

Doctrina

Por **Álvaro Sendra Albiñana**, abogado y doctor en Derecho. Colaborador de *DICTUM Abogados*

Concurso sin masa: evolución y causas

Desde antiguo, la doctrina concursalista de nuestro país ha exteriorizado cierta sensibilidad hacia las situaciones de insolvencia que se caracterizaban por la ausencia de activo para atender, siquiera, los gastos devengados por la iniciación y ulterior tramitación de un concurso de acreedores.

La evolución de los concursos sin masa en la práctica concursal

Sin embargo, no es hasta la Ley 38/2011 cuando nuestro ordenamiento jurídico regula el *concurso express*, a través del cual, se procedía a la declaración y conclusión de la ejecución colectiva simultánea en aquellos supuestos en que se careciese de esperanza para el incremento de la masa activa (a través de acciones de impugnación o responsabilidad de terceros, culpabilidad del concurso y/o acciones de reintegración).

En la actualidad, la institución se positiviza en el artículo 37 bis del texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC) en la redacción introducida por la Ley 16/2022 de 5 de Septiembre.

La regulación resulta concretada a través de ciertas especialidades (artículo 37 Ter), de la posibilidad de designación de una Administración Concursal a instancias de ciertos acreedores (artículo 37 Quater), y de la resolución (auto) complementaria a aquella que declaró el concurso (artículo 37 Quinques).

Dejando a un lado la evolución del denominado “concurso sin masa” bajo las distintas denominaciones utilizadas, conviene remarcar que ella ha variado desde la práctica negativa del reconocimiento a tal realidad fáctica por los juzgados de lo mercantil en resoluciones anteriores al año 2011, hasta la absoluta y desproporcionada utilización de tal instituto jurídico en la actualidad.

Las estadísticas concursales nos demuestran tal realidad. Así, según las estadísticas del Colegio de Registradores de España, en el segundo trimestre de 2021 el número de concursos totales ascendía a 3391, mientras que los entonces llamados *concursos exprés* ascendían, únicamente a 1.013. Ello nos indicaba que, en tal trimestre y año, únicamente un 29,87% del total de los concursos tramitados resultaban identificados como concursos sin masa.

La tendencia apuntada se confirmaba en el segundo trimestre del año 2022, en el que resultaron declarados un total de 3.607 concursos, correspondiendo 1175 a los denominados [concursos sin masa](#). Ello hacía que el porcentaje anterior variase al alza, si bien no de forma significativa, estableciéndose en un 32,57% del total de los concursos declarados.

La tendencia establecida sufre un espectacular aumento una vez se produce la entrada en vigor de la Ley 16/22. Efectivamente, para el segundo

trimestre del ejercicio 2.023 los concursos sin masa quedan fijados en 4258, y ello sobre un total de concursos tramitados de 5.934, lo que supone un 71,75% del total.

Es ciertamente curioso, que con la entrada en vigor de la ley 16/22 se produzca una cierta equiparación numérica entre los concursos sin masa y los concursos de persona física. Sea como fuere, el incremento continúa en el segundo trimestre del 2024 desde el momento en que los concursos se incrementan en casi un 100% en un año, pasando a tramitarse 9.698 de los que 8058 fueron identificados como concursos sin masa, esto es, un 83,08% del total.

La conclusión evidencia el incremento exponencial de los concursos sin masa que pasan de un 32'57% en el segundo trimestre de 2022, a un 71'75% para el segundo trimestre de 2023, consolidándose finalmente en el mismo trimestre de 2024 en un 83,08%.

¿A qué se debe la evolución de concursos sin masa?

La pregunta en relación a las estadísticas relatadas surge de inmediato. ¿Responde dicho incremento a una nueva realidad económica -la situación actual no parece acomodarse a una respuesta afirmativa a la cuestión- o, por el contrario, cabe concluir un abuso fraudulento de la institución?

Es llamativo que el notable aumento de los concursos sin masa tenga lugar entre el segundo trimestre de 2022 y el mismo periodo de 2023. Tal circunstancia debe relacionarse con la promulgación y ulterior entrada en vigor de la Ley 16/22 de 5 de Septiembre que, como es sabido se produce durante el tercer trimestre del ejercicio 2022.

Llama la atención que, con carácter previo a la vigencia de la actual norma concursal, los concursos sin masa (identificados entonces como

concursos exprés) supusieran tan sólo un 32,57% del total de concursos tramitados y, sin embargo, en menos de un año, desde la vigencia de la nueva regulación, se incremente tal porcentaje hasta el 71'75%. La cuestión objetiva e indiscutible es que, desde la vigencia de la nueva norma, el número de concursos sin masa tramitados se duplica.

Siendo cierto que se carece de datos objetivos en relación con la utilización fraudulenta del concurso sin masa, no lo es menos que no se ha producido un giro sustancial en las circunstancias financieras y económicas que nos permitan afirmar que la utilización del concurso sin masa deviene como consecuencia de la situación patrimonial y financiera, económica en esencia, de los sujetos insolventes.

Menos aún que tal eventual variación económica se haya producido en el plazo de un año y coincidiendo, precisamente, con la entrada en vigor de una nueva regulación sobre tal institución jurídica.

En nuestra opinión, la sombra de fraude masivo planea sobre la recurrente utilización de los denominados "*concursos sin masa*", circunstancia ésta que se deduce de cuanto hasta aquí se lleva expuesto. Además, a nuestro juicio, el ínfimo acceso de los acreedores a la facultad de designación de la administración concursal aconseja replantearse la regulación de la institución que nos ocupa.

No parece descabellado afirmar que en la búsqueda del equilibrio que se pretende en toda legislación concursal entre la obtención de la eficacia del procedimiento y la seguridad jurídica (en relación éste último principio con la lucha contra situaciones fraudulentas), el ordenamiento jurídico de nuestro país ha optado, indubitadamente por la primera, obviando la búsqueda -siquiera de forma tácita- del necesario equilibrio que debe pretenderse respecto de

cualquier regulación, no sólo en orden a permitir la obtención de la finalidad que le es propia, sino también en orden a evitar disfunciones derivadas de la aplicación errática de la institución de que se trate.

A mayor abundamiento, en relación a la institución que nos ocupa, no cabe olvidar que el concurso sin masa supone obviar la obtención de aquellas finalidades establecidas en toda legislación concursal, esto es, la satisfacción de los derechos de los acreedores, o el mantenimiento del tejido productivo a fin de continuar con la generación de riqueza y el mantenimiento de puestos de trabajo.

¿Son los concursos sin masa una solución eficaz?

Por tanto, aun aceptando la necesidad de una concreta regulación acerca de una cuestión fáctica indiscutible, cual es la existencia de situaciones de insolvencia con carencia absoluta de masa activa, lo bien cierto es que resulta necesario cuestionar si la actual prevalencia de la utilización de tal institución jurídica como *iter* casi exclusivo para la tramitación de los concursos de acreedores de nuestro país (recordamos que según las estadísticas superan el 80% de los tramitados), no supone sino la frustración absoluta de nuestra regulación concursal, dado que ello supone una cierta imposibilidad de cumplir con aquellos objetivos que resultan necesarios en cualquier regulación de la insolvencia, es decir, la mejor atención de los derechos de créditos de los acreedores o la continuidad empresarial/profesional del insolvente.

Las interesantes cuestiones planteadas deben de ser resueltas en otros foros. Aquí únicamente cabe señalar que no parece digno de elogio el hecho de que más del 80% de los concursos de acreedores de nuestro país no atiendan a la función conservativa o solutoria que de ellos se pretende, sin que, en el momento actual, la utilización de los remedios

preconcursoales nos invite a variar la conclusión alcanzada.

Expuesto cuanto antecede, en nuestra opinión lo procedente es realizar un ejercicio de reflexión acerca de la nueva normativa a fin de tratar de realizar aportaciones que permitan su mejora evitando situaciones de fraude dado el evidente fracaso que ha supuesto la misma en su objetivo de intentar aligerar a los juzgados de lo mercantil del número de expedientes de insolvencia que se vienen suscitando en los mismos.

En esencia, el aumento exponencial de los concursos sin masa -en ausencia de una situación de crisis económica que aconseje el uso de este tipo de concursos de forma recurrente-, el incumplimiento de los objetivos comunes en toda regulación de la insolvencia, la sobrecarga judicial que ha producido la regulación de este tipo de concursos desnaturalizando el sistema concursal y transformando a los Juzgados en simples tramitadores de expedientes concursales carentes³ de contenido real para dar una solución efectiva a la situación de insolvencia, obligan a plantearse la reforma del denominado concurso sin masa a fin de luchar contra su utilización fraudulenta.

El papel de los acreedores: ¿necesitan mayor protección?

Las soluciones pudieren resultar variadas y deben incidir en una mayor fiscalización de la actuación del deudor en momento anterior a la declaración de concurso, y también en mejorar el conocimiento del expediente por parte de los acreedores a través de una mayor publicidad del mismo. Cabría una ampliación de plazos de publicidad y un mayor rigor en las comunicaciones a los acreedores.

En todo caso, resulta necesario incidir en el hecho de que la regulación establecida en el artículo 37 ter TRLC en relación al 37 quáter fija un concreto plazo para la solicitud -por determinado porcentaje de acreedores- de designación de un administrador

concurzal, cuyos honorarios deberán de ser satisfechos por el/los solicitante/s. La función del profesional designado radica en verificar la eventual concurrencia de causas de culpabilidad del concurso, la procedencia de actos perjudiciales para la masa activa, o la existencia de indicios para la acción social de responsabilidad contra administradores o liquidadores que permitan la apertura del concurso de acreedores.

Con la regulación referida, en la mayoría de las ocasiones, dado el escaso plazo establecido en el precepto y la parca publicidad establecida, los acreedores se ven imposibilitados de llegar a conocer la existencia del concurso en tiempo hábil para poder ejercitar las facultades que para ellos reserva el artículo 37 quater.

La asunción de los gastos derivados de la designación de la Administración Concursal, unida a la ausencia de involucración efectiva que puede significar el hecho de que dicho informe sea realizado por un tercero (sin que ello necesariamente suponga dudar de la profesionalidad del designado), suponen elementos disuasorios para que los acreedores hagan efectivo el ejercicio de tal derecho.

Atender honorarios profesionales a fin de que la labor de argumentación a desarrollar ante el juez del concurso sea realizada por un tercero no nos resulta una fórmula adecuada para que los acreedores hagan uso de la facultad conferida en la ley.