

APROXIMACIÓN A LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL

✍️ RAFAEL SEBASTIÁN

Profesor Colaborador de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas

*Abogado**

1. INTRODUCCIÓN

El 10 de julio de 2003 se publicó en el BOE la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio (en adelante la «LC» o la «Ley»), cuya entrada en vigor se producirá el 1 de septiembre de 2004 y que deroga, entre otras, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y las normas del Código de Comercio de 1885 en materia de quiebras. Junto con esta Ley se ha publicado la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, que recoge aquellas disposiciones que han de tener rango de ley orgánica (en adelante, la «LORC»). Se pone fin con estas nuevas normas a una de las reformas más largamente esperadas de nuestro ordenamiento, que va a permitir adecuar nuestra legislación en materia concursal a las necesidades de los tiempos actuales, al igual que lo han hecho las legislaciones de los países de nuestro entorno¹. Hay que reconocer, desde luego, que la anterior legislación ha mantenido una cierta dosis de flexibilidad que le ha permitido sortear las crisis de las empresas españolas en el último siglo y que, a pesar de su arcaísmo y dispersión normativa, ha logrado

—gracias a la labor de los tribunales— resolver con mayor o menor fortuna los problemas derivados de la insolvencia de nuestros empresarios². Pero al mismo tiempo, esa legislación reclamaba una profunda reforma³ que no se podía sustraer al movimiento modernizador que ha afectado a nuestra legislación mercantil y a la del resto de los países⁴, superando este movimiento reformista por vez primera el ámbito nacional a través de la Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1997 y el Reglamento (CE) 1346/2000 de 29 de mayo.

Aunque a estas alturas resulte reiterativo enumerar las razones de la reforma, podemos resumirlas en las siguientes:

- (i) Obsolescencia de la filosofía subyacente en la anterior legislación, más preocupada por la defensa de los acreedores y sus privilegios que por la superación de las crisis empresariales.
- (ii) La dispersión normativa, ya que junto a la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y el Código de Comercio de 1885 pervivían algunas nor-

* Del Departamento de Mercantil de Uría & Menéndez

¹ Véase R. García Villaverde (coord.), *Textos de Derecho Concursal Europeo*, Madrid, 1993, y J. Pulgar Ezquerro, *La reforma del Derecho Concursal comparado y español*, Madrid, 1994.

² Galerías Preciados, Transáfica, Sófico, etc.

³ En este sentido, A. Menéndez, «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho Concursal», en los *Estudios Homenaje a José M.^a Chico y Ortíz*, Madrid, 1995, págs. 1315 y ss.

⁴ E. Beltrán Sánchez, «El nuevo Derecho Concursal», conferencia pronunciada el 22 de mayo de 2003 en la Academia Matritense y del Notariado.

mas del Código de Comercio de 1829 y otras disposiciones de carácter especial que no hacían sino enturbiar el sistema. Todo ello constituía un conjunto disperso, asimétrico, falta de coordinación y generador de numerosos problemas prácticos que exigían una reforma en profundidad.

- (iii) La falta de unidad legal entre el régimen de insolvencia de los no-empresarios y los empresarios y entre los aspectos sustantivos y procesales, lo que daba lugar a una regulación contenida en diferentes textos, y que provocaba una grave distorsión institucional⁵.
- (iv) El arcaísmo de nuestra legislación, expresivo éste no tanto (que también) en la vejez de las normas cuanto en su inadecuación a los nuevos hechos económicos⁶. No hace falta más que recordar que la legislación sustantiva en materia de insolvencias parte de una concepción individualista del comerciante o empresario, soslayando toda la problemática de los grupos de sociedades y de la interconexión de las economías nacionales. Fenómenos como los casos Enron, Worldcom, etc. son totalmente ajenos a la concepción y filosofía que inspiró nuestra legislación concursal.
- (v) La carencia de una sistemática derivada de la dispersión legislativa y de la diferente filosofía que ha inspirado nuestra legislación concursal.

Todos estos motivos generaron diferentes propuestas de revisión⁷ que se han concretado en la LC cuya entrada en vigor parece que puede llegar a coincidir con un incremento en el número de procedimientos concursales⁸ como consecuencia de la atonía de la economía española.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY CONCURSAL

La propia LC recoge en la exposición de motivos los principios cardinales en los que está inspirada: unidad legal, de disciplina y de sistema. Estos principios, que ya inspiraron el anteproyecto de 1983, van a suponer un cambio sustancial respecto del sistema actual y constituyen la piedra angular del nuevo ordenamiento concursal. Además, la LC se aparta de la filosofía de conservación que inspiró el anteproyecto de 1983, así como de la función solutoria del proyecto de 1995 (en el que se primaba la satisfacción ordenada de los acreedores), y mantiene como filosofía inspiradora el pago a los acreedores pero sin olvidar que el mantenimiento del deudor insolvente puede ser la mejor solución para superar la crisis empresarial⁹.

Los principios que informan la LC son los siguientes:

- a) El principio de unidad legal¹⁰ que supone la desaparición de todo un conjunto de normas legales de distinto signo y filosofía, algunas de ellas de comienzos del siglo XIX (Código de Comercio de 1829), que habían enturbiado la legislación aplica-

⁵ Véase M. Olivencia Ruiz, «El Derecho Concursal; modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en *La Reforma de la Legislación Concursal* (AA.VV.), Madrid, 1979, págs. 315 y ss.

⁶ Véase de nuevo M. Olivencia Ruiz, cit., pág. 319.

⁷ Las diferentes propuestas de revisión se concretaron en las siguientes: (i) la de 1926, realizada por la Comisión General de Codificación y que pretendía la reforma del libro IV del Código de Comercio; (ii) la de 1959, elaborada por el Instituto de Estudios Políticos en la que por primera vez se partía de una regulación conjunta de los institutos concursales; (iii) la de 1983, elaborada por la Comisión General de Codificación y que también se sustentaba en la filosofía de la regulación conjunta de los institutos concursales y la filosofía de la conservación empresa como principio inspirador; (iv) la elaborada en 1995 por la Comisión General de Codificación, a solicitud del Ministro de Justicia e Interior y que a diferencia de la propuesta anterior primaba el interés de los acreedores frente al de la conservación de la empresa; y (v) el anteproyecto de LC, elaborado por la sección especial para la Reforma Concursal creada por Orden de 23 de diciembre de 1996 y que constituye el antecedente directo de la vigente LC.

⁸ En el período 2001 a 2002, según el Instituto Nacional de Estadística, el número de suspensiones de pagos aumentó de 224 a 338 y el de quiebras de 335 a 588.

⁹ A. Rojo, «La reforma del derecho concursal español», en *La Reforma de la Legislación Concursal* (AA.VV.), Madrid, 2003, págs. 37 y ss.

¹⁰ Véase al respecto R. García Villaverde, «El anteproyecto de ley concursal del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 491, 21 de junio de 2001, págs. 1 y ss.

ble a las insolvencias. Basta con echar un vistazo a la disposición derogatoria única que contiene la LC para darse cuenta del alcance de la reforma. Además, esta norma se cierra con una disposición de índole general en cuya virtud «quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta Ley», y que sirve tanto para paliar posibles olvidos de nuestro legislador (por ejemplo, la Ley 1 de septiembre de 1939 de intervención de empresas) como para interpretar el alcance que se quiere dar a la reforma, derogando cuanta legislación sea incompatible con la filosofía que inspira la nueva Ley.

b) El segundo gran principio es el de unidad de disciplina que predica el establecimiento de un procedimiento único para empresarios y no empresarios al igual que han hecho numerosos países de nuestro entorno¹¹. Este principio está recogido en el artículo 1 de la LC que contempla el presupuesto subjetivo y que permite la declaración del concurso respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. Con esta norma se pone fin al régimen previsto en el artículo 874 del Código de Comercio y al artículo 1 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en cuya virtud los empresarios (comerciantes en expresión de los textos legales) podían acogerse a la quiebra o a la suspensión de pagos mientras que quienes no tenían esa condición (por aplicación del artículo 1913 del Código Civil) debían utilizar el concurso de acreedores, aunque ciertamente —como se ha advertido en nuestra doctrina¹²— la superación de esta dicotomía de los procedimientos concursales no va a suponer un cambio trascendental en nuestro ordenamiento, ya que los concursos civiles carecen de significación en la economía actual. Aún y con todo, quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores tienen una raíz común, problemas técnicos similares y su nuevo tratamiento uniforme aportará claridad y unidad al futuro sistema concursal.

Por último, hay que recordar que la LC excluye dentro de su ámbito de aplicación a las «entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público» (artículo 1.3), ya que su objetivo fundacional está más ligado al cumplimiento de determinadas funciones exigidas por la sociedad que a la obtención del beneficio económico.

c) Finalmente, el principio de unidad de sistema impone que todas las insolvencias se sustancien a través de un único y común procedimiento concursal que contiene, sin embargo, los suficientes elementos de flexibilidad para adaptarse tanto a los grandes concursos como a los de menor entidad. Este procedimiento se articula a través de una fase común que puede desembocar en convenio o en liquidación. Durante la fase común se pretende conocer con mayor detalle el estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activas y pasivas del concurso. Finalizada esta fase común caben dos posibles soluciones: el convenio o la liquidación, siendo la solución preferida por la Ley la terminación del concurso a través del convenio, medida que se fomenta dando a la autonomía de la voluntad una gran amplitud para alcanzar la solución que las partes tengan por conveniente. La liquidación es una medida por la que puede optar el deudor como alternativa del convenio, y aparece como solución subsidiaria en los casos en los que no se alcanza o se frustra el convenio.

Para los concursos de menor entidad el artículo 190 de la LC permite al Juez la aplicación de un procedimiento especialmente simplificado (el llamado procedimiento abreviado)¹³ cuando el deudor sea una persona natural o jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y la estimación inicial de su pasivo no supere el millón de euros. Al referirse a esta innovación legislativa, nuestra doctrina¹⁴ ha señalado

¹¹ Véase M. Olivencia Ruiz, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal* (AA.VV.), Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 8, 1985, págs. 29 y ss y K. Schmidt, «Fundamentos del Nuevo Derecho Concursal Alemán», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal* de 2001 (AA.VV.), Madrid, 2002, págs. 1 y ss.

¹² En este sentido R. García Villaverde, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, cit.

¹³ Véase V. Magro Servet, «El procedimiento abreviado en la reforma concursal tras la aprobación de las enmiendas en el Congreso de los Diputados», *La Ley*, núm. 5764, 2003, págs. 1 y ss.

¹⁴ Véase de nuevo V. Magro Servet, cit., pág. 6, y R. García Villaverde, «El presupuesto subjetivo...», cit., pág. 56

la aparente contradicción existente entre el artículo 27.2.3.º de la Ley, que establece que la administración concursal podrá estar integrada por un único miembro (frente a los tres del procedimiento ordinario), y el 191.2, que fija en uno el número de miembros de la administración concursal para el procedimiento abreviado salvo casos excepcionales. La realidad es que se trata de una contradicción más aparente que real, por cuanto el artículo 27 establece una posibilidad que se concreta en el 191, que fija en uno el número de miembros de la administración judicial salvo razones excepcionales que serán apreciadas por el juez. En todo caso, lo que a nuestros efectos interesa ahora destacar es que los caracteres esenciales de este procedimiento abreviado son los siguientes: (i) la reducción a la mitad de los plazos previstos en la LC para su tramitación; y (ii) la designación de un administrador concursal en vez de los tres con los que cuenta el procedimiento ordinario, medidas ambas que pretenden agilizar la tramitación procesal de los concursos y abaratar su coste económico¹⁵.

3. EL PRESUPUESTO OBJETIVO

Uno de los temas más debatidos históricamente en el Derecho concursal español ha sido el presupuesto objetivo, es decir, cómo se configuraba la declaración del concurso¹⁶.

La LC, siguiendo el antecedente del anteproyecto de 1983, dispone que la «declaración del concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común» (artículo 2.1), entendiendo ésta como la situación en la que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Ahora bien, la prueba de cuándo un deudor no puede cumplir sus obligaciones difiere según pida el concurso el deudor (concurso voluntario) o uno de sus acreedores (concurso necesario).

En el primer caso (concurso voluntario), el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. En este supuesto, y siguiendo el carácter tradicional confesorio de la solicitud del deudor¹⁷, el Juez, por aplicación del artículo 14 de la LC, «dictará auto que declare el concurso». Es decir, tal y como ha sucedido históricamente, la solicitud del deudor constituye causa automática de apertura del concurso, sin que los acreedores tengan audiencia ni derecho de oposición¹⁸.

Por el contrario, en caso de concurso necesario, el acreedor deberá justificar su solicitud bien en la existencia de un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que resultaren bienes libres para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos (artículo 2.4): (i) sobreesimiento general en el pago de las obligaciones; (ii) embargos que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; (iii) alzamiento o liquidación apresurada de los bienes del deudor; o (iv) incumplimiento generalizado de alguna de las obligaciones mencionadas en el citado artículo (tributarias, cuotas de la seguridad social, o salarios e indemnizaciones). En este caso (concurso necesario), y a diferencia del concurso voluntario, se prevé el emplazamiento y audiencia del deudor (artículo 15), quien podrá oponerse alegando la inexistencia del hecho alegado o que, aún existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia, en cuyo caso deberá probar la solvencia (artículo 18).

Adicionalmente, hay que subrayar que se prevén en el propia Ley mecanismos indirectos de anticipar o incentivar el concurso necesario, tales como el otorgamiento a los créditos del acreedor instante del concurso necesario de la condición de crédito privilegiado hasta una cuarta parte de su importe (artículo 91.6), si bien, para evitar solicitudes fraudulentas

¹⁵ Véase E. Beltrán, «El problema del coste del concurso de acreedores», en *La Reforma de la Legislación Concursal*, cit. (2003), págs. 323 y ss.

¹⁶ A tal efecto pueden consultarse los textos de R. Uría, *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction*, Barcelona, 1953, y de J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, ed. VI Madrid, 1974. El primero seguía el sistema francés de hechos externos (la cesación de pagos), mientras que el segundo exigía además de la cesación de pagos la insolvencia como manifestación de la situación económica de fondo.

¹⁷ Véanse los trabajos de J. Pulgar, «Insolvencia: Conservación versus liquidación», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal 2001*, cit., págs. 67 y ss., y *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Almería, 2000.

¹⁸ Por aplicación del art. 20.2 de la Ley Concursal sólo les cabría recurso de apelación contra el auto estimatorio, que como señala el citado artículo carecerá de efectos suspensivos.

o carentes de contenido, en caso de que se desestime la solicitud el acreedor será responsable de las costas en las que se haya incurrido, salvo que el juez aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (artículo 20.1). Junto a este mecanismo indirecto de anticipar el concurso necesario, hay que resaltar que al deudor se le estimula a instar el concurso voluntario (artículo 5) exigiendo que lo haga en el plazo de dos meses desde la fecha que hubiera conocido o debido conocer la insolvencia. El incumplimiento de esta obligación presume la concurrencia, salvo prueba en contrario, de dolo o culpa grave en la actuación del deudor que determinará la calificación del concurso como culpable (artículo 165), siempre que concurren los requisitos del artículo 163¹⁹.

Por lo demás, no estará de más recordar que la delimitación del presupuesto objetivo ha sido uno de los temas que mayor polémica ha suscitado durante el proceso de gestación de la LC. Parte de la doctrina²⁰ ha venido entendiendo, en efecto, que su configuración dificultará la apertura del concurso, al no dotar al acreedor de instrumentos idóneos que permitan anticiparlo. En este sentido se dice que los presupuestos recogidos en el artículo 2.4 no son lo suficientemente amplios y flexibles como para permitir al acreedor la solicitud del concurso antes que la situación económica del deudor se haya deteriorado hasta el punto que no permita la recuperación económica fuera de un procedimiento de insolvencia.

4. DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO

4.1. Sobre el deudor

En este tema, la LC no aporta novedades relevantes en relación a la normativa vigente, por cuanto el deudor en caso de concurso voluntario, sigue manteniendo las facultades de administración y disposi-

ción, si bien sujetas a la intervención de los administradores concursales (los antiguos interventores de la suspensión de pagos). Por el contrario, si el concurso fuese necesario, se sustituye la actuación de los administradores por la de los administradores concursales, que serán quienes administren el patrimonio del deudor. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que este sistema de administración no es permanente, ya que tanto el Juez de oficio, como a solicitud de la administración concursal, puede variar las facultades de administración inicialmente previstas, suspendiendo por ejemplo las facultades de administración inicialmente concedidas al deudor en caso de concurso voluntario y otorgándoselas a la administración concursal.

Con objeto de que la intervención de los administradores concursales no resulte excesivamente gravosa para la actividad del deudor, la LC (artículo 44. 2) les permite determinar una serie de actos u operaciones que quedan autorizados con carácter general evitando de esta manera la participación de la administración concursal en dichas operaciones, con la consiguiente mejora en la agilidad en la toma de decisiones. Este problema era particularmente acuciante con el vigente sistema concursal, ya que la exigencia de que los interventores firmasen todas las operaciones del deudor insolvente restaba funcionalidad y agilidad a la administración del patrimonio de éste²¹.

El sistema de administración del patrimonio del deudor diseñado por la Ley se complementa con lo dispuesto con el artículo primero de la LORC, que prescinde del arresto carcelario del deudor y lo sustituye por el domiciliario en el supuesto de que no sea eficaz el deber de residencia impuesto al deudor²².

Finalmente, uno de los temas más novedosos de los regulados en la LC en relación al deudor insolvente es el del ejercicio de las acciones de responsa-

¹⁹ El citado art. 163 establece que procederá la calificación del concurso: (i) cuando el convenio aprobado establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años; y (ii) en todos los concursos en los que se abra la fase de liquidación.

²⁰ En este sentido, A. Rojo, «La reforma (de nuevo iniciada) del derecho de la crisis de empresa», cit., pág. 19, y E. Beltrán Sánchez, «El nuevo Derecho Concursal», conferencia cit.

²¹ Véase J. Pulgar, «El Proyecto de Ley Concursal de 2002; una aproximación crítica», *Actualidad Aranzadi*, núm. 550, octubre 2002, págs. 1 y ss.

²² De esta cuestión se ocupa J. Mairata en sus trabajos «Los efectos del concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, cit., págs. 359 y ss., y «Efectos patrimoniales del concurso en el proyecto de ley concursal» *La Ley*, núms. 5742-3, 2003, págs. 1 y ss.

bilidad que asisten a la persona jurídica frente a sus administradores, contemplándose en la nueva ley su ejercicio por la administración concursal, sin necesidad de previo acuerdo de los socios (artículo 48). Estas acciones son las acciones societarias de responsabilidad y de entre ellas sólo las que «*asisten a la persona jurídica*», con lo que si se trata de sociedades de capital, quedan excluidas la acción individual de responsabilidad (artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades Limitadas) y la de responsabilidad por sanción de los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades Limitadas, circunscribiéndose pues a las acciones contempladas en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicables a las limitadas), es decir, a la acción social de responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia en el ejercicio de sus funciones²³ o por actos contrarios a la Ley o a los estatutos. Junto a este novedoso régimen de legitimación, se incluye en la LC un específico sistema de responsabilidad de los administradores que obligará a éstos a satisfacer la totalidad de los créditos que no se paguen con la liquidación de la masa activa, en el supuesto de que el concurso hubiese sido declarado culpable (se excluye la culpa leve) y siempre que la calificación hubiese sido abierta o formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (artículo 172.3). Este sistema, compatible con el de responsabilidad social de los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas y con las previsiones del 48 de la propia LC, puede conducir a una «doble condena de los administradores por los mismos hechos»²⁴ y constituye un endurecimiento de la responsabilidad de los administradores sin parangón en el Derecho comparado²⁵. En cualquier caso, hay que resaltar que la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 de la LC, que puede dar lugar a que la totalidad de las deudas sociales sean satisfechas por parte de los administradores, sólo se produce: (i) si la calificación del concurso es la de culpable, y si (ii) el concurso finaliza con la liquidación del patrimonio del deudor concursado y no mediante convenio. Es decir, quedan exonerados de esta responsabilidad los

administradores si el concurso se califica como fortuito, cuando el concurso acabe en convenio o, si finaliza mediante liquidación, cuando la conducta de los administradores sea merecedora de la calificación de culpa leve.

4.2. Sobre los acreedores

Una de las novedades más significativas de la LC es la paralización de las ejecuciones de garantías reales contemplada en el artículo 56. En este sentido, por ejemplo, la ejecución de una hipoteca ya iniciada antes de la declaración del concurso queda afectada por esta regla y el acreedor instante verá paralizada su acción a diferencia de lo que sucede con la legislación vigente en que el acreedor hipotecario puede iniciar en todo momento (es decir, tanto antes como después de declarada la suspensión de pagos o quiebra) la correspondiente ejecución hipotecaria. Este cambio va a suponer una modificación trascendental en los derechos de los acreedores reales, ya que éstos vendrán obligados a esperar para continuar la ejecución ya iniciada a la aprobación del correspondiente convenio o a que transcurra un año desde que se hubiera producido la declaración del concurso, y siempre que no se hubiese abierto la liquidación. En la práctica, esta paralización va a afectar sobre todo a las entidades financieras, quienes pueden acabar trasladando al prestatario este alargamiento en forma de tipos de interés más elevados.

En cualquier caso, hay que destacar cómo la paralización de ejecuciones de las garantías reales sólo actúa en relación con las garantías que recaigan sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a unidades productivas de las que éste sea titular (artículo 56.1), ya que no tiene sentido que esa medida se aplique a las garantías que recaigan sobre otra clase de bienes. En efecto, si la finalidad perseguida por la norma que comentamos es evitar la paralización del proceso productivo del deudor concursado como consecuencia de que el acreedor beneficiario de la garantía real se adjudicase el bien afectado, lógico es pensar que cuando la correspondiente garantía real recaiga sobre bienes no incluidos en su proceso productivo esta paralización

²³ Véase A. Alonso Ureba, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, cit., págs. 191 y ss.

²⁴ A. Alonso Ureba, recién cit., pág. 290.

²⁵ Véase J. Pulgar, «El Proyecto de Ley Concursal 2002...», cit., pág. 6.

no se produzca. Esta solución está especialmente contemplada en el artículo 56.1, cuyo texto definitivo es suficientemente expresivo en este sentido y ha venido a despejar las dudas que suscitaban algunos documentos prelegislativos²⁶ en los que este extremo no quedaba suficientemente aclarado²⁷.

Un segundo efecto sobre los acreedores (o mejor dicho, sobre los créditos de éstos) es el que prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado (artículo 58), zanjando con ello una vieja discusión doctrinal sobre la que se habían pronunciado nuestros más ilustres mercantilistas²⁸. Con la LC no cabe la compensación, salvo que los requisitos para que se produzca se hubieran dado antes de la declaración de concurso. Esta prohibición, unida a la derogación de las normas protectoras de la compensación para entidades que no sean de crédito, plantea el problema de la eliminación de la facultad de compensación en las operaciones de derivados prevista en las disposiciones adicionales décima y duodécima de la Ley 37/1998 de 16 de noviembre de reforma de la Ley 24/1988 del mercado de valores. Estas normas facultaban a las entidades de crédito que habían concertado un derivado con un deudor declarado en quiebra o suspensión de pagos a resolver todas las operaciones existentes con dicho deudor y quedar deudoras o acreedoras por el importe neto que derivase de dicha liquidación global. Tras la aprobación de LC, esta facultad desaparece al haber quedado derogadas las mencionadas disposiciones adicionales y no haberse previsto en la disposición adicional segunda de la LC el mantenimiento de este régimen en las operaciones concertadas por las entidades de crédito con otras personas físicas o jurídicas²⁹ (es decir, con entidades no de crédito).

Finalmente, la declaración del concurso no conlleva el vencimiento anticipado de los créditos, circunstancia que sólo tiene lugar en la apertura de la liquidación por aplicación del artículo 146³⁰.

4.3. Efectos sobre los contratos

Seguramente una de las materias más necesitadas de reforma era la relativa a las consecuencias del concurso sobre los contratos, ya que la deficiente regulación vigente determinaba la aplicación de las reglas generales contenidas en el artículo 1124 del Código Civil y la especial del 909.9 del Código de Comercio para las compraventas con precio pendiente de pago³¹.

La LC establece las siguientes reglas: (i) la declaración del concurso no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas; (ii) la administración concursal o el concursado, según se trate de un concurso necesario o voluntario, podrán pedir la resolución del contrato si lo estiman conveniente para el concurso; (iii) se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción de los contratos por cualquiera de las partes en caso de insolvencia de una de ellas; y (iv) la declaración del concurso no afectará a la facultad de resolución por incumplimiento de cualquiera de las partes, aunque el Juez podrá acordar el cumplimiento, siendo con cargo a la masa las prestaciones debidas por el concursado.

En la materia que ahora nos ocupa, una de las innovaciones de la LC que mayores dificultades interpretativas y de aplicación puede plantear es la disposición contenida en el artículo 68, que permite la rehabilitación de los créditos a petición del concursado o de la administración concursal si el concursado pagase todas las cuotas pendientes así como sus intereses en el momento de la rehabilitación y asuma todos los pagos futuros con cargo a la masa. Esta facultad, que sólo se puede solicitar respecto de créditos y préstamos cuyo vencimiento se hubiere producido en los tres meses precedentes a la declaración del concurso, se justifica por la necesidad del deudor de seguir contando con recursos financieros

²⁶ Texto del Anteproyecto de LC de 7 de septiembre de 2003.

²⁷ J. Pulgar, «El Proyecto de Ley Concursal de 2002...», cit., págs. 1 y ss.

²⁸ J. Garrigues, *Curso...*, t. II, cit., pág. 411; R. Uría, *Derecho Mercantil*, ed. XXVIII, Madrid, 2002, págs. 1047 y ss.; y R. Uría y A. Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 2001, E. Beltrán, cap. 95, págs. 939 y ss.

²⁹ Véase E. Díaz Ruiz y S. Ruiz Bachs, «Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero», *La Ley*, núm. 5825, 2003, págs. 1 y ss.

³⁰ Véase J. Mairata Laviña, «Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal», *La Ley*, núm. 5743, págs. 1 y ss.

³¹ Véase J.M. Finez Ratón, *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992.

disponibles durante el concurso para financiar su actividad productiva durante el tiempo que dure éste. Ante esta rehabilitación, el acreedor sólo podrá oponerse si con anterioridad a la apertura del concurso hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de reclamación. Ahora bien, a mi juicio, el acreedor podrá también oponerse si los futuros pagos que debe realizar el concursado no quedasen suficientemente asegurados con cargo a los bienes de la masa activa por insuficiencia de ésta, ya que se estaría perjudicando a un acreedor postconcurso no deseado, que se encontraría en peor situación que los demás acreedores de la masa que deciden voluntariamente contratar con el concursado a pesar de la situación en la que se encuentra. Además, la regla del artículo 68.1 para la rehabilitación exige como condición para que se produzca ésta que se asuman los pagos futuros con cargo a la masa, y si ésta no puede atender a dichos pagos se estaría incumpliendo la condición para que se produjera la rehabilitación.

Finalmente, también merecen especial consideración las consecuencias que para los contratos de crédito, entre otros, se derivarán de la nueva previsión legal (artículo 61.3) de que se tendrán por no puestas las cláusulas de vencimiento anticipado en caso de insolvencia del deudor, toda vez que este tipo de cláusulas han venido siendo práctica común en los contratos de financiación de las entidades de crédito. En efecto, ante la declaración de suspensión de pagos de un deudor³², las entidades financieras vienen poniendo fin a su obligación de seguir suministrando fondos al deudor al amparo del principio de libertad de pactos del 1255 del Código Civil, y daban por vencido el contrato de crédito entre el deudor y la entidad de crédito, liberándose de esta manera de su obligación de seguir concediendo crédito. Con la nueva disposición del artículo 61.3, esta práctica queda prohibida y las entidades de crédito seguirán obligadas, salvo incumplimiento del deudor concursado, a continuar poniendo a disposición de éste el crédito disponible del que dispusieran. La única vía para dar por vencido el contrato de crédito, resultará de la aplicación del artículo 62 cuando el deudor incumpla su obligación de pago, en cuyo caso el Juez del concurso podrá declarar la

resolución del contrato, salvo que en interés del concurso se acuerde su cumplimiento, siendo en este caso las obligaciones exigibles con cargo a la masa.

Por lo demás, la rehabilitación de los créditos, a que anteriormente nos hemos referido y la falta de efectos de las cláusulas de vencimiento anticipado deben insertarse en la finalidad conservativa del patrimonio del deudor, que va a contar de esta manera con recursos financieros con los que financiar su actividad productiva y que vendrán a reducir la consecuente falta de crédito que normalmente resultará de la declaración del concurso. Al propio tiempo, parece que con estas normas se pondrá fin a una práctica bastante frecuente en los procedimientos de insolvencia actuales, en los que los deudores han llegado a disponer al máximo de las líneas de crédito con carácter previo a la solicitud de suspensión de pagos o quiebra para paliar la falta de financiación que la insolvencia conllevaba, por cuanto las entidades de crédito una vez declarada la suspensión de pagos o quiebra cancelaban de forma inmediata la disposición de créditos disponibles.

5. DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

5.1. De la administración concursal

Uno de los aspectos más controvertidos de la LC ha sido el de la sustitución del actual sistema de interventores y síndicos por la administración concursal, órgano integrado por: (i) un abogado con al menos cinco años de ejercicio (ii) un auditor, economista o titulado mercantil con una experiencia de al menos cinco años de ejercicio y (iii) un acreedor no garantizado. Estas reglas tienen sus especialidades en el caso de concurso de: (i) una entidad emisora de valores, en cuyo caso el auditor, economista o titulado mercantil será nombrado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de (ii) una entidad de crédito o de seguros en el que el acreedor será el Fondo de Garantía de Depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente. El nuevo sistema de administración concursal pretende sustituir con ventaja al actual sistema, optándose por un órgano colegiado en el que se combina profesionalidad (abogado/auditor) con la presencia

³² En las quiebras no hacía falta una cláusula como la que comentamos por aplicación del art. 883 del Código de Comercio, ya que se tienen por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes de pago.

de un acreedor no garantizado. Además, y con objeto de resolver los problemas que con el vigente sistema se vienen planteando, la LC recoge en su artículo 28 todo un conjunto de incompatibilidades que afectan, entre otros, a (i) los administradores que hubieren sido designados en más de tres concursos por el mismo juzgado en los dos últimos años³³ (ii) las personas relacionadas con el deudor de conformidad con el artículo 93 o (iii) quienes hayan prestado servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años. Este sistema de incompatibilidades se completa en el artículo 34 con la fijación de un sistema de retribución de la administración concursal con cargo a la masa y en función del arancel³⁴ que reglamentariamente se apruebe, con lo que se pretende evitar el elevado coste que para el deudor supone el acogerse a un procedimiento de insolvencia³⁵.

Frente a las críticas que ha merecido la configuración del órgano de administración del concurso que ha prevalecido en la LC³⁶, parece razonable confiar en que el nuevo sistema de incompatibilidades y el régimen de retribución sustituirá con ventaja el existente en la actualidad y eliminará las corruptelas que se habían venido produciendo.

5.2. De los Juzgados de lo Mercantil

Otra de las novedades que incorpora a nuestro ordenamiento la LC es la creación de los Juzgados de lo Mercantil prevista en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal y que puede considerarse como una pieza esencial de la reforma que se justifica: (i) por la conveniente concentración en un sólo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas las materias que afectan al concurso; y (ii) por la necesidad de especialización que exige la com-

plejidad de los temas que debe tratar el juez. Ahora bien, la creación de los Juzgados de lo Mercantil es en alguna manera equívoca, ya que como señala la Exposición de Motivos de la LORC «ni se atribuyen en este momento inicial a los Juzgados de lo Mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que se extiende su competencia son exclusivamente mercantiles». En otras palabras, estos nuevos juzgados tienen competencia en materia que no se corresponde con lo mercantil y, al propio tiempo, no toda la materia mercantil es competencia de ellos. La realidad es que la creación de estos juzgados era una vieja aspiración de los profesionales del Derecho³⁷, de la que se hizo eco el pacto de Estado para la reforma de la justicia y que se justificaba por necesidades de especialización como consecuencia de la complejidad social y económica de nuestro tiempo. Su creación, sin embargo, no ha estado exenta de críticas³⁸, por la discutible delimitación de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, por el régimen de acumulación de acciones, y por ser contraria a la autonomía de la legislación mercantil³⁹.

6. LA DELIMITACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

De acuerdo con el principio general recogido la LC (artículo 76), forman la masa activa los bienes y derechos que a la fecha de la declaración de concurso aparezcan en el patrimonio del deudor y los que se reintegren a ese patrimonio. Quedan exceptuados los bienes que, teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, aunque no está claro si el legislador se ha referido en este caso a los bienes absolutamente inembargables del artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o a los inembargables

³³ Son los llamados «profesionales de la insolvencia» en el dictamen del Consejo General de Poder Judicial, publicado en *La Reforma de la Legislación Concursal*, cit. (2003), 419 y ss.

³⁴ La disposición final trigésimo cuarta prevé la aprobación en un plazo de nueve meses del correspondiente arancel.

³⁵ Véase E. Beltrán, «El problema del coste...», cit., págs. 323 y ss.

³⁶ En particular de V. Magro Servet en sus trabajos «El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal», *La Ley*, núm. 5443. 2001, págs. 1 y ss., y *La administración judicial. Desde el borrador al proyecto de Ley Concursal*, págs. 1 y ss.. Véase también J.M. de la Cruz Bertolo, «La Administración Judicial», en *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal* (AA.VV.), Madrid, 2002, págs.29 y ss.

³⁷ A. Rojo, «La reforma del derecho concursal ...», cit., pág. 118

³⁸ Véase I. Díez-Picazo, «De los Juzgados de lo Mercantil», en *La Reforma de la Legislación Concursal*, cit. (2003), págs. 131 y ss.

³⁹ J.M. de Eizaguirre Bermejo, «Los Juzgados de lo Mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica», *La Ley*, núm. 5648, 2002, págs. 1 y ss.

del 606⁴⁰. Igualmente, quedan al margen del principio de universalidad de la masa activa los bienes que estén en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga un derecho de uso, garantía o retención (artículo 80).

El régimen de delimitación de la masa activa se complementa con las acciones de reintegración contempladas en el artículo 71 de la LC, que pone fin a la retroacción absoluta y relativa del Código de Comercio y en concreto a uno de los preceptos más polémicos de nuestro sistema vigente⁴¹, que ha sido calificado como el agujero negro del régimen de insolvencias español⁴². En efecto, el régimen de retroacción absoluta y relativa actualmente en vigor se sustituye por un sistema de reintegración que afecta a los actos perjudiciales a la masa activa en los dos últimos años, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Este régimen, que viene a reflejar el sentir de la doctrina, tiene su antecedente en los anteproyectos de 1983 y de 1995, y representa un notable avance respecto al régimen contemplado en el Código de Comercio. El régimen de la acción rescisoria por fraude del Derecho civil se altera en el vigente artículo 71, sustituyéndose el elemento subjetivo del fraude por la realización del acto dentro del período sospechoso de dos años. Si se produce el perjuicio y éste ha acontecido en el período sospechoso, el acto es rescindible⁴³. El sistema se complementa con la presunción *iuris et de iure* de que los actos de disposición a título gratuito y la extinción de obligaciones con vencimiento posterior al concurso son perjudiciales para la masa activa. Por el contrario, sí se permite la prueba en contrario en los siguientes actos: (i) actos dispositivos a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor; y (ii) la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nue-

vas contratadas en sustitución de aquellas. En cualquier otro caso el perjuicio debe ser probado por quien ejerza la acción rescisoria.

Por último, en materia de legitimación, quedan facultados para el ejercicio de esta acción rescisoria tanto la administración concursal como los acreedores que hubieran requerido por escrito a la administración concursal y ésta no la hubiera ejercitado en el plazo de dos meses⁴⁴.

7. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

La distribución del patrimonio del deudor entre los diferentes acreedores ha constituido uno de los temas más complejos del vigente sistema de insolvencias, tanto por la deficiente regulación contenida en los artículos 911 y siguientes del Código de Comercio, como por la multiplicación de privilegios que con el transcurso del tiempo se han venido añadiendo al régimen de graduación de los créditos contemplado en el citado código. La modificación de este deficiente sistema de graduación ha sido objeto de especial preocupación por los redactores de la LC, que se han encargado de manifestarlo en la Exposición de Motivos al decir que la «regulación de esta materia [...] constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque “reduce drásticamente los privilegios y preferencias”». La Ley ha seguido la orientación reductora de las posiciones privilegiadas en el concurso («poda de los privilegios») que ya se contemplaba en los anteproyectos de 1983 y de 1995, si bien es de lamentar que en el curso de los trabajos prelegislativos y en los debates parlamentarios se haya ido matizando el inicial rigor en la configuración y selección de las preferencias y privilegios admisibles, de modo que finalmente el expurgo realizado ha resultado ser menos profundo del que el caótico sistema vigente requería⁴⁵.

⁴⁰ Véase E. Beltrán, «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, cit., págs. 153 y ss.

⁴¹ En concreto el art. 878.2.º que dice que «*Todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*».

⁴² R. Sebastián y J. Pereda, «Insolvency Proceedings in Spain - An Overview of the new Insolvency Act» en *Corporate Rescue in Europe: An overview of recent developments from Selected Countries in Europe* (AA.VV.), Londres, 2003.

⁴³ Véase E. Beltrán, «Algunas consideraciones sobre la composición...», cit., pág. 174.

⁴⁴ Remitimos al trabajo de M. Díaz Martínez, «Presente y Futuro de las acciones de reintegración», *La Ley*, núm. 5640, octubre 2002, págs. 1 y ss.

⁴⁵ Para un estudio del régimen de privilegios resulta esencial la lectura del libro de J. M. Garrido, *Tratado de las preferencias de crédito*, Madrid, 2000.

En los artículos 89 y siguientes la LC clasifica los créditos en (i) privilegiados especiales y generales (ii) ordinarios y (iii) subordinados.

Se consideran créditos con privilegio especial los créditos garantizados con garantías reales admisibles en nuestro ordenamiento, así como los créditos refaccionarios y otros. Entre aquellos destacan por su interés los garantizados con prenda de créditos en la que basta con que conste la garantía en documento con fecha fehaciente para gozar del privilegio (las demás garantías prendarias habrán de estar constituidas en documento público). Con esta previsión legal queda zanjada la polémica doctrinal y jurisprudencial⁴⁶ que se había producido sobre este tipo de garantías y su reconocimiento en los procedimientos de insolvencia, bastando a partir de ahora para su reconocimiento en el concurso el que consten en la forma indicada. Además de esta garantía prendaria con desplazamiento posesorio, el artículo 90 recoge la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, la prenda sin desplazamiento, la anticresis, la prenda de anotaciones en cuenta, y los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado, exigiéndose para que todos estos créditos tengan privilegio especial que la respectiva garantía haya sido constituida con los requisitos y formalidades exigidas en su legislación específica.

La LC califica de créditos con privilegio general a aquellos cuya causa de preferencia tiene origen legal y, entre éstos, se encuentran los créditos salariales, las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social, los créditos por trabajo personal no dependiente, los tributarios y demás de Derecho público, los derivados de responsabilidad extracontractual y los créditos de los que fuera titular el acreedor instante del concurso. La principal novedad que aporta la Ley en esta materia es la de considerar créditos con privilegio general a los derivados de responsabilidad civil extracontractual. Los titulares de estos créditos, que lo son en contra de su voluntad al proceder su crédito de un acto de responsabilidad civil extracontractual del deudor, necesi-

sitan una especial protección ya que de otro modo las posibilidades de que estos acreedores resulten satisfechos sería muy baja. Como se ha indicado en nuestra doctrina, si tradicionalmente esta clase de acreedores no han gozado de ningún sistema de protección en los Derechos europeos es porque por razón de su naturaleza no han podido constituir un grupo de presión que velara por sus intereses⁴⁷.

Otros créditos privilegiados generales que han sido objeto de especial atención por el legislador y la doctrina⁴⁸ han sido los tributarios y demás de Derecho público, así como los derivados de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial o del general que la propia Ley reconoce a las cantidades correspondientes a retenciones tributarias o de Seguridad Social. Como es bien conocido, la configuración del alcance del privilegio en este caso ha experimentado sucesivas variaciones durante el proceso de gestación de la LC hasta llegar a la definitivamente prevista en el artículo 91.4, en la que se reconoce el privilegio para el conjunto de esos créditos (Hacienda Pública y Seguridad Social) que respectivamente no supere el cincuenta por ciento de su importe. Siendo en principio innovadora esta configuración de los tradicionales privilegios de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, es de resaltar, no obstante, que es en este campo donde la pretendida «poda de privilegios» ha sido menos efectiva, ya que estos créditos han visto mejorada su posición al extenderse su privilegio a los «demás de Derecho público», con lo que se produce una ampliación objetiva de esta causa de preferencia respecto del sistema vigente, al extenderse el privilegio a todo tipo de créditos, con independencia de sus características.

Finalmente, el artículo 92 de la Ley recoge la clasificación de los créditos subordinados o con «antiprivilegio», destacándose entre éstos los créditos que por pacto contractual tengan el carácter subordinado y aquellos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Estos últimos resultan especialmente controvertidos ya que, por su condición de

⁴⁶ Un resumen de este debate se recoge en el trabajo de J.M. Garrido «La Graduación de créditos», publicado en *La Reforma de la Legislación Concursal*, cit. (2003), págs. 225 y ss.

⁴⁷ En este sentido, J.M. Garrido, «La Graduación de créditos», recién cit., pág. 236.

⁴⁸ Véase C. Alonso Ledesma, «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, cit., págs. 177 y ss.

legalmente subordinados, quedan privados de voto en caso de convenio y, en caso de liquidación, se verán, por ministerio de la ley y sin permitir prueba en contrario, postergados en la graduación de los pagos con independencia de la buena o mala fe del acreedor y del grado de capitalización del deudor. Este antiprivilegio, que afecta especialmente a los grupos de sociedades, ha sido especialmente criticado por la doctrina que ha analizado el anteproyecto de la LC⁴⁹ por entender que podría reducir las posibilidades de financiación de las pequeñas y medianas empresas, especialmente dependientes del crédito de sus casas matrices, así como porque lo injustificado del antiprivilegio podría dar lugar a lo que se ha venido en denominar ingeniería financiera inversa. Es decir, es posible que algunas entidades cabeceras de grupos de sociedades dejen de financiar directamente a sus filiales ante el temor de que ante una situación de insolvencia sus créditos quedan subordinados, optando por la alternativa de otorgar algún tipo de garantía directa o indirecta a una persona no relacionada con la filial para que sea esta persona quién conceda el crédito, con la esperanza de que en el supuesto de que la filial entre en concurso, el crédito de dicha persona no quede subordinado. Aunque a mi juicio el tratamiento de estas situaciones debe seguir el principio general de subordinación de los créditos, no se me escapa la posibilidad de que en la práctica y por la dificultad probatoria estas operaciones puedan llegar a escapar de la regla de la postergación de los créditos del artículo 92.

8. DEL CONCURSO Y DE LOS GRUPOS

La LC trata de forma parcial el concurso de los grupos de sociedades. En concreto, el artículo 5.3 exige que en la solicitud de concurso que efectúe el deudor acompañe las cuentas anuales, el informe de gestión consolidado de los últimos tres años, así como el informe de auditoría y una memoria expresiva de

las operaciones intragrupo durante ese período. Igualmente y culminando una vieja aspiración de nuestra doctrina⁵⁰, el artículo 25 permite solicitar a la administración concursal la acumulación en un solo procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.

Los aspectos más conflictivos de las normas en materia de concurso de grupos resultan de los artículos 3.5 y 92, en cuya virtud (i) el acreedor puede instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores que formen parte del mismo grupo y (ii) quedan subordinados los créditos de las personas relacionadas con el deudor, comprendiéndose entre éstos por aplicación del artículo 93 las sociedades que formen parte del mismo grupo.

El segundo de estos aspectos, esto es el relativo a la subordinación prevista en el artículo 93, ya ha sido objeto de consideración en el apartado anterior de estas breves reflexiones introductorias, aunque faltaría por concretar qué se entiende por grupo de sociedades en el ámbito de LC. El concepto de grupo no está definido con carácter general en ninguna norma de nuestro ordenamiento, ya que el artículo 42 del Código de Comercio incluye una definición a los solos efectos de determinar el perímetro de consolidación y el concepto que se recoge en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores es sólo aplicable a las sociedades emisoras de valores. Sin embargo, ninguna de estas acepciones del concepto de grupo tienen vocación universal⁵¹ y, en consecuencia, el concepto de grupo habrá que buscarlo atendiendo a la finalidad de la norma que comentamos⁵². A tal efecto, en la LC nos encontramos con una referencia indirecta al concepto de grupo en el artículo 3.5 en el que caracteriza a éste por la «*unidad de decisión*». En consecuencia, parece razonable concluir que a efectos concursales el concepto de grupo está fundamentado en la uni-

⁴⁹ Cabe citar los trabajos de N. Bermejo Gutiérrez, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2003; de C. Alonso Ledesma, «La clasificación de los créditos...», cit., págs. 177 y ss.; y de J.M. Garrido, «La Graduación de créditos», cit., págs. 225 y ss.

⁵⁰ Véase A. Rojo, «El estado de la crisis...», cit., págs. 89 y ss.

⁵¹ Véanse los trabajos de J.M. Embid, «Regulación mercantil de los grupos de sociedades», *La Ley*, 1989, págs. 980 y ss., «La problemática de los grupos», *Revista de derecho de sociedades*, 1994, págs. 617 y ss., e *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003; véase también P. Guirgado, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Granada, 2001.

⁵² En este sentido, C. Paz-Ares, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en R. Uría y A. Menéndez, *Curso...*, cit., t. I, págs. 1323 y ss. (en págs. 1328 y ss.).

dad en la toma de decisiones, similar en cualquier caso a lo previsto en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas⁵³ y al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

Una vez delimitado el concepto de grupo, hemos de referirnos, finalmente, al primero de los aspectos anteriormente señalados y, en concreto, hemos de plantearnos si la LC pretende instaurar la extensión del concurso a los grupos de sociedades, como lo hizo en su día el Anteproyecto de 1983⁵⁴. El régimen de extensión ha sido reconocido en algunos países de nuestro entorno (Francia e Italia) y es apoyado por parte de nuestra doctrina⁵⁵ como un mecanismo corrector del régimen de unidad de dirección y de los abusos que este sistema puede conllevar respecto de los acreedores sociales. Sin embargo, no creo que los preceptos antes mencionados y, en especial, el artículo 3.5 de la LC pretendan este resultado, ya que este precepto tan sólo permite la declaración conjunta de concurso respecto de sociedades que a su vez fueran deudoras del acreedor instante, y debía darse en cualquier caso respecto de aquellas el presupuesto objetivo de insolvencia. En todo caso, este es un tema abierto y tendrán que ser nuestros tribunales quienes tengan la última palabra en un tema que sin duda será polémico.

9. CONCLUSIÓN

La LC y la LORC comportan una reforma en profundidad de nuestro ordenamiento en materia de insolvencias. La nueva LC es una norma de corte moderno, adaptada a las características de nuestro tiempo y que adecua nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno y al Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia.

A pesar de las críticas que ha recibido, muchas de ellas razonables, en mi opinión la LC merece en su conjunto un juicio positivo por las soluciones que incorpora, por la novedad de sus planteamientos y por la filosofía en la que se inspira. Como en toda nueva norma, la labor de los Juzgados y Tribunales va a ser esencial en el éxito o fracaso de su implantación y es de esperar que las críticas que ha merecido la configuración del presupuesto objetivo, y la preocupación que ha suscitado en algún sector doctrinal la excesiva judicialización y laboralización del concurso sean corregidas por una actuación flexible y adecuada a la realidad de nuestro sistema social y económico por parte de los nuevos Juzgados de lo Mercantil. Es fundamental que así suceda para que esta Ley contribuya eficazmente al perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵³ El art. 78.1 dice: «Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades».

⁵⁴ Véanse los trabajos de A. Rojo, «El estado de la crisis...», cit., págs. 89 y ss., y «Las opciones del anteproyecto de la Ley Concursal de 1983» en *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal*, cit. (1985), págs. 89 y ss., y de J. Duque, «El concurso de grupo de empresas en la Ley Concursal», en *Derecho Concursal* (AA.VV.) Madrid, 2003, págs. 137 y ss.

⁵⁵ En este sentido, F. Vicent Chuliá, «En vísperas de la reforma del Derecho Concursal Español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, págs. 111 y ss.