

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS

Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

ACERCA DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LA RESCISIÓN CONCURSAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (I)

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil y Director del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1.- ¿Es el único medio de salvar las refinanciaciones?

0. En esta Nota examinamos los problemas de aplicación y sistemáticos del nuevo régimen de revocación concursal relativa a los acuerdos de refinanciación, contenido en el art. 8 Tres DL Ley 3/2009, que incorpora al respecto una nueva Disposición Adicional 4ª en la LC.

1. No está claro que la nueva Disposición Adicional 4ª de la LC (introducida por el art. 8 Tres RD Ley 3/2009) permita alcanzar plenamente los objetivos de la reforma (evitar que la rescisión concursal alcance a las operaciones de refinanciación previas al concurso - y a las garantías constituidas o ampliadas con ocasión de tales operaciones-). Al preverse el "blindaje" de ciertas operaciones sólo cuando concurren ciertos requisitos, se corre el riesgo de que se termine interpretando el sistema en el sentido de que *todas las demás* operaciones de refinanciación -todas las que no entran perfectamente en el marco de la referida disposición adicional- son rescindibles.

2. Creemos que esta interpretación no debe ser compartida. Cuando se den los requisitos de la nueva Disposición Adicional 4ª LC no habrá rescisión, de manera que no se aplicarán ni el artículo 71.1 LC ni el 10 LMH (no será

procedente siquiera preguntarse por la existencia de perjuicio -aunque, como veremos más adelante, quizás para determinar que se dan tales requisitos sea preciso entrar a valorar el "mérito" de la operación-). Cuando, por el contrario, dicha disposición no sea aplicable habrá que estar al régimen general del artículo 71 LC, lo que significa que -fuera del ámbito de la reforma- la cuestión se sigue planteando en los mismos términos en los que lo venía haciendo previamente. La norma no establece que, para ser inmunes a la rescisión, los acuerdos de refinanciación deban someterse a los requisitos internos y externos de la nueva Disposición Adicional 4ª LC, sino que no serán objeto de rescisión concursal los acuerdos que satisfagan estos requisitos. Mas con tal enunciado es claro que otros acuerdos pueden ser igualmente inmunes, sólo con probarse que no comportan "perjuicio" concursal en el sentido del art. 71 LC. La norma no dice directa ni indirectamente que los otros acuerdos de refinanciación comportarán perjuicio a la masa.

3. En especial debe recordarse cómo la sección 15ª de la AP Barcelona acaba de dictar una sentencia admitiendo que las refinanciaciones por novaciones de créditos preexistentes pueden ser resistentes a la rescisión concursal si la novación mejora (por interés del crédito, pero también por otra razón) la

posición deudora del concursado. No tenemos elementos de juicio que nos permitan aún contrastar la línea consagrada por el RD Ley con la línea de pensamiento antiformalista y más razonable de la AP de Barcelona.

2.- Sobre la definición de acuerdo de refinanciación (requisitos "internos")

4. Los acuerdos de refinanciación incluidos en el ámbito de la Disposición Adicional 4ª LC son los que producen uno de estos dos efectos:

- (i) Generar un aumento significativo del crédito disponible ("se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible"). Deberá producirse un nuevo esfuerzo inversor y un incremento del riesgo asumido por parte del refinanciador. No es refinanciación, a estos efectos, conceder justo el crédito necesario para saldar una obligación previa, del propio financiador o de un tercero. De otra parte, la utilización del adjetivo "significativo" implica que el "nuevo" crédito no puede ser inapreciable en atención a las dimensiones de la empresa del deudor y el volumen de su actividad económica y de su pasivo.
- (ii) Suponer la "modificación" (se entiende que favorable, o, al menos no perjudicial para el deudor) de las obligaciones existentes. Esta modificación deberá tener lugar bien mediante una prórroga del plazo de vencimiento bien mediante "el establecimiento de otras [obligaciones] contraídas en sustitución de aquéllas".
- (iii) Los acuerdos "habrán de responder a un plan de viabilidad" que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

5. Se suscitan varias cuestiones sobre estos requisitos internos:

- (i) A pesar de que la Ley no lo precisa, cabría dudar de que cualquier modificación de las obligaciones preexistentes sirva para cualificar el acuerdo alcanzado como "acuerdo de refinanciación" en el sentido legal. Podría entenderse que sólo merecerían tal calificación las modificaciones que no perjudiquen a la masa (con lo cual volvería a surgir el problema esencial del artículo 71.1 LC). Salvo que pensemos que basta que el acuerdo satisfaga los requisitos internos (en especial, el plan de viabilidad) y los externos a los que luego nos referimos. Entendemos que esta segunda es la interpretación correcta, y no puede reintroducirse la incertidumbre concursal que supondría entregar a la apreciación individual de jueces y administradores concursales la decisión sobre si el acuerdo de refinanciación es, a pesar del cumplimiento de los requisitos previstos, perjudicial para el concurso.
- (ii) Todas las modificaciones distintas de una "prórroga" quedan amparadas por la norma si consisten en el establecimiento de otras obligaciones en sustitución de las originarias. Quedan comprendidas en esta expresión las novaciones consistentes en la modificación de los tipos de interés y otras modificaciones parciales equivalentes. Observemos que la norma no exige que se produzca una novación extintiva total de la entera obligación preexistente, por lo que las novaciones parciales entran también en el supuesto ("modificación de sus obligaciones").

(iii) Mas el término "establecimiento de otras [obligaciones] contraídas en sustitución" de las originarias es lo bastante amplio como para cubrir acuerdos de refinanciación en los que (simplemente) una obligación preexistente se declare extinguida y sustituida por otra nueva (eventualmente garantizada), aunque no se produzca modificación de contenido que pueda considerarse a priori favorable a los intereses del concurso; ni tampoco del plazo. Es probable que esta interpretación resulte demasiado laxa, y que no pueda considerarse propiamente "refinanciación" una operación de este tipo, ni es imaginable cómo puede una novación de esta clase responder a un plan de viabilidad. Lo que, ciertamente, no es refinanciación cubierta es la simple creación de una garantía ulterior en seguridad de una obligación preexistente que no se nova ni se amplía.

(iv) Consideremos ahora el acuerdo de refinanciación con nuevo crédito y provisión de una garantía que asegure el nuevo crédito y el viejo no garantizado. Este acuerdo está cubierto por la norma, desde luego, si hay prórroga del plazo de la antigua. Pero incluso sin ello, ya que se ha producido una "ampliación significativa del crédito disponible", y esto salva el acuerdo, aunque esta ampliación se haga al precio de garantizar también la obligación preexistente garantizada. Es decir, y ello es importante, una refinanciación con nuevo crédito permite sortear la prohibición concursal de garantizar créditos preexistentes (art. 71.3.2ª LC).

(v) Los acuerdos "habrán de responder a un plan de viabilidad". No quiere

decirse que los acuerdos deban ser necesariamente eficaces pro futuro, sino que tienen que estar casualizados a la existencia de un plan de esta clase, que muy bien puede resultar fallido, sin que ello afecte a la "inmunidad" del acuerdo. Lo mismo ha de decirse de la condición de que el plan "permita la continuidad de la actividad". Quiere indicarse que debe tratarse de un plan orientado a esta continuidad a corto y medio plazo, pero no que deba tener éxito en este propósito. Por lo demás, el plan de viabilidad forma parte del acuerdo de refinanciación, y es producido por los protagonistas del acuerdo. Lo que hace sospechar que puede convertirse en el futuro en un simple trámite superable con formalismos.

3.- Sobre los requisitos "externos" del acuerdo.

6. La exclusión del ámbito de la rescisión concursal requiere que el acuerdo de refinanciación:

(i) Sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos los 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

(ii) Sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor, conforme al procedimiento del art. 338 y sigts del RRM. El informe contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales del mercado en el momento de la firma del acuerdo.

(iii) El acuerdo deberá formalizarse en instrumento público.

7. Hay dos posibles interpretaciones de la mayoría exigida de 3/5:

(i) Es preciso que la refinanciación sea concedida por acreedores que representen el 60 por 100 del pasivo, esto es, que se refinance cuando menos ese porcentaje del pasivo. Sería el caso cuando la prórroga o las nuevas condiciones afecten a créditos que superen esa proporción. Quizás esta interpretación resulte excesivamente rigurosa.

(ii) Basta con que –independientemente del volumen de deuda refinanciado– consientan el acuerdo los 3/5 del pasivo. Esto quizás sea lo que pretendió el legislador, pero la solución plantea diversos problemas.

- Hay que tener en cuenta que computarían para este consentimiento también los créditos privilegiados (incluso aquellos con garantías de mayor rango o constituidas sobre otros activos) y los que van a ser subordinados en caso de concurso (créditos de los socios mayoritarios o administradores), lo cual permite tomar la decisión sobre la rescindibilidad futura de la operación a quien puede no tener interés en el asunto (o tenerlo muy limitado) y, desde luego, posibilita todo tipo de maniobras más o menos inconfesables.

- Computan los créditos existentes a la fecha de adopción del acuerdo, lo cual supone trasladar la decisión a sujetos que pueden no ser ya acreedores en el momento del eventual concurso. En suma, acreedores no concursales terminan decidiendo el

futuro de los concursales (y téngase en cuenta que el acuerdo de refinanciación no es público...). Más aún, el propósito del acuerdo podría ser satisfacer a estos acreedores precisamente para ponerles al abrigo del peligro de devenir acreedores concursales.

- Las circunstancias anteriores confirman que, en ausencia de un procedimiento, de un órgano director y de unas reglas de juego, las mayorías de 3/5 pueden reproducir toda clase de manejos, no muy distintos de los acuerdos paraconcursoales en el antiguo sistema jurídico de la suspensión de pagos. ¿Cómo se impugnarían acuerdos de esta clase? No existe propiamente un procedimiento de impugnación, pues el acuerdo es un negocio puramente contractual de terceros, y no un negocio colegial. La impugnación tendrá lugar en el propio proceso rescisorio que se inste para impugnar los acuerdos de refinanciación *precisamente* por la existencia del abuso que se denuncia.

- El acuerdo de refinanciación no tiene que producirse necesariamente en las condiciones del nuevo art. 5.3 LC, reformado por el art. 10 Uno del RD Ley. Este precepto se refiere a “negociaciones (del deudor) para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”, con la virtualidad de que durante las mismas quedará eximido el deudor de solicitar la declaración de concurso. Un acuerdo de refinanciación no tiene que incorporarse a una propuesta anticipada del convenio, ni hay limitaciones temporales entre estos acuerdos y la declaración del concurso, ni las

reglas para el cálculo de las mayorías exigidas a estas propuestas anticipadas se aplicarán a los acuerdos de refinanciación que no se incorporen a una propuesta de esta naturaleza.

- 8.** Estas "adhesiones" podrán obtenerse de forma sucesiva y no se requiere unidad de acto. Incluso cabe que se obtenga la mayoría exigida una vez ya declarado el concurso (salvo para los acuerdos previos al 1 de abril, en cuyo caso está condición habrá de cumplirse antes de la declaración - Disposición Transitoria 4ª).

En todo caso, parece que el pasivo que represente el propio acreedor refinanciador debe computarse para alcanzar los 3/5. Pero, ¿qué ocurre si no era acreedor antes? Y si ya era acreedor y concede nuevo crédito, ¿la parte incrementada sirve para computar el 60 por 100? Seguramente sí.

- 9.** La exigencia de una mayoría determinada, sin existir un procedimiento colegial de convocatoria, quórum, recuento y calificación, ni una autoridad u órgano institucional competente para impulsar y controlar el procedimiento, es de tal punto desacertada y absurda, que necesariamente conducirá al fracaso a los procesos de refinanciación acomodados a la norma, salvo que se trate de concursos en los que los acreedores financiadores sean pocos, estén concentrados, o actúen sindicadamente por medio de un agente. Fuera de estos supuestos, no habrá modo de poder cerciorarse "informalmente" de la cuantía del pasivo, ni habrá incentivos de ninguna clase para que los acreedores individuales emprendan oficiosamente el camino peligroso de conducir un proceso de refinanciación extraconcursal.

- 10.** No hay ninguna secuencia temporal necesaria para la emisión del informe

de experto. Puede ser emitido durante el concurso. O como dictamen o prueba pericial en el mismo juicio rescisorio. Pues lo esencial es que exista un informe aprobatorio, no que los financiadores hayan actuado sobre la base de este informe. El informe no es una autorización, ni de hecho es preciso que se trate de un informe favorable. Pero si no reúne esta condición será difícil que la operación vaya a resultar inmune a la acción rescisoria.

4.- Sobre la legitimación activa

- 11.** Frente a la legitimación subsidiaria que el artículo 72.1 LC reconoce a los acreedores, la nueva disposición adicional 4ª establece que sólo la administración concursal estará legitimada para ejercitar las acciones de impugnación contra estos acuerdos (como en relación con las hipotecas del art. 10 LMH).

Precisiones:

- (i) Naturalmente, no se refiere a los acuerdos que cumplan todos los requisitos de la Disposición Adicional 4ª, porque éstos –precisamente por cumplirlos- no son rescindibles. Lo que la Ley parece querer decir es que, tratándose de acuerdos de refinanciación en el sentido del primer apartado de la Disposición, la estimación sobre la concurrencia de los demás requisitos y, por tanto, la decisión sobre si impugnar o no, queda en manos exclusivas de la administración concursal.
- (ii) Estas reglas afectan incluso a las acciones impugnatorias no propiamente concursales (art. 71.6 LC).

5.- Sobre el art. 10 LMH

- 12.** La inclusión del artículo 10 LMH entre la "legislación especial" a los efectos de la Disposición Adicional 2ª de la Ley Concursal (art. 8 Cuatro RD Ley 3/2009) resulta de muy escasa

relevancia (o, directamente, intranscendente): esta disposición se refiere, en efecto, a los concursos de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, aseguradoras y miembros de los mercados de valores. Pero en el supuesto habitual los bancos no son los concursados sino, precisamente, acreedores concursales con garantía hipotecaria.

13. Precisamente por ello sorprende la referencia al artículo 10 LMH que se contiene en la Disposición Transitoria 4ª del RDL 3/2009. Naturalmente que a los acuerdos anteriores al 1 de abril con respecto a los que no se hayan cumplido antes del concurso los requisitos previstos en la DA 4ª les será de aplicación el art. 10 LMH. Mas esto es obvio, y no lo es el extraño énfasis de la especial mención al art. 10 LMH. Pues de lo que precisamente se trata es de saber si el art. 10 LMH es una vía subsistente y autónoma para salvar la validez de los acuerdos de refinanciación garantizados con hipoteca inmobiliaria, cuando se cumplan los requisitos establecidos por los arts. 2 y sigts. de la LMH. Especialmente, la duda apremiante es si estas estas garantías son inmunes a la rescisión incluso aunque se otorgaran en seguridad de créditos preexistentes. La cuestión sigue abierta, aunque hay que reconocer que es de escasa importancia práctica, pues la posibilidad de que las garantías constituidas conforme al art. 10 LMH puedan ser impugnadas por "fraude" supone- conociendo la práctica jurisprudencia relativa a las acciones paulianas ordinarias- que los acreedores financieros con garantía hipotecaria entran la rescisión con la misma incertidumbre que lo harían si estas hipotecas hubieran estado expuestas a la rescisión ordinaria

basada en el "perjuicio" del art. 71 LC. En el estado actual de nuestro desarrollo jurisprudencial, no hay diferencia entre condicionar la impugnación al "perjuicio" o al "fraude".

6. Régimen transitorio

14. Se aplicará el nuevo régimen a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de la entrada en vigor del RD Ley 3/2009, así como a los negocios, actos y pagos y a las garantías que sean ejecución de estos acuerdos siempre que se cumplimenten los requisitos establecidos por la nueva ley antes de haberse solicitado concurso del deudor (Disposición Transitoria 4ª RD Ley 3/2009).

7.- Garantías por créditos preexistentes y garantías a favor de insiders

15. Lo más sorprendente del nuevo régimen rescisorio vuelve a estar en la Disposición Adicional 4ª (nueva) de la LC. Si los acuerdos de refinanciación satisfacen los requisitos internos y externos, ni aquéllos, ni los actos ejecutivos ni las garantías constituidas "estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1". ¿Mas qué ocurre con el art. 71.3, y las presunciones de perjuicio que contiene en estos dos supuestos de constitución de garantías reales? ¿Queda eliminada igualmente la presunción de perjuicio en tales casos? ¿Es el nuevo régimen una excepción únicamente al art. 71.1, pero deja abierta la impugnabilidad rescisoria (con presunción de perjuicio) cuando las garantías se constituyan a favor de créditos preexistentes o de sujetos especialmente relacionados con el deudor? ¿O subsiste la presunción como tal, pero se desactiva la legitimación para pretender la rescisión?

16. Sin duda hay que distinguir. Parece evidente que el nuevo régimen afecta (y especialmente afecta) a las garantías otorgadas para refinanciación de deudas preexistentes, que pueden estar a su vez garantizadas, pero que pueden igualmente no estarlo. Sería absurdo y contrario a las posibilidades abiertas por la norma que la refinanciación de estas deudas preexistentes no garantizadas pudiera quedar sujeta residualmente al régimen concursal del que se trata de salir. En cambio, no tiene sentido que se mantenga la inmunidad concursal cuando las garantías se han constituido a favor de *insiders* del deudor, por mucho que sus créditos sumen los 3/5 del pasivo exigido, y que cuenten con el resto de los requisitos externos o internos. Pues no tiene ninguna justificación mantener incólumes estas garantías de refinanciación cuando sus propios créditos van a pasar a ser subordinados en el concurso, a pesar del cumplimiento de los requisitos impuestos por la nueva norma. Con todo, a poco que se considere en detalle se aprecia que el problema expuesto no tiene enjundia práctica. El crédito del *insider* es siempre un crédito subordinado, y la garantía constituida en seguridad de este crédito será anulada por el art. 97.2 LC, que no ha sido afectado por la reforma.

MADRID
Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA
Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO
Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA
Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA
Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO
Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS
Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS
Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES
Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

EXPLICACIÓN DE LA REFORMA CONCURSAL 2009 (II): CRÉDITOS GARANTIZADOS CON FIANZA

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil y Director del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Situación precedente. El Real Decreto Ley ha optado por la solución más justa, eficiente y razonable, de las opciones interpretativas que existían al respecto sobre la interpretación del art. 87.6 LC. Como es sabido, existían dos propuestas teóricas al respecto, y dos posicionamientos jurisprudenciales. Conforme al primero, bastaba que el acreedor tuviera un garante personal para que en el concurso se calificara el crédito de aquél y del garante de acuerdo con la calificación más favorable al concurso, entre las que correspondieran al acreedor o al fiador. Conforme al segundo, el acreedor con garantía personal comunicaba su crédito con la condición que éste tuviera, no afectado por la fianza, y sólo después del pago con subrogación se producía el efecto de que el crédito quedaría calificado de la forma más favorable al concurso. Es decir, si el acreedor tenía un crédito subordinado, el crédito de regreso del fiador sería subordinado, aunque éste no fuese una persona relacionada con el deudor en el sentido del art. 93 LC ni existiese ninguna otra causa de subordinación. Si el acreedor era un acreedor privilegiado u ordinario, el fiador sólo podía subrogarse como subordinado, si se trataba de un *insider* del art. 93 o en su condición concurrían otras causas de subordinación.

2. La reforma/2009. El art. 9 Dos del RD Ley 3/2009 opta por la segunda de las interpretaciones, y modifica el art. 87.6 en el sentido de que "siempre que se

produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador". Esta modificación tiene efectos retroactivos, según resulta de la Disposición Transitoria Quinta apartado segundo, aplicándose a todos los procedimientos concursales que estén en tramitación a la entrada en vigor del RD Ley. En consecuencia:

(1) El acreedor que no es *insider* del deudor en el sentido del art. 93 LC no verá contaminado su crédito por la condición de *insider* del fiador o garante. Ello es así incluso si el garante hace un pago parcial postconcurso y se subroga parcialmente en el crédito del acreedor, pasando a tener dicho crédito, en la parte subrogada, la condición de subordinado.

(2) Sólo hay una situación en la que el acreedor principal no subordinado se contamina por la condición de subordinado del crédito que tendría o tiene el garante contra el deudor concursado. Es la hipótesis del art. 87.7, en la que el acreedor ha cobrado parcialmente antes del concurso, y pretende "incluir en su favor" el crédito que corresponda al garante por vía de regreso. Pero esta contaminación será parcial, en la medida en que se produzca esta apropiación por el acreedor del crédito de regreso del codeudor solidario o garante.

(3) El garante *insider* que paga total o parcialmente antes de la declaración del concurso, no está sujeto al art. 87.6. Se subroga en el crédito del acreedor principal, lo que puede dar al garante la condición de acreedor privilegiado u ordinario, por más que su propio crédito de reembolso *ex iure proprio* sea o haya de ser un crédito subordinado. Ahora bien, conforme al art. 97.2, si el acreedor (garante subrogado por pago preconcursal) ha sido calificado como "persona especialmente relacionada" del art. 93, el juez dictará auto declarando extinguidas todas las garantías de que gozase ese crédito. En consecuencia, el garante subrogado por pago preconcursal nunca podrá disfrutar de la condición de acreedor privilegiado de que gozaba el acreedor satisfecho, total o parcialmente, antes del concurso, por más que se presente en el concurso como subrogado suyo, y no como titular de un derecho de reembolso *ex iure proprio*.

(4) Si el garante no *insider* realiza un pago total o parcial antes de la declaración de concurso del deudor principal, y el crédito preconcursal pagado hubiera de ser subordinado, por ser el acreedor un *insider* del deudor, el garante se subrogará preconcursalmente en dicho crédito con la condición que entonces tuviera (esto es, como subordinado). Pero como el art. 87.6 no se aplica a estas situaciones, el garante no tiene que sufrir esta rebaja de su condición si comunica en el concurso su propio crédito de reembolso (no subordinado). Ciertamente se ha producido una subrogación por pago, pero no es la subrogación prevista en el art. 87.6, por lo que la contaminación del crédito del fiador no deberá producirse también en el caso en que este fiador proceda a ejercitar el regreso contra el deudor por derecho propio y no por vía de subrogación.

(5) El garante puede comunicar en el

concurso del deudor, como contingente, su crédito eventual de regreso por vía de reembolso (art. 1838 CC). Sin perjuicio de que con el pago al acreedor surja la situación de contaminación de la condición de *insider* que afectara al acreedor principal, este crédito tendrá la condición que le corresponda, sin considerar la que pudiera corresponder al crédito principal del acreedor, que no haya recibido aún pagos postconcursoales a cargo del fiador.

(6) Por aplicación del régimen transitorio del RD Ley, dejará de estar subordinado el acreedor que hubiera sido calificado como subordinado en virtud del art. 87.6, en la medida en que no debiera serlo con el nuevo texto, cualquiera fuere la fase en que el concurso se hallare a la entrada en vigor del RD Ley. La única excepción ha de ser el límite de la cosa juzgada que haya producido una sentencia firme de subordinación por esta causa.

3. Dudas interpretativas. La reforma de 2009 no ha despejado todas las dudas, y ha provocado otras nuevas, que paso a exponer.

(1) El efecto previsto por el art. 87.6 se produce cuando se produzca "la subrogación por pago". Pero la subrogación puede tener lugar igualmente por vía de cesión del crédito, si el fiador compra el crédito, y paga en concepto de precio, no de extinción de la deuda subyacente. ¿Podrá en estas condiciones el garante *insider* eludir la "recalificación a la baja" del crédito "comprado"? No podrá, porque la subrogación por compra habrá producido el efecto que la norma trataba de eludir, por lo que, con dolo o sin él, deberá recalificarse la compra como un supuesto objetivo de fraude de ley, o, con el mismo resultado, deberá extenderse el supuesto de la ley

deberá extenderse el supuesto de la ley por vía de analogía.

(2) El efecto previsto en el art. 87.6 se produce por la "subrogación" (postconcurusal). Mas al margen de la subrogación (art. 1839 CC), el fiador dispone, como sabemos, de una acción de reembolso propia, que nace en su persona sin necesidad de adquisición derivativa de la persona del acreedor (art. 1838 CC). Puede ocurrir entonces que el fiador optara por reintegrarse del deudor a través de la acción de reembolso *ex iure proprio*, y no por vía de subrogación. Mucho más claro aún es el caso cuando existe un contrato de crédito entre fiador y deudor, y la acción de reembolso nace directamente de dicho contrato, y no de la ley. La situación que importa considerar es la de un fiador que no es *insider* del concursado, que paga tota o parcialmente después de la declaración de concurso un crédito concursal que en su origen era un crédito subordinado. ¿Puede eludir la "recalificación a la baja" de su crédito de reembolso, a pesar de que no actúe por subrogación en el crédito comunicado por el acreedor? No podrá. Al margen de que este crédito de reembolso *ex iure proprio* no podría ser nunca privilegiado (art. 97.2 LC), ha de proponerse que el fiador verá contaminada su posición crediticia aunque no actúe por vía de subrogación, sino de reembolso. Si otra cosa se admitiera, el efecto útil de la norma se diluiría por medio de una recalificación meramente formal del procedimiento de recobro que elija el garante.

(3) Ahora bien, la conclusión que acaba de exponerse sub (2) sólo se puede predicar de los créditos subordinados

que deban esta naturaleza a la condición de *insider* del acreedor principal (art. 92.5º LC) o cuando la condición de subordinado obedezca manifiestamente a un propósito sancionador, como ocurre en el art. 92.6º. Son éstas las únicas ocasiones en que una razón de orden público superior puede legítimamente forzar los términos formales en que se producen las relaciones jurídicas. En efecto, si el crédito principal es subordinado porque, por ejemplo, fue comunicado tardíamente, o porque acreedor y concursado hubieran pactado una subordinación consensual de la que no participaba el fiador, o porque los créditos pagados por el fiador son créditos por intereses o por cláusulas penales, o comprenden intereses moratorios debidos por el deudor, o es un crédito consistente en una sanción económica tributaria, etc, no existe ninguna razón para castigar al fiador no *insider* cuando hace uso de su derecho propio de reembolso, en cuya constitución o en cuyo ejercicio no puede adivinarse fraude alguno. De otra forma, nadie conseguiría nunca un aval de una entidad financiera para suspender el pago de una deuda tributaria. Ni con ningún otro fin, pues difícilmente puede imaginarse una deuda comercial en la que la reclamación al garante no se produzca cuando ya se hayan generado intereses por demora u otras penalizaciones en la persona del deudor principal, concursado incumplidor de la deuda subyacente.

(4) Téngase presente entonces que en la situación descrita supra (3) el acreedor principal (subordinado) que no contamina con su condición el crédito de reembolso del garante, no puede apropiarse de este crédito de

reembolso, por vía de los arts. 87.7 y 160 LC, para cobrar el total de su deuda antes que el fiador haya obtenido el correspondiente reembolso.

(5) El legislador toma la parte por el todo. Se refiere a la "fianza de tercero". Mas debe proponerse una adecuada extensión del supuesto, pues de hecho la administración concursal y los jueces tomarán esta vía. No sólo se aplica a las fianzas, sino a cualquier tipo de garantía personal, e incluso a la garantía real por deuda ajena y a la deuda solidaria. Dada la extensión que hemos propuesto relativa al crédito de reembolso no subrogatorio, la aplicación analógica de la norma a las garantías autónomas es una conclusión necesaria, por más que se mantenga o se pueda mantener que en tales garantías el garante no se subroga nunca por pago en la deuda subyacente.

(6) "Se optará" por la calificación menos gravosa para el concurso. ¿Mas cuándo se realizará la "opción"? La situación concursal en la que pueden hallarse los respectivos créditos es muy diversa.

(a) Puede ocurrir que el acreedor principal haya comunicado (o visto cómo se califica) su crédito como subordinado y el fiador no subordinado no haya comunicado su crédito contingente de reembolso. En este caso el fiador no tiene remedio, y ni siquiera hace falta "optar", pues el crédito subrogado se mantiene en su condición originaria de subordinado.

(b) Puede ocurrir que, en la situación anterior, el fiador haya comunicado su crédito (no subordinado) como contingente, por

derecho propio y no por derecho de subrogación. Siempre que conforme a lo propuesto supra- la contaminación "a la baja" haya de tener lugar, la opción deberá realizarse en el momento mismo de la inclusión de este crédito en la lista de acreedores, como subordinado y contingente, pero también podrá producirse, fuera del plazo ordinario para reconocer créditos, cuando haya de determinarse el cumplimiento de la "condición" que hace que el crédito deje de ser contingente.

(c) Puede ocurrir que el acreedor no haya comunicado su crédito en modo alguno, y sólo se haya comunicado el crédito contingente de regreso del garante. Si la contaminación a la baja ha de producirse, de acuerdo con lo dicho, la "opción" podrá tener lugar, a favor de la administración concursal, en cualquier de los momentos señalados supra (a).

(d) Puede ocurrir que el crédito del acreedor principal esté reconocido como ordinario o privilegiado, y el fiador *insider* no haya hecho comunicación alguna. La "opción" tendrá lugar a partir del momento en que la administración concursal tenga conocimiento del pago, y no precluirá mientras esté abierto el concurso. Puede "recalificarse" el crédito en la misma junta de acreedores, o en fase de pago de créditos cuando el concurso desemboque en la liquidación. Lo mismo ocurrirá aunque el fiador hubiera comunicado su crédito de reembolso como contingente.

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS

Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

EXPLICACIÓN DE LA REFORMA CONCURSAL 2009 (III) CRÉDITOS SUBORDINADOS (SOCIOS Y CONTRATANTES)

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil y Director del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El art. 9 del RD Ley 3/2009 ha introducido tres modificaciones en el régimen concursal de los créditos subordinados. En dos de ellas el legislador se ha hecho eco de la unánime crítica que habían provocado los términos irrazonablemente amplios en que se pronunciaba el anterior art. 93 LC.

1. Socios de la sociedad concursada

Alcance de la reforma. En la redacción original del art. 93.2.1º LC se consideraban personas especialmente relacionadas con el concursado (persona jurídica) los socios que fueren personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que fueren titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si se trataba de sociedad cotizada, o de un diez por ciento en otro caso. La reforma introduce una restricción. Sólo serán considerados *insiders* estos socios de capital "que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito", fueren titulares de la proporción de capital mencionada. En consecuencia:

(1) La entidad financiera que concedió crédito al deudor, luego concursado, y no estaba incurso en la cifra crítica de capital del art. 93.2.1º, o había dejado de estarlo si alguna vez lo estuvo, no verá convertido su crédito en subordinado por la circunstancia de que más tarde adquiera o readquiera un porcentaje de capital crítico en la sociedad, acaso como consecuencia de una refinanciación o de una conversión

de deuda en capital.

(2) A la inversa, no dejará de ser considerada persona especialmente relacionada con la sociedad el acreedor que hubiera sido titular de un porcentaje crítico de capital en el momento en que se constituyó el crédito, pero se hubiera desprendido de este porcentaje (no del crédito) en un momento anterior al concurso.

(3) El crédito que nació como subordinado en la circunstancia expuesta supra (2) circula igualmente como subordinado, aunque se ceda, siempre que la cesión tenga lugar durante los dos años previos al concurso, a un sujeto que no hubiera estado especialmente relacionado con el deudor concursado. Esto es lo que se deducía y se deduce del art. 93.3, no modificado por la reforma de 2009. Pero ahora es mucho más evidente, porque la condición de subordinado se fija en el momento de nacimiento del crédito del socio.

(4) Recíprocamente, conforme a lo dicho, si la cesión se produjo antes de los dos años inmediatamente previos al concurso, y a favor de sujeto no especialmente relacionado, este crédito, que hubiera sido subordinado si hubiere continuado en las manos del cedente, deja de ser subordinado en poder de un sujeto que no es especialmente relacionado.

(5) Si el acreedor no era socio de capital

cede el crédito a un tercero, no especialmente relacionado, el crédito no se cede como subordinado, y el art. 93.3 no puede interpretarse en el sentido de hacerlo subordinado, por más que el cedente fuera persona especialmente relacionada con el concursado en el momento de la cesión, siempre que el cesionario no lo fuere.

Cesión del crédito a favor del *insider*. El art. 93.2.1º presupone un supuesto de hecho que consiste en que el crédito contra el concursado nace en cabeza del socio *insider*. ¿Mas y si la condición de *insider* no determinó la creación del crédito, el cual había sido previamente constituido por un no *insider* y luego adquirido por el socio relacionado? Es el caso del socio de capital crítico que adquiere un crédito no subordinado por un procedimiento distinto del art. 87.6 LC (es decir, no es un fiador que se subroga por pago); por ejemplo, lo ha adquirido por cesión o fusión o sucesión mortis causa o por pago subrogatorio de quien era un acreedor no subordinado. En mi opinión, estos créditos, que llegan a manos del socio de capital crítico no devienen por ello créditos subordinados, y debe valer también aquí la regla de que la condición del crédito como subordinado se determina al tiempo de su constitución.

Dudas sobre la extensión de la nueva norma. La reforma concursal de 2009 sólo ha enfrentado un aspecto del problema, más amplio, de las determinaciones temporales decisivas para calificar los créditos de una u otra manera. La norma sólo modifica el art. 93.2.1º y determina ahora que el crédito no es subordinado si el acreedor no era persona especialmente relacionada en el momento en que se constituyó el crédito. Pero hay otros casos donde esta condición temporal igualmente importa.

(1) Los créditos de que sean titulares cónyuges /parejas de hecho o administradores /liquidadores /apoderados generales de la sociedad concursada (art. 93,

apartado 1.1º y apartado 2.2º) son créditos de personas especialmente relacionadas, siempre que la condición subjetiva que produce esta relación existiera dentro de los dos años previos al concurso. Ahora bien ¿qué ocurrirá si el crédito que estos sujetos titulan contra el concursado es anterior a estos dos años, y en el momento de su adquisición no ostentaban la condición de cónyuge o de administrador?; ¿y si el crédito se contrajo durante los dos años previos del concurso, y sin embargo cuando el acreedor no reunía todavía la condición relevante de familiar o de administrador?; ¿y si el crédito se contrajo por tales sujetos antes de los dos años previos al concurso y ya entonces ostentaban la condición de cónyuge, administrador, etc, pero dejaron de ostentarla antes de que llegara el término de inicio de los dos años previos al concurso? En mi opinión, procede la aplicación analógica de la norma reformada: no es subordinado el crédito adquirido contra el deudor concursado por una persona que en el momento de la adquisición del crédito no era un sujeto especialmente relacionado con el concursado, sin importar si este crédito se adquirió antes o durante los dos años inmediatos al concurso.

(2) Distinto es el caso en el que la persona tuviera esta condición relevante en algún momento dentro de los dos años anteriores al concurso, perdiera luego esta condición (cese, divorcio, etc) y posteriormente adquiriese el crédito en cuestión contra el concursado. El crédito es subordinado, y no importa que el acreedor no mantuviera ya (obsérvese la distinta consecuencia del ya y del todavía) al tiempo de adquisición esa especial relación con el deudor. Pues para la norma la especial relación no se pierde aunque el cónyuge o el administrador deje de serlo en algún momento antes del concurso, siempre que ello ocurra en los dos años previos a la declaración de concurso.

(3) La norma reformada ha de aplicarse al supuesto del art. 93.2.3º (crédito intragrupo). Si el crédito se adquirió por la sociedad antes de devenir parte del grupo societario a que pertenece el concursado, o después de cesar la relación de grupo, el crédito no es un crédito de *insider*, aunque la relación de grupo eventualmente se constituya o se reconstituya más tarde.

(4) Mas si el crédito del art. 93.2.3º ya se constituyó en origen como crédito de una sociedad del grupo de la concursada, conservará esta condición aunque luego se pierda la relación de grupo, sin importar cuánto tiempo atrás medie entre el concurso y el momento en que se constituyó el crédito existiendo una relación de grupo. Y si se cede a un sujeto ajeno al grupo, en mi opinión el crédito dejará de ser subordinado si la cesión se produjo antes de los dos años anteriores al concurso, pero no en caso contrario.

(5) Por razones de identidad de supuesto, la regla que se ha ofrecido para las sociedades del grupo a las que se refiere el art. 93.2.3º igualmente ha de aplicarse a los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado así como a los cónyuges de unos u otros (art. 93 apartado 1, números 2º y 3º).

(6) La duda más sobresaliente (aunque en la práctica no será de extremada importancia) es la relativa a la aplicación analógica de la nueva regla al supuesto, también contemplado por el art. 93.2.1º, de los socios que sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales. Es curioso que el nuevo y decisivo inciso "en el momento del nacimiento del derecho de crédito" sólo se refiera a la condición de los socios de capital, pero no a la de estos socios, específicos de sociedades personalistas colectivas, regulares o irregulares. Mas es posible que un socio colectivo deviniera acreedor de la sociedad y luego

dejara de ser socio, o la sociedad se transformara en una sociedad de responsabilidad limitada. Y es posible que el crédito se adquiriese por un sujeto que sólo más tarde deviniese socio con responsabilidad ilimitada. Ha de proponerse la aplicación analógica, y en las mismas condiciones que se han explicado respecto de los socios de capital crítico.

2. Socios de las sociedades del grupo

El sentido de la reforma. Antes de su modificación por el RD Ley 3/2009, el art. 93.2.3º reputaba personas especialmente relacionadas con el concursado las sociedades que formen parte del mismo grupo que la concursada "y sus socios". Todo tipo de especulaciones y propuestas se hicieron sobre la extraña identidad de estos socios ¿Socios de la sociedad concursada, aunque no fueran a su vez sociedades del grupo de la concursada? ¿Socios de las sociedades del grupo, aunque de hecho no pertenecieran al grupo de la concursada? Ambas opciones producían resultados inadmisibles.

La opinión legal de la firma antes de la reforma era que los socios de las sociedades del grupo de la concursada serían considerados personas especialmente relacionadas con esta última cuando se encontraran, con respecto de alguna de aquéllas (es decir, de las sociedades del grupo de la concursada), en las circunstancias descritas en el artículo 93.2.1º LC (ser personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o ser titulares de, al menos, un 5 por 100 del capital social si la sociedad fuera cotizada o de un 10 por 100 si no lo fuera). Así pues, serían consideradas personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada los socios especialmente relacionados con las sociedades que, a su vez, fueran especialmente relacionadas con el deudor común por pertenecer a su mismo grupo, aunque de hecho aquellos socios no formaran parte de tal grupo. Por lo demás, los socios de la concursada (que no fueran socios de las sociedades del grupo de

la concursada) serían personas especialmente relacionadas con la concursada si se dieran en ellos las condiciones del número 1º: responder solidariamente de las deudas de la concursada u ostentar en ella un porcentaje de capital del 5 o del 10%.

Esta es la solución finalmente consagrada por la reforma de 2009 (art. 9 Cinco RD Ley).

3. Créditos de acreedores de obligaciones recíprocas subsistentes

Alcance de la reforma. Sin precedente alguno en la jurisprudencia, ni fundamento para ello, el art. 9 Tres RD Ley 3/2009 hace subordinados los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas, a que se refieren los arts. 61, 62, 68 y 69, "cuando el juez constate", previo informe de la administración concursal, que el acreedor "obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso". Se trata de una innovación desgraciada, por la falta de precisión de su supuesto de hecho y por la proclividad a prestarse a servir de amenaza in terrorem en manos de la administración concursal.

(1) ¿Se aplica a todos los créditos nacidos de contratos sinalagmáticos, a los créditos de contratos sinalagmáticos que no se encuentren enteramente cumplidos por ninguna de las partes al tiempo del concurso, o sólo a los créditos derivados de contratos sinalagmáticos ("obligaciones recíprocas") que se encuentre en situación de rehabilitables conforme a los arts. 68 y 69 LC? ¿Se aplica a los préstamos y demás contratos de crédito unilaterales que estén cubiertos por el art. 68, pero que no generan "obligaciones recíprocas"? Todas las opciones son posibles, y ahora no existen elementos de juicio que permitan decantarse por unas u otras.

(2) Lo más grave no es la delimitación de su ámbito material de aplicación, sino el

supuesto de hecho de la "obstaculización reiterada en perjuicio del interés del concurso". Es evidente que no se puede penalizar a ningún acreedor por el ejercicio legítimo y no abusivo de derechos de los que es titular, por mucho que hubiere un interés en el concurso en que tales derechos no se ejercitaran. En consecuencia, el acreedor que ejercita la resolución en las condiciones del art. 62, o la ejecución de su garantía en las condiciones del art. 56, o que se opone legítimamente a la rehabilitación de créditos en los casos de los arts. 68.2 y 69.2, no incurre en la sanción de degradación de su crédito.

(3) Tampoco incurre en esta condición el acreedor que ha hecho valer la resolución contractual, que luego el juez suspende por aplicación del art. 62.3. Es claro que este acreedor, que ni tan siquiera tiene que soportar las costas de este incidente concursal en el que se le expropia ad maiorem gloriam concursi, no tendrá que sufrir la degradación de su crédito.

(4) No puede estar incurso en esta penalización el acreedor que se defiende de las pretensiones del concursado o de la administración concursal mediante la oposición de la excepción de incumplimiento contractual, si ésta procede. Así resulta que el acreedor concursal que tiene que cumplir todavía una parte de su obligación (pago del precio aplazado), siendo así que el concursado ha incumplido ya toda su prestación antes del concurso (vgr. entrega de la cosa vendida, que vencía antes del concurso) o la incumple después del concurso, puede legítimamente negarse a los pagos debidos mientras no se le asegure el cumplimiento del concursado, como es evidente. Habrá una obstaculización indebida, empero, si el acreedor se niega a cumplir o seguir cumpliendo, cuando no pueda oponer la excepción de incumplimiento. Y todavía en este caso se requiere que la obstaculización fuere reiterada.

(5) La "obstaculización reiterada" debe quedar limitada a conductas de hecho mediante las que el acreedor se opone a seguir cumpliendo cuando la continuidad del cumplimiento es un acto debido. Tiene que haber, pues, un incumplimiento del acreedor, no una obstaculización derivada del ejercicio de un derecho

Alcance de la subordinación. La subordinación alcanza a "los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas".

(1) Mas estos créditos son créditos contra la masa, o lo serán normalmente, por aplicación de los arts. 61, 62 y 84.6º. ¿Pueden subordinarse créditos contra la masa, que han de pagarse a su vencimiento (art. 154)? Parece evidente que es esto lo que ha querido decir la norma. ¿Y frente a quién se subordinan? No sólo frente al resto de créditos contra la masa, sino frente al resto a de los acreedores concursales ordinarios.

(2) Si esto es así, no habrá dificultad en admitir que puedan devenir también subordinados los créditos concursales ordinarios que hayan nacido, y estén impagados, antes de la declaración del concurso, y que tengan su fuente en los mismos contratos que continúan vigentes después del concurso.

(3) Mas por mucho que se subordinen, no dejarán de ser, cuando lo fueren, contratos sinalagmáticos pendientes de cumplimiento, con la *sorprendente* particularidad de que el acreedor "subordinado" podrá seguir estando legitimado a la resolución del art. 62.1 LC si el crédito en cuestión no se le paga en su tiempo, o no se cumple en conformidad con lo pactado. Y no se le puede privar de esta legitimación sin que esta medida fuere una confiscación constitucionalmente ilegítima.

(4) Puede ocurrir, además, que estos créditos gocen de una garantía real, que los haga privilegiados, y que esta garantía cubra tanto los créditos concursales como

los créditos que se generen contra la masa después del concurso. Por ejemplo, una cesión global o una prenda global de créditos futuros o una prenda sobre las acciones de la sociedad deudora, etc. Estas garantías no están en el caso del art. 97.2, porque la subordinación no procede de la condición de *insider* del acreedor, sino de una sanción por su conducta postconcurso. En consecuencia, no se anulan. Y tampoco pueden ser rescindidas, pues la sanción de subordinación no altera las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para la rescisión concursal en el art. 71 LC. Pero, con todo, la subordinación se impondrá, y la eventual garantía real no le servirá al acreedor a ningún efecto, si el concurso acaba en convenio o en liquidación.

Tiempo y modo de la subordinación. Sólo en contadas ocasiones podrá tener lugar esta subordinación en el plazo de los arts. 74 y 94 LC, de forma que pueda incorporarse a la lista de acreedores. La degradación del crédito tendrá que hacerse normalmente con posterioridad. Pero la degradación no puede producirse por la vía de modificar unilateralmente la lista de acreedores, para añadir uno nuevo en la rúbrica de los acreedores subordinados. El principio de tutela judicial efectiva exige que la "obstaculización reiterada" se constate y se determine en un juicio contradictorio, incidente concursal en el que los administradores concursales tendrán que litigar como demandantes.

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS

Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

EXPLICACIÓN DE LA REFORMA CONCURSAL 2009 (IV): EL NUEVO RÉGIMEN DEL CONVENIO CONCURSAL

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

0.- Objetivo

En las líneas que siguen se analizan las principales modificaciones que el RDL 3/2009 ha introducido en el régimen jurídico del convenio concursal.

1.- La negociación del "convenio anticipado" como causa de "suspensión" del deber de solicitar la declaración de concurso.

Una de las novedades más singulares de la reforma operada por el RDL 3/2009 se concreta en la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 5 de la LC. De acuerdo con esta nueva norma el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso en los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido (o debido conocer) el estado de insolvencia decae cuando, dentro del mismo referido plazo de dos meses, el deudor insolvente pone en conocimiento del juzgado competente que ha "iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio".

En relación con esta norma pueden formularse las siguientes observaciones:

(i) El deber de solicitar la declaración de concurso no se extingue de manera definitiva; simplemente queda "suspendido" durante un plazo de tres meses desde que se realice la oportuna comunicación del "inicio de negociaciones". Pasado este tiempo –y con independencia del éxito o

fracaso de tales "conversaciones"- el deber "renace" y el deudor habrá de solicitar la declaración de concurso en el mes siguiente (siempre, naturalmente, que perdure la situación de insolvencia). Si deja pasar ese plazo sin formular la preceptiva solicitud se producirá un incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de concurso (con los efectos del art. 165.1º LC); y si la insolvencia hubiera concurrido con la existencia de pérdidas cualificadas entonces se desataría igualmente la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL).

(ii) Durante el tiempo máximo de "negociación" y el mes posterior se produce además una suerte de efecto de "bloqueo" de las solicitudes de declaración de concurso necesario (que no serán proveídas: art. 15.2 LC). De tal forma que, si en ese período, el deudor insolvente formula su solicitud de concurso, éste será voluntario (suponiendo, claro está, que antes de la "comunicación" ningún acreedor hubiera solicitado la declaración de concurso). Y ello porque dicha solicitud se entenderá presentada por el deudor precisamente el día de la notificación del "inicio de negociaciones" (art. 22.1.II LC). En tal caso las solicitudes presentadas por los acreedores con posterioridad a la referida comunicación (aunque sean previas a la solicitud del deudor) se unirán a los autos, teniéndolos por comparecidos (art. 15.3 LC). Si el deudor no presenta la solicitud de concurso tempestivamente entonces se

concurso tempestivamente entonces se tramitarán las solicitudes presentadas por los acreedores siguiendo el procedimiento ordinario.

(iii) La producción de los efectos previstos en la norma no se condiciona en modo alguno a que se acredite el inicio de las negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (o la seriedad o intensidad de tales negociaciones). Ni siquiera se exige que se aporte con la comunicación al juzgado una copia de la propuesta de convenio. Ni se determina con qué acreedores deben entablarse las conversaciones. Por supuesto, tampoco hay lugar en este trámite para una evaluación de la viabilidad de la propuesta formulada. Más aún: no se requiere que, una vez declarado el concurso, el deudor presente la propuesta de convenio anticipada con respecto a la cual se negociaron las adhesiones, porque la propia Ley se ocupa de precisar que la solicitud de declaración del concurso ha de efectuarse aunque no se hayan alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta. En suma, la "desaparición temporal" del deber de solicitar la declaración de concurso se configura, en términos prácticos, como una consecuencia automática e inmediata de la comunicación realizada al juzgado competente.

(iv) Parece, por tanto, que la nueva redacción del art. 5.3 LC puede convertirse fácilmente en un mecanismo que permita a los deudores insolventes demorar (hasta seis meses: 2+3+1) la presentación de la solicitud de declaración de concurso sin que ello les acarree consecuencias perjudiciales. No obstante, queda abierta la posibilidad de que, ya en sede de calificación del concurso, entre en juego la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1º LC si se llegara a comprobar que nunca se iniciaron realmente negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada.

2.- Desaparición del requisito del informe de la "administración económica competente".

La reforma del art. 100 LC se ha concretado en la supresión del requisito de que la administración económica competente emita un informe para que el Juez pueda autorizar la superación de los límites legales a las quitas y esperas. Se trata de una modificación legal que, indudablemente, simplificará la tramitación del procedimiento pero que quizás se quede algo "escasa": el problema, probablemente, se encuentre en la propia existencia de límites legales al contenido del convenio, los cuales permanecen.

3.- Reducción de los requisitos para la tramitación y aceptación de la propuesta anticipada de convenio.

La práctica ha venido demostrando que muy pocos de los concursos concluyen mediante una solución convenida. Y, cuando esto sucede, muy raramente la propuesta finalmente aceptada se tramitó de forma anticipada durante la fase común. Por ello el RDL 3/2009 ha tratado de reducir los "obstáculos" que se alzan frente a la tramitación y la aceptación de propuestas anticipadas. El sistema resultante gira en torno a las siguientes ideas:

(i) Se mantiene la limitación consistente en que la propuesta anticipada sólo puede provenir del deudor (nunca de los acreedores).

(ii) De los cinco grupos de causas que impedían en el régimen anterior la presentación de propuestas anticipadas, sólo los dos primeros se mantienen en la nueva redacción del art. 105 LC. El avance es significativo, pero sigue subyaciendo a la nueva disciplina la idea de que la posibilidad de formular propuestas anticipadas constituye un "beneficio" que el deudor ha de merecer. Lo cual termina por limitar las posibilidades de alcanzar una rápida solución

convenida que, en determinados casos, será lo más conveniente para la masa activa (de modo que el reproche de la conducta del concursado puede llegar a afectar negativamente a los intereses de los acreedores).

(iii) También se ha "aligerado" el requisito referente a las adhesiones que, para su admisión a trámite, deben acompañar a la propuesta anticipada de convenio (art. 106.1 LC). En lugar de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados que representen la quinta parte del pasivo bastará ahora con adhesiones de acreedores "de cualquier clase" que representen ese porcentaje. Más aún: si la propuesta se presenta con la misma solicitud de concurso voluntario (art. 104.1 LC), bastará con que esas adhesiones representen el 10 por 100 del pasivo.

(iv) Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la norma permite computar las adhesiones prestadas por los acreedores subordinados. Esta posibilidad puede suscitar la duda de si se ha modificado el sistema hasta el punto de que ahora se reconoce a estos acreedores derecho de voto (o de adhesión). Desde luego, la respuesta debe ser radicalmente negativa en lo que concierne a los convenios aceptados en junta de acreedores (arts. 122.1º y 124,1 LC) y a los tramitados por escrito (que no son convenios anticipados y para los cuales regirá lo dispuesto en los arts. 122 a 125 – art. 115 bis.4 LC-). El problema podría plantearse, sin embargo, en relación con los convenios anticipados. Obsérvese, a este propósito, que ha desaparecido el antiguo párrafo tercero del art. 124 LC, que, específicamente en relación con las propuestas anticipadas, requería para su aceptación adhesiones que representaran un porcentaje determinado del pasivo *ordinario* del concurso. Sin embargo, la interpretación recta de las normas conduce a negar que los acreedores subordinados puedan tener

derecho de adhesión a un convenio anticipado. De un lado porque afirmar lo contrario supondría asumir que, en función de la modalidad de tramitación de la propuesta de convenio, se produciría una diferencia de régimen carente de cualquier justificación. Por otra parte, el art. 109.1 LC prevé que el juez verificará si las adhesiones alcanzan la "mayoría" legalmente exigida. Y ello no puede ser entendido más que como una remisión al art. 124 LC, precepto que toma como referencia el pasivo ordinario (en el que se entenderán incluidos los acreedores privilegiados que hayan votado –o se hayan adherido– a la propuesta). Esta remisión implícita al art. 124 LC supone, a su vez, que ahora hay que tomar en consideración dos "mayorías" distintas, según cuál sea el contenido del convenio propuesto (*vid. infra [v]*). Por lo demás, tampoco constituye argumento suficiente el contenido del art. 108 LC, el cual prevé que *cualquier acreedor* puede manifestar su adhesión a la propuesta anticipada (el precepto no ha sido modificado por el RDL 3/2009 y tampoco antes de esta reciente reforma se dudaba de que no incluía en su ámbito a los acreedores subordinados). En consecuencia, habrá que entender que las adhesiones de acreedores subordinados serán tenidas en cuenta únicamente a los efectos de la admisión a trámite de la propuesta anticipada, pero que no computarán para la obtención de las mayorías necesarias para la aceptación del convenio. Lo cual no deja de encerrar un elemento de cierta irracionalidad y puede dar lugar a situaciones un tanto llamativas (por ejemplo, que se tramite una propuesta anticipada únicamente con las adhesiones de los acreedores que sean socios de control o gestores de la propia compañía concursada).

(v) En relación con la aceptación del convenio tramitado anticipadamente cabe destacar que ha desaparecido la regla que exigía, en todo caso, la adhesión de acreedores cuyos créditos representaran al menos la mitad del pasivo ordinario. Ahora

debe entenderse, de acuerdo con las reglas generales, que bastará con que el porcentaje del pasivo que vote a favor supere al que vote en contra cuando la propuesta contemple el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al veinte por ciento (art. 124 LC). Esto obligará a asumir que, tratándose de una propuesta presentada anticipadamente, los acreedores pueden "votar" en contra, esto es, manifestar expresamente su rechazo de la propuesta cuando ésta tenga el contenido mencionado. El acreedor no puede contar sólo la opción de adherirse o no adherirse, porque en tal caso una solitaria adhesión sería suficiente para la aceptación del convenio. Es preciso, en efecto, que puedan poner de manifiesto su disconformidad con la propuesta. La reforma parece haber olvidado este extremo (*vid.*, no obstante, *infra* 4.iii) que, sin embargo, sí se ha tenido en cuenta en relación con el convenio tramitado por escrito (segundo inciso del art. 124.II LC).

4.- Tramitación escrita del convenio ordinario

Recordando en cierto modo lo establecido en la antigua Ley de Suspensión de Pagos, la LC prevé (art. 111.2 LC) y regula (art. 115 bis LC) ahora la tramitación escrita del convenio concursal. En efecto, cuando proceda abrir la fase de convenio, y siempre que el número de acreedores (de cualquier clase) exceda de 300, el juez *podrá* acordar la tramitación escrita del convenio, fijando la fecha límite para presentar adhesiones o "votos" en contra. El procedimiento tiene como puntos principales los siguientes:

(i) El auto que ordene la tramitación escrita concederá un plazo de 90 días para que los acreedores formulen sus adhesiones o emitan sus "votos" en contra de las distintas propuestas presentadas (en realidad, cuando por el contenido de la propuesta sea

necesario alcanzar el voto favorable de la mitad del pasivo ordinario, "votar" en contra y no adherirse tienen el mismo alcance práctico en cuanto a la aceptación de la propuesta). Nótese que durante los treinta primeros días de ese plazo –ya en la fase de convenio, por tanto– podrán presentarse propuestas de convenio (en las condiciones del art. 113.2 LC). En este caso las adhesiones y los "votos" en contra podrán formularse a partir de la puesta de manifiesto del escrito de evaluación en la secretaría del juzgado (art. 115 LC).

(ii) Las adhesiones y los "votos" en contra podrán ser revocados pero tal revocación – para ser eficaz– debe constar en el procedimiento en el plazo referido de 90 días.

(iii) Para los casos en que la aceptación del convenio tramitado por escrito sólo requiere que vote a favor de la propuesta una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, la Ley precisa que los acreedores contrarios a estas propuestas deberán manifestar su "voto" en contra en el plazo previsto en el art. 115 bis LC (art. 124.2 LC). La referencia que, en este contexto, se realiza en el art. 108 LC no tiene, en rigor, razón de ser, puesto que este precepto se refiere expresamente a la propuesta anticipada (no a la que se tramita por escrito) y el plazo que menciona corre en la fase común y no en la de convenio. Sin embargo, puede atribuírsele un sentido: hacer evidente que, también en el caso de propuestas anticipadas, es posible el "voto" en contra (*vid. supra* 3.v).

(iv) La inclusión de la posibilidad de tramitación escrita del convenio ha obligado a modificar el régimen de la aprobación judicial y a "retocar" los artículos 128 y 129 LC (en punto al cómputo del plazo para oponerse, a la legitimación activa, a los motivos de oposición...). Pero, como suele suceder en estos casos, la introducción no

demasiado meditada de nuevas normas en un conjunto antes moderadamente armónico suele generar disfunciones. Quizás la más llamativa sea la no consideración expresa, como causa de rechazo de oficio del convenio, de la infracción de las normas de la LC sobre su tramitación escrita (art. 131 LC) que, sin embargo, si es explícitamente reconocida como motivo de oposición. Este "olvido" del legislador no debe impedir, sin embargo, considerar que el juez puede apreciar esta infracción aun en ausencia de incidente de oposición. Del mismo modo, al ser posible ahora el "voto" en contra (en ciertas circunstancias) en el caso de tramitación escrita y de propuesta anticipada, debió haberse incluido expresamente, entre las causas de oposición, la infracción de las reglas legales sobre el contenido y la forma de tales "votos" contrarios.

5.- Régimen transitorio

La eliminación del requisito de la emisión de informe por la "administración económica competente" regirá en los procedimientos concursales que estuvieran tramitándose el 1 de abril en relación sólo con las propuestas de convenio que se presenten después de esa fecha.

Del mismo modo, serán de aplicación a los concursos que ya estuvieran en tramitación el primero de abril las reglas referentes a la tramitación escrita del convenio siempre que no se hubiera aún dictado en esa fecha auto convocando junta de acreedores. Por excepción, aun habiéndose ya dictado el referido auto, el juez podrá proceder a desconvocar la junta y ordenar la tramitación escrita cuando el número de acreedores exceda de mil.

MADRID
Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA
Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO
Plaza Circular, 4
48001 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA
Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA
Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO
Plaza de Compostela, 29
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS
Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel.: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS
Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES
Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS
Londres
Tel.: +44 (0)20 7329 5407

ABRIL 2009

EXPLICACIÓN DE LA REFORMA CONCURSAL 2009 (V): CRÉDITOS TRIBUTARIOS Y DE SEGURIDAD SOCIAL Y EXPEDIENTES DE MODIFICACIÓN COLECTIVA DE RELACIONES LABORALES

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil y Director del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Créditos públicos

El problema que se trataba de resolver. A la reforma del art. 87.2 LC subyacía una sensación de incomodidad de las Administraciones fiscal y de Seguridad Social, que ha tratado de paliarse con la reforma. El problema se había presentado especialmente sensible cuando la Administración hubiera iniciado un procedimiento de comprobación o de inspección tributaria antes del concurso, que concluía con fijación de la cantidad debida una vez que había transcurrido el plazo de comunicación de créditos o cuando existiera un margen temporal entre el momento del devengo y el de presentación de la autoliquidación. Para obviar este desajuste, la Administración ha pretendido que tales créditos, como "nacidos" después del concurso, se recalificaran como créditos contra la masa. Esta pretensión ha sido siempre desmentida por los tribunales concursales, y se ha puesto en claro, como hace la **SAP Zaragoza 11.9.2008, JUR 2008, 367834**, que el crédito tributario es concursal (en el caso, retenciones por el IRPF) cuando se devenga el hecho imponible antes del concurso, no cuando deviene exigible por cumplirse el período de autoliquidación, posterior al concurso en este caso (también **SAP Asturias 5.2.2007, JUR 2007, 274649**). Incluso si el crédito se determina con la sentencia penal que fija la cuantía de la deuda fiscal, el crédito como tal es concursal y contingente, y tendría que haber sido comunicado como el resto de los créditos (**SAP Asturias 6.5.2008, JUR 2008/317790**). En la medida en que dicho crédito se comunica

tardíamente, se degrada a la condición de subordinado, aunque hubiera merecido la condición de crédito con privilegio general del art. 91 LC (**SAP Coruña 12.2.2008, AC 2008, 840**). Así, la **SAP León León 1.9.2008, AC 2008, 1744**, sostuvo que no era suficiente con que de algún modo constara la existencia de obligaciones tributarias del concursado, si no resultaba con claridad de sus documentos ni de su contabilidad. Por eso, la comunicación tardía del crédito por parte de la Administración convierte el crédito en subordinado, y la Administración no puede defenderse alegando que se trata de un crédito que la administración concursal debía haber incluido de oficio (art. 92.1 LC). Lo mismo ocurre los créditos tributarios que nacen de las retenciones practicadas por el empresario en concepto de IRPF y las **SsJMER Oviedo 1, 11.5.2006, AC 2006/863** y 21.12.2007, AC 2008/129, determinan que las deudas frente a Hacienda por tales retenciones nacen el mes en que se realiza el pago del salario, no cuando se liquidan, acaso después del concurso. Por lo que se refiere a los recargos y sanciones (que de suyo ya cursan como créditos subordinados) la **SAP Asturias 4.5.2007, ADCO 12, 439** y la **SJMER 1 Cádiz 27.3.2007**, sostienen que las sanciones tributarias impuestas después del concurso son créditos concursales ordinarios, si las acciones u omisiones por las que se sanciona son anteriores, aunque la sanción se determine y se imponga en un momento en que ya no es posible comunicar el crédito y como resultado de un proceso de inspección y comprobación.

El alcance de la reforma. Como no ha

El alcance de la reforma. Como no ha existido una delimitación precisa del supuesto que se trataba de regular, ni de la incardinación del problema con otros de la misma especie, se ha tratado de dar en el art. 87.2 reformado una respuesta global a problemas dispares, y todo ello con escaso conocimiento de los límites y posibilidades del régimen concursal ordinario.

(1) Antes de la reforma, el art. 87.2 establecía que los créditos de las Administraciones públicas que hubieren sido recurridos en vía administrativa o jurisdiccional estarían sujetos al régimen de los créditos sujetos a una condición resolutoria (art. 87.2). Nada ha cambiado con la reforma de 2009 en este extremo, salvo la advertencia de que este régimen se aplicará aun cuando la "ejecutividad" del crédito "se encuentre cautelarmente suspendida". La norma era totalmente innecesaria, y no me consta la existencia de ningún precedente judicial que haya negado a tales créditos la condición de condicionales resolutorios por el hecho de que no fueran ejecutivos por decisión cautelar. De hecho, salvo los créditos públicos, ningún crédito ordinario sujeto a condición resolutoria es ejecutivo *pendente conditione*. Por tanto, no era precisa la reforma de 2009 para conjurar el peligro de que tales créditos de ejecutividad suspendida fueran a ser recalificados con condicionales contingentes.

(2) El corazón de la reforma de 2009 se contiene en el apartado segundo del art. 87.2, que es enteramente nuevo. Se regulan los créditos públicos "que resulten de procedimientos de comprobación o inspección", los cuales se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda "sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía". Igualmente, "en el caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial las cantidades defraudadas a la hacienda Pública y a la TGSS desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia". Estos créditos se

califican como contingentes, con remisión implícita al art. 87.3, y con un status distinto del que corresponde a los créditos reconocidos bajo condición resolutoria. La norma tiene diversos niveles de significado.

(a) Se acomoda a la doctrina jurisdiccional expuesta considerar como contingentes los créditos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección. La reforma no ha llegado a satisfacer enteramente a la Hacienda Pública en su propósito de convertirlos en deudas de la masa. Pero se blinda a estos créditos del peligro de subordinación por la comunicación tardía (art. 92.1º LC). De hecho, en la medida en que tales créditos, comunicados fuera de plazo, puedan seguir conservando en parte sus privilegios del art. 91, su status no diferirá mucho del que resultaría de la condición de créditos contra la masa. Con una sustancial diferencia, empero, y es que en los créditos tributarios que son créditos contra la masa no se posterga como subordinado en ningún caso ni el recargo ni la sanción.

(b) En cuanto a los créditos públicos cuyo impago sea calificable como defraudación penal, de los que no existe liquidación administrativa previa a la sentencia, se considerarán igualmente como contingentes desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia, y con el mismo blindaje frente a la subordinación por comunicación tardía.

(c) Los créditos a los que se refiere el apartado segundo del art. 87.2 se califican en la ley como contingentes, frente a los créditos públicos del apartado primero, que se califican de sujetos a condición resolutoria. También la Administración Pública había intentado, en vano, convencer a los jueces concursales que los créditos que pudieran derivar de actuaciones penales por conductas defraudatorias, en las que la Administración no podía

instruir hasta que fuere firme la sentencia penal (art. 180.1 LGT), eran créditos sujetos a condición resolutoria, y no contingentes, con el propósito de ganar una posición concursal que el art. 87.3 negaba a los que titulasen créditos sometidos a condición suspensiva. Puede verse la **SAP Asturias 9.11.2007, JUR 2008, 66962**. También en este punto la reforma ha defraudado las expectativas de la Hacienda Pública.

Sobre la necesidad de la reforma. El resultado final para la Hacienda y la TGSS ha sido de satisfacción a medias. No logran que los créditos disputados a que se refiere el apartado segundo del art. 87.2 sean caracterizados como créditos contra la masa ni como créditos concursales sujetos a condición resolutoria. Quedan como contingentes. Pero a cambio la Administración obtiene el beneficio de no ser expuesta a una degradación por comunicación de los mismos fuera de plazo. Y este beneficio se concede con efectos retroactivos, utilizable en todos los procesos concursales que estén en tramitación a la fecha de entrada en vigor del RD Ley (Disposición Transitoria Quinta), incluso si el crédito en cuestión ya hubiera sido calificado de subordinado. A poco que se piense, las dos partes de la componenda transaccional de la reforma son incongruentes entre sí. Pues si tales créditos van a calificarse como, por demás, era ya lo correcto como contingentes, no se ve qué razón ha impelido a que se permita a la Administración comunicarlos fuera de plazo, pues la esencia del crédito contingente es que puede y debe comunicarse "sin cuantía propia". Como esta comunicación no tiene que cumplir a este respecto la exigencia de determinación cuantitativa que impone el art. 85.3 LC, no se entiende por qué se le permite a las Administraciones que puedan comunicarlo fuera de plazo basándose en que sólo fuera de plazo puede ser determinada su cuantía.

En segundo lugar, no se explica el alcance de la reforma en lo que se refiere a los créditos

públicos "para cuya determinación sea precisa la actuación inspectora de la Administración", pues tales créditos ya estaban y están exonerados por el art. 92.1º de la subordinación derivada de comunicación tardía, como bien argumentó la **SJMER Bilbao 1, 3.3.2006, AC 2006, 460**.

Lagunas. Reparemos en que la norma reformada salva a estos créditos de la subordinación resultante de su comunicación tardía. Se supone entonces que el crédito, tardíamente notificado, ha sido, sin embargo, incluido en la lista por la administración concursal, o, no siendo así, por el juez que resuelve sobre la impugnación de la lista. Mas debe observarse que la liquidación y presentación del crédito por la Administración puede ser posterior incluso a esta fecha, como ocurrió en la **SAP Coruña 3.5.2007, AC 2007, 1719**, con la consecuencia notable de que tales créditos se pierden definitivamente, y no pueden obtener dentro del concurso ningún reconocimiento. Frente a este peligro no pone a salvo la reforma a la Administración tributaria ni a la TGSS. Bien hubiera estado, ya que estábamos en sazón de reformar la LC, que se hubiera reformado el art. 92.1º, para dejar claro (no lo está) que estos créditos públicos resultantes de inspecciones no sólo no degeneren en subordinados, sino que ni tan siquiera se extinguen cuando tales créditos se presentan a la administración concursal o al juez del concurso en un estadio posterior al que podrían ser reconocidos como créditos subordinados.

Problemas de aplicación sistemática. Con la reforma del art. 87.2 se ha tratado, y conseguido, favorecer el estado de los créditos públicos. No en cuanto a su calificación, que no mejora, sino en lo referente a la sanción por comunicación tardía. El propósito de la reforma puede estar justificado, pero el peligro o la injusticia que se conjura no son privativos del crédito público. Se hallan en esta situación todos los créditos que requieren un proceso de liquidación posterior al evento desencadenante de la deuda: un defecto ruínógeno manifestado

antes del concurso, pero no liquidado hasta que se acometan y paguen los costes de reposición; un accidente laboral que dará lugar a una cuantía indemnizatoria que no podrá fijarse hasta que la emisión del alta médica cierre la lista de secuelas que han de ser comprendidas en el daño; la infracción de un pacto de no competencia, cuya cuantía indemnizatoria no puede determinarse en el momento previo al concurso; una eventual responsabilidad civil derivada de delito; etc.

2. Acreedores laborales

Alcance de la reforma. El RD Ley 3/2009 no introduce propiamente ninguna modificación relativa al rango o condición concursal de los créditos laborales. Lo que realiza el art. 12 Uno es una modificación de la competencia objetiva de los jueces de lo mercantil para conocer de los expedientes de modificación sustancial (colectiva) de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción colectivas de los contratos. A diferencia de lo que disponía el art. 64.1 original, la competencia del juez del concurso se limita a los expedientes que se tramitan una vez declarado el concurso. Quiere decirse con ello que se seguirá aplicando la legislación laboral ordinaria en el tiempo que media entre la solicitud y la declaración de concurso. El régimen transitorio que resulta de la Disposición Transitoria Octava del RD Ley permite que se soliciten EREs a las autoridades laborales, aunque se halla pedido la declaración del concurso, siempre que no se hubiera presentado solicitud al juez del concurso para la modificación de las condiciones de trabajo, salvo, claro está, que el concurso haya sido ya declarado.

Por su parte, el art. 12 Dos del RD Ley modifica ligeramente el art. 64.3 LC. Hasta ahora, la adopción de medidas laborales colectivas sólo podrían tomarse por el juez del concurso una vez que la administración concursal hubiere emitido el informe del art. 74, salvo que se estimara que la demora en la aplicación de estas medidas pudiera comprometer

gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso podrá solicitarse al juez del concurso la adopción de tales medidas desde la presentación de la solicitud de concurso. En la norma reformada se prevé que esta excepción se aplica igualmente cuando la demora comprometa la viabilidad futura "del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores".

El sentido último de la reforma es el de independizar en cierta medida la suerte de las relaciones laborales de la suerte propia del concurso. El deudor que solicita concurso voluntario podrá simultáneamente tomar las medidas de modificación de condiciones laborales, con consultas de los representantes sindicales y con autorización de la Administración laboral en su caso, que vengán impuestas por la legislación laboral, y que se desarrollarán con independencia de la marcha del concurso. Y una vez declarado el concurso, el juez del mismo podrá tomar estas medidas, con independencia de su repercusión en la masa activa y pasiva del concurso y en la continuidad de la empresa, si la demora compromete la suerte de una clase de acreedores determinados, que son los laborales.

Dudas de aplicación temporal. Queda la duda absolutamente decisiva de saber qué ocurre cuando haya sido declarado el concurso y los expedientes no hayan concluido aún, con la Autorización de la administración laboral en su caso. La norma no afirma que serán competencia del juez del concurso los expedientes iniciados después de la declaración de concurso, sino que se tramitarán ante el juez del concurso los expedientes en cuestión una vez declarado el concurso. Cabe aplicar analógicamente la solución de acumulación que prevé para los juicios declarativos el art. 51.1 LC, dependiendo la acumulación, en último extremo, de la instancia en la que se encuentre el expediente y de la decisión discrecional que adopte el juez del concurso. Pero no es seguro que esta solución proceda ahora con la misma justicia que procedía antes de la reforma de

2009. Parecía sensato que si el juez del concurso era el competente para conocer de estas medidas una vez realizada la solicitud del concurso, es porque estaba investido de una vis atractiva promovida por el legislador. Pero si ahora se atribuye expresamente rango no concursal a los expedientes colectivos iniciados con la solicitud del concurso, se supone que en aras de la celeridad (y también en aras de obtener mejores y más flexibles acuerdos sin la presencia de la administración laboral), se falsearía este propósito si, el expediente no concluido, tuviera que acumularse – lo que de hecho equivaldría a un reinicio- al procedimiento de concurso.