

ENSAYOS Y NOTAS

La aplicación de impuestos en Cuba

Nuria Rueda López

El «Tea party» y los impuestos

Antonio Narváez Luque y Alberto Antonio Rodríguez Rodríguez

La dación de viviendas en pago de deuda

José María López Jiménez

El sacrificio «patrimonial» desproporcionado en la Ley Concursal

Enrique Sanjuán y Muñoz

La tutela del acreedor en la Ley Concursal reformada

José María Casasola Díaz

La tutela del acreedor en la Ley Concursal reformada

José María Casasola Díaz

Resumen: La Ley Concursal, que pasa por ser uno de los textos legales que más mutaciones ha sufrido en menor plazo de nuestro ordenamiento jurídico, configura una esfera de protección del acreedor a fin de dotar de más seguridad el tráfico jurídico y propiciar la satisfacción, siquiera parcial, de sus expectativas de cobro. La reforma operada recientemente ha supuesto un incremento de dichas facultades de tutela, las cuales son analizadas en este artículo, que concluye con una valoración fundada sobre si las garantías del acreedor incrementadas serán eficaces y si se ha inclinado en exceso el fiel de la balanza, en perjuicio de los derechos subjetivos del deudor concursado.

Palabras clave: Ley Concursal; insolvencia; deudor; acreedor.

Códigos JEL: K35, K41.

La Ley 38/2011, de 10 de Octubre, de reforma de la Ley Concursal, no pasa por ser un mero retoque más de los diez padecidos en apenas ocho años de vigencia por la Ley 22/2003 Concursal, vigente texto legal por el que se regula el concurso de acreedores, tanto desde un punto material como desde la perspectiva formal.

En el esquema que esboza la reforma se ha afectado, tanto a aspectos procesales, tales como la configuración de los mecanismos procedimentales del concurso abreviado, del incidente concursal y del concurso necesario, como más profundamente en la esfera sustantiva, al provocar un reforzamiento de las garantías de los acreedores, compatibilizándolo con una mayor tutela del deudor y empleando la multidisciplinar piedra de toque tan propia del legislador patrio que conduce a modificar por esta vía numerosas leyes de tan variopinto ámbito como el laboral, el tributario o incluso el deportivo.

En cualquier caso, y dejando a un margen lo accesorio, incluso lo procesal que no puede entenderse de otra forma que adjetivo, el núcleo de la reforma ha consistido en reforzar la tutela del acreedor introduciendo mecanismos que constituyan, no obstante, garantía suficiente para la tutela judicial efectiva del deudor. A lo largo de estas líneas y desde un punto de vista más amparado en el aspecto práctico que en disquisiciones puramente teóricas —que dejamos a profesionales de otros ámbitos— vamos a analizar si la mano del legislador ha conseguido situar el fiel de la ba-

lanza del concurso en un punto de tutela que no suponga desequilibrio para los operadores del tráfico económico, sean partes procesales o no en un concurso, para lograr que el hecho de la declaración de concurso no sea sinónimo de extinción de la unidad productiva, sino de obtener, mediante la intervención de agentes externos, una regularización y viabilidad del deudor concursado, tal y como expresa la exposición de motivos de la propia Ley Concursal.

En concreto, y entrando en materia podemos señalar algunos puntos esenciales en cuanto a reforzamiento de los derechos al acreedor en el seno del concurso, así como otra serie de menciones que redundan tanto en beneficio del deudor, como de la generalidad de los acreedores, vistos estos como conjunto. Dentro de los primeros pasaremos a exponer, por su importancia, dos: la configuración del nuevo concurso necesario y la posibilidad de tutelar los créditos ante la Administración Concursal en momentos distintos a la impugnación de informe. Entre los segundos destaca la posibilidad de cierre de la fase común sin que esté totalmente determinado el activo o el pasivo, o incluso ambos. A este núcleo duro de la reforma se ha de añadir una guarnición de menciones y previsiones legales que van desde la ampliación de la legitimación activa y de los momentos procesales para solicitar la liquidación, como la estructuración de un régimen complejo, pero necesario, de acumulación de concursos y tramitación coordinada que pueden llegar incluso a lograr la confusión de masas, tanto



activa como pasiva, si se dan las excepcionales circunstancias que prevé la norma.

Como se ha dicho, con la nueva regulación se establece como una suerte de espada de Damocles la introducción del nuevo concurso necesario, que se compatibiliza con el antes existente. Entendiendo como concurso necesario aquel que insta el acreedor respecto de su deudor en estado de insolvencia, hasta el momento previo a la reforma se encontraba imbuido del principio de audiencia por el cual no podía ser declarado un deudor en situación concursal sin haber sido previamente oído por el juez de lo Mercantil, o haber precluido en su derecho. Este rigor garantista, ha podido conducir a situaciones de hecho que, acreditada la insolvencia del deudor incluso judicialmente, era preciso obtener una nueva tutela *ad hoc* que supusiera que el juez del concurso declarara lo que judicial o administrativamente era patente, esto es, la insolvencia. El lapso en el que debía verificarse dicha audiencia al deudor, aunque pretendidamente breve en buena práctica procesal, puede tornarse excesivo con base en situaciones de hecho propias de la posible dificultad de localizar al deudor, y muy especialmente, a través del empleo de técnicas dilatorias amparadas por el derecho de defensa. En lo que ha supuesto una intervención del legislador sin parangón en el ordenamiento español se ha introducido una suerte de prejudicialidad impuesta al Juez del concurso por la cual, existiendo una declaración judicial o administrativa de insolvencia o incluso con una investigación patrimonial o embargo infructuoso, se procede a

declarar sin más trámite el concurso del deudor. Pasaremos a analizar cuáles son las posibilidades de resolución que pueden provocar dicha tutela.

En primer lugar es claro que una declaración de insolvencia acordada por un Juez del orden civil, mercantil, social o incluso penal, puede conducir a la automática declaración de concurso del deudor. En este caso, y pese a que por práctica procesal existen en los órdenes civil y especializado mercantil pocos pronunciamientos judiciales en tal sentido, es en la esfera social donde alcanzan un mayor predominio, toda vez que la introducción de elementos tuitivos, tales como el fondo de garantía salarial, exigen dicha declaración previa que se verifica por parte del secretario judicial y por medio de una resolución fundada, un Decreto. En cuanto a la investigación patrimonial o embargo infructuosos ha de tenerse por tales los verificados como consecuencia de una deuda reclamada y que no haya podido ser satisfecha, bien por insuficiencia de bienes, bien por mera inexistencia de estos. En ambos supuestos será una autoridad administrativa la que haya tutelado el procedimiento de apremio, o bien, incardinado en ejecución judicial, una autoridad competente distinta al Juez, el Secretario Judicial al que corresponde acordar igualmente mediante Decreto fundado las medidas ejecutivas e investigadoras respecto del patrimonio del deudor. Asimismo, cabe destacar que los actuales mecanismos de investigación patrimonial a disposición de los órganos judiciales se encuentran integrados a través de las utilidades de consulta de llamado punto neutro judicial y, pese a que son bastante completos y fiables, adolecen de problemas prácticos, ya que hay bienes no aparentes, ni fiscal ni registralmente hablando, por lo que muy difícilmente podrá asegurarse la inexistencia total de bienes a través de las investigaciones patrimoniales. Item más, los datos que se obtienen a través del interfaz de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la más fiable de las bases de datos de las que se nutre el antes referenciado punto neutro judicial, son referidos al último ejercicio, por lo que no se encuentran debidamente actualizados. Por tanto, y a modo de resumen, podemos decir que el escenario típico que induce necesariamente a la declaración de concurso de un deudor pasa, en numerosas ocasiones, bien por una resolución administrativa autorizada por órganos recaudatorios de cualquiera de las administraciones dotadas de facultades de autotutela, bien por una resolución procesal dictada por el Secretario Judicial competente. Por tanto, será una autoridad administrativa o, en cualquier caso, ajena al Poder Judicial la que



lleve, en una gran cantidad de supuestos, a que se declare el concurso a un deudor, eso sí, a instancias de alguno de sus acreedores.

Por otro lado, la legislación reformada da nuevas esferas de protección al acreedor en materia de hacer valer sus créditos frente a la administración concursal en momentos posteriores a los inicialmente previstos. Así, concluido el periodo para impugnar créditos y hasta la presentación de los textos definitivos de informe por parte de la administración concursal, se permite que el acreedor ponga de manifiesto la existencia de créditos sin que necesariamente estén avocados a su consideración de subordinados¹. En efecto, el acreedor que justifique no haber tenido noticia con anterioridad de los referidos créditos podrá ver tutelado su derecho de cobro de la forma que ordinariamente le hubiera correspondido y, caso de que la administración concursal no lo incluyera así, se le otorga la posibilidad de acudir al procedimiento incidental frente a textos definitivos, sin que se paralice la tramitación del concurso y pudiendo, no obstante, solicitar medidas cautelares el acreedor. Esta introducción de momentos de tutela de créditos en fases tardías parece estar especialmente pensada para mejor tutelar los derechos de los trabajadores, ya que es común que no se insinúen créditos por parte de éstos ya sea por desconocimiento, ya sea porque piensen que la situación laboral está extinta cuando realmente no es así, circunstancia para la cual puede ser útil el empleo de este mecanismo procesal introducido. Recor-

remos, por otra parte que a los trabajadores se les sigue reconociendo la posibilidad de acogerse a la representación y defensa por vía de la Ley del Procedimiento Laboral, lo que hace posible tanto la autodefensa como la defensa y representación por parte de abogado, graduado social, procurador o cualquier otra persona en plenitud de sus derechos civiles². Abundando en lo anterior, se le permite extrajudicialmente que no de forma alega, poner de manifiesto a la administración concursal la existencia de errores o discrepancias en su informe de manera previa a que lo remita a los autos, facultad que por otra parte no se encuentra coercida, ni se ha penalizado de forma alguna su desuso, por lo que es de suponer que tendrá en la práctica escasa incidencia.

Para concluir con las reformas que inciden más directamente en la tutela de los acreedores, y casi volviendo, aunque sea en cuanto al trámite a seguir a la esfera de protección de los derechos de los acreedores por vía del concurso necesario, se arbitra la posibilidad, aunque sea con carácter subsidiario, de que sean los acreedores los que, en un escenario de convenio aprobado que no se cumple, lleven de nuevo al deudor a la situación concursal abriendo la liquidación de su patrimonio, todo ello si no lo hiciera voluntariamente el propio deudor.

Hecho un breve análisis de las circunstancias que exclusivamente suponen tutela directa de los acreedores vamos a pasar a esbozar muy bre-

² Art. 184.6 Ley Concursal, eso sí, supeditado a la defensa de los derechos y créditos laborales y no a otros que pudieran poseer.

¹ Art. 96 bis de la Ley Concursal y, por remisión, 92.1 del mismo texto legal.

vemente otra serie de reformas introducidas que redundan en interés del concurso y, por tanto, de los acreedores que podrán ver incrementadas sus posibilidades de cobro, entre las que destacamos la posibilidad de proceder al cierre de la llamada fase común del concurso con anterioridad a tener totalmente determinadas la masa activa y o la masa pasiva.

En efecto, la llamada fase común del procedimiento concursal tiene como finalidad el realizar un informe que suponga una imagen fiel del patrimonio del deudor al momento de la declaración de su insolvencia, sea esta actual o inminente, por lo que se ha de contabilizar a valor real, tanto el activo como el pasivo, y, en referencia a lo segundo, graduar los créditos conforme a los preceptos de la Ley Concursal, a través de sus categorías de créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados, sin olvidarnos de aquellos que, con vocación a alguna de las anteriores categorías, se encuentran sometidos a contingencia y aquellos otros créditos que se hayan devengado ya frente a la masa del concurso. Siendo esta la finalidad del referido informe, que está sometido a diversos controles, como el previo de los acreedores al que se ha hecho referencia *ut supra*, como especialmente el judicial a instancias de parte legitimada, sea el acreedor o el deudor, a través del incidente concursal, no era sino hasta el momento en que se transformaran los textos en definitivos³ cuando se podían plantear situaciones de convenio judicial en el que se aprobara una quita o una espera, o abogar directamente por la liquidación. Esta previsión legal vigente hasta ahora ha quebrado con la reforma introducida, ya que estando consolidada el ochenta por cien de la masa activa, o el mismo porcentaje respecto del pasivo —sin que sean circunstancias acumulativas, obsérvese la conjunción disyuntiva y no copulativa— podrá el Juez del Concurso, de oficio o a instancias de parte legitimada, acordar el cierre de la fase común a fin de que se exploren las posibles vías de convenio judicial o de apertura de liquidación. Esta facultad, que se hace muy atractiva para los acreedores mayoritarios, supone un severo lastre a las expectativas de cobro de aquellos minoritarios que pudieran ver mejoradas sus partidas cuantitativa o cualitativamente a través de la impugnación del informe, lastre que pretende aligerar el legislador introduciendo un sistema de medidas cautelares

³ Dejado aparte las posibilidades también previstas de propuesta anticipada de convenio o de liquidación anticipada que, pese a que ha desaparecido como tal en el nuevo texto, se hace posible abrir la liquidación en cualquier momento.



que, siempre a instancias de parte legítima y previa caución, va a permitir asegurar un hipotético fallo conforme a los intereses del mismo. Esta previsión, no obstante, no pasa de ser poco más que una declaración de intenciones puesto que en la práctica va a resultar cuando menos justo resolver estas medidas cautelares que se adopten en un término que será, como máximo, de tres meses, ya que, pese a que puedan adoptarse sin audiencia de parte interesada, resulta aplicable el trámite de oposición, so pena de causar indefensión a los demás interesados.

Por último y aunque sea de manera muy escueta, no podemos dejar pasar la mención de que el actual texto reformado de la Ley Concursal faculta al deudor a pedir en cualquier momento que se abra la liquidación de su patrimonio, y aprobada la misma, debe quedar completada en término de un año, o incluso cuatro meses caso de procedimiento abreviado. Esta situación puede ayudar a que bienes que sufren una gran depreciación con el paso del tiempo resulten enajenados con mayor celeridad lo que aumentaría las posibilidades de cobro de los acreedores, en general. Esto, no obstante, causa un desproporcionado perjuicio a una categoría concreta de acreedores, aquellos titulares de créditos con privilegio especial, que no podrán ya, de ninguna manera y ante ningún órgano, ejecutar separadamente sus créditos, sino que deberán atenerse al plan de liquidación aprobado o, en su defecto, a las normas subsidiarias previstas por la Ley Concursal.

Así pues, hecho este análisis y retomando el propósito inicial, podemos decir que sí, que el legislador ha situado el fiel de la balanza en un punto en el cual los mecanismos introducidos en tutela de los acreedores dentro del concurso no resultan desproporcionados con la garantía de los más elementales derechos del deudor, si bien habrá que estar a las situaciones de hecho para analizar si lo plasmado en las normas no alcanza una total virtualidad, por ejemplo con el actual estado de colapso de los juzgados del orden mercantil.