

dad no es posible. En esos casos no tiene sentido detener las ejecuciones de algunos acreedores privilegiados con hipoteca o por su condición de entidades públicas, ya que si no hay actividad empresarial no pueden servir los bienes afectos a la «continuidad de la actividad». Esto sucede en este caso, en el que se presenta un plan de liquidación, no hay trabajadores, y se constata de solicitud y memoria que no hay actividad.

CAPÍTULO XII.

ASPECTOS MERCANTILES DE LA LEY CONCURSAL: PRINCIPIOS, FINES E INTERESES *

I

La mayor parte de los juristas hoy en activo han crecido en la certeza de que la reforma concursal era inminente. Desde la segunda década del siglo XX la obsolescencia de nuestro sistema jurídico concursal quedó en evidencia a la luz de las coyunturas económicas del país y reiteradamente denunciada por la mejor doctrina¹ que resaltaba la falta de sistematicidad, la complejidad y la inidoneidad de los procedimientos para alcanzar cualquiera de los fines que se predicaban de tales normas².

¹ De gran interés el trabajo de OLIVENCIA, «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 1, 2004, págs. 19-25, quien de forma sintética repasa la evolución de esta doctrina. También tiene interés el repaso de los trabajos prelegislativos que hace la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal.

² En este sentido la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal señalaba en su § 1: «Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor».

* Autor: Juan Ignacio Peinado Gracia. Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Jaén

Es más. Los mismos fines a los que debía servir el procedimiento concursal oscilaban entre la defensa de la conservación de la empresa y la liquidación de la misma para la defensa de los créditos no satisfechos. En efecto, nuestro desarrollo industrial, con alguna brillante excepción decimonónica, estaba impregnado de una fuerte ideología socialista que, en patrio homenaje a la vieja dedicatoria de Hayek³, no conoció variaciones importantes en la segunda mitad del siglo XIX, la dictadura del General Franco y los gobiernos protodemocráticos de la UCD y del PSOE⁴. En esta economía de subvención y dirigismo la empresa era también portadora de valores eternos y como tal entelequia aristotélica y superior debía preservarse al margen de la eficiencia de la misma o de su solvencia, de la habilidad de sus altos directivos o del esfuerzo de sus trabajadores, o del comportamiento poco diligente de las entidades de crédito.

II

Y sin embargo, el procedimiento concursal no es más, en nuestra opinión, que un sistema de ejecución colectiva ante una situación en la que el patrimonio del deudor se ha manifestado insuficiente para satisfacer a los deudores. Se trata pues de un procedimiento cuyo fin último es la satisfacción de éstos: los acreedores. Y a tal fin se ordenan las instituciones que lo componen: a identificar las situaciones de insolvencia, a reconocer a los acreedores y la cuantía de sus créditos, a señalar el patrimonio que garantiza sus créditos; a comprobar la insuficiencia real de éste para satisfacer a aquellos, y a buscar la vía para que los acreedores se vean satisfechos en la mayor medida posible.

En ocasiones esta finalidad se alcanza mediante la separación de los elementos que componen el patrimonio del deudor a fin de su liquidación separada, y en otras, el mayor valor procede de la liquidación conjunta de elementos de ese patrimonio y, en él, por ejemplo, una unidad productiva. Pero es en última instancia el interés de los acreedores lo que ha de prevalecer.

La propia Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, al explicar la qué se persigue con el principio de unidad del procedimiento señala:

³ Obviamente nos referimos a la dedicatoria de su *Camino de servidumbre*.

⁴ Pueden resultar de interés lecturas como: FRAILE BALBÍN, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid, 1998; VELARDE, *La larga contienda sobre la economía liberal ¿Preludio del capitalismo o de la socialización?*, Madrid, 1978; ARIÑO, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Madrid, 1995, en especial, págs. 81-83; MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; o el clásico de HAYEK, *Individualism and Economic Order*, en especial págs. 119-208. Citamos por la edición de la University of Chicago, 1980.

«La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso»⁵.

No quiere decir esto, obviamente, que tal finalidad no pueda convivir con otras de carácter subsidiario. Ahí puede citarse la propia conservación de la empresa o la defensa de los intereses del deudor devenido insolvente⁶. Pero es necesario subrayar el carácter subsidiario de estas medidas por cuanto se ordenan a la mejor liquidación del patrimonio, a la maximalización de su valor.

III

La idea del procedimiento concursal como maximalizador del valor de la masa activa (patrimonio del deudor) tanto por la ejecución ordenada, como por la transmisión conjunta de elementos afectos, como la enajenación de bienes conforme a leyes de mercado⁷ está presente en numerosas soluciones concursales, especialmente en el ámbito de la liquidación (la utilización de la subasta como primer procedimiento de liquidación (art. 149.1.ª LCon⁸) incluso en bienes afectos a un privilegio especial (art. 155.4 LCon.⁹) o la utilización de las vías previstas en la LEC para supuestos de apremio (art. 149.3.ª LCon.) o la prohibición de adquirir

⁵ E.M. § II.

⁶ De nuevo la Exposición de Motivos resulta clarificadora: «La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses» (§ VI).

⁷ Sobre la importancia de la realización del patrimonio por técnicas del mercado puede verse HART/ LA PORTA/ LÓPEZ DE SILANES/ MOORE, «A new bankruptcy procedure that use multiples auctions», *European Economic Review*, vol. 41-3, 1997, abril, págs. 461-473. Este trabajo, si bien se elabora pensando en países con mercados poco desarrollados (países en desarrollo) sus conclusiones pueden ser extrapoladas a cualquier sistema.

⁸ Aunque el procedimiento no dificulta que una primera subasta quede desierta y sea sustituida por la asignación directa (*in fine* del precepto mencionado), incentivando probablemente ciertas conductas desviadas.

⁹ También en estos casos puede desembocar con suma facilidad en la venta directa del bien (art. 155.4. LCon.).

para sí a los administradores concursales (art. 151.1 LCon.), o todas las normas que impulsan la transmisión de unidades productivas como un conjunto con la intención, en nuestra opinión, de alcanzar un mayor precio (v. art. 149.3 LCon, entre otras referencias¹⁰); también en el de la finalización por convenio (la prohibición de la dación en pago, art. 100.3 LCon.¹¹).

En esta labor pro acreedores, el procedimiento se encuentra con problemas de eficiencia y de distribución¹². La cuestión es pues distribuir entre los acreedores tanto la pérdida emergida en el concurso, como el plus de la masa activa, generado en el propio concurso por comportamientos cooperativos de acreedores y órganos concursales.

IV

La situación compleja derivada del acarreo legislativo anterior, había supuesto además que determinados grupos de interés habían ido conquistando, en la elaboración de normas, una situación de privilegios o de rentas de legislación en forma de derechos de ejecución separada, o de preferencia en el cobro. El entramado derivado de la pluralidad de preferencias de cobro había alcanzado tal complejidad que en la combinación de créditos mercantiles y civiles, escriturarios o no, datados o indatados podíamos llegar a distinguir más de tres centenares de estatutos particulares. Los grupos de interés que habían llegado a

¹⁰ El principal peligro con el que en ocasiones se pueden encontrar estas transmisiones es que algún bien afecto a satisfacer un crédito con privilegio especial esté insustituiblemente vinculado a una unidad productiva del concursado. De este peligro ya advertía JACKSON, *The logic and limits of bankruptcy Law*, Cambridge-London, 1.986 y en parte ha sido reducido por la LCon. mediante el art. 155.2.

¹¹ La prohibición de la dación en pago supone una excepción al art. 1175 Cc. Sobre la subsistencia de algunos supuestos de dación en pago, véase a ROJO, A., Contenido de la propuesta (art. 100), en ROJO-BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, págs. 1864-1899, en particular, pág. 1895; y VELASCO SAN PEDRO, L.A., Contenido de la propuesta (art. 100), en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo III, Madrid, 2004, págs. 2147-2171, en particular, págs. 2167-8.

Por el contrario la posibilidad de enajenar una unidad productiva de la entidad deudora como contenido del convenio no se asocia a ningún procedimiento que garantice la libre concurrencia (art. 100.2.2 LCon.)

¹² De unos y otros nos hemos ocupado en otras ocasiones. Véanse nuestros trabajos «La distribución del riesgo de insolvencia», *Estudios Homenaje a D. Manuel Olivencia*, Madrid, 2.005 Tomo I, págs. 426-465; y «Cooperación y pillaje en el concurso», en AA.VV. (Dir. PEINADO GRACIA), *Estudios de Derecho Concursal*, Madrid, 2006 (en prensa).

una situación especialmente beneficiosa derivada de la norma eran los trabajadores, las entidades de crédito y el propio Estado. Circunstancias históricas justificaban su situación pero sin embargo de todos ellos se podían plantear algunas dudas de la oportunidad de que recibieran esas rentas de legislación.

El Estado, en sus diversas formas e instancias, aunaba la función de regulador y regulado por lo que privilegió créditos, principal e intereses, de deudas tributarias o de seguridad social. No obstante ser el acreedor que en mejores condiciones podía absorber cualquier pérdida. Las Entidades de crédito, acreedores sofisticados, con posibilidad de allegarse información suficiente y capacidad de procesarla, tenían igualmente bien protegidos sus créditos. Es más, la concesión de créditos en situaciones de insolvencia no declarada permitía, si coste para la entidad, financiar al insolvente con lo que se emitían informaciones o señales equívocas al mercado, que veía como un acreedor con capacidad de análisis seguía concediendo crédito a un deudor aparentemente no merecedor del mismo. Por último, los trabajadores, acreedores *insiders* y, en ocasiones, corresponsables de la insolvencia, veían protegidos sus créditos (y sus suplidos, FOGASA) desde una valoración más ideológica que económica, que cifraba en la pérdida de su puesto de trabajo la principal penalidad derivada de la insolvencia, cuando ésta era definitiva.

Y si todo proceso de elaboración de normas genera en los grupos de interés una labor de captura¹³ del regulador, que los convierta en cazadores de rentas (*rent-seeking*¹⁴), en el proceso de elaboración de la Ley Concursal, sin embargo,

¹³ Véase nuestros trabajos: «La captura del regulador: Los consumidores y la competencia en la regulación económica», en AA.VV. (Eds. López/ Real/ Ruiz) *La democracia a debate*, Madrid, 2002, págs. 249 a 280; y «Gobernanza y captura. Apunte sobre la distribución comercial: el caso de las barreras de entrada a los establecimientos de hard- discount», en AA.VV. *Qualità normativa e técnica legislativa. Europa, Stati, Enti territoriali*, editado por el Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Johns Hopkins University/ Università di Bologna, Bolonia, 2003, págs. 213 a 247. También SALVADOR CODERCH, *Técnicas legislativas y teorías de regulación*, WP Indret, núm. 208, abril, 2004.

¹⁴ La *rent-seeking* o búsqueda de rentas hace referencia a los comportamientos de sustitución de la búsqueda de beneficios del terreno productivo en competencia, a la obtención de privilegios improductivos y ajenos al esfuerzo de competencia en la producción y el intercambio. Sobre el concepto de *rent-seeking* y su historia bibliográfica, vid. el trabajo de TULLOCK, «Rent-seeking», en AA.VV.(C.K. ROWLEY, ed.), *Property rights and the limits of democracy*, 1993, reproducido parcialmente y traducido al castellano por J.A. Hierro, como aportación del autor en BUCHANAN, J.M./TULLOCK, G., *Derechos de propiedad y democracia*, Madrid, 1995, págs. 99-222, en particular, págs. 127-134.

no ha supuesto sino la pérdida de algunos de los privilegios de los acreedores antes señalados. Esta afirmación en principio positiva, nos debe dejar sin embargo en alerta, pues son tres grupos de interés que tienen hábito y habilidad para aproximar al legislador sus intereses. La amenaza es en este caso doble, porque no sólo cabe que los defectos de su actuación en el trámite de la ley, intenten ser subsanados en un momento posterior a la propia aprobación de la norma, sino que tal actuación además acabe con uno de los principios de la misma: la unidad de regulación. En efecto, la capacidad de estos grupos de presión puede desembocar en los próximos años, sino en una reforma de la propia Ley Concursal, en la aparición de normas de otro ámbito que suponga nuevos privilegios para el Estado, los trabajadores o las entidades de crédito¹⁵.

Frente a esta amenaza la propia Ley Concursal señalaba como uno de sus principios el de unidad legal:

»La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal»¹⁶.

Este peligro de pérdida de la unidad legal en pro de favorecer a estos acreedores con una especial capacidad de influir en el regulador puede producirse bien por vía de sus regulaciones especiales, bien, como parece ser el caso cuando esto se escribe, por la futura Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos, requerida por la propia Ley Concursal en su Disposición Final Trigésimo Tercera¹⁷. En otras ocasiones, el poder de presión de estos grupos no pasa por cam-

¹⁵ Véase a título de ejemplo, a MARTÍNEZ ESCRIBANO, La prelación de créditos tributarios en el concurso (un intento de coordinación entre la normativa tributaria y la Ley Concursal), *Anuario de Derecho Concursal*, 2066, núm. 7, págs. 115-149.

¹⁶ EM § II.

¹⁷ «En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.»

La Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos en Ejecuciones Singulares, en su anteproyecto, ha sido aprobada por el Consejo de Ministros en marzo de 2006. En su actual redacción se amplían los mecanismos de protección de los créditos salariales derivados de la construcción de bienes inmuebles, al tiempo que se extiende a los créditos de la seguridad social algunas de las condiciones propias de los créditos tributarios.

bios legislativos, sino por su capacidad de crear opinión y jurisprudencia, como ha sucedido muy recientemente en la interpretación, forzada respecto de su literalidad, dada al art. 87.6 Lcon.

V

En este conflicto de intereses para asignar pérdidas y rentas derivadas de la norma, el legislador tiene varias opciones. Los extremos entre los que pueden discurrir las soluciones del Derecho concursal son bien asegurar las situaciones precedentes: ya de orden temporal ya haciendo eficaces ante la insolvencia las garantías *erga omnes* generadas anteriormente; o bien crear un orden nuevo surtido por y para la insolvencia.

Igualmente, en el ámbito concursal razones de justicia pueden abonar soluciones próximas a esos dos extremos que antes hemos definido. Así pueden establecerse diferentes paradigmas de justicia concursal. Paradigmas que han de entenderse como modelos puros, aunque su pureza no sea real. Nuestra Ley Concursal se haya influida en mayor o menor medida por estos diversos paradigmas. Así:

1. Es una justa distribución del patrimonio del deudor insolvente, el satisfacer a todos los que tienen un derecho de apropiación sobre el mismo conforme a la ley del dividendo, pues, se dirá, a todos dicho patrimonio constituía una garantía; este paradigma se corresponde con el principio de la *par conditio creditorum* (§ V E.M. y arts. 49, 58 ó 157.2 LCon.)¹⁸;
2. Igualmente podemos afirmar, sin rubor, que es justo que aquel acreedor que ha desarrollado una mayor inversión en la vigilancia del estado patrimonial de su deudor pueda obtener una mayor satisfacción que aquél que ha permanecido ocioso ante los avatares económicos del que ha devenido insolvente; esta vigilancia ha podido ser anterior o posterior a la situación de insolvencia económica (arts. 90 y 91.6 LCon.). Esta opción podría suponer también la eliminación del propio derecho concursal y sin embargo no parece deseable en atención a dos factores: la cooperación aumenta el valor repartible y evita el pillaje¹⁹ y en un sistema que atendiese sólo al orden temporal generaría en todos los acreedores un esfuerzo (luego costo) de *monitoring* de los restantes acreedores.

¹⁸ Véase BELTRÁN, «(art. 49)», en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, en especial pág. 990.

¹⁹ Véase nuestro trabajo ya referido sobre cooperación y pillaje en el procedimiento concursal.

3. Puede resultar también justo que el orden de satisfacción de deudas quede confiado a la autonomía de la voluntad de las partes, que son las principales interesadas en tutelar sus propios intereses y que contractualmente podrían establecer un orden de prelación. Este paradigma de justicia nos puede llevar simplemente a consagrar los privilegios asociados a garantías contractuales anteriores a la solvencia, o a dar validez a pactos de subordinación (art. 92.2.º LCon.); obviamente este sistema en una de sus formas más extremas desconoce la existencia de privilegios no contractuales²⁰, de la misma forma que desconoce que la constitución de garantías reales supondrá trascender de los límites de lo convencional por su oposición a terceros. En la medida en la que se refiera al acuerdo de los acreedores ex post a la insolvencia supone consagrar el convenio como forma típica de finalizar el procedimiento²¹ (§ VI E.M., arts. 124 —mayoría para aceptar el convenio—, o 123.2 —sometimiento del privilegio al convenio—, 136 y 140.4 —eficacia novatoria del convenio— art. 129.1 LCon. al establecer que «sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo»— LCon.; o art. 145.1 LCon. por el que el deudor que entre en la fase de liquidación será suspendido de sus facultades de administración o disposición del patrimonio lo que viene a suponer una elevación el coste de ejercer la facultad prevista en el art. 142.1.1.º LCon.).
4. Por último, se puede considerar que el resultado más justo es aquél en el que los acreedores reciban satisfacción en el orden temporal en el que se generaron sus créditos, pues la garantía que a tales créditos les ofrecía dicho patrimonio estaba minorada por las obligaciones asumidas con anterioridad por el deudor, considerando así la referencia al 1911 Cc como a un patrimonio neto. Este modelo, sin mayor matiz, puede desembocar en una defectuosa financiación del deudor y, por ello, provocar o anticipar la situación de insolvencia.

²⁰ Véase a YZQUIERDO, «Los créditos por responsabilidad extracontractual en la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 101 y ss.

²¹ No obstante, el deudor goza en diversos momentos del procedimiento de la facultad de optar directamente por la liquidación (art. 142 LCon.) sin alcanzar ni intentar así convenio alguno con sus acreedores. De oficio también cabe la apertura de la fase de liquidación (art. 143 LCon.).

La sucesión de paradigmas de justicia concursal nos debe llevar a una conclusión inmediata: la *ratio decidendi* por un sistema u otro no se sustenta únicamente en términos de justicia²².

En conclusión de cuanto antecede. Nuestra vigente Ley concursal cuenta entre sus principales aciertos, en nuestra opinión, el haber culminado un largo proceso de reforma legislativa, mediante la adopción de un sistema esencialmente encaminado a la protección de los acreedores. En este esfuerzo se ha adoptado un procedimiento único y sistemático. Y también una importante poda de privilegios concursales donde han perdido parte de sus injustificados beneficios algunos de los principales grupos de presión que han demostrado suficientemente su capacidad de influir el legislador: son las entidades de crédito, los sindicatos y la propia Administración.

Sin embargo, tanto la unidad del sistema como la poda de privilegios se convertirán en el ámbito de confrontación inmediato, ya mediante nuevos instrumentos legislativos, ya mediante el auspicio de interpretaciones jurisprudenciales favorables a sus intereses. Pero la defensa de privilegios de carácter subjetivo carece de toda justificación desde la perspectiva del interés de los acreedores en su conjunto, como desde paradigmas de justicia concursal.

²² En referencia a la *par conditio creditorum* subraya NIGRO, y nosotros consideramos extrapolable la afirmación a otros paradigmas concursales, que se trata «de una simple norma técnica de organización del concurso. que tiene poco o nada que ver con ideas abstractas de equidad, de igualdad y de justicia y que es, a fin de cuentas, el fruto de una opción del legislador», NIGRO, A., «Los problemas fundamentales del Derecho concursal», en AA.VV. (A. Rojo Director), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 203, págs. 339-358, en particular, pág. 347.