, n. 225, en *Foro it.*, I, 2014, 3305, que ha declarado no fundamentada la aplicación de la posibilidad prevista en los arts. 160 y 182-*ter*, RD 267/1942, que, con el fin de alcanzar la admisibilidad del plan de *concordato*, contemplan una propuesta de liquidación tributaria que prevea el pago parcial del IVA en un sentido distinto de la exclusión de la posibilidad de alcanzar una quita según lo previsto en los arts. 3 y 97, Cost.

²⁴ Sobre la procedimentalización, SARCINA, A., *Un "piano" italiano per il consumatore sovraindebitato*, cit., 144.

sariamente propicia la injerencia de los acreedores más fuertes en otras relaciones deudor-acreedor, a las cuales son ajenos, a través del ejercicio del voto.

Y no hay duda de que esta técnica es manifiestamente inadecuada, tanto en general como en relación a los principios que rigen la responsabilidad de la deuda y, en particular, en relación al específico ámbito en el que se aplica:

i) en general, no proporciona protección ni a las minorías ni a los acreedores ausentes, ya que la aplicación de la regla de la mayoría implica la subordinación de la voluntad individual a la voluntad de la mayoría, en claro contraste con la regla establecida por el art. 1372, cod. civ., según la cual el negocio plurilateral tiene fuerza de ley sólo frente a los que han tomado parte en él. Tampoco puede sostenerse, para afirmar la compatibilidad de la disciplina con esta regla general, que en la esfera jurídica de los acreedores ajenos al acuerdo se propagaría un efecto positivo: este efecto consistiría en que el carácter ventajoso se confía a una valoración ampliamente discrecional y también ampliamente oponible, llevada a cabo por otros sujetos y por lo tanto empírica. Además, a los acreedores ajenos al acuerdo no se les reconoce el instrumento del rechazo, que protege la esfera jurídica individual, porque el eventual rechazo no evitaría el efecto liberatorio resultante de la obligatoriedad del acuerdo;

ii) en particular, la aplicación del principio de la mayoría se combina, normalmente, con el método colegial, que postula, de hecho, la existencia de un colegio. Cuando, en este caso, los acreedores constituyen una comunidad involuntaria, irreductible a la galaxia de los entes y son a menudo diferentes²⁵; y, en el límite de la legalidad, cada acreedor y también cada clase de acreedores legítimamente persiguen su propio interés egoísta, aunque vaya en contra, ya sea de forma latente o manifiesta, del de los otros acreedores o de las otras categorías de acreedores.

4.2. ...y al rol del tribunal

En cuanto al papel un tanto antinatural reconocido al juez, debe señalarse que la homologación juega el papel de *condicio iuris* para eliminar cualquier obstáculo a la producción de los efectos generales contemplados por la norma.

Y a continuación, hay que señalar que en los tres de estos procedimientos es difícil de ver «(...) algún carácter esencial de la función judicial. El índice de diagnóstico de esta función es la disputa; donde no hay disputa (...), el tribunal no cumple su tarea propia»²⁶.

Una situación aún más heterodoxa se presenta con respecto al plan de los consumidores, una solución al sobreendeudamiento del «*deudor persona física que haya asumido obligaciones únicamente para fines no relacionados con la actividad emprendedora o profesional eventualmente desarrollada*» (ex art. 6, co. 2, letra. b), versión modificada ex l. 3/2012)²⁷.

²⁵ [Sobre todo ello, VELLA, F., *cit.*, *ante.*]

²⁶ En este sentido, vid. CARNELUTTI, F., *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, en *Riv. dir. proc.*, II, 1924, 62.

²⁷ Definición esta que no es plenamente coincidente con la que se lee en el apartado primero del art. 2, Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo del 25.10.2011, sobre derechos de los consumidores, que califica al consumidor como «cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional». Esta Directiva ha sido transpuesta por el legislador italiano a través del d.lgs. 21/2014, que modificó el cod. cons. PAGLIANTINI, S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del D.Lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese*, en *Contratti*, 2014, 796; CUFFARO, V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, en *Corr. giur.*, 2014, 745.

Es necesario destacar que la Directiva 2014/17/UE, incidiendo en el art. 4 en la noción de consumidor establecida en el art. 3, letra a), CCD 2008, añade en su *Considerando 12* que en el caso de los contratos con doble

En este caso, no hay ninguna manifestación de la voluntad de los acreedores, en la esfera jurídica de los cuales está destinada a operar la liberación de las deudas.

La manifestación de voluntad es sustituida, una vez resueltas las distintas disputas y con el fin de alcanzar la efectiva satisfacción de las deudas, por la evaluación judicial de la viabilidad del plan y del merecimiento del deudor, previa a la homologación del plan, que, en caso de que sea cuestionado por parte de alguno de los acreedores o de cualquier otro interesado, hará necesario una ulterior valoración destinada a determinar si el crédito podrá ser satisfecho producto de la aplicación del plan en una medida no inferior a la alternativa liquidatoria prevista por la ley (art. 12-*bis*, l. 3/2012). Homologación, que, incluso en este caso, produce el efecto de la obligatoriedad del plan para todos los acreedores anteriores al momento en que se exige la publicidad (art. 12-*ter* 2, l. 3/2012).

Muy singular se nos aparece este rol casi invasivo del juez, sobre todo si se tiene en cuenta que hace poco tiempo, y con respecto a un procedimiento concursal como el *concordato preventivo*, la *Corte di Cassazione*, SU, circunscribió los límites de la evaluación judicial a los confines del control de la mera legalidad, inhibiendo el muy penetrante juicio de viabilidad económica²⁸.

Por el contrario, el plan de los consumidores, que no es objeto de negociación, se ve sometido al examen del juez, quien se convierte en el único árbitro de la legalidad, de la viabilidad y de la oportunidad. Lo que genera la sensación de que la función judicial está llamada a usurpar las prerrogativas de la autonomía negocial.

La disciplina también es sazónada con un toque de paternalismo típicamente italiano, plasmado en el art. 12-*bis*, l. 3/2012, al exigir al tribunal la evaluación de la idoneidad del consumidor, un tribunal que deberá determinar si el consumidor ha asumido obligaciones sin una perspectiva razonable de poder cumplir, o bien si ha contraído culposamente su situación de sobreendeudamiento, incluso por medio de recurrir al crédito de forma no proporcionada a la propia capacidad patrimonial. Esta evaluación, a falta de la previsión de criterios concretos para llevarla a cabo, se manifiesta casi profética y dotada de inevitables e indeseables dosis de discrecionalidad heredadas de antiguas modalidades de procedimientos judiciales típicos de una jurisprudencia del “merito”. A su vez, el proceso de endeudamiento del consumidor no es ajeno en su desarrollo a la concurrencia de prácticas comerciales desleales, a la omisión de información o a una negligente gestión de los procesos de concesión del crédito a cargo del acreedor, factores todos ellos que difícilmente se tomarán en consideración en la valoración de la conducta del sujeto deudor que ha acabado sobreendeudado.

Por último, y a pesar de las similitudes epidérmicas, el procedimiento de liquidación del patrimonio contemplado en la sección segunda de la l. 3/2012²⁹, tiene poco que ver con el procedimiento de liberación de las deudas pendientes previsto en el sistema alemán que fue el primero en acogerlo.

finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión, son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona será considerada un consumidor. En el sentido que el concepto de consumidor *ex art.* 6, l. 3/2012, defiende del concepto de consumidor utilizado en el art. 3, letra a), *cod. cons.*, donde queda definido en contraposición al concepto de profesional establecido en la letra c) del mismo art. 3; *vid.* GIANNELLI, G., *Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento, ànte.*

²⁸ Cass., 23.01.2013, n. 1521, en *Foro it.*, I, 2013, 1534, con nt. de Costantino y Fabiani.

²⁹ Introducida por el art. 18, co. 1, letra s), d.l. 179/2012, convertido con algunas modificaciones en la l. 221/2012.

Este procedimiento, de hecho, es ulterior y sucesivo a una liquidación concursal de los bienes del deudor, que no han sido utilizados para garantizar la satisfacción de los acreedores, y postula la asunción de obligaciones bien precisas, entre las que se incluye la concerniente a la cesión, por un plazo de seis años, de la parte embargable de los créditos laborales.

Se presenta como una alternativa a la propuesta de composición de la crisis y está destinado al mismo tipo de sujetos (art. 7, co. 1-*bis*, l. 3/2012) contemplando la intervención del juez fundamentalmente en relación al desarrollo de las funciones instrumentales contempladas en el art. 14-*quinquies*, l. 3/2012, y también con relación a la designación del liquidador al que se le exigirá la verificación del listado de acreedores, la elaboración del inventario, la aprobación de la masa pasiva, la elaboración del plan de liquidación y la realización de algunas operaciones ejecutivas de este plan enumeradas en el art 14-*novies*, co. 3, l. 3/2012. Todo ello comporta al final la liquidación de todos los bienes del deudor, incluidos los aparecidos a lo largo de los 4 años siguientes, prescindiendo de un acuerdo con los acreedores. Al final de todo este proceso se produce un descuento final, en el sentido de que como resultado de la liquidación, y con independencia de cualquier porcentaje de satisfacción (exigiéndose solamente que “al menos en parte” hayan sido satisfechos los acreedores por título y causa anterior al decreto de apertura de la liquidación: art. 14-*terdecies*, co. 1, letra f), l. 3/2012), el deudor persona física puede obtener el beneficio de la liberación de las deudas pendientes frente a los acreedores concursales y no satisfechos, siempre y cuando tenga buena conducta durante el procedimiento, no haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos especificados, directamente relacionados con los procesos en cuestión, contemplados por el art. 16 de la ley [l. 3/2012] y no ocurra alguno de los hechos previstos en el art. 14-*terdecies*, co. 2, l. 3/2012.

Y tampoco en este caso falta el toque de paternalismo a que nos tiene acostumbrados el legislador, al ser necesario para obtener la liberación, en base al art. 14-*terdecies*, co. 1, letra e), l. 3/2012, que el deudor haya realizado, en los cuatro años siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación, «una actividad productiva de rédito adecuada respecto a las propias habilidades y a la situación del mercado o, en cualquier caso, haya buscado empleo y no se haya negado, sin justificación, a propuestas de empleo».

Las primeras resoluciones emitidas³⁰, están revelando efectivamente que los jueces hacen un uso ampliamente discrecional de su potestad particularmente centrado en el control de la idoneidad del deudor desde una perspectiva especialmente severa con la clase acreedora e indulgente (paternal, si se quiere) en relación con el consumidor sobreendudado³¹. De esta manera: *i*) en una ocasión³² se ha considerado homologable un plan que contemplaba un exiguo pago a una entidad de crédito, considerada responsable de haberse lucrado sugiriendo inversiones arriesgadas a su cliente; *ii*) en dos casos similares³³, se ha considerado idóneo a un consumidor implicado en una espiral de endeudamiento retroalimentada mediante el uso de tarjetas de crédito; *iii*) similar solución se ha adoptado en relación a un consumidor en situación de desempleo que gestionó sus dificultades económicas

³⁰ [Sobre ello, VELLA, F., *cit.*, *ante*, que refiere ulteriores resoluciones.]

³¹ En esta cuestión, MODICA, L., *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, en www.dirittocivilecontemporaneo.com.

³² Trib. Ascoli Piceno, 4.4.2014. También, Trib. Pistoia, 28.2.2014; Trib. Pistoia, 8.1.2014, en *Foro it.*, I, 2015, 316, con nt. de Perrino, y también en *BBTC*, II, 2014, 537 ss. [Para una recopilación jurisprudencial actualizada, en este volumen, DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.]

³³ Trib. Catania, 24.6.2014 y 17.6.2014, en *Foro it.*, I, 2015, 323. [Vid. también, DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.]

a través del uso de tarjetas de crédito³⁴.

El control de idoneidad a cargo del juez parece revelar una sistemática benevolencia sobre los deudores que han optado por recurrir al crédito como instrumento de pago diferido en la gestión de las dificultades económicas familiares.

Más severos se han revelado los jueces en algún caso³⁵ en el que se ha procedido a revocar el decreto de homologación poniendo de manifiesto la necesidad de que la conducta del deudor sea idónea también desde una perspectiva ética de la exoneración por él solicitada.

5. La incongruencia del organismo de composición de la crisis

No parece adecuado para reequilibrar el sistema el papel reconocido al Organismo de Composición de la Crisis [OCC]³⁶.

Organismo, al cual está ampliamente dedicado el art. 15, l. 3/2012, que presenta una naturaleza híbrida y dual.

Basta considerar, en cuanto al acuerdo de composición de la crisis, que el organismo debe prestar actividad de “auxilio” al deudor para elaborar el plan (*ex art. 7, l. 3/2012*), del cual está llamado a declarar la viabilidad, y luego, después de haber enviado a los acreedores un informe sobre el consenso expresado y el logro del porcentaje de votos exigido, presentar al juez la totalidad de la documentación que acompaña al plan, y depositar una relación estructurada en varios puntos, sobre los cuales necesariamente y de forma exclusiva se basará el tribunal, que no sabe nada excepto lo que está escrito en el plan o lo que surge de los documentos y del informe.

Parece, por tanto, un organismo afectado por una situación incoercible de conflicto de intereses.

Por otro lado, que el legislador presta su atención a la cuestión del conflicto de intereses, evitando regularlo, se desprende del hecho, singular, de que se ha ampliado el grupo de posibles sujetos que pueden actuar como OCC: en una primera etapa, podían servir como OCC solamente las entidades públicas; ahora pueden hacerlo no sólo los sujetos privados que tengan determinados requisitos patrimoniales, sino también los profesionales y sociedades de profesionales –siempre que tengan los requisitos para ser nombrados como curador concursal– notarios, o sujetos privados, que un día pueden integrar el OCC y otro asistir al deudor en el procedimiento de insolvencia.

³⁴ Trib. Pistoia, 8.1.2014, en *Foro it.*, I, 2015, 323. [Vid. DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.]

³⁵ Trib. Pistoia, 28.2.2014, en *BBTC*, II, 2014, 537. [Vid. DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*.]

³⁶ A este respecto, debemos reseñar que la GU n. 21 del 27.1.2015 ha publicado el decreto ministerial de 24.9.2014 que establece la regulación y sistema de requisitos del proceso de inscripción en el registro de los OCC. [Sobre ello, en este volumen, vid. DEL LINZ, M., *cit.*, *infra*. *Amplius*, en tema, entre luces y sombras, CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità*, *cit.*, 242 ss.]

Comunicaciones

Lidia Arnau Raventós

Declaración de concurso y anulación de actos del deudor por vicios del consentimiento

1. Introducción. - 2. La ocultación de información como supuesto de dolo invalidante del consentimiento. - 2.1. La ocultación maliciosa de información y el error que provoca. - 2.2. Acción de impugnación por dolo y declaración de concurso. Pretensión restitutoria y pretensión indemnizatoria.

Daniela Caterino

Gestión/administración del patrimonio del deudor en la disciplina italiana para el sobreendeudamiento: historia de una ausencia

1. El problema. - 2. El marco normativo: desposesión, viabilidad, conveniencia. - 3. Los actos legítimos. - 4. La continuación de la actividad de empresa [no concursada]. - 5. Conclusiones.

Manuel Del Linz

Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano

1. El registro de los organismos de composición de la crisis de sobreendeudamiento [OCC]. - 2. El procedimiento de inscripción del organismo [OCC]. - 3. Las obligaciones impuestas al organismo [OCC] de gestión de la crisis. - 4. Los complejos requisitos para desarrollar la actividad de gestor de la crisis. - 5. Los primeros pronunciamientos sobre la nueva disciplina del sobreendeudamiento. - 6. Nuevas perspectivas fiscales para los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento.

Grazia del Negro

Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social

1. Aproximación al tema. - 2. El sobreendeudamiento de los particulares. - 3. La exclusión social. - 4. Para la reflexión.

[...] *(E)n espera de esta enésima evolución no es en absoluto sencillo afrontar las cuestiones operativas derivadas de esta disciplina problemática e irresuelta y se comprende fácilmente el porqué de su sustancial inaplicación [...]. (L) as carencias comportan incertezas, lo que a su vez conduce al desinterés de la institución por parte de los prácticos, y suscita en el intérprete la sensación de desarrollar, una vez más, el papel del patólogo legal más que del clínico.*
[D. Caterino]

[...] *(A)l considerar al individuo y la sociedad como sistemas complejos, cuyo comportamiento está determinado por diferentes variables y motivaciones, la respuesta al problema tiene que tener una “variedad” interna (conocimientos) que refleje la variedad de las variables que llevan al individuo y al sistema social a producir situaciones de sobreendeudamiento. [...] Es decir, yendo más allá del perímetro de su identidad como consumidor o deudor, y devolviéndole la de persona con derechos de ciudadanía.* **[G. del Negro]**

Declaración de concurso y anulación de actos del deudor por vicios del consentimiento

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. La ocultación de información como supuesto de dolo invalidante del consentimiento. - 2.1. La ocultación maliciosa de información y el error que provoca. - 2.2. Acción de impugnación por dolo y declaración de concurso. Pretensión restitutoria y pretensión indemnizatoria.

1. Introducción

Esta aportación se inspira, de forma inmediata, en la STS 5.9.2012. Trae causa de un contrato de obra celebrado entre las empresas Exdebaill SL e Inmoprogressa SA, en virtud del cual la primera debía realizar unas obras de albañilería en un edificio en construcción, propiedad de la segunda. En fecha muy cercana a la del otorgamiento del contrato, la constructora solicita la declaración judicial de insolvencia. Inmoprogressa pretende anular el contrato por dolo mientras que la administración concursal de Exdebaill solicita su resolución basándose en la conducta de la propietaria, obstativa de todo cumplimiento.

2. La ocultación de información como supuesto de dolo invalidante del consentimiento

La STS reitera la doctrina según la cual el dolo puede consistir en una conducta omisiva, siempre que tal comportamiento se estime de gravedad. La particularidad del supuesto enjuiciado obedece a la situación concursal en la que se encuentra el contratante frente a quien se interpone la acción de nulidad, y frente a quien se ejercita, también, una pretensión indemnizatoria.

2.1. La ocultación maliciosa de información y el error que provoca

En el FJº 3, STS 5.9.2012, se afirma que el art. 1269, Cc, en la línea de sus precedentes, «sólo contempla como elemento causal del dolo *in contrahendo* una conducta positiva, en forma de palabras o maquinaciones», atribuyendo a la jurisprudencia el mérito de admitir que aquel vicio pueda manifestarse también de forma negativa. En aquellos precedentes, sin embargo, no se descartaba tal modalidad de dolo. Con carácter inmediato, se remontan al art. 1282, Anteproyecto de 1882-1888 y el art. 992, Proyecto de 1851, inspirado a su vez en el art. 1116, del *Code* (alusivo sólo a *manioevres*)¹.

¹ Vid. POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, trad. por S.M.S., Barcelona, 1878, 32. El autor, tras reproducir la definición de Labeón [contenida en D. 4.3.1.2 «*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum, decipiendum alterum adhibitam*»] contempla, como exponente de falta a la buena fe, la ocultación de aquello que nosotros no habríamos querido que se nos ocultase de encontrarnos en la

La conducta omisiva debe resultar “maliciosa” y, tratándose de una ocultación, debe versar acerca de «alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro» (STS 5.9.2012, FJº 3, párr. 2). Se explicitan, de este modo, los dos requisitos que debe reunir el comportamiento omisivo, en sí mismo considerado, a fin de reputarse doloso: el primero, subjetivo, va más allá de la simple conciencia de la omisión (que, sin embargo, se presupone), y alcanza una intencionalidad cualificada, a saber: el callar con la intención de provocar en la contraparte un error determinante de la contratación. No se requiere, sin embargo, un especial ánimo de perjudicar. El segundo requisito, objetivo, atiende a la materia, situación o circunstancias que se han ocultado maliciosamente y que deben ser de tal naturaleza o índole que por razón de las exigencias de la buena fe, deberían haberse comunicado a la otra parte.

Por lo demás, aquella doble condición permitirá deslindar casos de conducta dolosa por ocultación de información de supuestos en los que: o bien se ha ocultado información debida, pero no se ha hecho maliciosamente² (sino, por ejemplo, por descuido u olvido), o bien se ha ocultado también información pero de la que, conforme a la buena fe, no cabía esperar ni exigir que fuera facilitada. En la medida en que, en un caso u otro, el contratante “desinformado” padezca igualmente un error de los que permiten también anular el contrato (art. 1266, Cc), al *errans* le cabrá acudir a este último mecanismo. La posibilidad, sin embargo, permite algún comentario adicional si se analiza desde la perspectiva del caso resuelto por la STS 5.9.2012. Puede convenirse en que para Inmoprogressa SA resultaba determinante la solvencia de la contratista. De ello era muestra la cláusula contractual en cuya virtud se daba por resuelto el contrato si Exdebaill SL era declarada en concurso en fecha próxima a la firma del contrato; cláusula que, no obstante nula e inidónea a efectos de alcanzar tal resolución por contravenir el art. 61.3, LC, evidenciaba la importancia que tenía para Inmoprogressa SA la solvencia de la contraparte. Siendo ello así, de concluirse que la después concursada no actuó maliciosamente o, como resolvió la SAP Barcelona 13.11.2009 (recurrida)³, que la buena fe no exigía informar acerca de la inminente solicitud de concurso, ¿habría podido impugnar por error (así, quizás, en las cualidades de la persona [art. 1266, Cc])? Morales Moreno entiende que, con carácter general, no y la razón sería que: «La insolvencia del otro contratante (sea inicial o sobrevenida) tiene su propia regulación jurídica, que no debe ser interferida por la del error»; con todo, admite a continuación que «Sin embargo, esta regla podría modificarse cuando el contrato se haya celebrado por dolo del contratante insolvente. En este caso, el error provocado podría ser tomado en cuenta». Si no cupiera apreciar dolo (así, por falta de intencionalidad), ni error invalidante, pero sí infracción de la buena fe contractual, estaría entonces por ver si por esta sola causa aquél frente a quien se ha vulnerado tal principio puede albergar alguna pretensión.

El dolo, además, «deberá ser grave» (art. 1270, Cc), «en el sentido de determinante de su celebración» (STS 5.9.2012, FJº 3, párr. 3). No es preciso que el error que provoca sea excusable. Pero sí que se trate de un *dolus causam dans* y que, además, se pruebe.

La Sentencia recurrida y la recaída en casación difieren en el alcance de la buena fe y,

misma situación; a propósito de la ocultación de «*tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter ou à ne pas acheter si cher*», vid. LABEÓN, M.A., *Traité de contrat de vente et des retraits*, Paris, 1821-1824, Part. 2, Cap. 2, párr. 234 ss., pp. 144 ss.; Part. 3, Secc. 2, párr. 295 y 296, pp. 180 y 181.

² Vid. MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Madrid, 1988, 174 ss.

³ AC\2010\285.

en concreto, a si derivaba de ella el deber de comunicar a la comitente la intención de solicitar, de forma inminente, la declaración de concurso. En opinión de la AP, «ello equivaldría a reconocer con carácter general que todos los contratos concertados por quien está próxima a concursar son anulables si no se había anunciado a la contraparte su verdadera situación de proximidad al concurso. Y este deber no puede imponerse, con carácter general, a quien se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, pues ello supondría ahuyentar a todos sus posibles clientes y redundaría en el cese de su actividad económica, cuando la posterior solicitud de concurso no debe necesariamente conducir a ello, sino que en principio se supone la continuación en la actividad económica o empresarial del deudor». El TS estima el recurso interpuesto y lo hace matizando, sutil pero necesariamente, aquello sobre lo que debería haberse informado a la contraparte. Según la Sentencia, no era tanto la inminente solicitud de declaración de concurso sin más, sino «las dificultades económicas que le imposibilitaban –como la realidad inmediata se encargó de demostrar– cumplir la prestación en los términos en los que estaba pactado» (FJº 4). El razonamiento, pues, parte de la distinción entre la declaración de concurso propiamente dicha y la situación económica de la empresa a fin de atender a sus acreedores.

2.2. *Acción de impugnación por dolo y declaración de concurso. Pretensión restitutoria y pretensión indemnizatoria*

En contraste con el art. 62, LC, y más allá de la genérica “impugnación” de los actos del deudor de que trata el art. 71.6, LC, no hay norma concursal que verse acerca de la anulación de contratos o negocios celebrados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. El art. 71.6, LC, resultará aplicable en caso de que la impugnación traiga causa del vicio o defecto de capacidad “padecido por el concursado”, pero no en caso de vicio o problema de capacidad que hubiese afectado a la contraparte en cuyo caso, lógicamente, la legitimación de ésta no puede verse desplazada por el art. 72.1, LC. Esta constatación implica, en principio, admitir en toda su extensión la aplicación de los arts. 1301 ss., Cc. En el caso resuelto por la STS 5.9.2012, tratándose como se trataba de un contrato de obra que ni siquiera empezó a ejecutarse, no se plantea obviamente la cuestión relativa a la naturaleza del crédito restitutorio de eventuales prestaciones satisfechas ni la de su calificación concursal. Sí se acompañó pretensión indemnizatoria, que sin embargo fue desestimada.

I. Con todo, y para el caso de haberse satisfecho parte o toda la prestación debida, resulta de interés valorar el alcance de la declaración de nulidad y, más allá, el régimen concursal del crédito a la restitución.

a) Para el caso de cumplimiento total o parcial de las prestaciones debidas por ambas partes, los arts. 1303 y 1308, Cc, imponen la obligación legal de recíproca restitución que aparece, además, sujeta a la regla de cumplimiento simultáneo propio de las obligaciones recíprocas, ya sea de origen convencional, ya sea de origen legal⁴. Siendo ello así, el crédito a favor del impugnante aparece como un crédito de origen legal que, en aplicación del art. 84.10, LC («Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley (...) con posterioridad a la declaración de concurso»), será un crédito contra la masa. Y ésta será también la clasificación concursal del crédito en aquellos casos en que, por haber cumplido sólo el impugnante, el

⁴ Vid. art. 1295, Cc; art. 73.1 y 3, LC.

crédito nazca sólo a cargo del concursado. *A contrario*, se tratará de un crédito concursal el nacido antes de la declaración de concurso y aún no satisfecho (si la obligación de restitución a cargo del impugnante también estuviere pendiente, obstaría a la aplicación del art. 84.6, LC, su estricta literalidad que, en concordancia con los arts. 61 y 62, LC, se refiere sólo a obligaciones recíprocas contractuales). Se diría, además, que en este particular no cabe recurrir a la analogía (que lo sería con el art. 62, LC) a fin de distinguir según si la impugnabilidad del contrato fuera previa (que es el supuesto del que se parte) o posterior a la declaración de concurso. Y es que cabría argumentar que del mismo modo que tratándose de contratos con obligaciones recíprocas, el incumplimiento previo del concursado no permite resolver el contrato tras la declaración⁵, los contratos celebrados antes de tal declaración tampoco serían anulables después, siendo así que el contratante legitimado para impugnar debería conformarse con pretender la satisfacción de su crédito contractual. Las razones que obstarían a tal analogía serían: la primera, y a propósito del art. 62.1, LC, que tratándose como se trata de una norma aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas y que, en cuanto a su contenido, rebaja el nivel de protección legal del acreedor (al privarle de la facultad de resolución por incumplimiento previo), no debería abogarse por su aplicación más allá de su letra; segundo, que al menos en el caso *a quo*, es difícil sostener el contratante *pudo ya impugnar antes de la declaración y no lo hizo, y que la declaración de concurso prohíbe la alteración de los créditos tal como estaban configurados*. La razón es que no es hasta la solicitud de declaración de concurso que Inmoprogressa SA advierte que le fue ocultada información relevante; no pudo razonablemente impugnar antes. Frente a ello, es perfectamente posible contraargumentar que, con toda probabilidad, son más en nuestro ordenamiento los supuestos en los que el cómputo para interponer una acción prescinde del conocimiento que pueda albergar el legitimado acerca de la acción y su posible ejercicio (y de ello es buena muestra el propio art. 1301, Cc, al vincular, en caso de dolo, el *dies a quo* a la consumación del contrato), que los que asocian el inicio del cómputo a tal conocimiento.

b) Ahora bien, ¿la declaración de nulidad del contrato, en caso de satisfacción total o parcial de prestaciones debidas, tiene un alcance retroactivo real o sólo obligacional? ¿Quién transmitió recupera la titularidad transmitida de tal modo que el crédito a la restitución tiene sólo finalidad reintegradora de la posesión del bien o hasta que no se satisfaga la titularidad la conserva el adquirente? La cuestión sin duda tiene trascendencia concursal.

De la cuestión depende, por ejemplo, que el vendedor que transmitió la propiedad del producto pueda recurrir, y a fin de recuperar la propiedad, no sólo al art. 1303, Cc, sino a su título de propiedad y, en su virtud, interponer una acción reivindicatoria; recurso que, por lo demás, sería el único a disposición del legitimado para impugnar en caso de haber caducado, por el transcurso de cuatro años, el plazo del art. 1301, Cc. Le cabría, aún, interponer una acción *sólo* declarativa de nulidad y procurarse la restitución del bien vía acción real. La trascendencia concursal de lo anterior es obvia. El contratante no concursado, al amparo de su titularidad recuperada, podría detraer de la masa activa el bien (arts. 80 y 81, LC; este último avalaría que estando el bien en posesión de tercero, procede en primer término reivindicar; sólo tratándose de bienes irreivindicables cabe acogerse a la opción que contempla la norma, siendo así que el crédito resultante será concursal ordinario)⁶. Baste apuntar que una lectura

⁵ Vid. art. 62.1, LC, que se refiere, sólo, al incumplimiento *posterior*.

⁶ Vid., acerca del alcance de la retroactividad derivada de la nulidad del contrato, MONFORT FERRERO, M.J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, Valencia, 1999, 116 ss. La autora se inclina por la real «ya que aunque el contrato inicialmente es válido y hubo entrega posteriormente cae el

de la cuestión en términos de enriquecimiento injusto, como suelen presentarse al uso arts. 1295 y 1303, Cc, debería partir de la eficacia real de la entrega “que subsistiría más allá de la nulidad del título” por haberse realizado *solvendi causa*. La necesidad de restitución (real) obedecería, así, al carácter sobrevenidamente injustificado de tal adquisición, una vez anulado el contrato⁷.

II. Admitido que la impugnación del contrato por dolo es compatible con una pretensión indemnizatoria (siendo así que si el dolo fue incidental, ésa será su única consecuencia; art. 1270, Cc), se reproduce de nuevo la cuestión de su calificación concursal. Configurado el supuesto como uno de responsabilidad *in contrahendo*, la cuestión deriva hacia la de su fundamento. Para el caso de admitirse su *precontractualidad* (luego, entendemos, también su *extracontractualidad*), a la aplicación del art. 84.10, LC, podría obstar, sin embargo, la referencia temporal que incorpora («con posterioridad a la declaración del concurso»), en especial si hay daños producidos antes de este momento.

título, con lo que se pierde la propiedad automáticamente y vuelve al transmitente también de modo automático».

⁷ Vid. BADOSA COLL, F., *El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto*, en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch Capdevila (dir.), Barcelona, 2012, 101 ss.

Gestión/administración del patrimonio del deudor en la disciplina italiana para el sobreendeudamiento: historia de una ausencia

SUMARIO. 1. El problema. - 2. El marco normativo: desposesión, viabilidad, conveniencia. - 3. Los actos legítimos. - 4. La continuación de la actividad de empresa [no concursada]. - 5. Conclusiones.

1. El problema

Como resultado del trabajado proceso que la ha conducido a asumir las actuales connotaciones, la disciplina italiana de la composición de la crisis de sobreendeudamiento del deudor civil y del empresario no concursable¹ parece haber adquirido una fisonomía más o menos definitiva: paraconcordataria², en opinión casi unánime de los intérpretes, en cuanto al subprocedimiento relativo al acuerdo del empresario no concursable y del deudor civil; paraconcurzal, por lo que respecta al nuevo procedimiento de liquidación de los bienes, común a todos los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la ley; no reconducible a ninguno de los modelos propios de la LF, y por ello dotado de caracteres propios y autónomos, el procedimiento de solución de la crisis del consumidor mediante el *plan*³.

¹ L. 3/2012. En general, sobre la disciplina del sobreendeudamiento, vid. (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 61 ss. En este volumen, VELLA, F., *Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento*, ante. Y, para una mirada sociológica, en este volumen, DEL NEGRO, G., *Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social*, infra. Desde la perspectiva española, vid. MARTÍNEZ MULERO, V., *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso*, ante. Con un panorama comparado europeo, con referencias específicas al modelo español *credit oriented*, comparándolo con la solución italiana, MODICA, L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012. Un panorama completo del derecho concursal español, en (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (dirs.), Bari, 2008; y, más recientemente, con especial referencia al tratamiento del consumidor, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Il sovra indebitamento dei consumatori nell'ordinamento spagnolo*, en *Acta de Dialogi europaei / a latere, Sesião Bologna*, 2014, en prensa por EurConv. Para referencias interesantes a la legislación británica y en particular al instituto escocés de la *sequestration*, aplicable a la persona física en alternativa al *formal voluntary arrangement* o al *private arrangement*, vid. DE GIOIA-CARABELLESE, P., *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, en *Dir. fall.*, I, 2011, 529 ss. Aspectos generales de derecho comparado también, en este volumen, PERRINO, A.M., *Crisis del crédito y sobreendeudamiento: ineficiencias y responsabilidad*, ante.

² En el sentido aquí sostenido, vid. esp. NIGRO, A. - VATTERMOLI, D., *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 2; BOGGIALI, D., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento alla luce delle più recenti novità normative*, estudio n. 99/2013/I, *Consiglio del Notariato*; MANENTE, D., *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012*, n. 3, *dopo il c.d. «Decreto crescita-bis»*, en *Dir. fall.*, I, 2013, 557 ss.; y antes de la reforma, sobre la naturaleza jurídica del instituto y sus afinidades con los acuerdos de reestructuración de la deuda, que llevaban al autor a decantarse por la naturaleza no concursal del instituto vid. NIGRO, A., *Il nuovo procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, en *Dir. banc.*, II, 2012, 4 ss., con ulteriores referencias bibliográficas. Hablaba ya de «determinante modificación en clave concordataria» del procedimiento de composición de la crisis el Informe (*Relazione*) que acompaña al d.d.l. 5117 de modificación de la l. 3/2012.

³ DONZELLI, R., *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, en *Dir. fall.*, 2013, 609, habla de procedimiento de naturaleza *dudosa* y dotado de «funciones marcadamente desendeudatorias»; sobre el impacto sistemático de los procedimientos de la l. 3/2012, vid. TERRANOVA, G., *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, en *Il Civilista*, Milano, 2012, 7 ss.

Con referencia al carácter paraconcordatario del llamado *acuerdo*, numerosos son los elementos que militan en esta dirección, entre ellos, en particular: *i)* la capacidad del procedimiento de generar efectos jurídicos vinculantes también a cargo de los acreedores que no consintieron (efecto que deriva de las últimas modificaciones aportadas a la disciplina, ya que en origen el acuerdo tenía efecto sólo entre los acreedores que hubiesen consentido)⁴; *ii)* la opción ofrecida al deudor de elegir entre un plan, por decirlo así, de retorno guiado del endeudamiento, y una solución estrictamente liquidatoria de su patrimonio, que imita la amplia casuística de modalidades resolutivas de la crisis evocada y no agotada en el listado establecido por el art. 161, LF.

La disciplina del “*concordato preventivo*” admite una variedad de soluciones, muchas de las cuales permiten al empresario en crisis continuar con la gestión de la empresa y también realizar, bajo ciertas condiciones, operaciones no carentes de riesgo, aptas para hacer surgir ulteriores obligaciones a cargo de la masa activa; y por ello las normas disciplinan analíticamente –si bien con alguna opacidad residual– la materia de la actividad de empresa no sólo durante el concordato, sino también en la fase interina que discurre entre la fecha de presentación de la demanda y el momento de la admisión al procedimiento.

Tal disciplina tiene la finalidad de aclarar a quién corresponden los poderes de gestión del patrimonio del deudor sometido al procedimiento; cuales sean las cautelas dirigidas a evitar que la masa sea gravada injustificadamente con nuevas obligaciones, y a evitar el riesgo de que la continuación de la actividad empeore ulteriormente la situación de inestabilidad; siguiendo qué reglas procedimentales se puedan realizar actos de gestión; cual sea el tratamiento de los acreedores cuyas razones hayan surgido en tales circunstancias.

No menor, y ciertamente acrecentada como resultado del articulado proceso de reforma que ha interesado a la LF, es la atención que el legislador reserva a los perfiles de la continuidad de la actividad de empresa, como instrumento de salvaguardia del valor empresarial (y no sólo) en la disciplina de la insolvencia: de las normas en el tema del ejercicio provisional, a aquellas sobre el arrendamiento de empresa, al programa de liquidación, hasta la materia de la suerte de contratos pendientes y de los límites a la revocabilidad de las operaciones corrientes.

Al contrario, la disciplina contenida en la l. 3/2012 parece más bien elíptica, cuando no incluso lagunosa⁵, o contradictoria, en mérito a un aspecto particularmente delicado del procedimiento: ¿qué le ocurre al patrimonio del deudor en la fase de inicio y después durante el procedimiento? ¿Hay desposesión? ¿Quién administra el patrimonio del deudor civil y,

⁴ Las complejas vicisitudes de la normativa, entre tramitación de urgencia y ordinarios canales parlamentarios, son bien reconstruidas por MANENTE, D., *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili*, cit. Sobre el proyecto Centaro, primer d.d.l. sobre el tema, vid. GIRONE, L., *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di sovraindebitamento dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione*, en *Dir. fall.*, I, 2009, 818; y sobre la formulación originaria de la ley, vid. FERRO, M., (coord.), *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012.

⁵ [No diversa, por lo demás, es la situación española, para la cual se denuncia una disciplina más bien defectuosa respecto a la fase ejecutiva del acuerdo, que no adopta reglas penetrantes para garantizar el exacto cumplimiento y evitar el agravamiento del riesgo, también por medio del control sobre los comportamientos del deudor; así, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Il sovra indebitamento dei consumatori*, cit.; MARTÍNEZ MULERO, V., cit., ante.] Para un análogo, e incluso más severo e caústico juicio referido a la parte de la l. 3/2012 dedicada al procedimiento liquidativo del patrimonio del deudor, vid. VATTERMOLI, D., *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto “oggettivamente” concorsuale*, en *Dir. fall.*, 6, 2013, 767, que estigmatiza precisamente la mala utilización de la técnica del reenvío que produce «la consecuencia, muy relevante en el plano interpretativo, de la falta de una norma de cierre que permita colmar las muchas lagunas que el texto presenta».

sobretudo, quien gestiona el patrimonio destinado a la actividad de empresa del emprendedor no concursable? ¿Según qué reglas, respetando qué límites, debe desarrollarse tal administración/gestión? ¿Y qué efectos, con particular referencia a la eventual prededucibilidad de los créditos en el sucesivo procedimiento de liquidación, produce el legítimo cumplimiento de los actos de administración/gestión en el curso del procedimiento y, antes incluso, en la fase interina que se inicia con la presentación de la propuesta de acuerdo y se cierra con la admisión al procedimiento?

El objetivo de las presentes notas es aquel de focalizar la atención sobre esta no marginal carencia de la disciplina italiana de la composición de la crisis de sobreendeudamiento del empresario no concursable⁶ y del consumidor; además de proponer un recorrido interpretativo que permita resolver las dudas y colmar las eventuales lagunas. El núcleo principal de las consideraciones está dedicado al acuerdo (sobre todo, del empresario), en cuanto es ésta la modalidad de solución de la crisis que más que las otras se connota por la concreta relevancia del tema de la continuidad de la actividad de empresa (o bien, para el deudor, del cumplimiento de actos de extraordinaria administración sobre el patrimonio todavía bajo su disponibilidad); por otra parte, realizaremos algunos comentarios también respecto al plan del consumidor y al procedimiento común de liquidación de bienes.

2. El marco normativo: desposesión, viabilidad, conveniencia

Muchos pasos hacia adelante han sido recorridos por efecto de las sustanciales innovaciones aportadas al texto normativo, fruto de la persecución y en ocasiones de la superposición de los dos instrumentos de la tramitación de urgencia y del ordinario iter parlamentario de los procedimientos modificativos⁷; y ciertamente hoy los dos caminos, el del acuerdo del empresario no concursable y el del plan del consumidor, están más netamente definidos y regulados, convirtiendo en gran medida en algo ya pasado las fuertes críticas surgidas en su día⁸. Sin embargo, muchas de las zonas grises permanecen también después de las modificaciones; en particular, también la versión actual de la ley contiene poco más que esbozos de disciplina destinados a la materia de administración/gestión del patrimonio del deudor.

⁶ Para la actividad agrícola o en cuanto al empresario comercial conocido como “*sotto soglia*” y sobre los perfiles subjetivos de la disciplina, además de las obras de alcance general señaladas en la nt. 1, vid., en este volumen, GIANNELLI, G., *Presupuestos para la aplicación de los procedimientos de sobreendeudamiento, ante*. Con especial referencia al empresario agrícola, vid., CAIAFA, A., *Efectos del concordato sobre las relaciones laborales, amortiguadores sociales y transmisión de la empresa, ante*.

⁷ Vid., *ante*, nt. 4.

⁸ En relación a la propuesta de ley originaria (“*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da sovraindebitamento*”) había expresado fuertes críticas DI MARZIO, F., *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovra indebitamento (note a margine dell’AC n. 2364)*, en *Dir. fall.*, 2010, 659 ss., que subrayaba (660 ss.) la absoluta inoportunidad de someter a un mismo tratamiento la insolvencia civil y la insolvencia del pequeño empresario, pues aun cuando se admita que «se trataría de fenómenos económicamente modestos que no implicarían una apreciable organización de empresa», se debe «dudar de que el paralelismo en la cantidad conlleve también una cercanía cualitativa», y también porque resulta incomprensible «como pueda trasponerse la cultura empresarial de la planificación en el ámbito no empresarial de la insolvencia civil»; sustancialmente de acuerdo sobre el punto está también FABIANI, M., *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*, en *www.ilcaso.it*. Vid. también ALECCI, S., *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, en *Giureta*, XI, 2013, 2, que correctamente señala que el consumidor sobreendeudado, a diferencia del deudor que ejercita una actividad empresarial, debe solo poner remedio a los efectos de su nociva propensión al consumo y no preparar una estrategia de superación de la crisis de la empresa.

Como es sabido, la ley contiene una serie de disposiciones comunes a las hipótesis del acuerdo y del plan, seguidas de reglas específicas para cada uno de los dos instrumentos de composición de la crisis; y se completa con una disciplina común de la *tercera vía*, aquella de la liquidación de bienes, que puede ahora emprenderse como opción ulterior, sobre base voluntaria o bien asumir naturaleza coactiva, en cuanto derivada de la conversión forzada del procedimiento voluntariamente dispuesto o no útilmente concluido (vid. arts. 14-ter ss.).

La medida temporal del procedimiento es diverso en el acuerdo respecto al plan, desde el momento en que sólo en el primero interviene un examen previo de admisibilidad por parte del juez, que se concreta en un decreto de admisión al procedimiento, seguido de la recolección de los consentimientos de los acreedores y del sucesivo decreto de homologación del acuerdo aprobado.

El art. 7, co. 1, es regla común al plan y al acuerdo; y con un enunciado que faculta y no impone, establece: «*Teniendo en cuenta todo lo previsto en el art. 13, co. 1*» –del que hablaremos en breve– «*el plan puede también prever el confiar el patrimonio del deudor a un gestor⁹ para la liquidación, la custodia y la distribución de lo obtenido a los acreedores, quien será un profesional en posesión de los requisitos del art. 28, Regio decreto de 16 de marzo de 1942, n. 267. El gestor será nombrado por el juez*».

Por lo tanto, no hay obligación de prever el confiar la administración/gestión del patrimonio a un sujeto tercero respecto al deudor civil/empresario no concursable; pero si el plan/acuerdo prevé esa eventualidad, el patrimonio pasa a las manos del profesional nombrado por el juez, el cual debe estar dotado de los requisitos subjetivos propios del curador concursal.

Es evidente que para la hipótesis del acuerdo del deudor no concursable (sea empresario o no), en el cual la propuesta está efectivamente sujeta al examen de los acreedores, la opción de poner el patrimonio del sujeto sobreendeudado en las manos de un tercero reposa sobre una voluntad discrecional del deudor mismo, que podrá utilizar tal opción como verdadero y propio instrumento de *marketing concursal*, ofreciendo a los propios acreedores un escenario más o menos tranquilizador en función de las garantías prestadas a los fines de la correcta ejecución del acuerdo; a acreedores más recalcitrantes, y menos dispuestos a conceder ulteriores oportunidades al deudor, corresponderá plausiblemente una opción consistente en mayores restricciones a la acción de gestión del sobreendeudado¹⁰, incluso a través de la custodia por parte de un tercero designado por el juez.

Al contrario, el plan del consumidor es sustraído en primera instancia a tal valoración, de modo que en este caso el *maquillaje* debe entenderse dirigido por un lado a obtener que el juez valore favorablemente el plan (vid. art. 12-bis, co. 1) y por otro a que ningún acreedor conteste su conveniencia (en tal caso debiéndose proceder, en el sentido del sucesivo co. 4,

⁹ La formulación originaria, criticadísima, establecía la textual referencia a un “*fiduciario*”, en lugar de a un “*gestor*”, evocando el tema del título y gestión fiduciaria de los bienes que habría introducido en el sistema superfluos elementos de complicación. La actual fórmula, al contrario, aclara el originario intento del legislador, que es aquel de sustraer al deudor no ya el título, sino la disponibilidad de los bienes. Sobre el tema, vid. TUCCI, G., *Sovraindebitamento civile e diritti di cittadinanza*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 37 ss. Para la aplicación del esquema del *trust* en procedimientos de gestión y liquidación coactiva de los bienes del deudor insolvente a favor de sus acreedores, como es en particular la *sequestration* escocesa, vid. DE GIOIA-CARABELLESE, P., *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito*, cit., 554 ss.

¹⁰ No debe olvidarse que, en el caso de insuficiencia del patrimonio del deudor, para el cumplimiento de las obligaciones con las modalidades previstas del acuerdo o del plan necesitará la intervención de un tercero, con carácter solutorio o de prestación de garantías en las formas reales (dación de hipoteca) o personales; también en este caso, la voluntaria previsión en la propuesta o en el plan de una desposesión voluntaria constituye una suerte de garantía impropia, esta vez frente al tercero garante.

art. 12-*bis*, a un *cram down* sobre la base de la comparación con la alternativa liquidatoria de la secc. II)¹¹.

Sin embargo, se imponen algunas aclaraciones.

i) En primer lugar, incluso cuando no se haya intervenido una desposesión formal, el poder de disposición del propio patrimonio por parte del deudor viene indudablemente redimensionado, en los términos que serán descritos seguidamente¹².

ii) Per sé la desposesión material no constituye elemento dirimente, y tampoco en línea de principio relevante, a los fines del juicio de factibilidad del plan o del acuerdo; dicho requisito será valorado sobre la base de la comparación entre los flujos de caja esperados de los réditos producidos y del patrimonio liquidable, de un lado, y las deudas a pagar en la medida y en el orden indicados en el plan/acuerdo, del otro. En este marco, la pérdida de la disponibilidad material de los bienes del deudor puede por lo tanto destacar exclusivamente como elemento de hecho que aumenta en línea genérica la probabilidad de cumplimiento, en la medida en que impide (bien entendido, sólo al deudor¹³) la conclusión de actos desproporcionados o la sustracción de recursos del activo, o incluso la asunción de riesgos adicionales; pero no como elemento que sea objeto de valoración directa por parte del juez. Una denegación de admisión fundada en la falta de desposesión voluntaria sería por ello ilegítima y se prestaría a censura en sede de oposición¹⁴, destacando en sede de control del juez sólo la verificación de la subsistencia de los «*requisitos previstos por los arts. 7,8 y 9*» (art. 10, co. 1).

Pero hay más. Probablemente ni siquiera el incumplimiento de los vínculos autoimpuestos por el deudor destaca en sí como circunstancia que produce la ineficacia de derecho del acuerdo, o su revocación en el sentido del art. 11, co. 5, pudiendo el juez disponer en este sentido sólo si «*resultan realizados durante el procedimiento actos dirigidos a defraudar las razones de los acreedores*»¹⁵; expresión que atribuye relieve al elemento psicológico intencional del deudor y no simplemente a la circunstancia de hecho de la realización del acto o al efecto concretamente producido.

En definitiva, pues, la norma alcanza exclusivamente al radio de acción consentido al deudor en el ámbito de la fase ejecutiva del acuerdo/plan, pero no sirve para definir su estructura intrínseca y por ello no incide ni sobre su factibilidad ni sobre la correcta correspondencia entre la gestión y el contenido de la propuesta/del plan.

A la disposición del art. 7, co. 1, se refiere el art. 13, co. 1, que establece: «*el juez, a propuesta del organismo de composición de la crisis, nombra un liquidador que dispone en exclusiva de los mismos (bienes) y de las sumas cobradas*» en relación a dos diferentes hipótesis: *i)* cuando para la satisfacción de los créditos sean utilizados bienes sometidos a pignoración; *ii)* cuando el plan o el acuerdo dispongan tal expresa previsión.

A pesar de la defectuosa formulación del texto, que parecería vincular el poder exclusivo del liquidador únicamente a los bienes sujetos a pignoración, debe considerarse que en

¹¹ Sobre las incongruencias en el papel del juez respecto del plan (módulo) dedicado al deudor consumidor, vid., por ejemplo, en este volumen, PERRINO, A.M., *cit.*, *ante*.

¹² Vid., *infra*, § 4.

¹³ Y ni siquiera, obviamente, al gestor eventualmente infiel.

¹⁴ Sobre la admisibilidad de una oposición al decreto que niega la admisión al procedimiento de acuerdo o bien al decreto que niega la homologación del plan, vid. DONZELLI, R., *op. ult. cit.*, 617; TRISORIO LIUZZI, G., *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento* (l. 27 gennaio 2012 n. 3), en *Giusto proc. civ.*, 2012, 647; PAGNI, I., *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, en *Fall.*, 2012, 1063.

¹⁵ Vid., sobre el argumento, LAMANNA, F., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzioni del tribunale*, en *www.ilfallimentarista.it*, 21.12.2012.

ambas hipótesis el nombramiento del liquidador sustraiga al deudor no sólo la posibilidad de disponer de los bienes, sino también su custodia material, generando una verdadera y propia desposesión material. En otros términos, la norma, al confirmar la hipótesis ya contemplada del art. 7, co. 1, como mera facultad para el deudor, lleva la descripción de los efectos que se producen donde tal facultad sirva.

Tal extendida interpretación parece preferible, en cuanto el deudor podría tener interés en remarcar la seriedad de la propuesta, privándose voluntariamente de la posibilidad de disponer de los bienes, aunque no hayan sido per sé sustraídos a su control, cuando considere que frente a los acreedores goza de escasa fiabilidad¹⁶; en este sentido la norma se pone sobre la estela de lo previsto por el art. 8, co. 3, en tema de voluntarias restricciones asumidas por el deudor en el seno del acuerdo («limitaciones al acceso al mercado del crédito al consumo, a la utilización de instrumentos de pago electrónico a crédito y a la suscripción de instrumentos crediticios y financieros»), útiles para proporcionar garantías sobre la concreta imposibilidad de generar riegos añadidos y amenazar el cumplimiento del acuerdo causados por incautos comportamientos de gestión del deudor. Diversa es en cambio la *ratio* y el alcance de lo dispuesto en el art. 8, co. 2, que hace referencia a la intervención del tercero a garantía o como directo responsable de la ejecución del plan y que por lo tanto se refleja sobre el perfil de la factibilidad de la propuesta.

Por otra parte, el art. 13 se refiere solo a la figura del liquidador, mientras en cambio el art. 7 habla de «gestor de la liquidación, custodia y distribución del montante» e, recuérdese, el texto originario evocaba la figura del “fiduciario”, como típico gestor de intereses ajenos. Vuelve, aquí, la impresión de una reserva mental del legislador que, de un lado, parecería abrir a la eventualidad de un plan de reequilibrio fundado sobre la reprogramación de la deuda y la conversión virtuosa de los flujos financieros, y por ello parecería consentir una solución dinámica y constructiva de la crisis de sobreendeudamiento, que no vaya a tocar el patrimonio del deudor, pero genere réditos a través de la gestión o consienta ahorrar a través de la administración; pero, del otro, parece convencido de que, más realísticamente, la solución típica de la crisis será aquella de la liquidación total del patrimonio del deudor civil, a menudo coincidente con la vivienda¹⁷, muchas veces hipotecada, y consecuentemente no se preocupa en absoluto de regular el comportamiento del gestor en el periodo de interinidad, quienquiera que él sea.

¹⁶ Destaca FABIANI, M., *op. ult. cit.*, que «ya que la apertura del procedimiento no determina una desposesión del deudor, este no sólo conserva la disponibilidad de los propios bienes, sino que puede incluso proponerse como sujeto encargado de ejecutar el acuerdo, bien porque aparezca a los ojos de los acreedores como un sujeto fiable o bien porque haya ofrecido garantías, también de terceros, idóneas para tranquilizar a los acreedores mismos».

¹⁷ Así, PULGAR EZQUERRA, J., *La prevenzione ed il trattamento dell'insolvenza delle famiglie e dei consumatori nell'ordinamento spagnolo*, en *Dir. fall.*, 2011, 75 ss., que a partir de este relieve fáctico argumenta la sustancial compartibilidad de la opción de política legislativa hecha precisamente por el ordenamiento español (LC, reformada por el RDL 3/2009), que ha elegido someter el sobreendeudamiento y la insolvencia de las familias y personas físicas a la disciplina de crisis de cualquier otro deudor, dado que el número de procedimientos concursales a cargo de tales sujetos, aun en aumento, continúa «siendo notablemente inferior a aquél de los deudores empresarios en concurso» y que «se trata de concursos sin masa»; la misma autora destaca que la opción genera dos principales problemas prácticos: el surgimiento de «costes económicos y temporales derivados de la sujeción de tales deudores a un procedimiento largo y costoso como el concurso de acreedores» y la falta de «mecanismos respecto a las deudas restantes tras la clausura del concurso por falta de activo».

3. Los actos legítimos

Sea que se elija la encomienda a un profesional, sea en cambio que el patrimonio del sobreendeudado permanezca en las manos de este último, sea que la eventual actividad de empresa del deudor continúe, sea que no continúe, no está claro cuáles son los límites de gestión a los que se enfrenta el profesional o el mismo deudor que haya tenido acceso al procedimiento. Antes bien, el cuadro normativo se muestra marcado –además de por las ya destacadas lagunas– por una clara contradicción.

Partamos de la hipótesis del acuerdo, sujeto al *iter* de la admisión –consenso de los acreedores– homologación¹⁸.

De un lado, que entre el gestor o permanezca el deudor, el radio de acción *libre* del sujeto no cambia, desde el momento en el que permanece siempre aplicable la regla enunciada en el art. 10, co. 3-*bis*, l. 3/2012: «*A partir de la fecha del procedimiento del co. 2 [decreto de admisión de la propuesta de acuerdo] y hasta la fecha de homologación del acuerdo los actos que excedan de la ordinaria administración realizados sin la autorización del juez son ineficaces respecto de los acreedores anteriores al momento en el que ha sido realizada la publicidad del decreto*»; lo que significa que en pendencia de la propuesta juzgada admisible permanecen plenamente legítimos y eficaces todos los actos de ordinaria administración, mientras los otros pueden ser legítimamente realizados con la autorización del juez.

La norma del art. 10, co. 3, l. 3/2012, no viene repetida para el plan del consumidor, como es obvio, ya que no existe en este caso una fase intermedia: la propuesta de plan viene directamente sometida a la homologación por parte del juez, acompañada por el informe del OCC¹⁹.

Posteriormente, el art. 13, co. 4, l. 3/2012, dice así: «*Los pagos y los actos dispositivos de los bienes realizados con violación del acuerdo o del plan del consumidor son ineficaces respecto a los acreedores anteriores al momento en que ha sido realizada la publicidad a la que se refiere e los arts. 10, co. 2, y 12- bis, co. 3*». En este caso, la disposición se refiere no a la fase intermedia entre admisión y homologación, sino a la fase sucesiva al decreto de homologación, generadora del acuerdo/plan, y por ello es común a ambos subprocedimientos; coherentemente, la sanción de la ineficacia viene impuesta con referencia no a la naturaleza intrínseca del acto realizado (ordinaria/extraordinaria administración), sino a la circunstancia de que sea o no contemplada en la propuesta/en el plan. La única diferencia está en el *dies a quo* con referencia al cual se individualiza la categoría de los acreedores anteriores: para el acuerdo, coincide con el momento de publicidad del decreto de admisión; para el plan, a falta de éste, con aquél de la publicidad del decreto de homologación. La disciplina delineada corresponde, típicamente, al clásico cuadro de constitución de un patrimonio de destino²⁰.

El cuadro que emerge no se concilia completamente con el enunciado del art. 10, co. 5, l. 3/2012, según el cual el decreto de admisión al procedimiento «*debe entenderse equiparado al acto de pignoración*». La norma, enunciada con referencia al acuerdo, viene replicada en relación al plan del deudor por el art. 12-*bis*, co. 7, l. 3/2012, que por otro lado –en ausencia de decreto de admisión, inexistente como se ha dicho en este procedimiento– refiere esta

¹⁸ Vid., con especial referencia al consumidor sobreendeudado, SARCINA, A., *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso, ante*.

¹⁹ Id.

²⁰ Así, FABIANI, M., *op. ult. cit.*; PANZANI, L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.l. 179/2012*, en www.treccani.it, 13.

vez la equiparación al decreto de homologación. Uno no puede dejar de destacar la escasa coherencia de este principio –que viene del nuevo procedimiento coactivo de liquidación de los bienes y ha sido después reproducido en relación al plan y al acuerdo, se ha dicho, por una suerte de *reflejo pavloviano*²¹– con la previsión que supone la pertenencia al deudor (o al gestor voluntariamente designado) del poder de realizar al menos los actos de ordinaria administración sin autorización del juez²².

4. La continuación de la actividad de empresa [no concursada]

Con específica referencia a la disciplina del acuerdo que puede ser propuesto por la empresa no concursable, la l. 3/2012 se revela ampliamente lagunosa respecto al tema de la continuidad de la actividad de empresa, tanto con referencia a la fase interina, comprendida entre el depósito de la propuesta de acuerdo y el decreto de fijación de audiencia al que se refiere el art. 10, co. 1, cuanto con referencia a la fase de ejecución del acuerdo aprobado.

La norma que describe el contenido de la propuesta (art. 8, co. 1) no hace referencia alguna a la continuidad de la empresa, a diferencia de cuanto sucede en la disciplina del “*concordato preventivo*”²³.

Sin embargo, del tenor conjunto de la disciplina parece claro que tal posibilidad no sólo no es abstractamente excluida, sino que es querida y animada por el legislador. No por casualidad, el Informe (*Relazione*) que acompaña al d.l. 179/2012 explícitamente subraya que las modificaciones introducidas persiguen entre otros el objetivo de incentivar la continuidad empresarial, poniéndose de este modo en directa relación con las intervenciones de reforma que han interesado la disciplina del “*concordato preventivo*”²⁴. De modo que, como en otro lugar yo escribía, «aparece también en el procedimiento de composición de la crisis de sobreendeudamiento la perspectiva de conservación de la actividad empresarial que penetra los procedimientos concursales reformados»²⁵.

Además, sobre el plano exegético destaca el expreso reclamo a tal modalidad operativa contenido en el sucesivo co. 4 de la misma norma, según el cual «*La propuesta de acuerdo con continuación de la actividad de empresa y el plan del consumidor pueden prever una moratoria de hasta un año desde la homologación para el pago a los acreedores dotados*

²¹ Así, DONZELLI, R., *op. ult. cit.*, 617.

²² Correctamente notaba BOGGIALI, D., *Le crisi da sovraindebitamento*, estudio n. 61/2012/I, aprobado por la *Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato* el 13.4.2012 (disponible en www.notariato.it/sites/default/files/61_12_i.pdf), 3, con referencia a la versión intermedia de la disciplina –como resultaba de la primera versión de la l. 3/2012, entrada en vigor el 29.2.2012–, «en mérito a la capacidad negocial del deudor que accede al procedimiento de composición de la crisis, faltan disposiciones análogas en los arts. 35, 42 y 44 LF que, en el tema de insolvencia, sancionan la pérdida de la facultad de administrar el propio patrimonio por parte del insolvente, con la consecuente ineficacia de los actos negociales realizados por el insolvente, y la atribución de la administración del mismo al curador concursal». El autor hacía notar, en paralelo, la ausencia de «una disposición análoga al art. 167, LF»; pero como es sabido, tal carencia se ha compensado con la sucesiva modificación legislativa, sobre la que *amplius*, en este volumen, SARCINA, A., *cit.*, *ante*.

²³ [AMBROSINI, S., *Los acuerdos de reestructuración de deudas, ante*; MAFFEI ALBERTI, A., *La crisis de la empresa y la continuidad de su actividad en el sistema italiano, ante*.]

²⁴ PACCHI, S., *Síntesis*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, *cit.*, 361 ss.

²⁵ CATERINO, D., *op. ult. cit.*, 181.

Un interesante panorama comparado de las legislaciones sobre la ruina de los empresarios individuales, con particular referencia al perfil del *fresh start* y a la continuidad de la actividad de empresa, en ARMOUR, J. - CUMMINGS, D., *Bankruptcy law and entrepreneurship*, ECGI Law WP, 105/2008 (www.ecgi.org/wp/wp.php?series=Law).

de privilegio, prenda o hipoteca, salvo que sea prevista la liquidación de los bienes o derechos sobre los cuales subsiste la causa de prelación». Por lo tanto, parece incontestable que el acuerdo propuesto por el empresario no concursable pueda contener la previsión de la continuidad de la actividad, es más esta modalidad representa el *first best* en todo acuerdo para la composición de la crisis²⁶; pero la estructuración concretamente asumida por los instrumentos normativos predisuestos por el legislador es fundamentalmente liquidadora, por lo que a pesar de las posibilidades literales subsisten legítimas dudas sobre la real capacidad del procedimiento que se examina para garantizar la continuidad de la actividad de empresa.

Todavía más grave es la carencia destacable con referencia a la fase interina; imagínese, por ejemplo, una empresa agrícola sobreendeudada que tenga como actividad el cultivo de la uva: ¿podrá el profesional (o el mismo deudor, si permanece en la posesión del patrimonio empresarial) asumir trabajadores para la vendimia o los tratamientos fitosanitarios necesarios para garantizar la cosecha? ¿Podrá disponer la venta del producto o su entrega a una cooperativa de transformación que produce vinos? ¿Y según qué régimen? Ninguna respuesta resulta del texto de la ley.

La disciplina del “*concordato preventivo*” contempla previsiones analíticas para la materia de la gestión de la empresa no sólo para la fase sucesiva de la admisión al procedimiento, sino también para el periodo comprendido entre la presentación de la propuesta de concordato y la emisión del decreto de admisión²⁷, estableciendo el art. 161, co. 7, LF, cuanto sigue: *i*) se permite al deudor el desarrollo de todos los actos de ordinaria administración; *ii*) se subordina el cumplimiento de actos urgentes de extraordinaria administración²⁸ a la autorización del tribunal, previa la eventual asunción de sumarias informaciones y la audiencia del comisario, ya nombrado; *iii*) se determina como efecto legal ordinario del cumplimiento de tales actos, *legalmente cumplidos*, la preeducibilidad *ex art.* 111, LF, de los créditos que en consecuencia hayan surgido.

Por lo tanto, en el contexto del “*concordato preventivo*”, ya por efecto de la presentación de la solicitud el titular accede a las medidas protectoras y conserva al mismo tiempo un poder general de gestión de la empresa, cuanto menos en el cuadro de los actos de ordinaria administración y, tras la autorización, también de los otros actos. Puede mientras tanto continuar su actividad, como se demuestra por lo demás de la circunstancia de que debe rendir periódicas cuentas de las operaciones desarrolladas, redactando informes periódicos sujetos a publicación en el Registro mercantil. Confirma tal cuadro también la disciplina general de los contratos pendientes del art. 169-*bis*, según el cual la continuación de las relaciones pendientes constituye un efecto natural de todo “*concordato preventivo*”²⁹.

A la luz de la ya descrita connotación paraconcordataria del procedimiento de composición de la crisis de sobreendeudamiento, parece razonable afirmar que el mismo tipo de tra-

²⁶ Conforme FABIANI, M., *op. ult. cit.*, «Ya que este procedimiento se refiere también a los empresarios sottosoglia no hay razón para excluir que el acuerdo de reestructuración pueda prever también la continuidad empresarial y por ello el destinar a los acreedores los flujos de caja».

²⁷ Falta, por el contrario, toda previsión para la distinta hipótesis del preconcordato, sobre el cual vid. CATERINO, D., *La continuazione dell'attività nel c.d. "preconcordato"*, *cit.*

²⁸ Sobre la correcta individualización de tal categoría de actos, vid. BOTTERO, N. - MAZZI, F., *L'ammissione al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: un primo commento*, en www.ilfallimentarista.it, 6.2.2013.

²⁹ En estos términos, que compartimos, MACAGNO, G.P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, en www.ilcaso.it, que asume una idea de ABETE, L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, en *Fall.*, 2013, 1110.

tamiento deba acordarse para el deudor no concursable desde el momento de la presentación de la solicitud; pero si no se dan dificultades respecto al tratamiento de los actos, es necesario verificar si es admisible la cualificación como prededucibles de los créditos surgidos por efecto de los actos legítimamente ejecutados. A este propósito se destaca que si de un lado la formulación genérica del art. 13, co. 4-*bis*, que admite la prededucibilidad de los «créditos surgidos con ocasión o en función de uno de los procedimientos de la presente sección», anima a una solución amplia, de otro lado la regla está claramente referida a la fase ejecutiva del acuerdo (como revela también la rúbrica de la norma) por lo que difícilmente puede ser extendida a la fase de interinidad, sin una opción expresa *apertis verbis* del texto de legal del tipo de aquella contenida en el art. 161, co. 7, LF.

Análoga laguna encontramos también con referencia al procedimiento de liquidación contemplada por los arts. 14-*ter* ss., l. 3/2012; el procedimiento debería, en la intención del legislador, *imitar* el concurso; pero no reproduce ni reenvía a ninguna de las disposiciones dictadas para asegurar la continuidad de la empresa en curso de procedimiento (ejercicio provisional, arrendamiento de empresa).

Si de un lado en las normas en cuestión está inequívocamente claro que en tales hipótesis se verifica la desposesión³⁰, falta toda referencia al tratamiento de los actos que exceden de la ordinaria administración, por lo que ha sido afirmado que ello comportaría que «el liquidador pueda libremente cumplirlos, sin necesidad de obtener la previa autorización por parte del juez»³¹. Por otro lado, aquí la prededucibilidad del crédito viene expresamente dispuesta por el art. 4-*duodecies*, co. 2, aunque con la misma problemática referencia a los «créditos surgidos con ocasión o en función de la liquidación»; expresión que, según doctrina que compartimos³², debería comprender tanto los gastos de procedimiento, como los créditos generados «de los actos legítimamente cumplidos por el liquidador en la realización de su encargo». En cuanto al desarrollo del régimen de prededucibilidad, compartimos con el mismo autor que el mismo coincida con el momento de publicidad del decreto de apertura al que se refiere el art. 14-*quinquies*, co. 2, letras c) y d).

5. Conclusiones

En respuesta a la rápida reseña del cuadro normativo, como resulta del articulado proceso de modificación e integración del texto originario, las conclusiones que surgen son más bien críticas.

En primer lugar, la disciplina de la composición de las crisis de sobreendeudamiento parece todavía dejar sobre el fondo las cuestiones ligadas al impacto del procedimiento sobre la continuidad de la actividad. El *remedio* no está concretamente dirigido a la salvaguardia de una organización productiva objetivamente considerada, ni tampoco, sino marginalmente, de la capacidad de gasto del sujeto implicado; más sencillamente, consiste en sustraer al deudor de la secuela de las ejecuciones individuales a las que fatalmente se expondría por efecto

³⁰ Ya que el art. 14-*quinquies*, co. 3., l. 3/2012, dispone que «El decreto al que se refiere el apartado debe entenderse equiparado al acto de pignoración», de modo que el decreto de apertura genera sobre el patrimonio del deudor un vínculo de indisponibilidad limitado a los bienes atraídos por el procedimiento: vid. sobre la cuestión VATTERMOLI, D., *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, cit., 779.

³¹ Id.

³² Id., 797.

de su incapacidad de cumplir, consintiéndole definir sus deudas pendientes en un horizonte temporalmente delimitado y conciliando los progresivos pagos con la conservación de una mínima disponibilidad financiera. Es evidente la nivelación a la baja de las normas sobre la perspectiva del deudor civil, y de su patrimonio típicamente estático; opción que sin duda no ayuda a la eficiencia del instrumento.

De la aproximación al tema de la administración/gestión del patrimonio del deudor no concursable brotan ulteriores argumentos en apoyo de la principal crítica dirigida al conjunto normativo: el defecto, destacado por numerosos intérpretes³³, es aquél de poner en común en una única disciplina la solución de las crisis de dos sujetos profundamente diversos. En efecto, si una similar aproximación puede parecer plausible y adecuada respecto a la necesidad de administración estática de un patrimonio en espera de liquidación, resulta del todo insuficiente y potencialmente lesivo de los intereses de los acreedores cuando el objeto del procedimiento sea un patrimonio empresarial, sobre todo si se trata de una empresa todavía activa; y poco importa, a tal propósito, que la empresa sea de pequeñas dimensiones o que su objeto sea el desarrollo de actividades agrícolas, sobre todo cuando la empresa agrícola haya asumido características productivas y alta intensidad de capital y por lo tanto haya generado un acceso al crédito amplio y múltiples categorías de acreedores, algunas de las cuales directamente interesadas en una valoración comparativa de conveniencia entre la continuidad y el cese de la actividad de empresa, por estar ligadas a la empresa por relaciones de continuidad.

El tema de las reglas de administración/gestión del deudor sobreendeudado sometido a procedimiento de composición de la crisis de sobreendeudamiento hace emerger, quizás como pocos, el “nervio descubierto” de esta disciplina: la composición “heterogénea e irregular”³⁴ de las categorías de sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación brilla como nunca antes a través de la prueba de fuego de las características de los bienes del deudor y de las consecuentes actividades que en espera de la instauración del procedimiento y durante el curso de su ejecución pueden ser legítimamente realizadas. Las lagunas de la disciplina no pueden ser serenamente colmadas a través de una recuperación en vía hermenéutica de los instrumentos y soluciones dispuestos por el sistema concursal: como obstáculo serio y difícilmente superable está precisamente la circunstancia de que el sistema de los ordinarios procedimientos concursales está, hoy mucho más que ayer, pensado para un deudor *in action*, dirigido a preservar la actividad, más que los bienes empresariales, o mejor éstos a través de aquélla. Al contrario, los procedimientos ejecutivos individuales, tradicional instrumento de resolución de la insuficiencia del deudor civil, miran al bien en su perfil meramente estático, de objeto de derechos y por lo tanto de activo liquidable.

Si *de iure condendo* es fácil argumentar a favor de una superación de este sistema *dualístico mixto*, en dirección a una opción monista, quizás matizada por oportunas disposiciones facilitadoras para las crisis de dimensiones marginales, en espera de esta enésima evolución no es en absoluto sencillo afrontar las cuestiones operativas derivadas de esta disciplina problemática e irresuelta y se comprende fácilmente el porqué de su sustancial inaplicación, sobre todo con referencia a los acuerdos de los empresarios no concursables: las carencias comportan incertezas, lo que a su vez conduce al desinterés de la institución por parte de los

³³ Vid., *ante*, nt. 9.

³⁴ NIGRO, A. - VATTERMOLI, D., *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 5, que sugieren la oportunidad de un repensamiento del completo sistema de los procedimientos concursales con dirección hacia un modelo monista puro, en lugar de una articulación dualística mixta ampliamente disfuncional.

prácticos³⁵, y suscita en el intérprete la sensación de desarrollar, una vez más, el papel del patólogo legal más que del clínico.

³⁵ Con referencia a la versión originaria de la normativa, el ya citado Informe (*Relazione*) al d.d.l. 5117 de modificación de la l. 3/2012 evidenciaba la “sustancial no aplicación del instrumento” de los acuerdos de reestructuración de las deudas contempladas por el art. 182-*bis*, LF, y se proponía por tanto establecer una disciplina que evitase análoga suerte al instituto de la composición de la crisis del deudor no concursable.

Evolución de la disciplina del sobreendeudamiento en el ordenamiento italiano

SUMARIO: 1. El registro de los organismos de composición de la crisis de sobreendeudamiento [OCC]. - 2. El procedimiento de inscripción del organismo [OCC]. - 3. Las obligaciones impuestas al organismo [OCC] de gestión de la crisis. - 4. Los complejos requisitos para desarrollar la actividad de gestor de la crisis. - 5. Los primeros pronunciamientos sobre la nueva disciplina del sobreendeudamiento. - 6. Nuevas perspectivas fiscales para los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento.

1. El registro de los organismos de composición de la crisis de sobreendeudamiento [OCC]

El Ministro de Justicia, de acuerdo con el Ministro de Desarrollo Económico y el Ministro de Economía y Finanzas, con casi tres años de retraso¹, ha finalmente adoptado, en cumplimiento de la delegación establecida por el art. 15, co. 3, l. 3/2012, el d.m. 202/2014², que contiene el reglamento creador del registro público de los OCC y ha fijado los requisitos y las modalidades de inscripción³.

El reglamento, en particular, prevé que el registro sea gestionado con modalidades informáticas⁴ por el Ministerio de Justicia⁵, en el Departamento de Asuntos de Justicia, y atribuye la responsabilidad directamente al Director General de Justicia Civil, el cual puede sin embargo delegar tal función en un dirigente del Ministerio o en un magistrado y valerse, a los fines de ejercitar la vigilancia sobre la llevanza del registro y sobre los organismos inscritos, de la Inspección general del Ministerio.

Según dispone el art. 3, co. 3, d.m. 202/2014, el registro está articulado en dos secciones distintas. En la sección “A” son registrados los organismos inscritos de derecho, es decir, los organismos de conciliación constituidos, incluso en forma asociada, por las Cámaras de Comercio, por los Colegios Profesionales de abogados, de comercialistas y de notarios, por los Secretariados sociales para la información y la consulta a los solteros y a las familias sobre los servicios sociales a los que se refiere el art. 22, co. 4, letra a), l. 328/2000. En la sección “B”, en cambio, son registrados los OCC inscritos por solicitud de parte *ex art.* 4, co. 1, d.m. 202/2014, es decir, aquellos organismos constituidos por los Municipios, las Provincias, las Ciudades metropolitanas, las Regiones y por las Universidades públicas. Ambas secciones,

¹ La reglamentación, en efecto, debía haber sido adoptada por el Ministerio de Justicia como muy tarde el 22.3.2012.

² Publicato en GU, 27.1.2015, Serie General n. 21.

³ *Amplius*, CARDINALE, E., *L'attestazione di fattibilità del piano nella procedura da sovraindebitamento civile*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, 235 ss.

⁴ La gestión mediante modalidades informáticas está dirigida también al fin de monitorización y elaboración estadística de los datos de los procedimientos de composición de la crisis y a consentir la actividad de inspección.

⁵ El Ministerio es también titular del tratamiento de los datos personales recogidos a través de la actividad de registro.

además, contienen el elenco de los gestores de las crisis que operan para los organismos mismos, es decir, los datos individuales de las personas físicas que concretamente gestionan, individualmente o colegialmente, los procedimientos de composición de las crisis de sobreendeudamiento.

A los fines de la inscripción en ambas secciones del registro, el responsable debe preventivamente comprobar la subsistencia de algunos requisitos relacionados con los organismos de gestión de la crisis. Específicamente, para el registro en la sección “A”, debe verificar que el organismo haya adoptado un reglamento de funcionamiento conforme a la disciplina dictada por el citato d.m.⁶ y presente un referente con un adecuado grado de independencia en la atribución de los encargos a los gestores y en la coordinación de la completa actividad del organismo. Además, es necesario que el organismo haya suscrito también una póliza de seguro de un importe no inferior a un millón de euros para el eventual resarcimiento de los daños derivados a los terceros de la actividad de gestión de la crisis⁷.

Para la inscripción en la sección “B”, diversamente, además de los requisitos ahora expuestos, el responsable del registro debe también verificar que el organismo esté constituido como articulación interna de uno de los entes públicos arriba mencionados y que al menos cinco gestores de la crisis hayan declarado que asumirán tal función en exclusiva para el organismo mismo, en cuanto el d.m. 202/2014 que se comenta parece admitir la posibilidad de desarrollar contemporáneamente más encargos de gestor en diversos OCC. Además, según el art. 4, co. 3, letra f), d.m. 202/2014, es requerida también una verificación de la sede del organismo, que debe verosimilmente entenderse en el sentido de tomar nota de la dirección de la misma y valorar la conformidad de la utilización prevista de los locales a la función por parte del responsable del registro.

2. El procedimiento de inscripción del organismo [OCC]

La inscripción en el registro se basa en la presentación de una solicitud cuyo modelo, con la indicación también de los archivos adjuntos necesarios, es aprobado por el responsable de la llevanza del registro y es publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

El procedimiento de inscripción, en efecto, comienza con la transmisión al Ministerio, también por correo electrónico certificado, de la solicitud suscrita por el representante legal del organismo, también mediante firma digital.

El *iter* procedimental sin embargo, debe terminar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, a menos que medie requerimiento de integración por parte del responsable del registro, que suspenderá el plazo por un período no superior a treinta días. Con la consecuencia de que la no adopción de la medida de la inscripción en los términos citados equivale al rechazo de la solicitud (el denominado silencio negativo).

Cuando, sin embargo, se proceda a la inscripción, la persona encargada de la llevanza

⁶ En particular, el reglamento interno del OCC deberá disciplinar las modalidades de desarrollo de las tareas en el curso de los diversos procedimientos regulados por la l. 3/2012, dictar los criterios de asignación de los encargos a los gestores y fijar el procedimiento para la determinación de la compensación y del reembolso de gastos del organismo. Además, según el art. 10, co. 5, d.m. 202/2014, deberá también indicar, según criterios de proporcionalidad, los casos de decadencia y suspensión de la actividad de los gestores carentes de los requisitos o que hayan violado sus obligaciones, junto al procedimiento para la aplicación de las respectivas sanciones, y determinar los criterios de sustitución del encargo.

⁷ Obsérvese que el importe de la póliza de seguro no parece el adecuado para el tipo de función desarrollada.

del registro debe comunicar al solicitante el procedimiento de inscripción y el número de orden asignado a la misma, de la que deberá ser hecha obligatoriamente mención en los actos, en la correspondencia y en las formas de publicidad permitidas por la ley, junto con la denominación del ente público que la ha constituido.

Tras la inscripción, el referente del organismo debe informar al responsable del registro de todas las vicisitudes modificativas de los requisitos del organismo inscrito, de los datos y de los listados comunicados a los fines de inscripción, junto a las medidas de suspensión o de decadencia adoptadas frente a los sujetos gestores de la crisis⁸, además de las informaciones adicionales solicitadas directamente por el responsable en la forma establecida por las circulares específicas o los actos administrativos equivalentes.

Ante la eventualidad de que se compruebe que el OCC inscrito en el registro no poseía desde el principio los requisitos necesarios para el registro o bien que los ha perdido posteriormente, el responsable de la llevanza del registro procederá inmediatamente a la suspensión del organismo por un periodo hasta de noventa días, transcurrido el cual, persistiendo la falta de los requisitos, dispondrá su cancelación. Del mismo modo se procede en el caso en el que el organismo no cumpla las obligaciones previstas en el d.m. 202/2014 o bien omita adoptar las medidas de suspensión y decadencia de los gestores en los casos taxativamente previstos por el reglamento. Sin embargo, en los casos más graves de falta *ab origine* de los requisitos de inscripción o de inobservancia de las obligaciones prescritas, el d.m. 202/2014 prevé la posibilidad de proceder a su inmediata cancelación sin previa suspensión.

Se procede a la cancelación directa del organismo en el caso en el que el mismo no haya desarrollado en el curso de un bienio a menos tres procedimientos de gestión de las crisis de sobreendeudamiento.

En todos los casos de cancelación del organismo del registro, por otra parte, es impuesta también una inhibición de la función por un bienio, no pudiendo el mismo proceder a la reinscripción antes de que hay transcurrido tal plazo.

3. Las obligaciones impuestas al organismo [OCC] de gestión de la crisis

El OCC está obligado a elaborar tanto un listado de los gestores de la crisis que desarrollan la función en su seno como un registro informático de los asuntos, en el cual deben ser anotados en orden progresivo los datos identificativos del deudor y del gestor de la crisis designado por el referente del organismo, el resultado del procedimiento y las eventuales anotaciones establecidas por el responsable del registro.

Sobre el organismo recae una prohibición de asumir derechos y obligaciones conexos con los asuntos tratados por los gestores de la crisis que operan con él o con otros organismos inscritos en el registro. Por otro lado, el referente, antes de atribuir a los gestores de la crisis ningún encargo, suscribe una declaración de la cual resulta que el organismo no se halla en una situación de conflicto de intereses con el procedimiento en sí. Tal declaración es después depositada como adjunto en el tribunal con la propuesta de acuerdo o de plan del consumidor o bien con la solicitud de liquidación.

En el momento de la atribución del encargo por parte del sujeto sobreendeudado, el

⁸ A los fines de facilitar la actividad de vigilancia del responsable del registro, el art. 7, co. 2, d.m. 202/2014, obliga a la Autoridad Judicial a comunicar todos los hechos y las noticias relevantes para el ejercicio de sus funciones.

OCC es obligado a comunicarle el grado de complejidad de la cuestión, proporcionándole todas las informaciones útiles respecto a los costes hipotéticos hasta la conclusión del encargo, los datos de la póliza de seguro para eventuales daños derivados del ejercicio de la actividad y el presupuesto de la compensación, indicando para cada actividad todos los costes, incluidos los gastos, tasas y contribuciones⁹.

4. Los complejos requisitos para desarrollar la actividad de gestor de la crisis

Los diversos procedimientos de composición de la crisis de sobreendeudamiento son administrados en el seno de los concretos OCC por los “gestores”, es decir, por personas físicas que pueden operar individualmente o colegialmente para el organismo mismo.

El responsable de la llevanza del registro, sin embargo, según el art. 4, co. 5, d.m. 202/2014, debe verificar, en el momento de la inscripción en el registro, si los gestores de la crisis cumplen los requisitos de cualificación profesional y de honorabilidad para ejercitar tal función.

En cuanto al requisito de profesionalidad, en particular el responsable debe comprobar que el gestor tenga una licenciatura magistral o un título de estudio equivalente, en materias económicas o jurídicas, excluyendo sin razón alguna a los otros sujetos que pueden ser nombrados curadores concursales, como por ejemplo, los expertos en contabilidad mercantil¹⁰. Además, debe constatar que el mismo sujeto haya adquirido una específica formación profesional mediante la participación en un curso *post* licenciatura de perfeccionamiento, en el ámbito disciplinar de la crisis de la empresa y del sobreendeudamiento, también del consumidor, con conocimientos en derecho civil y mercantil, derecho concursal y de la ejecución civil, economía de empresa, derecho tributario y de la seguridad social¹¹. También, debe controlar que el gestor haya desarrollado en uno o varios OCC, curadores concursales, comisarios judiciales, profesionales independientes, profesionales delegados para las operaciones de venta en los procedimientos ejecutivos inmobiliarios, un periodo de práctica de al menos seis meses junto al desarrollo de una actividad de actualización bienal, de duración no inferior a cuarenta horas, sobre las materias de la crisis de la empresa y el sobreendeudamiento, también del consumidor¹².

⁹ El organismo está obligado a poner en conocimiento de los acreedores el acuerdo alcanzado con el deudor para la determinación de la compensación, incidiendo directamente sobre el patrimonio del deudor reduciendo las posibilidades de satisfacción de los acreedores. Por otra parte, en ausencia de acuerdo, la compensación es determinada porcentualmente, en consideración al montante del activo realizado y del pasivo resultante del acuerdo o del plan del consumidor homologado. Sin embargo, de conformidad con el art. 16, d.m. 202/2014, el importe total de los honorarios y los gastos generales no puede ser superior al 5% de lo que se atribuye a los acreedores para los procedimientos con un pasivo superior a un millón de euros, y al 10% de la misma cantidad para los procedimientos con pasivo inferior, excepto para el caso de que la suma atribuida a acreedores sea de menos de 20.000 euros. Además, para el caso en el que se hayan sucedido en la gestión de la crisis de sobreendeudamiento varios organismos, la compensación es única y deberá ser repartida según el criterio de proporcionalidad.

¹⁰ No se comprende el motivo por el cual los expertos contables mercantiles no pueden ser nombrados gestores de la crisis, cuando según el art. 28, LF, pueden ser nombrados curadores concursales en un procedimiento ciertamente complejo y en el que están implicados mayores intereses.

¹¹ Los cursos de formación *post* licenciatura pueden ser realizados no sólo por las Universidades, sino también por las Cámaras de Comercio, los Colegios Profesionales y los Secretariados sociales.

¹² Según el art. 4, co. 9, d.m. 202/2014, el desarrollo de la práctica obligatoria debe ser probado por un testimonio de la práctica cumplida emitida por el organismo o por el profesional con el cual ha sido desarrollada.

Sin embargo, se evidencia que para los profesionales pertenecientes a los Colegios de abogados, de comercialistas o de notarios no tiene aplicación la obligación de la práctica semestral y la duración de los cursos de perfeccionamiento se reduce a cuarenta horas. Además, los mismos Ordenamientos profesionales pueden fijar específicos casos de exención de la obligación de formación y de actualización bienal.

De todo lo expuesto, es claro que el d.m. 202/2014 requiere para el desarrollo de la función de gestor de la crisis una cualificación profesional superior a la necesaria para desarrollar las funciones de curador concursal o de comisario judicial, con la excepción de la habilitación a la profesión de abogado o comercialista. Esto resulta paradójico, ya que los procedimientos de sobreendeudamiento deberían ser menos complejos que los procedimientos concursales disciplinados por el r.d. 267/1942, tanto por la menor masa implicada como por el inferior número y complejidad de las relaciones jurídicas interesadas.

Por lo demás, se destaca también una distonía de la disposición comentada respecto al art. 15, co. 9, l. 3/2012, el cual admite que las tareas y las funciones del OCC puedan ser desarrollados también por un profesional o por una sociedad de profesionales que tengan los requisitos para ser nombrados curadores concursales según el art. 28, LF, nombrados por el Presidente del Tribunal o por el Juez por él delegado¹³. Parece, en efecto, evidente, que sujetos con requisitos profesionales diversos de aquellos reclamados por el d.m. 202/2014 pueden desarrollar la misma función.

El responsable de la llevanza del registro de los organismos debe verificar también la subsistencia del requisito de la honorabilidad de los gestores de la crisis de sobreendeudamiento. En particular, según el art. 4, co. 8, d.m. 202/2014, debe comprobar que todo gestor no se encuentre en una de las condiciones previstas por el art. 2382, cod. civ., es decir, interdicto, inhabilitado, concursado o haber sido condenado a una pena que comporte interdicción, incluso temporal, de tareas públicas o la incapacidad de ejercitar tareas directivas, o bien sujetos a medidas de prevención por la Autoridad Judicial según el d.lgs. 159/2011. Además, debe controlar que no hayan sido adoptadas frente a los mismos medidas de condena con fuerza de cosa juzgada, salvo los efectos de la rehabilitación, a pena de prisión por delitos bancarios, financieros, de seguros, concursales y para aquellos contemplados por el art. 16, l. 3/2012, o bien condenados a reclusión no inferior a un año por un delito contra la Administración Pública, la fe pública, el patrimonio, la economía pública o por un delito en materia tributaria, y a la reclusión no inferior a dos años por cualquier delito no culposo. Adicionalmente, para los profesionales debe comprobar que no hayan tampoco sufrido sanciones disciplinarias diversas de la advertencia.

5. Los primeros pronunciamientos sobre la nueva disciplina del sobreendeudamiento

Tres años después de la introducción de la nueva disciplina en materia de composición de la crisis por sobreendeudamiento se encuentran muy pocos casos de aplicación práctica de

¹³ La diversidad de requisitos para desarrollar respectivamente el encargo de gestor de la crisis en el seno de un organismo o bien de su sustituto verosimilmente empujará a los profesionales a no aceptar tal papel en el seno de los organismos. En consecuencia, tales encargos probablemente serán aceptados sólo por sujetos que no hayan obtenido la habilitación para ejercitar la profesión, los cuales sin embargo son también menos expertos que los profesionales, con efectos negativos plausibles sobre la calidad del trabajo. Sobre las inconsistencias del sistema así como sobre la estructura y funcionamiento del OCC, vid., en este volumen, PERRINO, A.M., *Crisis del crédito y sobreendeudamiento: ineficiencias y responsabilidad, ante*.

la misma, lo que denota por un lado la complejidad de las normas y, por el otro, una visión aún restrictiva por parte de los operadores hacia los nuevos procedimientos¹⁴.

Hasta la fecha, de hecho, se han activado unos cuantos acuerdos de composición de la crisis, de los cuales sólo algunos han llegado a buen fin¹⁵, se han homologado unos planes del consumidor¹⁶ e iniciado unos pocos procedimientos de liquidación *ex arts. 14-ter ss.*, l. 3/2012¹⁷.

Sin embargo, a pesar de la falta de aplicación registrada, algunas asociaciones profesionales han demostrado recientemente que las solicitudes de acceso a los procedimientos establecidos en la l. 3/2012 han estado creciendo sustancialmente en 2014, lo que supone una señal de la situación de dificultad a la que se enfrentan muchas personas y familias italianas¹⁸.

Entrando en la valoración de los pronunciamientos adoptados hasta el momento, es particularmente interesante el “*Decreto*” [resolución jurisprudencial] rechazando la solicitud de admisión al acuerdo de composición de la crisis adoptado por el Trib. Vicenza, 29.4.2014¹⁹, que ha evidenciado la necesidad de la asistencia técnica de un abogado también en los nuevos procedimientos introducidos.

En la resolución, de hecho, se señala por un lado que la propuesta del deudor es una demanda judicial dirigida a componer una crisis financiera y, por otro, que el recurso supone la introducción de un procedimiento, potencialmente contencioso, que se desarrolla ante el Tribunal. Precisando, sin embargo, que la asistencia del abogado no es necesaria en el caso

¹⁴ Id.

¹⁵ Se han presentado solicitudes de composición de la crisis por sobreendeudamiento tanto por parte de empresarios individuales “por debajo del umbral” (vid. Trib. Vicenza, 29.4.2014, en *www.ilcaso.it*; Trib. Lodi, 1.10.2013, en *www.ilcaso.it*; Trib. Arezzo, 23.4.2013, en *www.dejure.it*), como por parte de empresarios agrícolas (vid. Trib. Cremona, 17.4.2014, en *www.unijuris.it*; Trib. Ivrea, 21.3.2013, en que se ha nombrado a instancia de parte un profesional en sustitución del OCC), así como también por parte de deudores civiles (vid. Trib. Firenze, 7.8.2012, en *Fallimento*, 2012, 1249, caso en que la solicitud fue rechazada por falta de los requisitos).

¹⁶ Se ha homologado, p.e., un plan por el Tribunal de Catania (Trib. Catania, 24.6.2014), dos por el Tribunal de Pistoia (Trib. Pistoia, 3.1.2014, la homologación del cual ha sido revocada por el mismo tribunal a través de “*Decreto*” [resolución jurisprudencial] con fecha 28.2.2014; Trib. Pistoia, 27.12.2013, en *www.ilfallimentarista.it*), uno por el Tribunal de Verona, *inédita*, y uno por el Tribunal de Ascoli Piceno (Trib. Ascoli Piceno, 4.4.2014, en *Foro it.*, con nt. de Perrino).

¹⁷ Vid., p.e., Trib. Monza, 9.5.2013, en *www.dejure.it*, que ha declarado la apertura del procedimiento de liquidación del patrimonio de una persona que ejercía la profesión de abogado. Cabe hacer referencia también a una resolución del Trib. Vicenza, 8.7.2013, en *www.ilcaso.it*, a través de la cual, en un procedimiento de liquidación, el tribunal ha procedido al nombramiento del OCC con el propósito de que elabore el informe sobre la naturaleza y las causas del endeudamiento del deudor. Existe también un plan rechazado, vid. Trib. Milano, 7.8.2014, en *www.ilcaso.it*, que rechazó la demanda por falta de la documentación necesaria para acceder al procedimiento.

¹⁸ Nos referimos a las estadísticas hechas públicas por el portal para la composición de la crisis por sobreendeudamiento creado en julio de 2013 por el “*Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili*” (ODCEC) de Verona. El portal ha registrado en tan sólo ocho meses de actividad 35 peticiones de ayuda y en los tres primeros meses de 2014 hasta 6 de un total de 19 procedimientos activados desde la entrada en vigor de la disciplina. Significativa es la lista de los motivos de las peticiones de ayuda y las características de los sujetos solicitantes. En la mayoría de los casos se constata la incapacidad de hacer frente a las cuotas de la hipoteca, el uso incontrolado de tarjetas de crédito *revolving*, préstamos excesivos obtenidos de sociedades y deudas contraídas frente a empresas concesionarias de la recaudación de impuestos o contribuciones no pagadas: Sobre el tema, vid. REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell’Unione europea*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 5 ss. En cuanto al perfil de los sujetos, tienen una edad comprendida entre 35 y 50 años, en el 80% de los casos se trata de núcleos familiares con hijos menores de edad, mientras que el 20% restante son personas solteras o separadas. Sobre el tema, vid. PARENTE, F., *Sovraindebitamento familiare e proposta di ristrutturazione*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 225 ss.; SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, *ivi*, 123 ss.

¹⁹ Trib. Vicenza, 29.4.2014, en *www.ilcaso.it*.

en que el OCC, que es quien en realidad presenta la solicitud al tribunal, esté integrado por un abogado, que se haga cargo de los aspectos técnicos de la misma.

El “*Decreto*” [resolución jurisprudencial] también es importante porque permite al deudor valerse para la preparación del plan de un profesional de su confianza, observando con todo que el plan elaborado de esta manera debe ser posteriormente compartido con el OCC²⁰, al cual se confía de forma exclusiva el análisis de la veracidad y viabilidad *ex art.* 15, co. 6, l. 3/2012²¹.

Siguiendo en el ámbito del acuerdo de composición de la crisis, es también significativo el “*Decreto*” [resolución jurisprudencial] de rechazo de la solicitud presentada por un empresario agrícola adoptado por el Trib. Cremona, 17.4.2014²². En particular, la resolución viene a aclarar que las simplificaciones y reducciones de las cuales el empresario agrícola puede beneficiarse en el plano civil y fiscal no provocan ninguna anulación de la disciplina sobre crisis por sobreendeudamiento. Esto se debe a que la finalidad del acuerdo de composición de la crisis requiere que el deudor que tenga la intención de acceder al mismo muestre con total transparencia su situación patrimonial y económica de acuerdo con el art. 7, co. 2-*bis*, l. 3/2012²³, si conviene elaborando *ex novo* la documentación recopilatoria oportuna, para permitir a los acreedores verificar los datos proporcionados y eventualmente oponerse a la veracidad de esta información.

Igualmente significativa es la resolución de aplazamiento adoptada por el Trib. Pistoia, 8.7.2014²⁴ a petición del profesional nombrado *ex art.* 15, co. 9, l. 3/2012, por el Presidente del Tribunal, para permitir la preparación de una modificación de mejora de la propuesta de acuerdo de composición de la crisis que comportase un aumento en el porcentaje de satisfacción de los acreedores no garantizados.

El Tribunal de Pistoia, después de un cuidadoso análisis de la disciplina²⁵, afirma que en líneas generales se pueden realizar modificaciones a la propuesta de composición de la crisis siempre que aún no haya transcurrido el plazo máximo para la emisión del voto por parte de los acreedores *ex art.* 11, co. 1, y siempre que no se haya conseguido la aceptación mínima exigida por la ley o no se haya manifestado una oposición definitiva a la propuesta. Sin embargo, en opinión del Tribunal la extinción del derecho a modificar la propuesta no opera en presencia de causas no imputables al deudor o de circunstancias sobrevenidas, ya que semejante impedimento procesal resultaría injustamente punitivo para el deudor, a quien se le impondría una moratoria de cinco años para poder formular una nueva propuesta, y al contrario la mejora puede proporcionar una satisfacción oportuna para los acreedores²⁶.

²⁰ El OCC, compartiendo el plan elaborado por el profesional, se convierte en fedatario ante el tribunal y los acreedores, de acuerdo con sus funciones de carácter público.

²¹ El “*Decreto*” [resolución jurisprudencial] hace hincapié en que la competencia del OCC debe ser identificada y delimitada de acuerdo con la competencia del tribunal, de conformidad con el arts. 7, co. 1; 9, co. 1, l. 3/2012, que se basa en la residencia del solicitante, no pudiendo el OCC extender su competencia más allá del distrito del tribunal donde éste tiene su sede.

²² Trib. Cremona, 17.4.2014, en www.unijuris.it.

²³ El art. 7, co. 2-*bis*, l. 3/2012, mantiene expresamente vigente para el empresario agrícola la aplicación del requisito de la letra d), que también resulta de aplicación para el consumidor, mientras que sólo frente al empresario comercial subsiste la ulterior obligación de depositar la documentación contable de los últimos tres ejercicios.

²⁴ Trib. Pistoia, 8.7.2014, en www.procedure.it.

²⁵ La resolución evidencia que la l. 3/2012, a diferencia de la disciplina del concordato preventivo (vid. art. 175, co. 2, LF), no contiene ninguna previsión sobre el tema de la modificación de la propuesta.

²⁶ En el presente caso, el Tribunal de Pistoia concedió el plazo, a pesar de que la solicitud fue presentada después de la expiración del plazo del art. 11 y de la expresa manifestación por parte de los acreedores de su oposi-

En cuanto se refiere al plan del consumidor, son del todo relevantes las dos resoluciones de homologación adoptadas por el Trib. Pistoia, 27.12.2013²⁷ y 3.1.2014²⁸ por haber concretado una línea lógica de valoración de la “meritoriedad” [*i.e.*, idoneidad]²⁹ del consumidor, a los efectos de la homologación del plan, y haber identificado el parámetro de referencia para apreciar la conveniencia de la propuesta en comparación con la opción liquidatoria.

En el primer caso, el Tribunal de Pistoia, con el fin de evaluar si el sobreendeudamiento ha sido causado por una actitud “poco prudente o negligente” del deudor, ha puesto de relieve la necesidad de hacer un análisis exhaustivo de la situación de endeudamiento, examinando la relación entre las fechas de firma de los contratos de préstamo, el importe de las cuotas y el porcentaje de incidencia de las mismas en los ingresos totales del consumidor o del núcleo familiar.

A pesar de la corrección de la línea de valoración de la “meritoriedad/idoneidad” formulada en abstracto por el Tribunal de Pistoia, cabe observar que el decreto de homologación del plan adoptado el 27.12.2013 fue revocado por el “Decreto” [resolución jurisprudencial] de 28.2.2014³⁰, en cuanto el juez delegado, en el presente caso, cometió un error de hecho en el cálculo de la renta disponible por el consumidor, de la que surgió un sobreendeudamiento culpable, visto que la asunción del último préstamo se había producido sin ninguna perspectiva razonable de cumplimiento. La última resolución, sin embargo, señaló que las condiciones obstativas³¹, del art. 12-*bis*, l. 3/2012, están relacionadas, respectivamente, con el momento genético de la asunción de las obligaciones, que se traduce en la asunción prudente según los parámetros ordinarios de diligencia, y con la fase funcional de la relación obligatoria, prescribiendo que el estado de sobreendeudamiento haya sido provocado por causas no imputables a un perfil culposo del deudor³².

ción a la propuesta, porque la posibilidad para el solicitante de modificar la propuesta para mejorarla se materializó objetivamente sólo después de la expiración del plazo, debido a nuevos encargos laborales y las consiguientes perspectivas de ingresos.

²⁷ Trib. Pistoia, 27.12.2013, en www.ilfallimentarista.it, con comentario crítico de ROJAS ELGUETA, G., *I presupposti di accesso alla procedura di “piano del consumatore”*, 25.3.2014.

En el presente caso, el Tribunal consideró homologable el plan del consumidor que, con referencia a un importe total de las deudas de 53.494,43 euros, contemplaba el pago de la cantidad de 27.000 euros, que se atribuía proporcionalmente a los diferentes acreedores mediante 90 cuotas de 300 euros al mes, ya que la cantidad mensual ofrecida constituye alrededor del 21% de los ingresos netos percibidos por el deudor y se aparece como sostenible teniendo en cuenta los gastos corrientes para el sustento del núcleo familiar. Y teniendo también en cuenta que la duración del procedimiento, estimada en aproximadamente 8 años a partir de la homologación, se entendió compatible con la esperanza de vida de la deudora, valorada en cerca de 19 años, en atención a su edad y a las tablas de mortalidad de la población femenina publicadas por el ISTAT.

²⁸ Trib. Pistoia, 3.1.2014, en www.procedure.it, con el que se homologó el plan del consumidor que, ante un endeudamiento total de 43.291,65 euros, preveía el pago de 12.000 euros, a distribuir proporcionalmente entre los acreedores, mediante el pago de cuotas de 15 euros al mes hasta el final de 2014 y a partir de enero de 2015, con el inicio de la percepción de la pensión de jubilación, mediante el pago de 200 euros mensuales. Teniendo también en cuenta que la duración del procedimiento, estimada en aproximadamente 6/7 años a partir de la homologación, se entendió compatible con la esperanza de vida del deudor, valorada en 21 años aproximadamente, en atención a su edad y a las tablas de mortalidad de la población publicadas por el ISTAT.

²⁹ *Amplius*, CARDINALE, E., *L’attestazione di fattibilità*, *cit.*

³⁰ Trib. Pistoia, 28.2.2014, en www.ilfallimentarista.it.

³¹ Las condiciones obstativas del art. 12-*bis*, l. 3/2012, son: *i*) haber asumido obligaciones sin la razonable perspectiva de poderlas cumplir; *ii*) haber determinado de forma culpable el sobreendeudamiento.

³² Según el Tribunal se trataría de causas residuales en las cuales el consumidor es objeto de una eventualidad económica adversa o de un acontecimiento accidental que altere de forma negativa la capacidad de producir ingresos: accidente al cual se le añade una grave incapacidad para trabajar, enfermedad que requiere de un tratamiento

La resolución reseñada también resulta interesante porque muestra que las dos condiciones obstativas constituyen presupuesto para la homologación del plan, pero no para la admisibilidad del procedimiento. De lo que se deduce que el requisito de la “meritoriedad/idoneidad” queda a la exclusiva disponibilidad de los acreedores, permitiéndoles solicitar o no el juicio valorativo del juez, oponiéndose a dicho contenido³³.

En otras palabras, la norma vendría a introducir un filtro de selección ética del sobreendeudamiento, que se activa a discreción de los acreedores, como contrapartida de los efectos liberatorios inmediatos que derivan del procedimiento sin el consentimiento de una mayoría calificada de acreedores³⁴.

Por lo que respecta a la evaluación de la conveniencia de la liquidación respecto del plan, el mismo Tribunal de Pistoia ha puntualizado que el parámetro de referencia en relación a la liquidación no es el del procedimiento de ejecución individual sino el procedimiento de liquidación regulado en los arts. 14-ter ss., l. 3/2012, con el fin de hacer atractivos los procedimientos en cuestión³⁵.

Siguiendo en el ámbito del plan del consumidor, se considera singular el “Decreto” [resolución jurisprudencial] adoptado por el Trib. Ascoli Piceno, 4.4.2014³⁶, que considera homologable, en ausencia de una disposición normativa específica que imponga la obligatoriedad de respetar el principio de la *par condicio creditorum* y teniendo en cuenta el evidente *trato favorable* hacia el consumidor, el plan que contempla condiciones de satisfacción diversas para cada uno de los acreedores, en atención a motivos subjetivos del deudor³⁷.

Para concluir, resulta singular también el “Decreto” [resolución jurisprudencial] de

costoso, pérdida o disminución del trabajo por causas no imputables al consumidor, cargas derivadas de un procedimiento de separación, imposibilidad de obtener crédito, progresivo y significativo aumento de los gastos a causa de los procesos inflacionistas, etc.

³³ En este sentido la carga documental reforzada en el procedimiento del consumidor constituiría una información dirigida a los acreedores con dicho propósito.

³⁴ Cabe señalar que el cese de este procedimiento específico por falta de “meritoriedad” [*i.e.*, idoneidad] no impide al consumidor acceder a los otros procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento.

³⁵ El Tribunal de Pistoia, con el “Decreto” [resolución jurisprudencial] de 3.1.2014, rechazó la oposición a la conveniencia del plan con respecto a la liquidación, señalando que de acuerdo con el art. 14-ter, co. 6, letra b), l. 3/2012, no se incluyen en la liquidación las pensiones, en la medida necesaria para mantenerse a sí mismo y a su familia, según lo determine caso por caso el juez en base a la documentación presentada por el deudor y no según el art. 545, cod. proc. civ., que toma como parámetro de valoración de las cantidades necesarias para el mantenimiento de la persona sólo el importe de la pensión social y la cuota de 1/5 de las retribuciones.

³⁶ Trib. Ascoli Piceno, 3.4.2014, en www.ilfallimentarista.it, con comentario favorable de BOSTICCO, P., *Risanamento della crisi da sovraindebitamento del consumatore e rispetto della par condicio creditorum*, 15.5.2014. Cabe señalar, por otro lado, que el decreto del Tribunal de Ascoli Piceno, a efectos de la admisión del consumidor al procedimiento, utiliza los mismos criterios de evaluación de la “idoneidad” del proponente y de “conveniencia” de la propuesta respecto de la solución liquidatoria consagrados por el Tribunal de Pistoia.

³⁷ En el presente caso, el plan preveía una satisfacción reducida (aunque no inferior a la satisfacción en caso de liquidación) de dos entidades de crédito con respecto a los otros acreedores como consecuencia de la decisiva posición crítica del consumidor frente a los bancos, a los que consideraba responsables de su situación de sobreendeudamiento por haber sugerido inversiones inadecuadas. Es interesante el tema de la concurrencia de terceros (por ejemplo, entidades de crédito) en la determinación de la situación de sobreendeudamiento y sus consecuencias. Sobre este punto, cabe apuntar la aportación de BOSTICCO, P., *op. loc. cit.*, que se pregunta si, en semejante supuesto, «el deudor debe también considerar como un crédito potencial la imputación de la responsabilidad y en tal caso valorar si una eventual acción contra el deudor puede, alternativamente, dar a luz únicamente a un contracrédito resarcitorio que vendría a limitar la satisfacción o incluso crear una posición de reclamación frente al tercero que sería oportuno accionar también en beneficio de los otros acreedores no culpables que podrían ver de esta manera incrementada su propia satisfacción».

homologación del plan del consumidor adoptado por el Trib. Catania, 24.6.2014³⁸, ya que representa la primera resolución en la que un tribunal, una vez conocidos los motivos del sobreendeudamiento, inhibe al consumidor, para toda la duración del plan, del uso de cualquier instrumento de pago electrónico y la firma de instrumentos de crédito y financieros, para asegurar que no contrae nuevas deudas³⁹.

6. Nuevas perspectivas fiscales para los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento

Con el fin de fomentar el uso de los procedimientos de composición de la crisis y superar la evidente disparidad de trato en comparación con otros procedimientos de insolvencia, el legislador con la ley de delegación fiscal 23/2014, ha concedido al Gobierno la facultad de adoptar los decretos legislativos sobre la revisión del sistema fiscal en el plazo de doce meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la citada ley.

De particular interés es el art. 12, co. 2, letra a)⁴⁰, que establece dos objetivos: por un lado, la consecución de una estrecha relación entre los resultados de los presupuestos y la disciplina fiscal sobre pérdidas en los créditos y, por el otro, la ampliación del régimen fiscal vigente para los procedimientos concursales clásicos también a los nuevos institutos de composición de la crisis.

En concreto, el objetivo principal del legislador es el de extender la presunción del art. 101, co. 5, tuir, en relación con los efectos de la deducibilidad fiscal de las pérdidas en los créditos a los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento previstos en la l. 3/2012⁴¹.

³⁸ Trib. Catania, 24.6.2014, en *www.procedure.it*. Cabe observar que el plan afecta a toda una familia que se encuentra en situación de sobreendeudamiento, incapaz de hacer frente a las deudas contraídas, a causa de la pérdida del trabajo de uno de los miembros por motivos de salud.

³⁹ Se podría definir como una especie de “interdicción limitada” para aquellos sujetos incapaces de endeudarse de forma moderada.

⁴⁰ El art. 12, co. 2, letra a) prevé la «*introducción de criterios claros y coherentes con la disciplina de la elaboración del balance, en particular para determinar el momento de la realización de las pérdidas, y la extensión del régimen fiscal aplicable a los procedimientos concursales y también a las nuevas instituciones introducidas por la reforma del derecho concursal y de la normativa del sobreendeudamiento, así como a aquellos procedimientos similares previstos en los ordenamientos de otros estados*».

⁴¹ *Amplius*, URICCHIO, A., *Gli aspetti fiscali nella procedura da sovraindebitamento*, en *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 197 ss., y esp. 206, entre reflexiones e intervenciones normativas.

Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social

SUMARIO: 1. Aproximación al tema. - 2. El sobreendeudamiento de los particulares. - 3. La exclusión social. - 4. Para la reflexión.

1. Aproximación al tema

La crisis a la que los países europeos siguen enfrentándose –que ha trascendido el ámbito financiero para contaminar la economía real– somete a una fuerte presión los presupuestos de muchos individuos y familias¹. Las elevadas tasas de paro y la caída de la demanda de productos y servicios², la reducción de los mecanismos de protección social y el aumento del consumo financiado a través del crédito –que pueden desembocar en situaciones de insolvencia– llevan a procesos generalizados de precarización e influyen negativamente sobre el volumen de personas en situación de vulnerabilidad social³.

En este sentido, la crisis del empleo, en un modelo socio-económico donde las rentas del trabajo constituyen la fuente principal de ingresos para las personas adultas⁴, se suma a cambios sociales como el envejecimiento de la población, las dificultades de la juventud y las nuevas formas de convivencia familiar⁵. Por otro lado, la crisis ha afectado de una forma muy sustancial a las personas de referencia del hogar, el llamado “cabeza de fami-

¹ Siguiendo el CESE 2014, a la hora de cuantificar el “endeudamiento excesivo” en el marco de una definición armonizada, se precisará tomar como unidad de medida el hogar, siendo el núcleo doméstico el lugar donde generalmente se reúnen los ingresos de las personas. Es una opción que toma sentido si se considera el mecanismo de redistribución de la renta en el seno de las familias, y que éstas actúan como amortiguador de los impactos de la crisis.

No se olvide que es en la familia donde tienen lugar muchas de las transferencias de recursos entre las generaciones, y que dichas transferencias suelen ser independientes bien de los mercados, bien de los gobiernos. Vid., a este respecto, HILL, M., *Le politiche sociali*, Bologna, 1999.

² Las empresas se ven golpeadas por la contracción de la demanda de productos y servicios, consecuencia de un menor poder adquisitivo de las familias, además de estar expuestas al riesgo de no ver satisfechos los créditos hacia sujetos que, a su vez, se encuentran en estado de insolvencia. Vid. CESE 2014, punto 2.7.

³ El mismo dilagante fenómeno del sobreendeudamiento ya no se considera, tal como apunta el CESE 2014 (punto 2.3), como el reflejo de impulsos y pasiones de los individuos, sino como efecto de la crisis social. La falta de adecuación de los actuales mecanismos de protección social a la demanda creciente de sujetos fragilizados extiende la condición de vulnerabilidad a un número creciente de personas. Como apunta SUBIRATS, J. (dir.), *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Barcelona, 2004, si en el pasado las situaciones de desigualdad afectaban a grupos específicos que ya habían tomado medidas de defensa y de ayuda mutua, y que configuraban, por así decirlo, formas de desigualdad “ordenada”, las actuales situaciones presentan un mayor grado de heterogeneidad y afectan de una forma más aleatoria y atomizada los problemas, las causas y las posibles soluciones.

⁴ Vid., sobre este tema, GIMENO ULLASTRES, J.A. (dir.), *Exclusión social y Estado de Bienestar*, Madrid, 2004.

⁵ Pierde primacía el modelo patriarcal y se multiplican las familias monoparentales. En caso de divorcio o separación, son las familias encabezadas por mujeres las que sufren una mayor vulnerabilidad social y económica: tradicionalmente vinculadas a un papel de cuidado doméstico, las mujeres que no hayan desarrollado una carrera profesional para invertir su tiempo en la familia, una vez que se impliquen en divorcio o separación están tendencialmente más expuestas al riesgo de encontrar un trabajo poco cualificado y remunerativo, o se ven privadas de la posibilidad de dedicar tiempo suficiente a la profesión en cuanto no pueden beneficiarse de adecuadas políticas de conciliación de la vida familiar y laboral.

lia”: el núcleo se encuentra por lo tanto expuesto a una fuerte sobrecarga, y la pérdida del trabajo por parte de uno de sus componentes, sobre todo en aquellos casos en los que éste sea el único trabajador presente en el hogar, puede suponer una amenaza para la estabilidad del núcleo mismo.

Todo esto genera un desequilibrio entre la población activa, que contribuye a financiar el sistema de protección social, y la cantidad de personas que solicitan prestaciones sociales, considerando la dificultad de inserción en un mercado del trabajo más flexible y dual⁶, caracterizado, entre otros factores, por la inseguridad salarial y la inestabilidad del empleo.

En una situación de debilitación económica, los ciudadanos consumidores pueden verse empujados a acudir a las redes informales (familiares, amigos, conocidos, etc.) para solicitar una ayuda económica⁷, o pueden acudir al mercado (reglamentado) del crédito.

En línea general, la alternanza de ahorro y desahorro a lo largo del *ciclo de la vida* representa una forma para estabilizar el nivel de consumo y los estándares de vida⁸: de la misma forma, acudir al mercado del crédito puede actuar como amortiguador a la hora de conferir cierta regularidad a las condiciones de vida, puesto que el mecanismo de la deuda permite repartir los gastos en un lapso de tiempo más amplio.

Los últimos Dictámenes del CESE en materia de crédito, sobreendeudamiento y exclusión social⁹ manifiestan una importante preocupación por la difusión del fenómeno del sobreendeudamiento¹⁰, así como por situaciones de exclusión social y de debilitamiento de la cohesión y el orden social que ello acarrea.

Según apunta el CESE 2008, una de las motivaciones para recurrir al crédito al consumo radica en la posibilidad de alcanzar un cierto estatus —en esto la publicidad y el marketing juegan un papel importante—, lo cual permite «camuflar el estrato social al que uno pertenece al hacer posible un estilo de vida característico de una clase superior»¹¹.

En las sociedades marcadas por el mercado, las recientes generaciones de adultos se han criado en la cuna del consumo, de los bienes suntuarios adquiridos también a través del crédito, de la publicidad que vehicula sutilmente mensajes como “eres lo que puedes comprar”, contribuyendo a definir identidades a través de la capacidad de compra, y donde los centros comerciales se han vuelto espacios privilegiados para “gastar” el tiempo libre. Los bienes y las experiencias adquiridas y consumidas pueden ser consideradas como marcas

⁶ En los países desarrollados, respecto a las rentas del trabajo se ha visto ampliada la diferenciación no sólo entre los trabajadores cualificados y los no cualificados, sino también en el interior de cada grupo (en el mismo sector de actividad o entre individuos con el mismo nivel de instrucción). Según GALLINO L., *Globalizzazione e disuguaglianze*, ed. II, Roma-Bari, 2005, esto se repercute en una heterogeneidad de los estratos sociales, donde se registran diferencias mayores en el interior de cada uno de ellos más que entre estratos diferentes.

⁷ Vid., más adelante, el estudio de EUROFOUND, *L'indebitamento eccessivo delle famiglie nell'UE: il ruolo dei debiti informali*, Lussemburgo, 2013. Se trata de una fundación, órgano de la UE, creada en 1975 para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.

⁸ D'ALESSIO, G. - IEZZI, S., *Household over-indebtedness: definition and measurement with Italian data*, en *Questioni di economia e finanza, Occasional Paper, Banca d'Italia*, 149, 2013.

⁹ *Crédito y exclusión social en la sociedad de la abundancia* (2008); *Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social* (2014).

¹⁰ Según el CESE 2014, se trata de un fenómeno que empezó a acentuarse ya a principio de los años ochenta, y que se ha visto ulteriormente enfatizado con la crisis financiera.

¹¹ CESE 2008, punto 3.1.5.2. El *estilo de vida* es una de las formas que hacen visible la estratificación social, y se vincula al “prestigio” del cual un sujeto goza o que trata de alcanzar. A este respecto, vid. GALLINO, L., *Dizionario di sociologia*, ed. II, Torino, 2006, voz “*stile di vita*”, 658.

[“*marcature*”]¹² que definen los roles sociales y que hacen patente la estructura cultural de una sociedad.

La crisis internacional, impactando sobre la disponibilidad de recursos para muchas familias, ha producido una transformación de las condiciones económicas que no siempre se ve acompañada por una transformación en paralelo del comportamiento social, con lo cual no es insólito que hogares que sufren una reducción de su poder adquisitivo sigan manteniendo estilos de vida, modelos de consumo y expectativas no adecuados a las nuevas condiciones¹³, alimentando una contradicción entre cultura y realidad, donde una manda a consumir y la otra lo prohíbe¹⁴.

El fenómeno del sobreendeudamiento se hace especialmente crítico con la masificación del consumo –donde éste adquiere la dignidad de vehículo de integración social– y con el desarrollo del mercado del crédito al consumo, justificando así la conexión entre el fenómeno del sobreendeudamiento y la utilización del crédito como forma de financiación¹⁵.

Conectando con el esfuerzo que los países miembros están haciendo para enfrentar el problema de la insolvencia civil, que genera elevados costes para la colectividad¹⁶, a continuación se propone una mirada al tema del sobreendeudamiento desde la perspectiva de la exclusión social.

2. El sobreendeudamiento de los particulares

El sobreendeudamiento no es un fenómeno inédito, aunque en la actualidad se caracterize como un problema social, con referencia a aquellos sistemas sociales marcados por la desigualdad y por el desmembramiento del tejido de solidaridad¹⁷.

Como es sabido, no hay una definición unánime, entre los países miembros, de lo que se entiende por endeudamiento excesivo¹⁸; sin embargo, se pueden delinear elementos comunes como la incapacidad prolongada, para individuos y hogares, de hacer frente a las obligaciones regulares de pago (deudas y gastos corrientes) con los ingresos familiares –sueldos

¹² VOLLI, U., “Senso e marcatura”, en *Corpi mediali*, Volli, Pisa, 2014, 16 ss.

¹³ ADICONSUM, *Il sovraindebitamento: analisi dei casi pervenuti al fondo di prevenzione usura Adiconsum*, 1995.

¹⁴ Se retoma aquí una visión que se atribuye al escritor uruguayo Eduardo Galeano.

¹⁵ Vid., sobre este tema, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, esp. REIFNER, U., *Verso i Principi del credito responsabile nell'Unione europea*, 5 ss.

¹⁶ Las consecuencias de la insolvencia se repercuten, con una reacción en cadena, en todos los sujetos económicos: desde las personas deudoras a las empresas, a sus trabajadores, que a su vez pueden convertirse en consumidores insolventes, en redes de interdependencias donde todos los ganglios del sistema se fragilizan. Además, la dificultad de las personas insolventes para retomar un equilibrio económico y social sólo con sus propias fuerzas, puede incentivar el mercado del crédito ilegal y la usura.

¹⁷ CESE 2008.

¹⁸ La falta de una definición compartida dificulta el proceso de medición del fenómeno y su comparación entre países. La armonización definitoria permitiría una más adecuada observación de la realidad social que genera el fenómeno, y la recogida de datos estadísticos comparables que permita su cuantificación (CESE 2008). El CESE 2014 (punto 1.3) indica siete elementos para una definición común: «i) el hogar como unidad de medida apropiada para cuantificar el sobreendeudamiento; ii) los compromisos financieros adquiridos; iii) los compromisos informales adoptados por una familia o una comunidad; iv) la incapacidad de pago; v) el sobreendeudamiento estructural; vi) el nivel de vida digno; vii) la insolvencia». [En (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., se profundiza el tema del sobreendeudamiento de las personas en los países europeos y se detallan sus características.]

o rentas por la venta de bienes muebles e inmuebles de la familia¹⁹-. Según los criterios de la Comisión Europea²⁰, un hogar se considera en situación de sobreendeudamiento cuando los recursos presentes y esperados resultan insuficientes para hacer frente a sus obligaciones financieras sin afectar al estándar de vida, que puede caer por debajo del mínimo aceptable en el país de referencia²¹.

Se hace comúnmente una distinción entre sobreendeudamiento “activo” y “pasivo”, o sea entre *i*) una situación de emergencia económica debida a una elevada propensión del individuo o de las familias a consumir, sea por una sobrevaloración de la posibilidad de solvencia (por ejemplo por una excesiva confianza en la capacidad de ingresos presentes y futuros) o por una subestimación de la carga de la devolución²² (*activo*); *ii*) y una situación de insolvencia debida a eventos traumáticos sobrevenidos y no previsibles que interrumpen o limitan los flujos en entrada, generando una pasividad imprevista (*pasivo*)²³. Ejemplos habituales son la pérdida del empleo, la reducción del horario de trabajo o el empeoramiento de las condiciones de trabajo; cambios en la estructura familiar, como divorcio y separaciones, fallecimientos; cambios sobrevenidos debidos a enfermedades o accidentes; adicciones patológicas; desvaloración de los bienes patrimoniales; etc. Eventos accidentales y no previsibles que generan una fractura en la continuidad biográfica de una persona y que pueden colocarse entre las causas más frecuentes de las condiciones de marginalidad²⁴. En cualquier caso, la economía personal está dotada de una cierta complejidad que es fruto de la convergencia de elementos de sobreendeudamiento activo y pasivo, en un ambiente en el que abundan los instrumentos de crédito y en donde se han modificado los patrones de consumo²⁵.

A las primeras dos tipologías de sobreendeudamiento se les puede añadir una tercera, la del sobreendeudamiento “diferido”²⁶, que hace referencia a una situación que posiblemente

¹⁹ ADICONSUM, *Il sovraindebitamento*, cit.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Over-indebtedness: New evidence from the EU-SILC special module*, Research note 4, 2010.

²¹ D'ALESSIO, G. - IEZZI, S., *Household over-indebtedness*, cit. Dicha situación tiene algunos puntos en común con la de *pobreza relativa*, cuyo origen es más contextual: no hace referencia a una falta “absoluta de recursos”, sino a la diferencia que emerge de la confrontación entre el nivel de vida de un individuo u hogar, y los estándares que definen los niveles de vida considerados dignos en su sociedad de pertenencia.

²² Como diría REIFNER, U., *El derecho “concursal” en la sociedad del crédito: “concurso” responsable, ante: «los consumidores, a la hora de contratar, se centran en conseguir el acceso al crédito y no en su reembolso»*.

²³ El estudio de EUROFOUND, *L'indebitamento eccessivo delle famiglie nell'UE*, cit., estima que del 44% de la población europea endeudada, la mayoría no padece dificultades financieras, y que el endeudamiento en exceso se genera con el colapso no previsto de los ingresos.

²⁴ SGRITTA G.B. (dir.), *Dentro la crisi. Povertà e processi di impoverimento in tre aree metropolitane*, Milano, 2010.

²⁵ VELLA, F., *Los procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento*, ante. Hay que añadir que además de acudir al mecanismo del crédito para adquirir bienes y servicios de primera necesidad, o para hacer frente a situaciones excepcionales de necesidad, o para adquirir bienes y medios para la microempresa, además que por consumos superfluos, hay situaciones donde los préstamos, como suele ocurrir en Italia, son también vinculados al juego de azar masificado, mecanizado y que involucra tanto hombres como mujeres (vid. FIASCO, M., *Debito, bilancio economico deficitario, sovraindebitamento, rischio di ricorso all'usura e usura. Una ricerca comparativa sulle regioni italiane*, Roma, 2012), y donde el Estado cobra un papel activo en su promoción. Las personas que sufren un proceso de deterioro y exclusión, y que acuden a estos remedios, pueden ilusionarse con la idea de tener un “golpe de suerte” que las saque de una situación económica aflictiva, para la que se sienten incapaces de encontrar una salida.

²⁶ Vid. ID., *Profili e dimensioni del sovraindebitamento in Italia*, Acta del seminario “Analisi del fenomeno sovraindebitamento: quali prospettive per una legge in Italia?”, Roma, 25.1.2001. Cit. en ADICONSUM, *Il sovraindebitamento*, cit.

ocurrirá en el futuro para aquellas personas o familias cuya solvencia en el presente dependa de condiciones limitadas en el tiempo, como es el caso de los hogares que, para hacer frente a los gastos, cuentan también con pensiones de personas mayores con las que conviven. En estos casos hay una situación de endeudamiento excesivo “en potencia”, que puede manifestarse cuando la ayuda “añadida” desaparezca. A este respecto, puede resultar interesante observar el papel desempeñado, en países como Italia o España, por las personas ancianas que perciben una pensión. En Italia, según el *Rapporto Censis* para el año 2014²⁷, las personas “longevas” cubren el vacío del *welfare* en el cuidado de nietos o en el apoyo económico a las familias de hijos y nietos²⁸. En este sentido, se activa una redistribución horizontal con las demás clases de edad, protagonizada por dichas personas longevas.

En el caso español²⁹, el efecto amortiguador de las familias se debe también a las pensiones de los miembros de mayor edad presentes en el hogar, que favorecen el mantenimiento de una condición de integración de los miembros más jóvenes que hayan perdido el empleo o tengan dificultad de acceso al mercado de trabajo. La presencia de pensionistas en el hogar cubre una función o bien de amortiguador³⁰, o bien de estabilización de consumos, tratándose más bien de una estabilidad aparente que puede acabar en el momento en el que el convivente pensionista salga del núcleo (por ejemplo por fallecimiento)³¹.

Para una definición común del sobreendeudamiento hay también que tener en cuenta, así como destaca el CESE 2014, los compromisos informales adoptados por la familia, es decir, los préstamos de dinero en los circuitos de proximidad como familiares, amigos y conocidos. El ya citado estudio de Eurofound³², de singular interés para la cuestión que aquí nos ocupa, destaca que las personas que tienen necesidad urgente de dinero, tienden a acudir a personas del entorno familiar más cercano (70%), a amigos o vecinos (12%), y un porcentaje relativamente bajo acude a las instituciones (8%). En estos casos suele verse aún más reducida la preocupación por la devolución de dichos préstamos, que cuando no se cumple en la modalidad y en el tiempo esperados, puede amenazar la atmósfera de confianza y la estabilidad de las relaciones sociales, mientras que en el seno del núcleo puede alterar la química familiar y la estabilidad de sus miembros.

²⁷ CENSIS, *Rapporto sulla situazione sociale del paese* 2014, 2014, 234 ss.

²⁸ En la población italiana, calculada por el ISTAT ser casi 61 millones de individuos con referencia al mes de enero de 2014, son 3,2 millones los longevos que cuidan regularmente de sus nietos, y 5,6 millones los que lo hacen de vez en cuando. En el apoyo económico a hijos y nietos, 1,5 millones de longevos contribuyen de forma regular, y 5,5 millones lo hacen de vez en cuando.

²⁹ Vid. FUNDACIÓN FOESSA, *La fractura social se ensancha: intensificación de los procesos de exclusión en España durante 7 años*, en *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Madrid, 2014, 151 ss.

³⁰ En 664 mil familias con todos los miembros activos en el paro, dicha presencia reduce del 45% la tasa de exclusión y del 60% la de exclusión severa, respecto a las familias donde no hay pensiones.

³¹ No siempre la decisión de proporcionar una ayuda a familiares por parte de los pensionistas es fruto de libre elección. Exasperando el asunto, se llega a hablar de *maltrato* o *abuso económico* para referirse bien a la «depreciación activa de los ingresos o de los bienes de la persona mayor» por parte de los familiares, bien a la negativa a «utilizar recursos disponibles que entran dentro de la esfera patrimonial del mayor con la intención de conservarlos y heredarlos». En los dos casos, puede darse como consecuencia una falta de cuidado hacia la persona mayor, con una diferente destinación de sus recursos. Sobre el tema, vid. GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis sociojurídico*, Zaragoza, 2012, esp. 109.

³² EUROFOUND, *L'indebitamento eccessivo delle famiglie nell'UE*, cit., 9.

3. La exclusión social

La noción de exclusión social se empieza a utilizar en la Francia de los años setenta³³, en una fase de prosperidad conocida como los *Treinta Gloriosos*, caracterizada por bajas tasas de desempleo, buen nivel salarial y de protección social. Entonces, los excluidos eran los que habían quedado al margen del progreso general, por resultar inadecuados.

Con la mutación de las condiciones de vida y la precariedad laboral que cuestionaron los alcances de la “sociedad salarial”³⁴ en la década siguiente, el uso de esa noción se extendió a toda Europa para hacer referencia no sólo a grupos o categorías específicas, sino también a procesos que pueden afectar transversalmente a los diferentes grupos sociales y a diferentes categorías de personas, incluidas las que tienen una buena situación de partida, como un buen nivel de escolarización y una consistente experiencia de trabajo³⁵, así como a las mujeres y a los jóvenes. Hay un cambio de perspectiva, con el paso de un enfoque más estático a uno más dinámico, y se cuestiona la centralidad del papel otorgado a la dimensión económica y material, adquiriendo importancia la multidimensionalidad del fenómeno, donde entran en juego otros ámbitos, como el relacional³⁶, para dar cuenta de vínculos y lazos que producen un sentido de pertenencia a la sociedad.

La exclusión social va más allá del concepto de pobreza, desmintiendo la identificación que a menudo se hace en el lenguaje común. De este modo, la privación material que caracteriza a la pobreza, constituye sólo una de las dimensiones de la exclusión social, donde cobran importancia los *ámbitos vitales básicos*³⁷ que se pueden identificar con el económico, el laboral, el formativo, el de la salud, el de la vivienda, el relacional y el de la participación ciudadana.

Observando la exclusión social desde una perspectiva individual, se puede definir como un «proceso multidimensional de progresiva ruptura social, que separa grupos e individuos de las relaciones sociales y de las instituciones, y que les impide la plena participación en las actividades normales y normativamente prescritas de la sociedad en la que viven»³, con referencia a las diferentes esferas de la existencia, como la económica, social, cultural, política, etc. Tal como apunta un documento sobre la percepción de la integración y la exclusión

³³ En aquellos años, con la publicación de LENOIR, R., *Les exclus: un Français sur dix*, Paris, 1974, se empezó a hacer referencia al concepto de exclusión social en los diferentes ámbitos de la vida pública.

³⁴ Vid. CASTEL, R., *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, 2003, Paris (trad. it. *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Torino, 2011).

³⁵ STANDING, G., *The Precariat: The New Dangerous Class*, London, 2011, introduce la idea del “precarizado” como clase social, en cuanto identifica «una conciencia específica de pérdida y relativa privación» (Id., “Por qué el precariado no es un «concepto espurio»”, en *Sociología del trabajo*, 82, 2014, 10). De hecho, quienes pertenecen al precariado, suelen tener un empleo inseguro e inestable con contratos incompletos, privados de los beneficios no salariales de los que gozaba el proletariado clásico, y con menos de esos derechos civiles, sociales, culturales, políticos y económicos conquistados en las épocas anteriores. Los individuos que se colocan en el perímetro de esa definición, sufren una “confusión identitaria”, al tener un nivel educativo muy elevado y por encima del nivel requerido para el trabajo que esperan conseguir, pero sin tener ni salarios ni propiedades.

La paradoja que se produce es que a pesar de las diferentes capacidades y habilidades desarrolladas para adaptarse a la flexibilidad del mercado laboral y a su competitividad, dichas personas están obligadas a la «adaptación de las expectativas vitales a un empleo inestable y a una vida inestable» (Id., 8).

³⁶ Vid. CASTEL, R., *Les Métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Paris, 1995; NEGRI, N., *Disuguaglianze, povertà, esclusione*, en *La sociologia economica contemporanea*, Regini (dir.), Roma-Bari, 2007, 182 ss.; SEN, A., *Social exclusion: Concept, application and scrutiny*, Asian Development Bank, 2000.

³⁷ Para profundizar en los ámbitos vitales fundamentales, vid. SUBIRATS, J. (dir.), *Pobreza y exclusión social*, cit.

social en Europa³⁸, las dinámicas excluyentes pueden producir un sentimiento subjetivo de marginalización que desemboca primero en una actitud de alejamiento respecto a los valores morales y políticos dominantes, y después en una falta de reconocimiento de normas y leyes comúnmente aceptadas, con una disminución del bienestar que puede generar situaciones de agresividad e inestabilidad socio-psicológica.

Desde una perspectiva colectiva, la exclusión social afecta los vínculos sociales que mantienen cohesionada la sociedad, y en este sentido puede convertirse en una amenaza para la estabilidad y el orden social³⁹.

Si se comparte la visión multidimensional del fenómeno de la exclusión social, cada ámbito incluye varios factores de exclusión que se acumulan, se combinan y retroalimentan⁴⁰, en una red de interdependencias donde el empoderamiento o la debilitación de una de las esferas existenciales, puede favorecer o perjudicar al individuo en las demás esferas⁴¹.

4. Para la reflexión

Los elementos esbozados hasta ahora en materia de exclusión social y sobreendeudamiento llevan a reflexionar sobre el riesgo al que se expone una sociedad que excluye de sus dinámicas sociales un número creciente de personas, generando fracturas en el pacto social, con las consecuencias que pueden derivarse para el equilibrio (aunque sea dinámico) entre las partes.

Adaptando al caso del consumidor excesivamente endeudado una distinción que ha sido utilizada para analizar la longevidad de las compañías⁴², distinguiéndolas entre las que son “capaces de aprender”, o sea que actúan según un enfoque de crecimiento a largo plazo –procurando por lo tanto superar turbulencias y adaptándose a los cambios⁴³–, y las que se definen “económicas”, que actúan según criterios meramente económicos, es posible apreciar de qué manera cada forma de abordar el mismo problema puede generar propuestas diferentes de soluciones. Si la persona sobreendeudada se considera sólo como sujeto “económico”, la tendencia podría ser la de atribuirle *recursos de racionalidad* que tal vez ha perdido por el camino al descenso de la crisis⁴⁴. Modificando el enfoque y considerándola como sujeto “capaz de

³⁸ EUROFOUND, *Perceptions of social integration and exclusion in an enlarged Europe*, 2004 (<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2003/106/en/1/ef03106en.pdf>).

³⁹ La integración social representa la continuación, en el ámbito sociológico, de la cuestión del orden social. Vid. GALLINO, L., *Dizionario di sociologia*, cit., voz “*integrazione sociale*”, 378 ss.

⁴⁰ SUBIRATS, J. (dir.), *Pobreza y exclusión social*, cit.

⁴¹ En GALLINO, L., *Globalizzazione e disuguaglianze*, 2005, 58, se pone de manifiesto la multidimensionalidad de la estratificación social cuya evaluación se fundamenta especialmente en las dimensiones de la renta y del patrimonio, del tipo de trabajo desempeñado, del tipo de vivienda, del acceso a determinados bienes y servicios y, en general, en la capacidad de consumir; en muchas ocasiones, los recursos pertenecientes a un determinado ámbito pueden ser utilizados para aumentar la cantidad de los recursos en los demás ámbitos.

⁴² DE GEUS, A., *The living company*, Harvard, 1997 (trad. it. *L'azienda del future: caratteristiche per sopravvivere in un ambiente perturbato*, Milano, 1999). Cit. in CAPRA F., *La scienza della vita. Le connessioni nascoste fra la natura e gli esseri viventi*, Milano, 2002, 162 ss.

⁴³ Analizando veintisiete de estas compañías, se observó que habían podido crecer a largo plazo porque poseían las características típicas de los seres vivos, que son: *i*) un fuerte sentido de la comunidad y una identidad colectiva que se fundamenta en una serie de valores comunes; *ii*) una apertura hacia su entorno, o sea una disponibilidad para acoger nuevas personas e ideas, desde la cual se generan adaptación y aprendizaje.

⁴⁴ Se ha notado una diferencia entre las familias con rentas suficientes o excedentes, y las familias con rentas deficitarias. En el primer caso, se realizan gastos tendencialmente según un criterio de racionalidad, mientras que en

aprender”, con el fin de promover su supervivencia a largo plazo, las soluciones propuestas tendrían que trascender los aspectos meramente económico-financieros para activar *recursos de relacionalidad*. El foco sobre la dimensión “relacional” del problema desplaza la atención hacia la recuperación de la persona deudora para reactivarla no tanto en un comportamiento de consumo *tout court*, sino de un consumo “responsable”, rehabilitándola en las esferas personales y familiares, además de reincorporar la motivación económica en las relaciones sociales en las que radica (*embedded*⁴⁵).

En el mismo estudio de Eurofound sobre deudas informales⁴⁶, se invita a los *decision makers* a tener en cuenta la multidimensionalidad de los problemas que están a la base de las deudas informales. Con lo cual, una solución que sea eficaz a largo plazo no puede ser encontrada teniendo en cuenta sólo los aspectos financieros de la cuestión. Se sugiere, además, que se disponga de servicios integrados de consultoría en materia de deuda, de servicios sociales y sanitarios, y de asociaciones de comunidad para mitigar el impacto del endeudamiento excesivo sobre la calidad de vida.

Como reflexión de alcance más general, la complejidad alcanzada por las modernas sociedades empuja a tomar conciencia del incremento exponencial de las interdependencias diacrónicas y sincrónicas, impulsadas por la masificación del uso de las tecnologías de la comunicación –con las que las personas establecen relaciones simbióticas crecientes y que modifican las prácticas individuales de relacionarse– y por los procesos de globalización.

Delante de esta complejidad, se hace patente el límite de un razonamiento analítico y disciplinar, que divide la complejidad en elementos distintos. El abordaje del problema precisa evidentemente un enfoque holístico, interdisciplinario y dinámico, capaz de recomponer dichos elementos teniendo en cuenta sus interdependencias y su evolución.

Volviendo al tema, la propuesta de Eurofound puede ser interpretada según el *requisito de variedad* de Ashby⁴⁷, por el cual “sólo la variedad absorbe la variedad”. En definitiva, al considerar al individuo y la sociedad como sistemas complejos, cuyo comportamiento está determinado por diferentes variables y motivaciones, la respuesta al problema tiene que tener una “variedad” interna (conocimientos) que refleje la variedad de las variables que llevan al individuo y al sistema social a producir situaciones de sobreendeudamiento.

Esto se podría desarrollar, en la aplicación concreta, con la promoción de una cooperación sinérgica entre profesionales de diferentes especialidades (de las ciencias económico-

las situaciones de balance deficitario, las familias actúan tendencialmente de una forma que agrava sus condiciones. Este fenómeno puede ser descrito en relación a la secuencialidad del proceso de declive, que no se da de golpe sino se desarrolla por etapas. En cada etapa las personas se representan a sí mismas de forma diferente, en un itinerario que vuelve a estructurar su identidad. En este itinerario hay una tendencial incapacidad de elegir según racionalidad, y a medida que avanza el declive, hay una distracción de amor propio, relacionalidad, capital social y familiar, con una aceleración de la crisis. Vid. FIASCO, M. *Un approccio pragmatico ai debiti e deficit: metodi e strumenti*, ponencia presentada al congreso “Sovraindebitamento e usura a Verona: analisi e soluzioni”, 5.12.2014 (disponible en video en <https://www.youtube.com/watch?v=DY7bo-xkjlM>).

⁴⁵ Lo de “*embeddedness*” es un concepto que destaca como lo económico está “incrustado” en lo social, con lo cual las relaciones personales, incorporadas en redes sociales, generan relaciones de intercambio guiadas por criterios no necesariamente de racionalidad económica. Vid., sobre el tema, GRANOVETTER, M., *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, en *American Journal of Sociology*, 91(3), 1985, 481 ss.

⁴⁶ EUROFOUND, *L'indebitamento eccessivo delle famiglie nell'UE*, cit., 21.

⁴⁷ La variedad de acciones en un sistema de control tiene que ser grande al menos como la variedad de estados en el sistema que se quiere controlar. Es decir, para el caso aquí en examen: la complejidad de la situación que hay que gestionar tiene que verse reflejada en la composición del organismo que propone soluciones. Vid. ASHBY, W.R., *An introduction to cybernetics*, London, 1956; Id., “Requisite variety and its implications for the control of complex systems”, en *Cybernetica*, 1, 2, 1958, 83 ss. (disponible en <http://pep.vub.ac.be/Books/AshbyReqVar.pdf>).

financieras, de las ciencias sociales y del tercer sector) que, juntos, reflejen el entramado de motivaciones que conducen a las personas a sobreendeudarse y a exponerse al riesgo de exclusión social. Se trata, en definitiva, de “tejer mallas” donde las partes parecen estar desconectadas, al fin de “enganchar” el individuo a un sistema de expectativas y valores compartidos. Es decir, yendo más allá del perímetro de su identidad como consumidor o deudor, y devolviéndole la dignidad de persona con derechos de ciudadanía⁴⁸.

Aunque sea más sencillo presentar reflexiones en el plano de lo ideal, es cierto que pueden servir como directrices para el enfoque global del problema, para evitar de deslizar hacia el terreno de la solución técnica de los síntomas sin encarar las causas originales. Aunque así, hay que procurar no descuidar la efectividad de las medidas propuestas, y hacer el esfuerzo de convertir lo ideal en procedimientos codificados y estandarizables, si posible.

⁴⁸ En SARCINA, A., *Un “piano” italiano per il consumatore sovraindebitato*, en (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., 135 ss., se hace referencia al encuentro “cercano” con el consumidor sobreendeudado, para destacar como tal vez el destinatario final de la actividad económica y legislativa se considere más un “alienígena”, alejado de cada contexto, que como un individuo –en la *mood* de la economía humana– que hay que tutelar.

In fine

Jesús Quijano González
Post scriptum

[...] Deseable estabilidad tras un proceso tan intenso de reformas sucesivas, que debiera venir acompañada de una iniciativa de refundición en un texto consolidado que contribuya también a la certeza normativa y a la seguridad jurídica, no siempre garantizadas en la vorágine reformadora experimentada por el Derecho español. **[J. Quijano González]**

Post scriptum

A pesar de que la LC española nunca ha permanecido estable durante mucho tiempo desde su aprobación en 2003 y entrada en vigor en 2004, pueden distinguirse dos etapas en el proceso de reformas y en su propia evolución. La primera etapa, coincidente con el des-entramado inicial de la profunda crisis económica que tanto condicionó la aplicación de la LC, abarcaría las reformas que se produjeron en 2009 y 2011, con las que se intentó una amplia adecuación del texto legal a las circunstancias sobrevenidas. A estas reformas se ha hecho más amplia referencia en el trabajo correspondiente. Interesa ahora, en esta reflexión final, dedicar una atención más concreta a las otras reformas que se han ido sucediendo en un tiempo más reciente. De éstas que se pueden considerar más recientes, la primera reforma de importancia se produjo en septiembre de 2013, con ocasión de la llamada “Ley de apoyo a los emprendedores”. Junto a algunas modificaciones de detalle en el régimen de los acuerdos de refinanciación, que eran el único instrumento preconcursal previsto entonces, esta reforma incorporó a la LC un nuevo instrumento preconcursal, denominado “acuerdo extrajudicial de pagos”. Previsto para deudores ya insolventes de menor entidad (empresarios persona natural, profesionales, autónomos, sociedades mercantiles y otras personas jurídicas de menor tamaño, pero no para consumidores sobreendeudados, consiste en un procedimiento extrajudicial, en el que interviene un mediador, con el objetivo de que el deudor pueda llegar a un acuerdo de pagos con sus acreedores, aunque quedan excluidos de sus efectos tanto los créditos públicos como los acreedores con garantía real que no quieran adherirse voluntariamente al acuerdo. Si se alcanza acuerdo, consistente en un plan de pagos, con una mayoría del 60% del pasivo, los acreedores afectados no pueden iniciar ni continuar acciones individuales de ejecución patrimonial contra el deudor, mientras que sus créditos quedan aplazados y reducidos conforme a lo acordado (con un máximo de 3 años de espera y 25% de quita), e incluso extinguidos en todo o en parte si se acordó una cesión de bienes liberatoria, aunque los acreedores conservan sus acciones contra obligados solidarios y garantes personales del deudor. Si no se alcanza acuerdo, o si éste es incumplido, el propio mediador concursal solicitará el concurso del deudor insolvente, que se tramita como “concurso consecutivo”, con algunas especialidades. La más significativa es que, llegada la liquidación, y siempre que el concurso no fuera calificado como culpable, el deudor puede ver extinguida una parte de la deuda insatisfecha, cuando haya pagado íntegramente los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, aunque esta eventual condonación de deuda no alcanza a los créditos de Derecho público. En todo caso, no está previsto que estos acuerdos extrajudiciales de pago puedan ser judicialmente homologados, lo que también dificulta la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes. Y esta circunstancia, junto con la no afectación de acreedores con garantía real, ha hecho escasamente atractivo el instrumento preconcursal, que no ha tenido una aplicación significativa en la realidad española hasta el momento.

Esta misma reforma de 2013 también introdujo una posibilidad muy limitada de remisión de pasivo insatisfecho para personas naturales (no empresarios) que hubieran sido declaradas en concurso, finalizado con liquidación. Porque para que se produzca tal remisión, además de exigirse ciertas condiciones de “buen deudor” (concurso no culpable, deudor no condenado por ciertos delitos económicos), se requiere que el deudor haya satisfecho todas

las deudas de la masa, los créditos privilegiados y el 25% de los ordinarios, lo que, sin duda, supone una exigencia excesiva en casos de insolvencia; sólo si el deudor (empresario en este caso) intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos se le “premia” con una remisión algo más generosa, pues basta con que haya satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados, aunque no haya satisfecho el 25% de los ordinarios.

La siguiente reforma tuvo lugar a través de un RDL del Gobierno, de 7.3.2014, de urgencia, luego tramitado en el Parlamento como Proyecto de Ley, del que resultó la L. de 30.9.2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, aprobada con significativas enmiendas respecto del texto inicial procedente del citado RDL.

Tal como fue inicialmente diseñada en el RDL, esta reforma tenía una finalidad bien notoria: proporcionar a las empresas endeudadas nuevos instrumentos que permitieran aliviar su carga financiera, haciendo sostenible la deuda que hubieran podido acumular. El propio Preámbulo de la norma afirmaba que «muchas empresas viables desde el punto de vista operativo se han tornado inviables desde un punto de vista financiero». Se trataba, pues, de disponer de medidas, principalmente en la fase preconcursal, pero también durante el concurso, que facilitarían una reestructuración de deuda convenida con los acreedores, o con una mayoría cualificada de pasivo, de modo que pudieran extenderse a los demás acreedores financieros.

A tal efecto quedó reformado en profundidad el régimen de los acuerdos preconcursales de refinanciación, tanto en su tipología, como en su tramitación, contenido y efectos. Se empezó por ampliar el efecto de la comunicación que el deudor debe hacer al juez cuando inicia negociaciones con sus acreedores, para que quede en suspenso la obligación de solicitar el concurso; ahora tal comunicación puede impedir el inicio, o la continuación, de ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor; el informe de experto, necesario anteriormente para concluir el acuerdo, quedaba ahora sustituido por un certificado del auditor de cuentas de la empresa, verificando que se habían alcanzado los tres quintos de pasivo favorables al acuerdo; el escudo protector de la no rescisión concursal, ya previsto para los acuerdos colectivos de refinanciación, se extendía ahora a otros acuerdos singulares, alcanzados individual o conjuntamente con algunos acreedores, siempre que tuvieran efectos favorables para la reestructuración de la deuda; se facilitaba la entrada de “dinero fresco” (*fresh money*), disponiendo que durante dos años la totalidad de los nuevos ingresos de tesorería, y no sólo el 50% ya reconocido, tuviera el carácter de crédito contra la masa, prededucible en un eventual concurso futuro; y, sobre todo, se modificaba intensamente la famosa Disposición Adicional IV de la LC, donde se contempla la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, que permite extender sus efectos a acreedores financieros no participantes o disidentes del acuerdo, ampliando los efectos extensibles, en función de las mayorías de pasivo obtenidas en cada caso, incluso a los acreedores con garantía real, teniendo en cuenta la parte de su crédito cubierta por el valor efectivo del bien objeto de la garantía.

De manera más o menos directa, otras medidas, alguna de ellas ciertamente polémica, contribuían a la misma finalidad de reestructuración de deuda por medio de la capitalización o conversión de créditos pendientes en capital de la sociedad refinanciada; así, por ejemplo, se excluía a los acreedores que aceptaran entrar en el capital de la sociedad, reduciendo su deuda, de ciertas consecuencias perjudiciales para sus créditos en un futuro concurso (subordinación de sus créditos por haberse convertido en personas especialmente relacionadas con

el deudor, o en sus administradores de hecho), como también a los propios administradores de la sociedad que hubieran recomendado la capitalización a los efectos del concurso culpable; por el contrario, se castigaba a los socios que hubieran impedido tal resultado sin causa razonable (votando en contra de la ampliación de capital, por ejemplo) con la grave sanción de poder ser persona afectada por un concurso culpable, y eventualmente condenados a responsabilidad concursal por el déficit entre el activo liquidado y el pasivo insatisfecho.

Todavía en la tramitación parlamentaria del RDL como Proyecto de Ley se añadieron otras reformas no previstas inicialmente, y algunas de especial importancia. Fue el caso del régimen de la administración concursal, órgano fundamental en la llevanza del procedimiento. Ya en reformas anteriores, como ocurrió en la de 2011, el estatuto de los administradores concursales se había modificado con el fin de reducir su composición y flexibilizar las reglas de su designación; de los tres miembros iniciales (un profesional del ámbito jurídico, otro del ámbito económico y un acreedor) se había pasado a un modelo unipersonal (un único miembro profesional, persona física o jurídica, y sólo excepcionalmente un acreedor cualificado, que también podía ser un representante de los trabajadores, en concursos de especial importancia por el tamaño de la empresa concursada, o un representante de la Administración pública en concursos de interés público). Tras la reforma de 2014, pendiente aún de desarrollo reglamentario en este momento, la regla de “único miembro profesional” ya no admite excepciones de presencia de acreedor, salvo el caso de la Administración pública. A cambio, se ha diversificado la regla de designación por turno rotatorio de los profesionales inscritos, distinguiendo concursos de pequeño, medio o gran tamaño, con el fin de que el juez pueda efectuar una designación adecuada a las necesidades de llevanza de los concursos de gran tamaño en concreto, sin tener en cuenta el turno. A la vez se han actualizado las incompatibilidades y prohibiciones para desempeñar el cargo de administrador concursal, se ha detallado más el régimen legal de su retribución, bajo los principios de exclusividad, limitación, efectividad y eficiencia, y se han precisado las causas de cese o separación del administrador concursal por incumplimiento de sus funciones. También en relación con las funciones, que estaban diseminadas a lo largo de la Ley, se ha procedido a agruparlas en un nuevo art. 33 que, con vocación exhaustiva, las enumera, agrupándolas en ocho categorías (funciones de carácter procesal, propias del deudor o de sus órganos de administración, en materia laboral, relativas a los derechos de los acreedores, de informe y evaluación, de realización de valor y liquidación, de secretaría, y otras de distinta naturaleza atribuidas genéricamente por las leyes.

La siguiente reforma se ha producido por un nuevo RDL de 5.9.2014, de medidas urgentes en materia concursal.

La nueva reforma ha afectado principalmente a tres aspectos ciertamente fundamentales de la LC como lo son el “convenio”, la “liquidación” y la “calificación”.

En relación con el convenio, la finalidad es bien comprensible: no tenía sentido que las modificaciones introducidas en los acuerdos preconcursales de refinanciación (en su contenido, en las mayorías requeridas, en la extensión de sus efectos tras la homologación, etc.) no tuvieran aplicación en los convenios a que el deudor pueda llegar con sus acreedores en el seno del procedimiento concursal, de modo que el régimen de estos convenios concursales fuera más estricto o más rígido que el de los acuerdos preconcursales; de modo que el contenido del convenio y las mayorías para su aceptación por los acreedores han quedado equiparadas, en lo que se permite y se exige, a lo establecido para esos acuerdos. Pero a la vez, y aunque propiamente no sea un tema de convenio, sino de clasificación de créditos, pero con decisiva incidencia en su aprobación, se han modificado las reglas que afectan a

los créditos privilegiados: ahora el privilegio especial sólo alcanza al valor efectivo de la garantía, medido por el valor razonable del bien que constituye su objeto; y los acreedores privilegiados habrán de ser ordenados en cuatro grupos (laborales, públicos, financieros y el resto) a efectos de aprobación del convenio en lo que a cada grupo interese o afecte. También en esta materia de clasificación de créditos se han vuelto a retocar las causas que hacen que un acreedor sea considerado “persona especialmente relacionada con el deudor”, que es una de las circunstancias que determinan que sus créditos queden postergados como créditos subordinados.

El régimen de la liquidación también se ha actualizado notablemente, tanto en lo relativo al plan de liquidación que ha de presentar la administración concursal, como en las reglas legales de aplicación supletoria, todo ello con el fin de facilitar la enajenación más adecuada de los activos de la empresa concursada en el trance de su liquidación. Seguramente la novedad más significativa en ese sentido sea la que reconoce la subrogación legal en los contratos vigentes a favor del adquirente cuando se transmiten unidades productivas de la empresa liquidada, así como la afirmación de que con la transmisión se produce la liberación de deudas, a excepción de las laborales y, discutidamente, las de seguridad social, y la cancelación de cargas cuando la transmisión se haya efectuado sin subsistencia del gravamen.

En la calificación del concurso, ya modificada en la reforma anterior, esta última se ha limitado a ajustar los supuestos y condiciones en que se abre esta sección del procedimiento concursal: bastará ahora que el convenio no sea gravoso (con quita inferior a un tercio del pasivo o espera inferior a tres años) para alguna o algunas de las clases de acreedores que antes se indicaron, aunque no lo sea para todos, para que el concurso no entre en el trámite de la calificación en el que se ventila su carácter fortuito o culpable, de modo que no se producirán entonces los rigurosos efectos que pueden derivar del concurso calificado como culpable.

Finalmente, e forma más puntual, y sin duda considerando algunos particulares acontecimientos concursales de la realidad española, esta reforma ha introducido dos medidas concretas de amplio alcance: por un lado, la acumulación de concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las administraciones públicas, con el fin de condicionar recíprocamente la aprobación de convenios presentados en los diversos procedimientos; por otro lado, la posibilidad de modificar convenios incumplidos, mediante mayorías cualificadas que permiten extender los efectos de la modificación a los demás acreedores, privilegiados, ordinarios o subordinados, pero no a los créditos públicos.

Una vez más, este Real Decreto-Ley fue tramitado posteriormente como Proyecto de Ley en el Parlamento, resultando finalmente una nueva L. 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; en ella se introducían algunas novedades importantes respecto del texto anterior, en diversas materias, tales como la enajenación de unidades productivas y activos de empresas en concurso, la delimitación de las personas que se consideran especialmente relacionadas con el deudor, con el fin de estimular la capitalización de deuda, o las reglas de valoración de las garantías reales para fijar el alcance del privilegio en créditos garantizados.

Por último, un reciente RDL, de 27.2.2015, ha venido a cerrar, por el momento, el proceso de reformas concursales, bajo el título de “mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”. Finalmente, y al menos en apariencia, el Derecho español ha venido de algún modo a cerrar el círculo concursal, habilitando un régimen de segunda oportunidad al que pueden acogerse también deudores persona natural. El nuevo art. 178-*bis* regula ahora un “beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”

que, más allá de lo que pudiera deducirse de tal expresión formal, está sometido a requisitos y límites que, sin duda, sólo permitirán su aplicación a supuestos muy excepcionales. Baste observar que ese beneficio sólo puede ser concedido a deudores personas naturales que hayan agotado un procedimiento concursal con liquidación patrimonial o con insuficiencia de masa activa; debe tratarse de “buenos deudores”, que celebraron o intentaron celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, luego fracasado, que han satisfecho una parte importante de su pasivo o, alternativamente, cumplan un conjunto de estrictas condiciones. El beneficio, además, no alcanza a los créditos por alimentos ni a los de derecho público, y sólo se hace firme una vez transcurridos cinco años, pues si durante ese tiempo incumple pagos de deudas no exoneradas o mejora sustancialmente su situación económica, entre otras circunstancias, el beneficio puede ser revocado.

Este mismo RDL ha introducido numerosas modificaciones en el procedimiento de tramitación del instrumento preconcursal que es el “acuerdo extrajudicial de pagos”, que fue inicialmente concebido sólo para deudores empresarios o asimilados y que ahora está habilitado también para deudores persona natural; y, así mismo, ha reformado las normas particulares de protección de deudores hipotecarios (el RDL de 9.3.2012 y la L. de 14.3.2013), para actualizar parcialmente los requisitos que llevan a estimar la situación de “umbral de exclusión” y de “especial vulnerabilidad” de esos deudores, como presupuesto de aplicación de medidas favorables en relación con la vivienda habitual.

Una vez más, hay que hacer notar que también este RDL fue tramitado como Proyecto de Ley, del que resultó la L. 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social, que, en su tramitación parlamentaria, no incorporó novedades significativas en su contenido principal a estos efectos, que era el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho y la extensión del acuerdo extrajudicial de pagos, aunque sí introdujo modificaciones puntuales en otras cuestiones.

Cabe, en cualquier caso, pensar que tras la aprobación de esta Ley de segunda oportunidad, sea cual sea su utilidad práctica, no se producirán reformas significativas en el futuro; el número de concursos a solicitar ya ha comenzado a disminuir y esa tendencia es previsible que se consolide, lo que debería ayudar a la estabilidad de la normativa concursal. Deseable estabilidad tras un proceso tan intenso de reformas sucesivas, que debiera venir acompañada de una iniciativa de refundición en un texto consolidado que contribuya también a la certeza normativa y a la seguridad jurídica, no siempre garantizadas en la vorágine reformadora experimentada por el Derecho español. Más aún, en tal tarea de estabilización normativa debiera plantearse también la conveniencia de alguna depuración técnica que distinguiera lo que se ha introducido como “derecho concursal de emergencia” por razones de coyuntura económica y lo que debe ser el “derecho concursal estable” para un contexto futuro más normalizado.

Valladolid, enero de 2016



Sobre la convergencia en los valores, principios, reglas y prácticas del derecho de la economía

OMNIUM NOMINE

1. (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*. Sarcina - García Cruces (dirs.)
2. (AA.VV.), *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*. Sarcina - García Cruces (dirs.)
3. (AA.VV.), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*. Sarcina (dir.)
4. (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*. Sarcina (dir.)
5. (AA.VV.), *Crisis y reforma de las leyes concursales. Sistemas jurídicos europeos a debate*. Llebot Majó (dir.), eBook
6. (AA.VV.), ***Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate***. Llebot Majó (dir.)



HACIA UN NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO EUROPEO DE INSOLVENCIAS.
SISTEMAS JURÍDICOS A DEBATE
JOSÉ ORIOL LLEBOT MAJÓ

IMPRESO EN PAPEL SELENA 90 GR
CUBIERTA EN PAPEL ASTROPRINT NEW ORANGE PEEL 221, 280 GR
TIPOGRAFÍA TIMES NEW ROMAN TAMAÑO 10
RÚSTICA COSIDA

PRINTED IN EUROPE / 2016 BY EURI CONV

José Oriol Llebot Majó (dir.)

Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias

Sistemas jurídicos a debate

La aplicación reiterada y creciente de los procedimientos concursales propiciada por la crisis financiera ha puesto al descubierto la presencia de deficiencias y contradicciones entre la persecución de una serie de objetivos por los legisladores de los distintos países europeos, especialmente en lo referido a la conservación de las empresas, y los textos de las leyes concursales. En este sentido, se han introducido o potenciado, por ejemplo en España, por un lado, mecanismos que ofrecen una «segunda oportunidad» tanto a empresarios personas naturales sometidos al procedimiento concursal como a personas naturales no empresarias y en particular consumidoras, igualmente sometidas al procedimiento concursal. Por otro lado, también se han introducido o potenciado mecanismos que permiten la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras previas a la insolvencia, a través de soluciones negociadas y extrajudiciales de carácter preconcursal.

Las deficiencias y contradicciones existentes han llevado a la doctrina mercantil de los distintos países europeos a proponer modificaciones en dichas normas, y a los legisladores nacionales a aprobar reformas que afectan a diversos aspectos de las leyes concursales vigentes con objeto de facilitar y hacer viables las finalidades perseguidas, promoviendo, a veces, nuevas finalidades, especialmente la exoneración de deudas del deudor persona natural (o física).

Los actuales procesos de reforma en los ordenamientos español e italiano, caracterizados por su periodificación o *fraccionamiento* en el tiempo, representan un ejemplo paradigmático de lo anteriormente señalado.

El presente volumen parte de la necesidad de debatir sobre una nueva aproximación a la insolvencia y crisis de los sujetos sometidos a tutela, como verdadera base programática para los países de la Unión Europea en el proceso de armonización de los distintos ordenamientos jurídicos en esta materia.

worldwide distribution
SPANISH EDITION
www.dialogieuropeaei.eu



€ 45,00



ISBN 978-88-98717-06-4



9 788898 717064