

Doctrina

La propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal



María Luisa Sánchez Paredes
Prof. Dr.ª de Derecho Mercantil.
Universidad Antonio de Nebrija

1. La habilitación para la elaboración del Texto refundido de la Ley Concursal

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, contenía en la disposición final octava la autorización al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido de la Ley Concursal en un plazo de doce meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE n. 125, pp. 43874 a 43909) el 26 de mayo de 2015 (disp. final décima)¹. La

¹ La Ley procedía del Real-Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que materializó la penúltima reforma en profundidad de la Ley Concursal, dirigida a extender al convenio en el concurso de acreedores algunas de las premisas que se habían adoptado para los convenios preconcursales.

norma de habilitación aludía expresamente a la necesidad de «consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas [a la Ley Concursal] desde su entrada en vigor», y especificaba que la autorización incluía «la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos²». La propuesta debía proceder de los ministerios de Justicia y Economía y Competitividad, que en el ámbito de la legislación concursal han actuado en total discordancia, hasta el punto de que las desavenencias existentes entre ambos se encuentran, precisamente, en el origen de muchos de los problemas que hoy presenta la Ley.

1

Con arreglo a esta habilitación, por Orden del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 2016 se constituye, en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, una Ponencia especial para la elaboración de la Propuesta de Texto refundido de la Ley Concursal. La Ponencia estaba compuesta inicialmente por los catedráticos de

² Creemos que esta referencia a «los textos legales que deban ser refundidos» responde a una cautela del legislador que, ante la situación de reforma permanente que padece el Derecho concursal, preveía la necesidad de incorporar cualquier otra modificación que de manera directa o indirecta le afectara y que podía producirse en ese periodo. Probablemente, se tenía en mente también la Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada en el mes de junio de 2013, la cual, si bien no incluía la normativa concursal, sí que habría de influir en ella. V. OLIVENCIA, M., «Ley Concursal y Código mercantil (exclusión, coincidencias, remisiones y sustracciones)», en Rojo/Campuzano: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, t. II, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 1057 y ss.

Derecho mercantil Ángel Rojo (presidente), Carmen Alonso (vocal), Esperanza Gallego (vocal) y Juana Pulgar (vocal), y por el abogado del Estado Enrique Piñel (vocal). La Orden ministerial insistía en que la autorización no se dirigía solo a refundir, «sino que incluye expresamente la facultad de “regularizar”, la facultad de “aclarar” y la facultad de “armonizar” los textos legales objeto de refundición», y especifica que «[L]os amplios términos con que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido *podrían permitir la solución de buen número de problemas, sin alterar el sistema legal vigente*». El plazo para la entrega de la Propuesta de Texto refundido se fijaba el 31 de julio de 2016. No obstante, otra Orden ministerial de 7 de abril de 2016 nombra dos nuevos vocales, Alberto Arribas y Enrique García, Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid especialistas en Derecho mercantil y concursal, que pasan a integrar la ponencia especial.

En ejecución del mandato recibido la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación presentó el 6 de marzo de 2017 la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal.

2. La necesidad de un Texto refundido de la Ley Concursal

Con una frase muy elocuente, la Exposición de Motivos de la Propuesta comienza señalando que «la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas»³. En efecto, la Ley Concursal ha sido objeto de importantes reformas que se han sucedido de forma escalonada desde 2009 a 2015⁴, y que aún no han concluido, ya que siguen pendientes de desarrollo reglamentario las

³ Asimismo, QUIJANO, J., «La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en Rojo/Campuzano: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, cit., p. 1381.

⁴ Las reformas más significativas se llevan a cabo mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial –que procede del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo-, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal –que procede del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre-, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social –que procede del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero-.

modificaciones introducidas en el estatuto jurídico de la administración concursal con la reforma de la Ley 17/2014.

Durante los años de crisis económica, la Ley Concursal, que se había gestado en un periodo de bonanza y con una clara vocación de estabilidad, revela no solo los defectos del sistema diseñado, que alguna doctrina había identificado⁵, sino también los nuevos problemas derivados de la avalancha de procedimientos concursales que acompaña la debacle económica. Se inicia así un largo periplo de reformas que, en ocasiones, son mal «encajadas» en la Ley⁶, responden a una técnica legislativa deficiente⁷, y ponen en tela de juicio las premisas de las que partía inicialmente la regulación⁸. Fruto de esas reformas se introducen en la Ley dos institutos preconcursales, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, que ofrecen una solución alternativa al concurso y que han sido objeto de un «proceso continuado de diseño y rediseño» (v. Exp. de Motivos de la Propuesta, ep. I.2), y se llevan a cabo otra serie de modificaciones fundamentales: al incorporar el criterio del valor razonable del bien o derecho objeto de garantía para determinar el alcance del privilegio especial del crédito garantizado (art. 90.3 en relación con el art. 94.5 LC), al reconocer al deudor el derecho a solicitar en cualquier momento la apertura de la liquidación (art. 142.1 LC), al establecer el régimen especial de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis LC), o al introducir el beneficio de exoneración del

⁵ V. ROJO, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, (Marcial Pons), 2003.

⁶ Si hay una reforma que se ha revelado especialmente descoordinada con el resto del articulado de la Ley Concursal es la que introduce la posibilidad de modificar el texto definitivo de la lista de acreedores, v. FLORES, M., «La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores», en *ADCo*, nº 38, pp. 11 a 64.

⁷ Buen ejemplo de ello es la reforma del régimen de la administración concursal, v. GALLEGU, E., «La –sorpresiva e inadecuada– reforma del régimen de la administración concursal», en Rojo/Campuzano: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, t. II, cit., pp. 1575 y ss. En el mismo sentido, sobre el desacierto de la reforma, ALONSO, C., «Algunas reflexiones sobre la reforma de la administración concursal», *idem*, ob. cit., pp. 1547 y ss.

También, MINGUEZ, R., «El marco jurídico de los acuerdos de refinanciación. Efectos sobre la solvencia crediticia y sobre entidades parabancarias», *idem*, ob. cit., p. 1501, remarca el escaso rigor técnico de las reformas originadas en el seno de una política legislativa marcada por un sesgo económico a nivel gubernamental que han devenido en «un problema de gran calado para nuestra economía y para el futuro del tan necesario mercado del crédito».

⁸ V., sobre la progresiva desaparición del principio de unidad legal y la tendencia a la extraconcursalidad, v. SANJUAN, E., «La extraconcursalidad del concurso de acreedores», en Rojo/Campuzano: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, t. I, cit., pp. 1083 y ss.

pasivo insatisfecho que puede aplicarse al deudor persona natural (art. 178 bis LC). De este modo, con la acumulación de reformas hemos llegado a encontramos ante una normativa inestable, desordenada y de difícil lectura e interpretación, por lo que no puede negarse lo que, con cierta retórica, afirma la Exposición de Motivos de la Propuesta: «en pocos casos la necesidad de un Texto refundido es más necesaria».

3. La Propuesta de Texto refundido

3.1. La alteración de la sistemática y de la literalidad de los preceptos de la Ley Concursal

El legislador, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, ha utilizado dos vías encaminadas a regularizar, aclarar y armonizar la normativa concursal: por un lado, se altera la sistemática, por otro, se altera la literalidad de los preceptos.

Para lograr una adecuada ordenación de los preceptos que facilite la tarea de identificarlos y comprender su funcionalidad *se modifica la sistemática*. Mientras que la Ley Concursal se divide en diez títulos y tiene un total de 242 artículos, la Propuesta se divide en tres libros, con un total de 751 artículos. El libro primero, con catorce títulos, se dedica al concurso de acreedores. El segundo, con cuatro títulos, se dedica al Derecho preconcursal; y el libro tercero, con cuatro títulos, comprende las normas de Derecho internacional privado.

El cambio en la sistemática conlleva el traslado y la recolocación de muchos preceptos. Así, la posibilidad de concurso de la herencia sale del presupuesto subjetivo, para integrar los concursos de acreedores con especialidades (título XIV, del libro I), donde se ubican las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor, según se trate de una sociedad que tuviera valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial, de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión o de una entidad aseguradora o reaseguradora. De esta manera, se concentran en un título normas que se encuentran dispersas en diferentes preceptos de la Ley Concursal (arts. 13.1-II y III, 21.5-II, III y IV, 27.6, 28.4, 29.5 y 34.1 LC, en relación con la disp. ad. 2ª LC).

Dentro de esta labor de reordenación sistemática, la Propuesta lleva al ámbito de la masa activa (título IV) las reglas sobre enajenación de los bienes y derechos

de la masa -que la Ley Concursal recoge en su mayor parte en el ámbito de la liquidación-, la regulación de los créditos contra la masa -que la Ley Concursal ubica en la determinación de la masa pasiva-, y las especialidades en caso de insuficiencia de masa activa - que en la Ley Concursal se localizan en las normas sobre conclusión-. Así, entre las disposiciones relativas a la conservación y la enajenación de la masa activa, la Propuesta recoge el deber de la administración concursal de atender a la conservación de los elementos que integren la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso (art. 204), y sitúa a continuación las *reglas generales* relativas a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa (que en la Ley Concursal se encuentran en los efectos del concurso sobre el deudor, art. 43 LC), en las que incluye la enajenación de bienes litigiosos (art. 150 LC) y la prohibición de la administración concursal de adquirir bienes y derechos de la masa activa (art. 151 LC), y las *reglas especiales* relativas a la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial y a la enajenación de unidades productivas.

Pero, donde el cambio en la sistemática se hace más patente es en la ubicación de los institutos preconcursales dentro del libro segundo. Allí se contiene tanto la regulación del expediente de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (art. 5 bis LC), como los acuerdos de refinanciación -colectivos y singulares-, el proceso de homologación judicial del acuerdo colectivo de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos y las especialidades del concurso consecutivo. En concreto, el concurso consecutivo presenta una fisonomía propia, dadas las especialidades que lo caracterizan y que se diferencian según sean comunes a los concursos que se declaren tras el fracaso de un acuerdo de refinanciación o bien de un acuerdo extrajudicial de pagos (la inmunidad frente a la rescisoria concursal – art. 71 bis.3 y disp. ad. 4ª-13 en relación con el art. 72.2 LC- o las especialidades en materia de calificación del concurso consecutivo –arts. 165.2-I y 172.2-1º-II LC), o bien sean específicas de cada uno de esos acuerdos (especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación –art. 84.2-11º LC- y especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos –esencialmente las contenidas en los arts. 242 y 242 bis LC-).

De otra parte, con el fin de dar mayor claridad a los preceptos, *se altera la literalidad* y se da nueva redacción a un elevado número de artículos. Según la Exposición de Motivos de la Propuesta, con ello se trata de introducir precisión a la hora de interpretar las

normas para unificar la terminología, evitar incertidumbres y exponer con la mayor simplicidad posible las fórmulas legislativas más complejas. Así, se modifica la literalidad en torno al presupuesto objetivo en caso de solicitud de concurso necesario, donde se recogen literalmente todos los «hechos externos reveladores del estado de insolvencia», entre los que se incluyen, la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme (supuesto recogido en el art. 15.1 LC) y, como uno más de tales hechos, la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. También, en el ámbito de los concursos conexos, se altera la literalidad para delimitar los supuestos concretos en los cuales debe apreciarse una conexión entre concursos, o, en materia de efectos, para precisar los efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado, que pasan a referirse a las facultades de administración y disposición «sobre la masa activa», o bien, en el ámbito de la masa pasiva, al enunciar el principio de universalidad, para precisar que todos los créditos contra el deudor quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, «estén o no reconocidos en el procedimiento», salvo que tengan la consideración de créditos contra la masa.

En este sentido, el legislador ha querido acotar bien las diversas materias y expedientes, que en la Ley Concursal se contienen en menos preceptos, pero de notable extensión. De ahí la multiplicación de normas, pues donde hoy solo existe un precepto, el texto refundido ha dado lugar a toda una sección (los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo del art. 64 LC, pasan a integrar la sección 4ª, del capítulo IV, del título III, con 17 artículos) o a todo un capítulo (el art. 5 bis LC, se convierte en el capítulo I, del título I del libro II, con 13 artículos).

3.2. Los ajustes en la regulación

La Exposición de Motivos de la Propuesta manifiesta también —en la línea de lo señalado por el Consejo de Estado— que la tarea de refundición no es una tarea meramente mecánica y que el legislador al emprender esta labor se ve en la necesidad de realizar *ajustes importantes en la regulación* dirigidos a: mantener la unidad en las concepciones, convertir en norma expresa principios implícitos, completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible y rectificar las incongruencias. Por citar algunos de esos ajustes encontramos que:

En atención al criterio mantenido por la doctrina y por los tribunales se dispone expresamente la notificación del auto de declaración de concurso al cónyuge del concursado o a la pareja de hecho inscrita⁹.

En el caso de concursos conexos, se diferencia claramente entre la *regla* de la tramitación coordinada sin consolidación de las masas y la *excepción*, que atribuye al juez, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, la facultad de acordar la consolidación de las masas tanto de los concursos declarados conjuntamente, cuanto de los acumulados, cuando exista confusión de patrimonios o no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificado¹⁰.

En el ámbito de los órganos del procedimiento, se incorpora la competencia de los jueces de primera instancia para declarar y tramitar los concursos de acreedores de una persona natural no empresario, si bien se aclara que, aunque a la fecha de la solicitud de declaración de concurso el deudor ya no tenga la condición de empresario, los jueces de lo mercantil mantienen su competencia para declarar el concurso si de la propia solicitud y de la documentación que la acompaña resulta que el importe de los créditos contraídos en el ejercicio de la actividad empresarial es superior al importe de los demás créditos¹¹.

Con respecto a la administración concursal, se prescinde del precepto que de manera imprecisa e inacabada pretendía relacionar las funciones de la administración concursal (art. 33 LC), y se precisa que una vez el juez fije la cuantía de la retribución y los plazos en los que deba ser satisfecha, conforme al arancel, «el devengo del crédito se producirá al vencimiento de cada uno de los plazos».

En materia de efectos, se especifica la obligación legal de presentar declaraciones y autoliquidaciones tributarias, que corresponderá al concursado en caso de intervención y a la administración concursal en caso de suspensión; y se clarifica el principio general de vigencia de los contratos, en el sentido de que la declaración de concurso no es causa de resolución

⁹ V. RDGRN de 23 de octubre de 2015 (ADCo, nº 38, pp. 471 a 475), y nuestro comentario en e-Dictum, nº 55, julio 2016.

¹⁰ V. FLORES, M., *Los concursos conexos*, Cizur Menor, (Civitas-thomson Reuters), 2014, pp. 412 a 416, quien entiende el mecanismo de la consolidación de las masas como una opción «útil en casos extremos».

¹¹ V., en este sentido, AAP Vizcaya [secc. 4ª] de 10 de marzo de 2017, e-Dictum, nº 64, abril 2017.

anticipada del contrato. Asimismo, se atribuye mayor lógica y coherencia al régimen de la modificación de la lista definitiva de acreedores, y se aclara la necesidad de que el convenio contenga proposiciones de quita y/o espera, sin que la espera pueda ser superior a diez años. En relación con el convenio, se contemplan diferentes tipos de propuestas de convenio: las propuestas condicionadas, la propuesta con cláusula de intereses, la propuesta con limitación de facultades, la propuesta con atribución de funciones a la administración concursal durante el período de cumplimiento del convenio, la propuesta con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, la propuesta de convenio con asunción, la propuesta de convenio con contenido alternativo. En esta última, se concreta, además, que se podrán incluir como una de las alternativas la conversión de créditos en acciones, participaciones, cuotas u obligaciones convertibles; la cesión en pago de bienes o derechos de la masa activa a los acreedores, o la cesión a uno o a varios acreedores o clases de acreedores de las acciones de reintegración de la masa activa.

En el ámbito de la calificación, se precisa que no procederá la apertura de la sección de calificación: «cuando se apruebe un convenio en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta Ley, *una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos y una espera inferior a tres años*, salvo que resulte incumplido». Desde el punto de vista procesal, se diferencia el régimen general de tramitación de la sección de calificación, del régimen especial previsto para el caso de incumplimiento del convenio; y en cuanto a la personación de acreedores o de personas que acrediten interés legítimo en la sección sexta, ya no se reconoce su condición de parte, si bien pueden «alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable», y cuando alguno de los comparecidos formularse oposición a la calificación «deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda». Por último, pondremos de manifiesto que, para la condena a la cobertura del déficit, este habrá de consistir en aquella situación en la que el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

La actuación legislativa ha sido laboriosa, concienzuda y acorde con la tarea encomendada, limitada, en todo

caso, a refundir, armonizar, clarificar y ordenar. Si bien, como reconoce el esforzado legislador concursal, «este Texto refundido no excluye que el legislador español tenga que continuar el proceso de reforma legislativa del Derecho de la insolvencia. Además, habrá que incorporar al Derecho español aquellas iniciativas, en fase de gestación en la Unión Europea»¹².

¹² La referencia es a la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad, y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.