



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# **EL PROBLEMA DEL COSTE DEL CONCURSO DE ACREEDORES: COSTE DE TIEMPO Y COSTE ECONÓMICO**

**Emilio BELTRÁN**

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad San Pablo CEU de Madrid

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL COSTE DE TIEMPO.—III. EL COSTE ECONÓMICO.—IV. LA INSUFICIENCIA DE LOS REMEDIOS GENERALES PREVISTOS POR EL PROYECTO DE LEY CONCURSAL.—1. El convenio anticipado.—2. El procedimiento abreviado.

## **I. PLANTEAMIENTO**

Una de las críticas que tradicionalmente se dirigen al Derecho concursal es la de estar integrado por procedimientos largos y costosos, que no facilitan la satisfacción, siquiera sea parcial, de los acreedores, finalidad esencial de toda legislación concursal, ni tampoco la conservación de la empresa en crisis cuando objetivamente resulte posible. Problema básico es, pues, el del coste del concurso, tanto en lo que se refiere al tiempo de duración del procedimiento, como en lo relativo a los gastos que genera. No hay que olvidar, de un lado, que en una crisis empresarial el transcurso del tiempo puede ser determinante, y, de otro, que con demasiada frecuencia los gastos del propio procedimiento superan el valor del patrimonio concursal. En efecto, la larga duración del concurso perjudica a todos los interesados: no sólo

al deudor y a su empresa, en cuanto que la crisis retrasa el crédito y acelera el deterioro de una empresa, sino también a los acreedores, a quienes no puede tenerse demasiado tiempo pendientes del cobro de los créditos, e incluso puede afectar a los competidores, que no disfrutaban de las ventajas competitivas del concursado. Y un elevado coste económico del concurso no sólo reduce el grado de satisfacción de los acreedores concursales, sino que, además, provoca una pugna entre los acreedores para quienes se abre el concurso y los acreedores que nacen ya en curso el procedimiento, que será particularmente grave en los casos de conservación de la empresa en crisis.

Tiene, pues, interés contemplar cómo se enfrenta el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002 a los problemas de coste temporal y de coste económico del concurso. A primera vista, los dos problemas estarían perfectamente resueltos por el texto prelegislativo. En efecto, el punto X de la Exposición de Motivos afirma que «la flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de *rapidez* y *simplicidad*» y que «la finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados». Sin embargo, la lectura del texto pone de manifiesto que, a pesar de los esfuerzos de la Sección Concursal Especial de la Comisión General de Codificación y, más tarde, del Ministerio de Justicia, el concurso de acreedores previsto constituye un procedimiento lento y caro. La prueba más evidente de esa conclusión es la circunstancia de que en el propio texto se han incluido dos instrumentos que tienen como finalidad, precisamente, abaratar en tiempo y en dinero el concurso: la propuesta anticipada de convenio y el procedimiento abreviado. Quiere eso decir que, a nuestro juicio, los esfuerzos deben continuar en la tramitación parlamentaria.

## II. EL COSTE DE TIEMPO

Tal y como aparece configurado en el Proyecto de Ley Concursal de 2002, el concurso de acreedores será un procedimiento largo y complejo, que superará, con mucho, el año de duración. Esa duración mínima trasluce claramente en el texto, ya que se prevé que los acreedores con garantía real no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el oportuno convenio o, en su defecto, transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación (art. 55.1), y una restricción temporal similar se impone a los acreedores de la masa (art. 153.2).

La larga duración del concurso de acreedores se encuentra en estrecha relación con el acusado carácter *judicialista* del texto proyectado.

A diferencia de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en la que el Juez sólo se pronunciaba sobre los aspectos fundamentales del procedimiento, en el Proyecto de Ley de 2002 el tratamiento de la crisis de la empresa es esencialmente *procesal* y, por ende, *judicial*, de manera que el juez ha de dictar un elevado número de resoluciones. Quizá por eso la reforma concursal se ha enmarcado —son palabras del Gobierno— «dentro del impulso de modernización que supone el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia». Parece claro que esa constante tutela judicial —a mi juicio, excesiva— retrasará la tramitación del concurso. Es digno de alabanza el art. 186.1 (*vid.* también art. 131 LEC), que dispone que «el Juez podrá habilitar los días y horas necesarios para la práctica de las diligencias que considere urgentes en beneficio del concurso», pero dicho esfuerzo resulta insuficiente, porque se integra en la lógica de la referida judicialización.

Por ello, sería conveniente modificar ese planteamiento y reducir la presencia del Juez en el concurso, para lo cual podrían adoptarse diferentes medidas. En particular, podrían conectarse plazos, de modo tal que, cuando finalizase uno, se abriese automáticamente otro sin necesidad de dictar una resolución expresa, y podría igualmente atribuirse la competencia para determinadas decisiones y determinados controles a la administración judicial, que, a su vez, queda sometida a control judicial. Podría valorarse, en fin —como sugiere el Informe presentado por el Colegio de Abogados de Madrid—, la posibilidad de delegar algunas funciones en el Comité de acreedores, órgano con el que no ha contado el Proyecto, a pesar de su importancia creciente en las legislaciones concursales más modernas, si bien hay que reconocer que la presencia de un órgano colegiado no necesariamente agilizaría el procedimiento.

Para analizar de forma más detallada el coste temporal del concurso, es preciso partir del hecho de que el procedimiento concursal previsto en el Proyecto de Ley se divide en tres fases sucesivas: la fase de declaración del concurso, cuando sea instado por un acreedor; la fase común de tramitación del concurso, dirigida a la determinación de las masas activa y pasiva del concurso, y la fase de convenio o de liquidación, dirigida a la satisfacción de los acreedores.

A) La simple *declaración de concurso*, cuando sea instado por un acreedor, puede demorarse *cuarenta días*. El Proyecto de Ley Concursal de 2002, al igual que el Anteproyecto de 1983 (arts. 92 y ss.) y que la Propuesta de 1995 (arts. 11 y ss.), parte de la idea de que el concurso necesario debe ser declarado *audita parte debitoris*, estableciendo al efecto una comparecencia del deudor, con período de prueba y resolución judicial (arts. 12 a 19). Pues bien, partiendo de la hipótesis teórica de que el impulso procesal fuera perfecto, entre la fecha de la solicitud y la fecha de la declaración pueden transcurrir *cuarenta días*: un día para proveer (art. 12) y otro día para notificar

(art. 14.1); cinco días para que el deudor comparezca y, en su caso, formule oposición proponiendo los medios de prueba de que intente valerse para acreditar la solvencia (art. 14.1); diez días para la celebración de la comparecencia de deudor y acreedor instante ante el Juez (art. 18.1); veinte días para la práctica de las pruebas propuestas, y tres días para declarar el concurso solicitado o para desestimar la solicitud (art. 19.1).

Se trata de un sistema escasamente operativo que puede producir graves inconvenientes en la práctica. En primer lugar, existe el riesgo de que el deudor aproveche la tramitación de este incidente previo para realizar determinadas operaciones que pueden ocasionar un perjuicio cierto a la masa o, al menos, para preconstituir determinadas pruebas documentales con idéntica finalidad. Ciertamente, el Juez que conozca de la solicitud puede adoptar medidas cautelares (art. 16), pero es probable que, en la mayoría de los casos, esas medidas cautelares (v. gr., prohibición temporal de pagos y, en algunos casos, de enajenaciones) no tengan la intensidad necesaria para impedir por completo tales operaciones. Y, en segundo lugar, y para lo que ahora interesa, dicho sistema no sólo retrasará la satisfacción de los acreedores, sino que, en el caso de que el deudor fuera solvente, la incertidumbre que produce y la publicidad de hecho que, quiérase o no, tendrá la solicitud presentada puede ocasionar un daño de extraordinaria gravedad e incluso comprometer la viabilidad de una empresa que, hasta entonces, aunque con dificultades temporales, tuviera posibilidades objetivas de recuperación.

La solución al problema no puede consistir sólo en una drástica reducción de los plazos establecidos para la tramitación de la solicitud de concurso necesario, que no siempre es posible. Parece más conveniente una modificación del sistema, a fin de que el incidente previo no sea necesario o, al menos, no lo sea siempre. La Exposición de Motivos afirma, al respecto, que «la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud»; pero es más que dudoso que el respeto de las garantías procesales del deudor exija un incidente previo para la apertura del concurso. Como es sabido, el sistema de declaración judicial *inaudita parte debitoris*, vigente en la quiebra, ha sido considerado plenamente ajustado a los principios constitucionales tanto por el Tribunal Supremo (STS de 12 de febrero de 1982) como por el propio Tribunal Constitucional, cuyos Autos de 18 de diciembre de 1985 y 21 de julio de 1989 afirman que «el art. 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede considerarse inconstitucional por tener su razón de ser en la necesidad de atender a los intereses de los acreedores, dirigidos a la ocupación de la masa de bienes que integra la quiebra y sobre la que poder realizar sus derechos como tales acreedores, por lo que dicha resolución debe declararse sin conocimiento

del deudor, ya que podría obstaculizar con su conducta aquella finalidad, además que, cual ahora acontece, la defensa de sus derechos la puede ejercer dentro del proceso de quiebra, por lo que su indefensión no se produce, aunque su defensa se aplace en el tiempo».

Quizá la solución más adecuada sea la de no exigir el incidente previo en aquellos casos en que el acreedor, al formular la solicitud, acredite la existencia de determinados hechos de particular gravedad. Esos hechos que, convenientemente acreditados, agilizarían la declaración judicial de concurso, podrían ser, precisamente, todos o algunos de los que ahora enumera el Proyecto al tratar del concurso necesario (art. 2.4). En algún momento, me he referido ya a la defectuosa fijación del presupuesto objetivo del concurso. Pues bien, todos o algunos de esos hechos podrían desaparecer de la configuración del presupuesto objetivo y reaparecer a la hora de determinar el sistema de declaración judicial del concurso necesario. Parece claro, en efecto, que si el acreedor consigue probar que del apremio no resultan bienes libres bastantes para el pago, el sobreseimiento general, el embargo general o alguno de los sobreseimientos sectoriales previstos, el juez podría declarar el concurso de acreedores solicitado sin necesidad de audiencia del deudor y, por tanto, sin necesidad de ese incidente previo.

Sería también conveniente, como sugiere el Informe del Colegio de Abogados de Madrid, introducir mecanismos modernos que agilizaran la apertura del concurso. Así, por ejemplo, podría establecerse una comunicación telemática directa del Juzgado con la Agencia Tributaria y con la Tesorería General de la Seguridad Social para comprobar, inmediatamente que se presente la solicitud de concurso necesario, si existen créditos públicos especialmente relevantes.

B) En la *fase común de tramitación* del concurso, dirigida a la determinación de las masas y activa, el problema radica tanto en la excesiva duración de algún plazo (v. gr.: podría reducirse el plazo de tres meses previsto en el art. 73 para la emisión del informe de la administración judicial) como, sobre todo, en la existencia de plazos de duración incierta. Así, por ejemplo, no hay duda de que esta fase se abre con la declaración de concurso y que concluye con la apertura de la fase de convenio o de liquidación; pero tanto el día inicial como el final son inciertos:

Por lo que se refiere al *momento inicial*, hay que esperar a la aceptación de dos de los administradores judiciales (v. art. 28) para que comience a correr el plazo para la emisión del informe de la administración judicial (art. 73). No se comprende esta elección del *dies a quo*, que posibilita la continuación de la práctica de los interventores de las suspensiones de pagos de retrasar las aceptaciones. Parece mejor fijar como día inicial el de la declaración de concurso.

En cuanto a la *finalización de la fase común*, es preciso esperar a la posible impugnación del inventario y/o de la lista de acreedores que deben acompañar al informe (art. 74.2) y a sus consecuencias. Así, en primer lugar, para la impugnación se prevé un plazo de quince días, que se contarán desde la inserción del anuncio de la presentación del informe en el *Boletín Oficial del Estado* o, si es posterior, desde el día de la recepción de la comunicación que debe realizarse a determinadas personas (arts. 94 y 95.1). Esta decisión puede también retrasar el procedimiento. Parece más razonable fijar imperativamente como *dies a quo* el de la fecha del anuncio oficial, sin perjuicio de la responsabilidad de la administración judicial cuando las comunicaciones a los acreedores se realicen con retraso.

En segundo lugar, la fase común del concurso, salvo propuesta anticipada de convenio (v. *infra*, IV.1), sólo se cierra (art. 97) transcurrido ese plazo sin impugnaciones o, caso de haberse presentado, tras la puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado de los textos definitivos, que deberá tener lugar (art. 95.4) dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de impugnaciones. En concreto, el auto judicial que pone fin a la fase común del concurso y abre la fase de convenio o de liquidación deberá dictarse «dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones, o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos» (arts. 110.1 y 141.2).

En definitiva, el problema no consiste sólo en la excesiva duración de los plazos que establece el Proyecto, sino también en una poco adecuada fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo. Un último ejemplo, que sólo influye de modo indirecto en la duración del procedimiento, es el relativo al plazo de insinuación de los créditos, ya que no parece acertado que se cuente desde la última de las publicaciones obligatorias de la declaración judicial de concurso de acreedores (arts. 84.1 y 20.1.5.<sup>o</sup>). Sería preferible que el cómputo se iniciase desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 22).

C) La duración de la *fase de convenio o de liquidación* es ya, lógicamente, indeterminada. En caso de *convenio*, se hace necesario tanto su conclusión en junta de acreedores como la aprobación judicial, trámites cuya duración puede alargarse, como, en fin, la propia ejecución del convenio:

a) Respecto a la *conclusión* del convenio, según los casos, la oportuna junta de acreedores deberá celebrarse dentro del segundo o del tercer mes contado desde la fecha del auto de apertura de la fase de convenio (art. 110.2).

b) Respecto a la *aprobación*, habrá que distinguir si existe o no oposición. Cuando algún legitimado se oponga, se abrirá un incidente

concurstal que terminará con la correspondiente sentencia, que, según los casos (art. 128), ordenará la ejecución del convenio, retrotraerá las actuaciones para la celebración de una nueva junta o declarará rechazado el convenio. Si nadie se opone, el Juez podrá de oficio, examinar el convenio y acordar, según los casos, el rechazo del convenio o la convocatoria de una nueva junta (art. 130).

c) En cuanto a la fase de *ejecución*, conviene señalar que «el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación» (art. 132.1) y recordar que se establece un límite de cinco años a la espera de los créditos ordinarios (art. 99.1).

En fin, en caso de *liquidación*, aunque el problema temporal sea ya menos importante, es necesario que los administradores judiciales elaboren y el Juez apruebe un plan para la realización de bienes y derechos. El plan deberá presentarse «dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración judicial» (art. 147.1) y será aprobado por el Juez dentro de los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Secretaría del Juzgado, cuando no se presenten observaciones, o, en otro caso, tras el oportuno informe de los administradores judiciales sobre las observaciones presentadas, que debe presentarse en un plazo de diez días (art. 147.2).

De otro lado, como señala la Exposición de Motivos, «la Ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración judicial [...] el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliere, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución». En efecto, el art. 152, en una norma que parece inspirada en la prevista para los liquidadores de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 111 LSRL), establece que «transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al Juez del concurso la separación de los administradores judiciales y el nombramiento de otros nuevos» (apartado 1); que «el Juez, previa audiencia de los administradores judiciales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos» (apartado 2) y que «los administradores judiciales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación» (apartado 3).

### III. EL COSTE ECONÓMICO

Es afirmación reiterada que, en la actualidad, las suspensiones de pagos y las quiebras son procedimientos extraordinariamente costosos,



en los que una buena parte de la masa activa se consume en el pago de los gastos del propio procedimiento y, en particular, en el pago de los derechos y honorarios de los profesionales jurídicos y económicos que intervienen, hasta el punto de que se extiende la idea de que los procedimientos concursales son procedimientos inútiles, que no sirven para la satisfacción de los acreedores ordinarios.

La importancia del problema ha sido claramente detectada en la legislación especial sobre crisis de las entidades aseguradoras y también, aunque en menor medida, en la relativa a las crisis de las empresas de servicios de inversión. En efecto, la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados dispone que «si la entidad aseguradora [...] careciere de la liquidez necesaria, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras podrá anticipar los gastos que sean precisos, con cargo a sus propios recursos, al objeto del adecuado desarrollo del proceso concursal» (art. 38.1.I) y, aunque con escasa técnica jurídica, que «la recuperación por la Comisión de los gastos de liquidación quedará condicionada a que sean totalmente satisfechos los demás reconocidos en la liquidación», tanto si el procedimiento termina por convenio (art. 38.1.II) como si lo hace por liquidación (art. 36.4). Inspirándose, aunque sólo parcialmente, en esas normas, la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, dispone que la retribución de interventores, comisarios y depositarios (nada se dice sobre los síndicos) «podrá ser anticipada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando concurren circunstancias excepcionales y ésta sea la única manera de asegurar la continuación ordenada del procedimiento. La Comisión Nacional del Mercado de Valores no gozará de privilegio especial (*sic*) para el cobro de las cantidades que hubiese anticipado» (art. 76 bis.1 y 2). Pues bien, en esta misma línea, el Proyecto de Ley prevé (art. 33.1) que el personal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Garantía de Depósitos y del Consorcio de Compensación de Seguros (que asume las funciones de la CLEA) que forme parte de la administración judicial no tendrá derecho a retribución con cargo a la masa (art. 33.1).

Parece, pues, evidente el interés que presenta la determinación de los gastos del concurso, denominados *créditos contra la masa*, que deben ser satisfechos de forma preferente sobre los créditos concursales, privilegiados o no. El Proyecto, aunque establece un régimen jurídico de la categoría muy completo, que contrasta claramente con el prácticamente inexistente régimen vigente, merece varias críticas. La primera, *de carácter formal*, se refiere a su tratamiento disperso en varios preceptos. Los más destacados son el art. 83.2, que enumera exhaustivamente los diferentes supuestos de deudas de la masa; los arts. 99.4 *in fine* y 121, que contemplan la posición jurídica de los créditos contra la masa en caso de convenio, y el art. 153, que se refiere al tratamiento de la figura en caso de liquidación.

La segunda crítica, de carácter igualmente *formal*, consiste en haber ubicado la norma que enumera los supuestos de créditos contra la masa en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo 3.<sup>o</sup>, dedicada a la composición de la masa pasiva, cuando lo que caracteriza a esas deudas es, precisamente, la circunstancia negativa de no formar parte de la masa pasiva, ya que son extraconcursoales, incongruencia que obliga a dictar un rocambolesco precepto (el art. 83) bajo el título de créditos concursales y créditos contra la masa, cuando sería mucho más razonable llevar a cabo esta enumeración en la Sección dedicada a la masa activa, ya que, al ser pagadas con preferencia con cargo a dicha masa, suponen en definitiva su reducción, solución que seguía la Propuesta de 1995.

La tercera crítica, de carácter *sustancial*, consiste en disponer que, en caso de convenio, «los créditos que se concedan al concursado *para financiar el plan de viabilidad* sólo podrán satisfacerse una vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios» (art. 99.4.II). La incongruencia no deriva sólo de que la previsión ocupe una posición insospechada al final de un precepto dedicado al contenido de la propuesta de convenio y ni siquiera de que parezca oponerse a la previsión de que los créditos «generados por la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor» (art. 83.2.5.<sup>o</sup>) deberán pagarse en prededucción en caso de liquidación (art. 153), sino sencillamente de que resulta contrario a la más elemental lógica postergar a los acreedores que garanticen la viabilidad de la empresa. Parece evidente, en efecto, como intuye el Dictamen del Consejo Económico y Social emitido el 7 de noviembre de 2001, que en esas condiciones será bastante difícil encontrar a un acreedor dispuesto a financiar la continuación de la empresa, y que, en consecuencia, la previsión constituye una clara negación de la finalidad de favorecer la continuación de la empresa proclamada en la Exposición de Motivos.

De otro lado, parece claro que debería ponerse fin al concurso de acreedores cuando el patrimonio concursal no fuese suficiente para cubrir los gastos que genera. La regla es expresada sólo de forma indirecta por el Proyecto, que establece que procederá la conclusión del concurso «en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la *inexistencia* de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores» (art. 175.1.4.<sup>o</sup>), y teniendo en cuenta que —lógicamente— no podrá declararse la conclusión del concurso por esa causa mientras se esté tramitando la Sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros (art. 175.3).

Como se ha indicado, el art. 83.2 del Proyecto contiene una exhaustiva enumeración de los créditos contra la masa, que pueden sistematizarse del modo que sigue:

1.º Los *gastos de justicia*, incluyendo no sólo los inherentes al propio concurso (núm. 1.º), sino también los que se deriven de procedimientos incidentales en interés del concurso (núm. 2.º).

2.º Los *gastos de administración* del concurso, entre los que se incluyen expresamente la remuneración de los administradores judiciales y los honorarios de los expertos independientes (núm. 3.º) y el deber de prestación de alimentos (núm. 4.º).

3.º Las *obligaciones* surgidas tras la apertura del procedimiento concursal, entre las que se incluyen expresamente las derivadas de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (núm. 5.º), las nacidas de la ley y las procedentes de *responsabilidad extracontractual* del concursado (núm. 11.º).

4.º Las *prestaciones* a cargo del concursado de los contratos que continúen durante el procedimiento (núm. 6.º) y las *indemnizaciones* derivadas de los contratos que se extingan (núms. 6.º y 7.º).

5.º Algunos otros gastos expresamente mencionados, entre los que destacan el pago de los créditos a los titulares de garantías reales para rescatar el bien, el coste de la rehabilitación de determinados contratos expresamente mencionados y la devolución de la contraprestación que hubiera recibido el concursado en caso de rescisión del acto.

Una de las principales manifestaciones del coste del concurso, sobre la cual puede incidir la regulación, es la relativa a los derechos y honorarios percibidos por los diversos profesionales que intervienen en los concursos: de un lado, los integrantes de los órganos de administración y representación del concurso y, de otro, los procuradores y abogados de los diversos intervinientes (deudor, acreedores y órganos concursales). En efecto, parte importante del coste del procedimiento concursal es, en primer lugar, la *remuneración de los órganos concursales*. En la realidad actual, con demasiada frecuencia, los titulares de la potestad jurisdiccional, amparándose en la defectuosa normativa existente, a la hora de fijar la retribución de los interventores de la suspensión de pagos y de otros órganos concursales, se remiten a los criterios de los correspondientes Colegios profesionales, que suelen permitir la facturación por horas, sistema de facturación que no puede ser controlado mínimamente por el Juez. Es cierto, sin embargo, que existe una tímida reacción jurisprudencial respecto a la suspensión de pagos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2001 declara expresamente que la competencia para fijar la remuneración de los interventores de la suspensión de pagos se atribuye en exclusiva al Juez (art. 7 LSP), quien no está vinculado por los usos profesionales, ni, mucho menos, por un acuerdo privado entre los interventores y el deudor, que ha de considerarse nulo, y priva de efecto a la extendida —pero errónea— práctica de incluir a los interventores en la lista de acreedores con derecho de abstención, cuando «no son acreedores del

suspenso con anterioridad a la suspensión, que es a lo que se refiere la susodicha lista, sino acreedores posteriores», aunque deba verse obligada a afirmar, incorrectamente, que son acreedores de la masa, pero no del suspenso.

El coste del concurso aumenta asimismo con los derechos y honorarios de los profesionales jurídicos que asisten a los diversos interesados. Para poner de manifiesto el elevado coste económico del concurso en cuanto se refiere a estos profesionales nada mejor que recurrir a un ejemplo: el de una quiebra necesaria con un pasivo de sesenta millones de euros, en la que se plantea oposición del deudor y un incidente para la fijación definitiva de la fecha de retroacción; que se soluciona mediante un convenio con una espera de tres años y una quita del 50 por 100; en la que la sindicatura formula demanda de juicio ordinario para la reintegración a la masa de un bien valorado en tres millones de euros, y en la que la insolvencia sea calificada como fortuita. Calculando los derechos de los *Procuradores* de acreedor instante, deudor y sindicatura conforme a lo establecido en el Real Decreto 1162/1991, de 22 de julio, modificado por Orden de 17 de mayo de 1994, actualizados al euro por la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 14 de diciembre de 2001, y los honorarios de los *Abogados* de las mismas partes conforme a los Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que entraron en vigor el 1 de junio de 2001, en los que —es obligado señalarlo— ya se ha hecho un considerable esfuerzo, dicha quiebra superaría los dos millones cien mil euros. Naturalmente, cuando el pasivo sea superior —lo que ya no es infrecuente en la práctica— esa cantidad se incrementaría.

No vamos a caer en la tentación de proponer la supresión de los procedimientos concursales, pero sí debemos señalar que es imprescindible que en el futuro concurso de acreedores el coste económico se reduzca a través de medidas legislativas o reglamentarias. El Proyecto ha sido también sensible a estas preocupaciones. Así, en efecto, la decisión adoptada sobre la configuración de la administración judicial ha tenido en cuenta, entre otros temas, precisamente, el del coste del concurso, ya que se pensó que la existencia de dos expertos —letrado y auditor o economista o perito mercantil— podría reducir considerablemente los gastos de asesoramiento. Así, también, es de alabar la previsión de que la retribución de los *auxiliares delegados*, que podrán ser nombrados cuando la complejidad del concurso de acreedores lo aconseje (art. 31.1), «correrá a cargo de los administradores judiciales» (art. 31.2). Con todo, la principal previsión al respecto es la relativa a la *administración judicial*, para la que se prevé la existencia de un *arancel*, que «reglamentará la retribución correspondiente atendiendo a la cuantía del activo y a la complejidad del concurso» (art. 33.2),

añadiéndose en la Disposición Final trigesimoprimera que dicho arancel será aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto en un plazo máximo de nueve meses a contar desde el día siguiente a la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*. La aprobación de ese arancel merecerá un juicio positivo, por cuanto que será la ocasión para que, por aplicación de los criterios que fije, los Jueces y Magistrados determinen concreta y detenidamente la retribución de los administradores judiciales. Será preciso, no obstante, esperar a su determinación concreta. Además, sería deseable que la remuneración se fijase atendiendo no sólo a la cuantía del activo y a la complejidad del concurso, sino también a la duración del procedimiento, pues parece obvio que los honorarios se vinculen al tiempo del trabajo, y al grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, ya que ésa es, en definitiva, la finalidad del concurso.

Por el contrario, no existe disposición alguna que prevea el modo de reducir los derechos de los Procuradores y los honorarios de los Abogados del deudor y de los acreedores, y, además, la regla procesal del Proyecto es la de que el deudor, los acreedores, los demás interesados y los propios administradores judiciales actúen representados por Procurador y asistidos de Letrado (v. art. 184). Sería conveniente que, de acuerdo con la Propuesta de 1995, se introdujese una Disposición Adicional por cuya virtud, en la misma resolución que aprobase el arancel de los administradores judiciales, o en otra simultánea, se redujesen los derechos de los Procuradores y se estableciesen límites a los honorarios de los Abogados. Probablemente estas medidas no serían bien recibidas por tales profesionales; pero parecen necesarias para evitar los abusos y abaratar el concurso y, además, tendrían una justificación complementaria en la circunstancia de que el procedimiento previsto para el futuro resulta bastante más sencillo que el actual.

Podría estudiarse, en fin, la posibilidad, sugerida por los Informes tanto del Consejo Económico y Social como del Consejo de Estado, de reducir el coste del concurso de acreedores mediante la aplicación del beneficio de justicia gratuita.

#### IV. LA INSUFICIENCIA DE LOS REMEDIOS GENERALES PREVISTOS POR EL PROYECTO DE LEY CONCURSAL

Como hemos señalado, el Proyecto ha sido perfectamente consciente del problema del coste —temporal y económico— del concurso y ha tratado de solucionarlo con la introducción de dos figuras específicas: el convenio anticipado y el procedimiento abreviado. Se aprecia, sin embargo, con carácter general, una falta de coordinación interna del texto, pues ambos remedios se introdujeron cuando ya estaba redac-

tado un texto previo que no ha sido modificado, y, lo que es más grave, tienen un ámbito de aplicación restringido en cuanto que dichos remedios no son aplicables a todos los deudores, sino únicamente a quienes cumplan determinados requisitos.

### **1. El convenio anticipado**

El convenio anticipado es una de las piezas básicas del Proyecto de Ley Concursal, en la medida en que, además de constituir la única alternativa a los procedimientos preconcursales, intenta paliar la larga duración —e indirectamente el alto coste— del concurso de acreedores. Se trata, simplemente, de superponer la tramitación del convenio a la denominada primera fase o fase común, destinada a la determinación y cuantificación del activo y del pasivo concursal: «la regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales» (Exposición de Motivos, VI, párrafo tercero).

Sin embargo, sorprendentemente, el régimen de la propuesta anticipada de convenio —que se contiene en la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo 1.<sup>o</sup> del Título V, que regula el convenio y la liquidación como soluciones parcialmente alternativas (arts. 103 a 109)— no es aplicable a todos los deudores, sino únicamente a aquellos que cumplan una serie de requisitos de “merecimiento”. Estos requisitos se toman del especial procedimiento de suspensión de pagos diseñado en la Propuesta de Anteproyecto de 1995, pero sin reparar en la circunstancia de que en ese texto la suspensión de pagos era un procedimiento muy alejado del concurso previsto en el texto del Proyecto, de carácter extrajudicial y que, por tanto, debía reservarse para deudores especialmente merecedores de un trato privilegiado.

El art. 104 del Proyecto exige, en efecto, que el deudor o sus administradores actuales y anteriores no hayan sido condenados por determinados delitos económicos; que el deudor haya cumplido sus obligaciones contables en los tres últimos años, que se encuentre inscrito en el Registro Mercantil; que en los tres últimos años no haya estado inmerso en otro concurso, no haya realizado actos de disposición de bienes a título gratuito o a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas, o pagos anticipados, no haya realizado actos de superposición de garantías o en fraude de acreedores, y, finalmente, que no haya incumplido el deber de solicitar su concurso. No se alcanza a comprender por qué sólo pueden solucionar su crisis por esta vía los deudores que cumplan tan rigurosos requisitos. En realidad, se confunde la situación objetiva de la empresa con la conducta de sus titulares, olvidando la ya vieja idea francesa de la separación entre

el hombre y la empresa, de modo que la sanción al deudor —prohibición de convenio anticipado— acabaría recayendo sobre los acreedores, que verán reducido su grado de satisfacción por el aumento de los costes.

Además, el régimen especial previsto para la propuesta anticipada de convenio, en que destaca el sometimiento para su conclusión a un sistema de adhesiones o de tramitación escrita (v. art. 106) —y no al sistema de celebración de junta de acreedores—, es insuficiente. De un lado, porque existen normas contenidas en otras Secciones que, ante las frecuentes lagunas que se aprecian en la regulación específica de la propuesta anticipada, tienen que ser necesariamente aplicadas, a pesar de que se encuentran redactadas para la emisión del voto en junta de acreedores y no para la adhesión escrita (así, por ejemplo, el art. 121, que se refiere a la falta de derecho de voto de los titulares de créditos nacidos con posterioridad a la apertura del concurso). Y, de otro lado, porque no está clara la posibilidad de impugnación del convenio anticipado que haya sido aprobado por el Juez. No puede aplicarse a esta modalidad el régimen de la oposición a la aprobación judicial del convenio votado en junta de acreedores (art. 127); pero el Proyecto debería contener alguna norma específica para el caso de que la propuesta anticipada hubiera recibido adhesiones decisivas de quienes no fueran titulares legítimos de los créditos o dichas adhesiones se hubieran obtenido mediante maniobras que afectasen a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (art. 127.1).

## 2. El procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado constituía una de las principales novedades del Anteproyecto presentado en septiembre de 2001 sobre el aprobado con anterioridad por la Comisión General de Codificación, si bien la forma en que esa figura se había introducido en el texto había generado importantes deficiencias derivadas sobre todo de un doble regulación en lo relativo a la posibilidad de nombramiento de un solo administrador judicial (arts. 26.2.3.º y 190), doble regulación que en su mayor parte ha eliminado el Proyecto. Como sucedía con el convenio anticipado, el procedimiento abreviado —que aparece regulado en el Capítulo 2.º del Título VIII, integrado por los arts. 189 y 190— no es tampoco aplicable a todo tipo de deudores, sino que su *ámbito de aplicación* está delimitado por la concurrencia de tres presupuestos (art. 189), de los que se deduce con claridad que es un procedimiento reservado a los pequeños deudores:

A) En primer lugar, un presupuesto subjetivo: que el deudor sea una persona natural que no haya ejercido en los dos últimos años

una actividad profesional o mercantil o una persona jurídica que esté autorizada a presentar balance abreviado.

B) En segundo lugar, un presupuesto objetivo: que «la estimación inicial de su pasivo no supere los trescientos mil euros».

C) Y en tercer lugar, un presupuesto formal, en el sentido de que la decisión de admitir o no el procedimiento abreviado queda, sorprendentemente, al arbitrio judicial.

En cuanto a su *régimen jurídico*, se prevé la eventual *reducción a la mitad de los plazos* establecidos para la tramitación ordinaria (art. 190.1), así como la posibilidad de que exista un solo administrador judicial (arts. 190.2 y 26.2.3.º). La fórmula elegida para la reducción de la duración del concurso no puede dejar de suscitar dudas, que ya han sido planteadas tanto por los informes emitidos (Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Abogados) como por la doctrina (GARCÍA VILLAVERDE), por cuanto no ha tenido en cuenta que muchos de esos plazos están constituidos por números impares. Si se desea mantener un régimen jurídico especial para los pequeños concursos, resulta imprescindible no sólo modificar sustancialmente el texto del artículo que se ocupa de esta especialidad, sino también revisar el texto articulado para evitar aquellos números impares en los plazos procesales.