



Insolvencia y mercado de crédito

El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma

Aurelio Gurrea Martínez

*Profesor de Gobierno Corporativo, Regulación Financiera y Derecho Concursal
Singapore Management University*

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN INSOLVENCIA Y MERCADO DE CRÉDITO
TÍTULOS PUBLICADOS

- El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos**, *Luis Gómez Amigo* (2016).
- La homologación judicial de acuerdos de refinanciación**, *Fernando Azofra Vegas* (1ª edición, 2016; 2ª edición, 2017).
- El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma**, *Aurelio Gurrea Martínez* (2018).

COLECCIÓN INSOLVENCIA Y MERCADO DE CRÉDITO

Directora: MATILDE CUENA CASAS

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**EL DERECHO CONCURSAL
EN ESPAÑA: PROBLEMAS
ESTRUCTURALES Y
PROPUESTA DE REFORMA**

Aurelio Gurrea Martínez

*Profesor de Gobierno Corporativo, Regulación Financiera y Derecho Concursal
Singapore Management University*

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2018

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2018)
ISBN: 978-84-290-2092-2
Depósito Legal: M 38508-2018
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

AGRADECIMIENTOS

El autor quisiera dejar constancia de su profundo agradecimiento al profesor George Triantis por el tiempo, dedicación y comentarios realizados al artículo sobre el escaso uso del concurso de acreedores en España que sirve de base para el presente trabajo. Asimismo, también quisiera agradecer enormemente a los profesores John Armour, Robert J. Jackson, Jr., Mitchell Polinsky y Richard Squire las conversaciones mantenidas y/o la supervisión realizada de anteriores trabajos de investigación en materia concursal desde una perspectiva económica, que han dado lugar a varios artículos sobre los que se basa esta obra. De la misma manera, el autor quiere manifestar su más profundo agradecimiento al profesor Emilio Beltrán por haberle contagiado su pasión por el estudio y la mejora del Derecho concursal. Asimismo, por los valiosos comentarios, observaciones y discusiones sobre algunas de las propuestas que se realizan en este trabajo, el autor quisiera dar las gracias a Amanda Cohen, Matilde Cuenca, Alberto Fernández Matía, David García Bartolomé, Antonio Fuentes Bujalance, Rocío Marina Coll, Concepción Ordiz, Juana Pulgar, Jesús Quijano, Nydia Remolina, Felix Steffek, Adrián Thery y numerosos compañeros y amigos del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE), la Universidad de Harvard, la Universidad de Stanford y Dictum Abogados. Por otro lado, también agradecer a FIDE y, en particular, a su presidenta, Cristina Jiménez Savurido, y su directora académica, Carmen Hermida, el inestimable apoyo y entusiasmo puesto de manifiesto para

la presentación de las conclusiones preliminares de este trabajo en FIDE. Asimismo, también agradecer profundamente al cualificado grupo de expertos en Derecho de sociedades y Derecho concursal que amablemente participaron en las entrevistas realizadas como parte del estudio sobre el escaso uso del concurso de acreedores en España que sirve de base para la elaboración de esta obra. Finalmente, el autor quisiera dar las gracias a la profesora Matilde Cuena por la amable invitación a publicar este trabajo en la colección de estudios sobre Insolvencia y Mercado de crédito que dirige en la editorial Reus. Todas las opiniones y posibles errores puestos de manifiesto en esta obra son exclusividad del autor.

INTRODUCCIÓN

Un argumento tradicionalmente esgrimido para explicar el escaso uso del concurso de acreedores en España es la falta de cultura concursal de los empresarios españoles, que, tal vez, no tienen la misma visión del emprendimiento, el concurso y el fracaso empresarial que los empresarios de otros países de nuestro entorno. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no creemos que el escaso uso del concurso se deba a factores sociológicos o culturales. De hecho, todo lo contrario: la reticencia de los empresarios españoles a la utilización del concurso de acreedores supone la respuesta *racional* a un sistema que resulta escasamente atractivo.

Como será examinado, el origen de este problema reside en el modo tradicional de estudiar, entender y diseñar el Derecho concursal en España. En este sentido, la doctrina tradicional no ha analizado el Derecho concursal desde una perspectiva económica, o, si se quiere, teniendo en cuenta el impacto que el diseño —ni si quiera la utilización— del sistema concursal puede suponer, desde un punto de vista *ex ante*, en el comportamiento de los operadores. Por este motivo, apartándose de los clásicos modelos de sistema «prodeudor» o «proacreedor», el legislador español de 2003 ha conseguido crear algo único a nivel mundial: un sistema que, al mismo tiempo, resulta antideudor y antiacreedor.

El sistema concursal español resulta *antideudor* en la medida en que no permite una efectiva segunda oportunidad para el deudor persona natural que resulte ser honesto pero desafortunado. Asimismo, impone un excesivo régimen de responsabilidad de los administradores sociales,

al combinar la responsabilidad por insuficiencia de activo del Derecho francés, el régimen de inhabilitaciones del Derecho inglés, y la responsabilidad por daños que, con matices, se impone en el Derecho alemán. Finalmente, el legislador español mantiene el «etiquetado» de los deudores en una práctica como la calificación del concurso inexistente en las principales legislaciones de nuestro entorno, cuyo diseño y fundamento resulta altamente cuestionable. En nuestra opinión, si un deudor hubiera defraudado a sus acreedores, debería estar sujeto a sanciones penales; si un deudor incumpliera con las obligaciones esenciales de un usuario cualificado del tráfico mercantil, debería estar sujeto a un sistema de inhabilitaciones que pudieran apartarlo temporalmente del mercado; y si un deudor hubiera realizado actos concretos que generaran un daño a los acreedores, debería estar sujeto a un sistema de responsabilidad por daños. Pero mantener una sección cuyas consecuencias dependen del etiquetado del deudor como culpable (en los casos del art. 164.2 LC, incluso aunque pruebe que la insolvencia se ha generado de manera fortuita) puede generar varios escenarios indeseables, como el mantenimiento del estigma de la insolvencia, el diseño oportunista del concurso por parte del deudor, o, como será examinado, el etiquetado como culpable de posibles deudores insolventes por causas fortuitas.

Las consecuencias de un sistema concursal antideudor pueden ser gravemente perjudiciales para el crecimiento y competitividad de la economía española, al incentivar que los empresarios eviten a toda costa del concurso. Como siempre recuerdo a mis alumnos de Derecho concursal, la mejor forma de evitar la insolvencia es no realizar ninguna actividad empresarial, de consumo o de inversión, o bien evitar la utilización de deuda o la asunción de algún tipo de riesgo. Y estos son los ingredientes perfectos para perjudicar el emprendimiento, la innovación, la competitividad y la financiación de empresas en un país.

Asimismo, si un Derecho concursal resulta especialmente castigador con los deudores, la reticencia al concurso no sólo puede generar devastadores efectos *ex ante* (esto es, antes de que surja la insolvencia), sino también *ex post*: una vez el deudor deviene insolvente, tendrá incentivos a no solicitar el concurso. En su lugar, y salvo que lograra un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, optará por un «cierre de hecho» de la compañía en perjuicio de los acreedores menos sofisticados o, en el mejor de los casos, procederá a la solicitud de concurso en un momento temporal en el que existan pocas posibilidades de salvar un negocio potencialmente viable en el que, además, los activos del deudor probablemente

se hayan visto notablemente deteriorados, reduciéndose de esta manera la «tarta» disponible para la satisfacción de los acreedores.

Teniendo en cuenta los perjudiciales efectos económicos que puede suponer un sistema concursal antideudor, el lector podría pensar que el único motivo que justifica este diseño castigador del emprendimiento, la innovación y la financiación de empresas podría ser el favorecimiento de los acreedores o, si se quiere, de manera más general, el acceso al crédito. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Como será analizado, el Derecho concursal español, paradójicamente, también resulta *antiacreedor*. En primer lugar, la legislación concursal española no incentiva la solución eficiente de la insolvencia. A través de diversos mecanismos (apertura en todo caso de la sección de calificación en supuestos de liquidación, ausencia de responsabilidad concursal en supuestos de convenio, imposibilidad de los acreedores de forzar la liquidación de empresas inviables, etc.), el legislador incentiva el convenio frente a la liquidación, aunque se trate de empresas inviables o, lo que es peor, empresas viables mal gestionadas que podrían ser salvadas con la rápida «liquidación» de la sociedad y la venta en bloque de la empresa y/o sus unidades productivas a un tercero.

En segundo lugar, los acreedores ordinarios apenas gozan de protección en el concurso. Por un lado, no pueden crear un comité de acreedores, tal y como se permite en otros países de nuestro entorno. Por otro lado, tampoco cuentan con la cláusula del mejor interés de los acreedores que garantice que las condiciones eventualmente impuestas en un convenio a los acreedores disidentes serán iguales o mejores de las que podrían obtener bajo un hipotético escenario de liquidación. Asimismo, la satisfacción de los acreedores ordinarios se subordina a la de numerosos acreedores privilegiados por voluntad legislativa, entre los que se encuentran, con un cuestionado fundamento, los acreedores públicos. Por tanto, la existencia de estos privilegios provoca que el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios se vea reducido, ocasionando incluso, en perjuicio de la economía en su conjunto, posibles situaciones encadenadas de insolvencia de los propios acreedores, especialmente en aquellos casos en los que exista una alta exposición al deudor.

En tercer lugar, los acreedores asegurados no se encuentran debidamente protegidos frente el uso oportunista de la paralización de ejecuciones, no sólo por la imposibilidad de obtener una protección adecuada, sino también por el riesgo de que deudores inviables utilicen esta institución para la que sólo se exige que el bien objeto de la garantía real sea «necesario» para la actividad empresarial o profesional del deudor.

Finalmente, tanto acreedores privilegiados como ordinarios se encuentran perjudicados por el hecho de que en España no se respeta con rigor la regla de la prioridad absoluta, ya que se permite que los accionistas mantengan ciertos derechos económicos en la compañía (v. gr., la titularidad de las acciones) aunque existan acreedores disidentes que no vean satisfechos íntegramente sus derechos de créditos.

Como consecuencia de lo anterior, aunque el escenario concursal en España no resulte atractivo para los deudores, tampoco resulta mucho más favorable para los acreedores. En nuestra opinión, esta proeza del legislador concursal español no resulta una cuestión baladí para el crecimiento y competitividad de la economía española. Como se ha comentado, si un sistema concursal resulta *antideudor*, puede perjudicar, entre otros aspectos, el emprendimiento, la innovación y la solicitud tempestiva del concurso. Asimismo, un sistema concursal *antiacreedor* puede perjudicar el acceso al crédito, así como el emprendimiento, la competitividad y la financiación de empresas, ya que los acreedores probablemente impongan *covenants* más restrictivos, o pueden exigir determinadas garantías reales que incentive a los deudores a invertir en activos menos innovadores pero más susceptibles de ser ofrecidos en garantía (v. gr., inmuebles). Por tanto, la normativa antideudora y antiacreedora existente en España genera un grave perjuicio para el crecimiento y competitividad de la economía española.

Las consideraciones anteriores evidencian, por tanto, que la reticencia al uso del concurso por parte de los deudores —y acreedores— españoles no es un problema sociológico o cultural, sino más bien todo lo contrario: un comportamiento absolutamente racional. En este punto, el lector podría preguntarse por qué el legislador español ha podido diseñar una normativa que resulte, al mismo tiempo, antideudora y antiacreedora. Al fin y al cabo, los políticos podrían tener incentivos electoralistas a favorecer a determinados grupos de interés, pero nunca —queremos pensar— a toda la ciudadanía en su conjunto. A nuestro modo de ver, el problema no reside en la voluntad del legislador sino, más bien, en el modo en que tradicionalmente se ha entendido, estudiado y diseñado el Derecho concursal en España.

En este sentido, el Derecho concursal no ha sido analizado tradicionalmente desde una perspectiva económica, esto es, teniendo en cuenta el impacto que las reglas concursales pueden suponer en el comportamiento de los individuos y, en última instancia, en variables esenciales para la promoción del crecimiento económico tales como el emprendimiento, la

innovación y el acceso al crédito. Al mismo tiempo, creemos que, a pesar de la existencia de numerosos trabajos de investigación describiendo o analizando la legislación concursal en otros países de nuestro entorno, tampoco se realizan demasiados ejercicios de «comparación», que es un actividad que, por lo general, exige: (i) identificar el problema que se pretende resolver en una determinada jurisdicción local; (ii) identificar las soluciones regulatorias extranjeras que pretenden dar respuesta a unos problemas que, en ocasiones, resultarán similares; (iii) examinar el fundamento de las posibles soluciones extranjeras en la jurisdicción de origen; (iv) evaluar las posibles divergencias entre las soluciones extranjeras y locales; y (v) examinar la deseabilidad de una posible solución extranjera en el Derecho local y viceversa, teniendo en cuenta las particularidades legales, económicas, sociales, culturales e institucionales de cada país.

La falta de análisis del Derecho desde una perspectiva económica y (verdaderamente) comparada agrava el problema de la falta de innovación que se ha dicho que existe en la academia jurídica española¹. En consecuencia, se reducen las posibilidades de contribuir a la mejora de las leyes y las instituciones, habida cuenta del papel esencial que puede jugar la academia en el diseño, aplicación y posible mejora del Derecho. En efecto, los académicos, en primer lugar, son los responsables de la formación de abogados, jueces y otros actores jurídicos. Por tanto, contribuyen al modo en que se piensan, analizan y resuelven los problemas jurídicos, contribuyendo de esta manera a la aplicación e interpretación del Derecho. En segundo lugar, los investigadores de Derecho tienen la posibilidad —y el deber— de proponer ideas y generar debates que, en última instancia, puedan suponer una mejora de las leyes vigentes. Finalmente, y a través de instituciones como la Comisión General de Codificación (inexistente en otros países de nuestro entorno, que, a nuestro juicio, con mejor criterio, prefieren optar por comisiones de expertos *ad hoc*), la academia participa activamente en el proceso legislativo².

Por tanto, a pesar de que esta obra ponga de manifiesto los problemas fundamentales que, a nuestro juicio, subyacen en la legislación concursal española, y realice una serie de propuestas para mejorar la eficiencia y

¹ Resaltando el problema de la falta de innovación en la academia jurídica española, véase por todos Gabriel Doménech, *Que innoven ellos: Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora*, INDRET 2, 2016.

² Aurelio Gurrea Martínez, *Implicaciones económicas de la falta de innovación en la academia jurídica española*, EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, marzo-abril 2017, pp. 64-71.

atractivo del concurso de acreedores, quizás el principal mensaje que pretende transmitir este trabajo es que necesitamos cambiar el modo tradicional de estudiar, entender y diseñar el Derecho concursal en España. De lo contrario, se estará privando a los ciudadanos del potencial que tiene el Derecho y, en este contexto, el Derecho concursal, para contribuir al crecimiento y competitividad de la economía española. Y es que no conviene olvidar que el Derecho, además de ser un instrumento de tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, también constituye un poderoso mecanismo para la promoción del crecimiento económico y la mejora del bienestar colectivo. Por tanto, esperamos que esta obra no sólo ayude a cuestionar y mejorar el diseño de la Ley Concursal, sino también a reflexionar sobre la función social de los investigadores de Derecho y el modo en que estudiamos, entendemos y diseñamos el Derecho concursal en España.

Aurelio Gurrea Martínez
Singapur, 8 de octubre de 2018

I. CÓMO HACEMOS Y ENTENDEMOS EL DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA³

1. EL IMPACTO DEL DERECHO CONCURSAL EN LA PROMOCIÓN DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LA MEJORA DEL BIENESTAR COLECTIVO

El Derecho concursal es un área del ordenamiento jurídico que, con independencia de que exista *o no* una situación de insolvencia, puede tener un impacto significativo en el acceso y coste del crédito, la estructura económica y financiera de las empresas, y el nivel de innovación y emprendimiento de un país⁴. Sin embargo, la mayor parte de estos

³ El título del presente capítulo tiene su inspiración en el célebre trabajo de Cándido Paz-Ares, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, en Cándido Paz-Ares (coord.), *TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA*, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 159-205, en el que el autor realiza una crítica al modo tradicional en que se ha entendido y diseñado el Derecho de sociedades en España.

⁴ Para una visión general del impacto que el Derecho concursal puede tener en el emprendimiento, la innovación, el acceso al crédito, la estructura económica y financiera de las empresas y la promoción del crecimiento económico, véase, en general, Philippe Aghion, Oliver Hart y John Moore, *The Economics of Bankruptcy Reform*, *JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION*, Vol. 8 (3), 1992, pp. 523-546; Raghuram G. Rajan y Luigi Zingales, *What Do We Know about Capital Structure? Some Evidence from International Data*, *THE JOURNAL OF FINANCE*, Vol. 50 (5), 1995, pp. 1421-1460; Oliver Hart, *Different approaches to bankruptcy*, *NBER WORKING PAPER NÚM. 7921*, 2000; Rafael La Porta, Florencio López de Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny, *Legal Determinants of External Finance*, *JOURNAL OF FINANCE*, Vol. 53 (3), 1997, pp. 1131-1150; Rafael La

factores, que contribuyen a la mejora del bienestar colectivo desde un punto de vista *ex ante* (esto es, exista o no una situación de insolvencia), suelen ser omitidos del estudio tradicional del Derecho concursal.

Porta, Florencio López de Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny, *Law and Finance*, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY, Vol. 106, 1998, pp. 1113-1155; Ross Levine, *Law, Finance, and Economic Growth*, JOURNAL OF FINANCIAL INTERMEDIATION, Vol. 8, 1999, pp. 8-35; Jeremy Berkowitz y Michelle J. White, *Bankruptcy and Small Firms' Access to Credit*, THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS Vol. 35, 2004, pp. 69-84; Kenneth Ayotte, *Bankruptcy and Entrepreneurship: The Value of a Fresh Start*, JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION Vol. 23 (1), 2007, pp. 161-185; John Armour y Douglas Cumming, *Bankruptcy Law and Entrepreneurship*, AMERICAN LAW AND ECONOMICS REVIEW, Vol. 10(2), 2008, pp. 303-350; Sergei A. Davydenko y Julian R. Franks, *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Default in France, Germany and the UK*, THE JOURNAL OF FINANCE, Vol. 63 (2), 2008, pp. 565-608; Viral V. Acharya y Krishnamurthy Subramanian, *Bankruptcy Codes and Innovation*, REVIEW OF FINANCIAL STUDIES, Vol. 22, 2009, pp. 4949-4988; Viral V. Acharya, Rangarajan K. Sundaram y Kose John, *Cross-Country Variations in Capital Structures: The Role of Bankruptcy Codes*, 20 JOURNAL OF FINANCIAL INTERMEDIATION, Vol. 20, 2011, pp. 25-54; John Armour, Antonia Menezes, Mahesh Uttamchandani y Kristin van Zwieten, *How do Creditor Rights Matter for Debt Finance? A Review of Empirical Evidence*, en Frederique Dahan (dir.), RESEARCH HANDBOOK ON SECURED FINANCING OF COMMERCIAL TRANSACTIONS, Edward Elgar, 2015, pp. 3-25. Téngase en cuenta que aunque esta obra versa sobre Derecho concursal, nos centraremos especialmente en las situaciones de insolvencia empresarial y en las deficiencias estructurales que tiene la Ley Concursal en el ámbito de las sociedades mercantiles. Por este motivo, la mayoría de afirmaciones realizadas en este trabajo deben entenderse referidas a sociedades, sin perjuicio de que, en ocasiones, nos refiramos a la persona física, o de que muchos argumentos sirvan para ambos sujetos. Los problemas y particularidades de la regulación de la insolvencia de la persona física serán abordados de manera específica en el apartado 9 del capítulo V. Por tanto, recomendamos al lector tener en cuenta esta consideración, habida cuenta de las distintas funciones que puede cumplir el Derecho concursal en el contexto de las sociedades y de las personas físicas. A modo de ejemplo, mientras que, en el ámbito de la persona física, el objetivo principal del Derecho concursal es (o debería ser) ofrecer un «seguro» para el deudor honesto y desafortunado que devenga insolvente y, de esta manera, no sólo otorgar una «segunda oportunidad» para estos deudores sino también incentivar un comportamiento más eficiente y responsable *ex ante* para todos los deudores, la función del Derecho concursal en el ámbito de las sociedades suele estar asociada con la asignación eficiente de los recursos del deudor (que, en el caso de empresas *viables*, es un objetivo que se identificará con la reorganización de la empresa en crisis), la maximización del grado de satisfacción de los acreedores, así como la promoción del emprendimiento, la innovación y el acceso al crédito. Sobre los objetivos generales del Derecho concursal, y cómo difieren en el caso de deudores persona física y jurídica, puede verse, Barry E. Adler, Douglas G. Baird y Thomas H. Jackson, BANKRUPTCY: CASES, PROBLEMS AND MATERIALS, Foundation Press, 4ª Edición, 2007, pp. 21-30.

Por lo general, el estudio del Derecho de la insolvencia en España se ha realizado desde una perspectiva *ex post* (esto es, analizando el diseño de las instituciones concursales una vez que se produce la insolvencia), de carácter eminentemente interpretativo y, además, sin considerar el impacto que el diseño de las instituciones concursales puede suponer en el comportamiento de los operadores. Es decir, la doctrina concursalista tradicional ha obviado, con carácter general, el impacto que el *diseño* —ni siquiera la utilización— del sistema concursal puede suponer en el modo en que se comportan los individuos y, por tanto, el modo en que el Derecho concursal puede impactar en variables esenciales para la promoción del crecimiento económico tales como el acceso y coste del crédito (que son factores que dependerán en buena medida del tratamiento que reciban los *acreedores* en el concurso), o el emprendimiento, la utilización de deuda, la asunción de riesgos o la solicitud tempestiva del concurso (que son factores que dependerán en buena medida del tratamiento que reciba el *deudor* en el concurso).

Asimismo, este análisis *ex post* del Derecho concursal ha parecido asumir que, como una situación de insolvencia genera, inevitablemente, un daño para los acreedores, el Derecho concursal no sólo tiene que promover la satisfacción de los acreedores (*función solutoria*) y el mantenimiento de la empresa insolvente (*función conservativa*), sino que, además, también debe sancionar a quienes hubieran provocado este escenario desfavorable que, se supone, genera la insolvencia (*función sancionadora*).

Lógicamente, este análisis *ex post* del Derecho concursal no tiene en consideración los beneficios *ex ante* que, para un sistema económico, puede suponer una situación de insolvencia. En efecto, una situación de insolvencia implica, por lo general, que, con carácter previo, han concurrido, al menos, tres factores: (i) emprendimiento, consumo o inversión; (ii) asunción de riesgos; y (iii) asunción de deuda. Y estos tres elementos resultan esenciales para la promoción del crecimiento económico y la mejora del bienestar colectivo de un país. Por tanto, sancionar la insolvencia es sancionar el emprendimiento, la innovación y la obtención de crédito. Y este es, a nuestro modo de ver, el *objetivo contrario* que debería promover cualquier legislador en una economía moderna⁵. Ello no

⁵ Cuestión distinta sería evitar la asunción *irresponsable* de deuda o riesgos. Sobre los riesgos, la respuesta regulatoria sería difícil y, salvo que se trate de una entidad cuya situación de insolvencia pueda generar externalidades negativas para el sistema (v. gr., entidad financiera), probablemente indeseable. Sobre la asunción responsable de

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| AGRADECIMIENTOS | 5 |
| INTRODUCCIÓN..... | 7 |
| I. CÓMO HACEMOS Y ENTENDEMOS EL DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA | 13 |
| 1. El impacto del Derecho concursal en la promoción del crecimiento económico y la mejora del bienestar colectivo | 13 |
| 2. El análisis <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> del Derecho concursal | 16 |
| 3. Las funciones tradicionalmente asignadas al Derecho concursal .. | 22 |
| 4. Las funciones de un Derecho concursal moderno y eficiente | 31 |
| 4.1. Introducción..... | 31 |
| 4.2. La función <i>ex post</i> del Derecho concursal..... | 31 |
| 4.2.1. La minimización de los costes directos e indirectos generados por una situación de insolvencia..... | 31 |
| 4.2.2. La asignación eficiente de los activos del deudor | 38 |
| 4.3. La función <i>ex ante</i> del Derecho concursal | 39 |
| 4.4. Conclusión | 39 |
| II. EL ESCASO USO DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN ESPAÑA: ¿UN PROBLEMA CULTURAL?..... | 43 |
| 1. Introducción | 43 |
| 2. Motivos e implicaciones económicas del escaso uso del concurso de acreedores en España | 45 |
| 3. La proeza del legislador concursal español (o cómo construir un sistema concursal antideudor y antiacreedor)..... | 51 |
| 4. Factores no concursales relevantes para la minimización del riesgo de insolvencia en España | 56 |
| 5. Consideraciones finales | 57 |

| | |
|--|-----------|
| III. LA INCOMPRESIBLE ESTIGMATIZACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN COMO SOLUCIÓN DEL CONCURSO | 61 |
| 1. Introducción | 61 |
| 2. Por qué un alto número de liquidaciones no constituye necesariamente un problema | 62 |
| 3. Reflexiones finales..... | 64 |
| IV. LOS PROBLEMAS DE LA LEY CONCURSAL | 67 |
| 1. Introducción | 67 |
| 2. Problemas técnico-formales e interpretativos..... | 68 |
| 3. Problemas de aplicación..... | 68 |
| 4. Los problemas estructurales de la Ley Concursal | 72 |
| V. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL | 77 |
| 1. Supresión o subsidiaria reforma de la sección de calificación del concurso..... | 77 |
| 2. Promoción de la solución eficiente de la insolvencia..... | 83 |
| 2.1. Abolición de la incomprensible preferencia del convenio a la liquidación..... | 84 |
| 2.1.1. Introducción..... | 84 |
| 2.1.2. Los fundamentos implícitos del favorecimiento del convenio..... | 85 |
| 2.1.3. Los perjuicios económicos generados por la incomprensible preferencia del convenio sobre la liquidación | 87 |
| 2.2. Implementación de la cláusula del mejor interés de los acreedores..... | 88 |
| 2.3. Valoración de la empresa e identificación de empresas inviables..... | 90 |
| 2.4. Deber de la administración concursal de solicitar la liquidación en supuestos de falta de actividad del deudor..... | 92 |
| 2.5. Posibilidad de los acreedores de forzar la liquidación de empresas inviables..... | 93 |
| 2.6. Posibilidad de los acreedores de forzar la venta de activos durante la fase común..... | 93 |
| 2.7. Facilitación de compraventa de activos y empresas en concurso | 95 |
| 2.8. Apertura automática de liquidación como regla general del concurso..... | 98 |
| 3. Reforma del régimen de responsabilidad de los administradores sociales | 102 |
| 4. Reducción de privilegios del crédito público | 111 |
| 5. Comité de acreedores y protección de acreedores ordinarios | 114 |

| | |
|--|------------|
| 6. Protección adecuada de acreedores asegurados y paralización de ejecuciones..... | 114 |
| 7. Interpretación restrictiva de los créditos contra la masa..... | 118 |
| 8. Apertura automática del procedimiento concursal con la solicitud de concurso voluntario..... | 121 |
| 9. Incorporación de un régimen efectivo de segunda oportunidad para el deudor honesto pero desafortunado..... | 125 |
| 10. Incorporación y respeto de la regla de prioridad absoluta..... | 131 |
| 11. Nombramiento y profesionalización de la administración concursal..... | 135 |
| 11.1. Introducción..... | 135 |
| 11.2. La superioridad del nombramiento judicial sobre otros modelos alternativos..... | 136 |
| 11.2.1. Nombramiento del administrador concursal por el propio deudor..... | 136 |
| 11.2.2. Nombramiento del administrador concursal por los acreedores..... | 138 |
| 11.2.3. Los administradores concursales como funcionarios públicos..... | 139 |
| 11.2.4. La posible implementación de un deudor en posesión en España..... | 140 |
| 11.3. Hacia un modelo reforzado de administración concursal nombrado por el juez del concurso..... | 143 |
| 12. Flexibilización y desjudicialización del procedimiento concursal. | 146 |
| 13. La necesaria reforma de la acción rescisoria concursal..... | 147 |
| 13.1. Introducción..... | 147 |
| 13.2. La irrelevancia del estado de insolvencia en el momento de realización del acto rescindible..... | 150 |
| 13.3. La irrelevancia del estado de insolvencia en el momento de ejercitar la acción rescisoria..... | 154 |
| 13.4. La naturaleza del crédito de restitución..... | 155 |
| 13.5. Mecanismos alternativos a la rescisión de la operación..... | 156 |
| 13.6. Conclusiones..... | 157 |
| 14. Supresión de la subordinación automática de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor..... | 158 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 161 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA..... | 165 |

