

LAS INSUFICIENCIAS DEL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA (REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL)*

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
*Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Sevilla*

La cortesía tradicional requiere dedicar unas primeras palabras a expresar un obligado agradecimiento por la invitación recibida para pronunciar las otras que van a seguirlas. En mi caso cumplo este deber, no sólo porque la tradición tiene lógica y sentido (y cuando las tradiciones no carecen ni de una ni de otro, en cuanto conservan el que dio lugar a ellas, *ritus sunt servanda*), sino sobre todo por la razón de que mi gratitud a quienes nos han convocado para reunirnos en la hospitalaria ciudad de Antequera, el Presidente, el Vicepresidente, los Directores y los Coordinadores de nuestro Congreso, viene motivada por una circunstancia personal. Su cortesía me va a permitir, no ya asistir a las sesiones que van a celebrarse durante estos días, enriquecerme con los debates que se abrirán en las mesas y en las comisiones paralelas y disfrutar de la conferencia de clausura, sino incluso intervenir en estas jornadas, aun cuando exclusivamente sea en la humilde condición de *telonero*, condición que no sólo me es atribuible en función de que mis palabras sean las primeras programadas, la que *abren* nuestro encuentro, sino fundamentalmente porque mi actuación carece de cualquier otro sentido que no sea el de

* Texto de la conferencia de apertura del IV CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA (CEDIN IV), y del VII CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL Y CONCURSAL DE ANDALUCÍA (EXFIMER). Mi participación en este Congreso se enmarca en el Proyecto I+D+i «Principales instituciones del derecho de la insolvencia. La reforma del derecho concursal» (referencia DER2011-29417-C02-01), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

compartir con quienes me hacen el honor de escucharme unas reflexiones generales destinadas a introducir las exposiciones llamadas a dar significado y contenido al trabajo que seguidamente va a desarrollarse.

Para dejar establecido desde el principio que la advertencia avanzada sobre el escaso valor o la pobreza de mis sucesivas palabras no es una hipócrita proclamación que responda al propósito de aparentar una humildad fingida, y por ello censurable, sino que en verdad constituye la expresión de una inocultable realidad, baste considerar que, aun cuando hace ya mucho tiempo, sin duda hace ya demasiado, desde 1978 hasta 1998 participé con asiduidad en los trabajos desarrollados en el seno de la Comisión General de Codificación con el objeto de elevar al Ministerio de Justicia y, a través de él, al Gobierno y a las Cortes Generales unos textos que pudieran servir de base o de punto de partida para la reforma de nuestra legislación concursal (arcaica, caótica o contradictoria; en conclusión, disfuncional), cuando en el último de los años citados me integré en el órgano al cual viene encomendado controlar la constitucionalidad de las leyes entendí que mi presencia en él, fuera cual fuese el régimen administrativo establecido al efecto, resultaba en estrictos términos lógicos incompatible con la conservación de la que hasta entonces había mantenido en el «*órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia*». Por ello presenté mi dimisión del cargo de vocal permanente en este último a la entonces titular del indicado Departamento ministerial y, como consecuencia de la indisponibilidad real de tiempo para desarrollar mientras permanecí en el Tribunal Constitucional otras funciones que las inherentes a la condición de miembro de él, he debido forzosamente reducirme durante más de doce años a una algo distante relación, diríase únicamente conectado *en cuerda floja*, con el Derecho mercantil y, específicamente, con el Derecho concursal, uno y otro conjuntos normativos *infraconstitucionales*.

Sólo a principios de 2011 volví a dedicarme con preferencia respecto de cualquier otra ocupación al estudio de la disciplina jurídica o rama del Ordenamiento a la que consagré hace ya medio siglo mi vida profesional. La reanudación de mis quehaceres en su vertiente para mí más querida, la académica, me ha impulsado a ello y hecho grato y fácil tomar de nuevo contacto con viejos temas y volver a reflexionar sobre las respuestas que éstos encuentran en nuestras renovadas leyes, las cuales, como Sísifo, se ven obligadas una y otra vez a intentar coronar la ardua empresa de alcanzar la cima en la que han de ubicarse las soluciones que la sociedad les demanda elevando a la cúspide del edificio normativo reglas que siempre se demuestran, una vez situadas en el lugar que les corresponde dentro del Ordenamiento jurídico, no plenamente

satisfactorias cuando no disfuncionales o productoras de perjudiciales o peligrosos efectos.

El análisis de en qué extremos las soluciones ofrecidas por el Derecho concursal se manifiestan insuficientes o inadecuadas para dar correctas respuestas a las cuestiones que han de afrontarse en el campo de la reintegración de la masa y la reflexión crítica sobre el proceso, nunca concluido y en definitiva interminable, de las reformas y de las reformas de las reformas del sistema de reintegración de la masa van a constituir el *tópico* (en el sentido en el cual la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española desaconsejan el empleo de este término) sobre el cual la convocatoria del Congreso centra la tarea que nos cumple realizar estos días. Yo voy a limitarme en esta intervención preliminar a apuntar iniciales ideas sobre algunas grandes líneas de las diversas respuestas que a él se han dado y se dan en nuestro Derecho, avanzando, en una sencilla o elemental aproximación a su tratamiento en las últimas modificaciones legislativas, cómo en él siguen abiertos antiguos problemas o se han generado nuevas cuestiones, tanto aquéllos como éstas sin duda de difíciles o de siempre controvertibles respuestas.

Tomaré como punto de partida la afirmación de la trascendencia de la reintegración de la masa para que el concurso pueda llegar a cumplir la finalidad a la que está preordenado. Si la regulación de los procedimientos concursales ha de responder, según expresivamente advierte el título bajo el cual Salgado de Somoza dio a la imprenta uno de los primeros y más influyentes tratados de la doctrina jurídica europea sobre esta materia, al requerimiento básico de armonizar las actuaciones procesales concurrentes de un conjunto de acreedores frente a un deudor común, consideradas *laberínticas* por nuestro clásico tratadista, una vez superados los viejos esquemas de búsqueda de tal satisfacción mediante la compulsión personal (*manus iniectio*, penas afflictivas...) y afirmado como esencial el principio *non corpus debitoris, sed bona obnoxia*, la correcta configuración de la *masa activa* sobre la que ha de hacerse efectiva en la medida de lo posible, en *moneda de dividendos* las más de las veces, la satisfacción debida a los acreedores resulta capital a fin de que los procesos concursales puedan cumplir la función para la cual son instituidos.

Siempre que hago referencia a los principios básicos de la regulación en nuestros Códigos de la responsabilidad de los deudores en caso de incumplimiento de sus obligaciones creo necesario advertir que la norma contenida en el artículo 1911 del Código Civil, clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial configurado por la Codificación, ha de ser precisada (no alterando su más profundo sentido a través de una interpretación correctora, sino matizando y completando los términos

en que resulta formalmente formulada esta norma con lo establecido por las prescripciones incluidas en otros textos legales) en los siguientes términos: *Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes y derechos no inembargables presentes y futuros, así como con aquellos que en el pasado formaron parte de su patrimonio y que puedan ser reintegrados a él en los casos y a través de los procedimientos establecidos al efecto en nuestro Ordenamiento.* A esta concepción básica o de principio responde el régimen establecido, tanto respecto de las actuaciones individuales de los acreedores para hacer efectiva la responsabilidad de sus deudores, como en relación a las actuaciones del conjunto de los acreedores integrados en la *masa pasiva* de un procedimiento concursal promovido contra un deudor común.

En este último caso, que es el que ahora reclama específicamente nuestra atención, la disciplina legal ha de concertar, buscando el mejor equilibrio conseguible entre ellos, un conjunto de muy diversos y casi ineludiblemente contrastantes intereses dignos de protección: Desde luego, y en muy preferente rango (ésta es una observación que por su obviedad podría parecer innecesaria), el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos; si se quiere, en realidad, el interés a hacer efectiva en los más satisfactorios términos y medida posibles la responsabilidad exigible al deudor incumplidor como consecuencia de su incumplimiento. Ahora bien, sentado lo anterior ha de advertirse inmediatamente que la satisfacción de los diversos acreedores, casi inevitablemente sólo parcial, para que no sacrifique indebidamente los intereses de unos primando los de otros más allá de lo admisible, que esto es lo que correctamente entendido significa el principio de la *par conditio creditorum*, ha de producirse respetando las normas materiales y adjetivas estatuidas al efecto.

También han de contemplarse a lo largo del desarrollo de los procedimientos concursales los derechos e intereses legítimos del deudor, la necesidad de cuya atención ya he resaltado en su vertiente patrimonial con la somera referencia antes hecha a la lectura integradora o amplia que debe hacerse del artículo 1911 del Código civil, excluyendo conforme a ella los bienes y derechos inembargables de la masa patrimonial *activa* sobre la cual puede hacerse efectiva la responsabilidad exigible por los acreedores del deudor incumplidor de sus obligaciones.

Asimismo, lo que a efectos del tema que hoy reclama nuestra atención tiene la mayor importancia, han de tomarse en consideración los derechos e intereses legítimos de los terceros que pudieran verse afectados como consecuencia de las actuaciones seguidas para la reintegración a la masa activa del concurso de bienes sustraídos del patrimonio del concursado.

Y finalmente, pero no con carácter residual o con escaso relieve (*last, but not least*), los intereses generales de la economía (no hace mucho hubiéramos considerado casi ineludible precisar esta referencia concretándola en *los intereses de la economía nacional*... hoy quizá no pueda tenerse seguridad de que tal connotación sea por todos entendida o sentida como la más adecuada), sobre los cuales puede incidir la normativa reguladora de las operaciones de reintegración al dificultar o desincentivar las operaciones de financiación o refinanciación empresariales.

El tema propuesto por todo lo hasta aquí apuntado es un tema clásico, al que se han dado respuestas y configurado soluciones difícilmente calificables de *clásicas* en el sentido que atribuyó a este término en el mundo taurino un conocido diestro: *clásico es lo que no se puede hacer mejor*. Se pueden y se deben buscar y dar mejores respuestas a las muy importantes cuestiones que suscita el gran tema planteado. Se pueden y se deben perfeccionar las soluciones que hasta ahora se han configurado para éste en nuestro Ordenamiento jurídico; ninguna ha estado ni está libre de reparos o críticas, ni podrán seguramente considerarse libres de reparos o críticas las que lleguen a construirse en el futuro, porque parece difícil que puedan conseguirse finalmente encontrar las que ofrezcan soluciones definitivas a los problemas propuestos, armonizando, *sub specie aeternitatis*, los múltiples intereses que se interfieren y oponen en ellos, puesto que en la atención y en la preferencia que tales intereses reclaman por parte del legislador ha jugado, juega y jugará un papel fundamental, determinante, la coyuntura social y económica.

Y ello no sólo en España. Las respuestas de los legisladores a las grandes cuestiones con las cuales ha de enfrentarse el Derecho concursal han resultado siempre condicionadas por la coyuntura económica en cuyo marco se han producido y por las concepciones o ideologías dominantes en el pensamiento político y económico de cada época.

Las de los codificadores decimonónicos españoles estuvieron inspiradas por el principio de dispensar el mayor rigor al tratamiento del deudor en los planos personal y patrimonial. Tal planteamiento se puso especialmente de manifiesto en el régimen establecido para la reintegración de la masa activa de la quiebra por el Código de Comercio de 1885. El sistema configurado al efecto, no sólo establecía una regulación particularmente favorable respecto del ejercicio de acciones revocatorias o paulianas en el seno de los procedimientos concursales, sino que, como una de las piezas claves o esenciales de ellos, consagraba la regla de la nulidad de los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la fecha de retroacción fijada judicialmente.

Era ésta una toma de postura legislativa que, respondiendo a la lógica seguramente discutible en términos económicos que la inspiraba, antepone los intereses de la masa pasiva a la reintegración de la masa activa sobre cualesquiera otros, y que en los términos literales de los textos que la contenían, en los cuales no se tutelaba, ni siquiera se contemplaba, la situación cubierta o amparada por principios registrales que podrían haber alcanzado terceros hipotecarios, incidía en términos extremadamente negativos sobre la seguridad jurídica del tráfico. Los disfuncionales frutos de esta normativa fueron muy pronto apreciados y condujeron, tanto a que se matizara su extensión a la disciplina del procedimiento concursal que en la práctica resultó el preferentemente utilizado para la búsqueda de solución a las crisis empresariales (el de *suspensión de pagos*), como a que atemperase sus últimas e inasumibles consecuencias una jurisprudencia poco menos que *correctora* del entendimiento del *sentido propio* de las palabras del Código de comercio, línea interpretativa casi exclusivamente sustentada en su espíritu (no tanto en la fundamentación expresa de las resoluciones de los órganos judiciales que la configuraron y acogieron) con la llamada por el artículo 3.1 del Código civil al criterio interpretativo finalista o funcional de las pautas reclamadas por «*la realidad social del tiempo*» en el cual las normas legales habían «*de ser aplicadas*».

Se llegó así, apartándose de lecturas del texto de la ley estrictamente apegadas a su tenor literal (que conducía a consecuencias tan excesivas como las consagradas, entre otras muchas sentencias del Tribunal Supremo —la cita de las siguientes no tiene otro propósito que el ejemplificativo—, en las de 17 de febrero de 1909, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932, 5 de abril de 1933, 17 de marzo de 1958, 13 de febrero de 1960, 21 de mayo de 1960, 14 de diciembre de 1960, 20 de diciembre de 1961, 29 de octubre de 1962, 27 de febrero de 1965, 7 de marzo de 1973, 1 de febrero de 1974, 20 de febrero de 1974, 26 de marzo de 1974, 17 de marzo de 1977, 9 de diciembre de 1981, 10 de noviembre de 1983, 11 de julio de 1990,...), a una «*interpretación flexible*» de la regulación establecida en el Código de comercio respecto a la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, relectura o reconstrucción de la regla conforme a la cual se «*vino a mitigar el rigor de la letra de la ley*» (expresiones utilizadas por nuestros Tribunales, con una cierta dosis de hipocresía, para disimular el posible exceso de una interpretación radicalmente apartada de esta letra; es decir, *correctora* de la norma legal o, en crudos términos, contraria a su tenor literal) exceptuando de la nulidad, pese que hubieran sido realizados dentro del período de retroacción, *los actos de dominio y administración del quebrado que no hubieran causado perjuicio a los intereses de los acreedores en su conjunto* (entre aquellos pronunciamientos con los cuales el Tribunal Supremo afirma este entendimiento del sistema consagrado

en la Codificación pueden citarse algunos muy recientes, como los contenidos en las sentencias 1223/2008, de 17 de diciembre, y 525/2010, de 10 de septiembre; el último efectuado al resolver un recurso de casación contra sentencia de una Audiencia dictada en un recurso de apelación contra autos de juicio incidental tramitado en el año 2002 sobre nulidad de actos realizados dentro del período de retroacción de una quiebra, y en el cual se advierte, al considerar la existencia de posicionamientos contrapuestos tanto rigoristas como flexibles en los fallos del Supremo, que *«en los últimos años el criterio flexible es el que predomina en las sentencias»* de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, *«de tal modo que bien puede considerarse como su jurisprudencia en este momento»* –lo que confirma la invocación de las sentencias de 13 de diciembre de 2005, 1 de junio de 2007 y 7 de mayo de 2008, la cual, a su vez, cita muchas otras–; *«jurisprudencia actual»* o *«doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo»* que *«puede resumirse declarando que la ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 CCom no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado»*; *«ni tampoco a aquellos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos»*).

La línea jurisprudencial expuesta, desde hace ya algunos años definitivamente afirmada (creo que puede concluirse que lo ha sido en los anteriores términos), se corresponde a la dominante en la doctrina científica. No es ésta la ocasión ni el tiempo (lógicamente debo atenerme al señalado para mi intervención o, preferiblemente, no abusar de la amabilidad y de la paciencia de quienes me escuchan agotándolo) de hacer una reseña, ni siquiera sucinta, de las críticas que recibí por parte de los más relevantes tratadistas españoles el sistema de retroacción absoluta consagrado en el Código de Comercio. Baste, como botón de muestra, dejar constancia de que el más autorizado de nuestros mercantilistas, don Joaquín Garrigues (el fundador de la moderna escuela española de Derecho mercantil, en frase de don Aurelio Menéndez), advirtió que generaba inseguridad en el tráfico jurídico, y que el carácter absoluto de la nulidad con la cual sancionaba los actos sobre los que se proyectaba excedía evidentemente de lo que reclama la defensa de los acreedores.

La postura crítica ante la rigidez y el extremo rigor con que regulaba la reintegración de la masa el Código de 1885 fue compartida por cuantos participaron en el dilatado proceso que condujo a la reforma del Derecho concursal español finalmente culminada en el año 2003; y en ella se inspiran los diversos textos en los que fueron sucesivamente materializándose las propuestas de la configuración de una nueva y más funcional normativa sobre tal particular. A esta orientación, ya manifiesta en la *Ley de suspensión de pagos* de 26 de julio de 1922, responde expresamente el

Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, en el cual desaparecía la declaración de retroacción y se regulaba la posibilidad del ejercicio de una amplia serie de acciones de impugnación que, teniendo en cuenta la naturaleza objetiva de los actos atacables a través de ellas, se entendía que permitirían satisfacer el interés de los acreedores a la correcta integración de la masa activa del procedimiento concursal. El *Anteproyecto de Ley Concursal* de 1983 reducía los efectos automáticos de la retroacción a los actos realizados por el deudor a título gratuito, salvo las liberalidades *de costumbre* y las donaciones remuneratorias, y confiaba al ejercicio de las acciones de reintegración que regulaba la correcta configuración del activo destinado a la satisfacción de la masa pasiva. Finalmente la *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal* de 1995 imponía a los síndicos el deber de ejercitar acciones revocatorias para integrar los bienes y derechos indebidamente salidos del patrimonio de un deudor cuyo activo exigible fuera inferior a su pasivo real, y determinaba la procedencia de tales acciones en función de las diferentes concepciones o naturaleza atribuibles a los actos que hubieran dado lugar la salida de los bienes o derechos del patrimonio del deudor y de la antelación respecto al tiempo de la declaración de concurso con la cual hubieran sido realizados tales actos.

Estos posicionamientos sobre la orientación que debería presidir la reforma de nuestro Derecho concursal para que, sin merma de su potencialidad tuitiva del interés de los acreedores a que la masa activa de los procedimientos concursales fuese integrada incluyendo en ella bienes y derechos sustraídos indebida o no cabalmente del patrimonio de su deudor, las nuevas normas salvaran la incidencia negativa de las viejas disposiciones decimonónicas sobre la seguridad jurídica que reclama la correcta regulación del tráfico (la exigencia de tutela de la seguridad jurídica del tráfico constituye hoy una de las afirmaciones más universalmente compartidas, no sólo por los juristas, sino por los economistas, por los sociólogos, por los políticos y por todos los protagonistas de la actividad económica), han sido finalmente recogidos o *positivizados* en 2003 en virtud de la nueva regulación introducida por la Ley 22/2003, de 9 de julio.

La Exposición de motivos de este texto legal proclama que dicha nueva normativa, en la línea de rectificación o revisión indicada, se aparta del «*perturbador sistema de retroacción del concurso*», que «*sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa*», manteniendo para los terceros «*adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones*» «*la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irrevindicabilidad o del registro*». De conformidad con tales principios el sistema instituido en el año 2003 contempla tanto

la posibilidad de hacer uso de las que cabe considerar *acciones rescisorias concursales* como la de ejercer *acciones rescisorias ordinarias* (diferenciables unas y otras en función de la necesidad o no de acreditar por los actores que los actos u operaciones del deudor atacables a través de ellas sean *perjudiciales o fraudulentos*).

Pero, aun cuando el nuevo sistema de reintegración de la masa activa salva los más criticables (y criticados) aspectos del insatisfactorio anterior que viene a sustituir, la actual coyuntura económica ha puesto de manifiesto entre los posibles defectos o carencias de que adolece la falta en él de respuesta adecuada a algunos de los delicados problemas que proponen las *operaciones de refinanciación*, en no pocas ocasiones inexcusables para hacer frente a las dificultades con las que resultan enfrentados ciertos empresarios para continuar desarrollando sus actividades profesionales. La superación de las limitaciones que en este plano presentaba la *Ley concursal* es uno de los principales objetivos de las reformas introducidas en su texto originario por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Y seguramente aquí, con esta introducción al capital tema de las insuficiencias del sistema de reintegración de la masa, deberían concluir mis palabras. Pero puede que no sea del todo improcedente apuntar algunas breves y personales reflexiones sobre varias, no muchas, de las cuestiones que suscitan las por ahora últimas reformas del Derecho concursal. Desde luego tales cuestiones, y otras que junto a ellas reclaman la atención de los juristas y de los *operadores jurídicos* (séame excusado el empleo de este barbarismo en aras de su generalización en el lenguaje de nuestro tiempo), van a ser seguidamente analizadas de esta tribuna por otros con autoridad y conocimiento de los principales problemas planteados en la experiencia de los años en los cuales la funcionalidad de las iniciales normas de la *Ley concursal* y las de sus sucesivas reformas ha sido contrastada en la práctica. Mas en todo caso valga, por cuanto la requiere la programación del Congreso, esta primera y de seguro poco ilustrativa aproximación al argumento central de nuestro *orden del día*. De la parvedad del fruto que pueda obtenerse de mis palabras pídanse cuentas a los promotores de nuestro encuentro, quienes hacen recaer sobre terceros (sin duda de buena fe y que deberían haber sido considerados, por tanto, merecedores de tutela) las consecuencias del favor que me dispensan.

Una primera idea-fuerza de la reforma de la normativa concursal introducida por las reformas de los años 2009 y 2011 es la de favorecer la conclusión de acuerdos que permitan a los empresarios superar, mediante la refinanciación, situaciones que sin ella les abocarían a la necesidad

de someterse a la traumática salida de los procedimientos concursales. A la proclamación de este principio en el Preámbulo de la Ley 38/2011 responde la normativa establecida en su articulado sobre las comunicaciones de apertura de negociaciones ordenadas a alcanzar acuerdos de refinanciación y sobre los efectos de tales comunicaciones (artículo 5 bis), el régimen de las acciones de reintegración (artículo 71) y la homologación de los acuerdos de refinanciación (disposición final 4^a).

El rigor con que la Ley concursal contemplaba en su artículo 5 el deber de solicitar su declaración de concurso por parte del deudor que conocía o debía conocer su estado de insolvencia, rigor que ya había sido en un primer estadio atenuado, al añadirse por el Real Decreto-ley 3/2009 a este artículo un apartado 3 que hacía no exigible el cumplimiento de tal deber a los deudores que pusieran en conocimiento del juzgado competente para acordar aquella declaración la circunstancia de que habían iniciado negociaciones para concluir con sus acreedores convenios que permitieran superar su situación, ha sido aún más mitigado por la Ley 38/2011, al ampliarse en ésta la dispensa de la exigibilidad estricta del deber de presentar la solicitud de la declaración del *concurso voluntario* al caso de apertura de negociaciones ordenadas a la búsqueda de acuerdos de refinanciación. Con ello se ha querido abrir una vía ágil y económica de superación de la crisis, vía cuya apertura puede suscitar en principio, al menos, los siguientes interrogantes:

- a) ¿Cuáles son las consecuencias de la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación?
- b) ¿Cuáles son las consecuencias del acuerdo de refinanciación si llega a alcanzarse?
- c) ¿Cuáles son las consecuencias de que no se alcance el acuerdo o de que, pese a haberlo concluido, no logre superarse la crisis patrimonial del deudor?

El Real Decreto-ley 3/2009 dio una respuesta, que puede en lo esencial trasladarse al primero de los interrogantes abiertos (¿cuáles son las consecuencias de la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación?), para el caso de haberse comunicado al juzgado la apertura de negociaciones encaminadas a la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. El nuevo apartado 3 adicionado en 2009 al artículo 15 de la Ley concursal dispuso que, una vez efectuada aquella comunicación, durante los siguientes cuatro meses (tres meses desde la fecha de la comunicación y otro mes desde la expiración del plazo anterior), no serían admisibles solicitudes de concurso presentadas por cualesquiera otros legitimados

distintos del deudor, y que la solicitud de éste, si llegara a formularse, habría de tramitarse en primer lugar. La modificación del tenor literal del apartado 3 del artículo 15 de la Ley concursal por la Ley 38/2011 mantiene, ampliándola al supuesto de la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones para concluir un acuerdo de financiación, las líneas esenciales de la regulación precedente, perfeccionando su redacción en algunos particulares no especialmente significativos y en la formulación o fijación de las consecuencias del transcurso de los indicados plazos de tres meses y un mes: hasta la finalización del primero no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor, y desde aquel momento y hasta que venza el plazo de un mes (se precisa, «*mes hábils*») no se proveerá otra solicitud que la presentada por el deudor.

La contestación que debe darse a la segunda cuestión propuesta (¿cuáles son las consecuencias del acuerdo de refinanciación, si llega a alcanzarse?) resulta, en principio, llana. Si a través del acuerdo de refinanciación se consigue superar el estado de insolvencia del deudor desaparecen tanto el deber de éste de solicitar la declaración de su concurso como el presupuesto objetivo en el cual ha de fundarse la solicitud de dicha declaración por los acreedores.

Y también, *prima facie*, parece obvia o sencilla la respuesta a dar al tercer interrogante abierto (¿cuáles son las consecuencias de que no se alcance el acuerdo de refinanciación o de que, pese a haberlo concluido, no logre superarse la crisis patrimonial del deudor?). Si la inicial superación de su estado de insolvencia no diera lugar a la consolidación final, o con vocación de estabilidad, del horizonte patrimonial del deudor, éste, en definitiva, quedará a la postre obligado a solicitar la declaración del concurso y se abrirá la posibilidad de que la soliciten sus acreedores. Y una evidente consecuencia que habría de seguirse en principio de ello sería la de que el *refinanciador* o los *refinanciadores* tendrían que verse enfrentados con una peligrosa situación, en la cual sus créditos, nacidos a consecuencia de haber inyectado liquidez o proporcionado solvencia a un empresario en dificultades (haber facilitado *fresh money* o *dinero nuevo*, para hacer uso de las palabras del Preámbulo de la Ley 38/2011), no serían satisfechos sino en *moneda de dividendos*, al tenerse que someter a la regla de la *par conditio creditorum* que preside, como principio general, el tratamiento dispensable a las obligaciones que pesan sobre el patrimonio de los concursados. Sin duda tal circunstancia haría extraordinariamente difícil encontrar quienes se arriesgaran a refinarciar a los empresarios en dificultades y privaría de virtualidad real a esta vía de solución de situaciones empresariales comprometidas, pero para salvar el obstáculo apuntado

se ofrece con naturalidad una solución segura y, en caso de disponer de los medios que requiere su instrumentación (en caso de contar en el patrimonio del que necesita refinanciación con bienes o derechos que puedan utilizarse para ello), simple y fácil: la constitución de garantías que los afecten a la satisfacción de los créditos de los aportantes de *fresh money*, otorgándoles la posición privilegiada correspondiente.

Ahora bien, las garantías así obtenidas podrían evidenciar un flanco particularmente débil: el de que abrirían la posibilidad de que a la postre resultase cuestionada la validez de los actos de su otorgamiento a través del ejercicio de las acciones de reintegración reguladas en el Capítulo IV del Título III de la Ley concursal, en particular al amparo de las presunciones de existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa que se contemplan en el artículo 71.2.3º de ésta respecto de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas obligaciones constituidas en sustitución de otras previas. Para salvar tal dificultad la disposición adicional 4ª.2 incluida en la Ley concursal por el Real Decreto-ley 3/2009 excluyó la posibilidad de que fuesen objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación, los negocios, actos y pagos consecuencias de ellos y las garantías constituidas en su ejecución siempre que la refinanciación determinara, al menos, una ampliación significativa del crédito disponible por el empresario, la prórroga del plazo de vencimiento de sus obligaciones o el establecimiento de otras que las sustituyesen. En todo caso:

a) dada la finalidad perseguida por la nueva norma, el acuerdo de refinanciación habría de responder a un plan de viabilidad que permitiera la continuidad a corto o medio plazo de la actividad empresarial en relación a la cual se concluyese;

b) debería ser suscrito por tres quintos del pasivo del deudor (porcentaje calculable siguiendo reglas especiales en el caso de los *acuerdos de grupo* –los acuerdos que afecten a varias sociedades del mismo grupo de sociedades–);

c) tendría que venir amparado por el informe favorable emitido por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor (la especificación de cuál sería el registrador competente para esta designación también era objeto de una regulación especial para el supuesto de que el acuerdo de refinanciación afectase a varias sociedades de un mismo grupo);

d) y el acuerdo habría de formalizarse en instrumento público.

Esta disciplina ha sido reproducida, en lo esencial, en el nuevo aparta-

do 6 del artículo 71 de la Ley concursal introducido entre los anteriores apartados 5 y 6 (el último ahora reenumerado 7) de este mismo artículo por la Ley 38/2011.

Pero, pese a todo ello, la compleja regulación hasta aquí expuesta introducida por las adiciones y modificaciones de las iniciales disposiciones de la Ley concursal en los años 2009 y 2001 continuaría ofreciendo un flanco débil: podría tropezar con un serio inconveniente en la coronación de su objetivo final de conducir a la superación del estado de dificultad patrimonial del empresario *refinanciado*. Si las nuevas facilidades de crédito concedidas a éste no fueran acompañadas con una paralela ampliación de los plazos para atender a créditos precedentemente contraídos, sobre todo a aquellos cuya titularidad activa correspondiese a entidades financieras, por muy favorable al acuerdo de refinanciación que fuera el informe sobre la viabilidad de la empresa refinanciada en términos reales tal viabilidad podría resultar ser más que discutible. Saliendo al paso de esta contingencia, como *norma de cierre* del sistema, la Ley 38/2011 ha modificado la disposición adicional 4ª introducida en la Ley concursal por el Real Decreto-ley 3/2009 dándole una nueva redacción, conforme a la cual los acuerdos de refinanciación celebrados cumpliendo los requisitos que marca el artículo 71.6 y suscritos por el setenta y cinco por ciento del pasivo correspondiente a entidades financieras, en caso de que sean homologados judicialmente, extenderán los efectos de las *esperas* que incluyan a los créditos de todas las entidades financieras no cubiertos por garantías reales siempre que tales aplazamientos no supongan un sacrificio desproporcionado (cabe advertir que la utilización de este parámetro abre un margen de inseguridad generador de potenciales conflictos) para las entidades que no los suscribieron; y que también podrá acordarse por el juez el mantenimiento por plazo no superior a tres años de la paralización de ejecuciones promovidas por entidades financieras.

En todo caso, no sería concebible lo contrario, la homologación judicial podría ser impugnada (disposición final 4ª.4), pero sólo por los acreedores afectados por ella que no hubieran prestado su consentimiento al acuerdo de refinanciación (la no muy afortunada dicción legal permitiría, quizá, plantear la cuestión de si la legitimación contemplada en la disposición final 4ª sería la de los acreedores afectados por la homologación que no hubiesen prestado su consentimiento a ésta; considero que una interpretación lógica y sistemática del precepto conduce a entender que la establecida en él es la legitimación de los acreedores que no hayan prestado su consentimiento al acuerdo de refinanciación) y únicamente por dos *motivos*:

- a) porque el acuerdo no hubiese sido aprobado con la mayoría requerida para que pudiera ser homologado;
- b) o por la desproporción del sacrificio exigido a los acreedores.

Si el deudor lo incumpliese, cualquier acreedor podría solicitar la declaración judicial del incumplimiento del acuerdo de refinanciación «*a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal*» (disposición final 4^a.5), expresión quizá no excesivamente precisa (y la imprecisión en normas procesales nunca es elogiable). En caso de que se llegara a declarar el concurso del deudor pese a la conclusión de un acuerdo de refinanciación la administración concursal (sólo ella, sin que los acreedores tengan reconocida para este supuesto la legitimación subsidiaria que les otorga el artículo 72.1 LC en el de inactividad de la administración concursal tras haberla instado a ejercer las correspondientes acciones) estaría legitimada para impugnarlo (artículo 72.2 LC). Sin duda al servirse del parámetro *desproporción* para que en él puedan fundamentarse las impugnaciones de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación se introduce (también parece oportuno resaltar aquí este extremo) un factor de inseguridad respecto del campo de aplicación de la norma. Una cierta corrección del efecto negativo denunciado cabe admitir que se ha buscado por el legislador tanto en función de la brevedad del plazo dentro del cual puede efectuarse la impugnación (quince días) cuanto en virtud del cauce procedimental fijado para la tramitación de ésta (el incidente concursal). Pero desde luego el que queda apuntado es un *punctum dolens* que se ha denunciado en los primeros comentarios de la reforma de 2011 y que, aun cuando no muy fácilmente, quizá hubiera podido evitarse.

El conjunto normativo esquemáticamente expuesto, de conformidad con los postulados que presiden la reforma concursal de 2011, prioriza los intereses conectados con la conservación de las organizaciones empresariales viables (básica, pero no exclusivamente, los intereses de los titulares de dichas organizaciones, los intereses de los trabajadores y, para simplificar, los intereses generales económicos y públicos) frente a los intereses particulares de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, modificando en tales términos una concepción que subyacía en planteamientos iniciales o subyacentes de la Ley 22/2003, a los cuales se alude, quizás incidentalmente, en la Exposición de motivos de esta (así, *v. gr.*, se hacía referencia en ella a «*la conveniencia de [...] evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores*»). La orientación resueltamente ahora aceptada, sin duda la que se entiende reclamada, si no incluso impuesta, por la gravísima crisis económica que atraviesan nuestra Nación y otras muchas Naciones

de nuestro entorno, retoma principios y opciones de política legislativa que en los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo tuvieron amplia acogida en el pensamiento jurídico y en las propuestas de los economistas y que se tradujeron en algunas de las más sugerentes y discutidas propuestas del Anteproyecto de Ley concursal de 1983 (una de ellas, la de la posibilidad de la apertura de un estado o situación de *gestión controlada* como posible vía para la superación o salida del concurso, fue calificada por don Antonio Polo y don Rodrigo Uría como «*la más bella aventura de la reforma*»; quizá, puesto que no superó la oposición frontal proveniente de posiciones que la asimilaban a una expropiación de hecho del patrimonio empresarial, hubiera sido más profético considerarla *la aventura más azarosa propuesta por los redactores del Anteproyecto*).

Pero no cabe negar que la nueva disciplina constituye una opción que relega a un segundo plano la tutela de intereses que merecen, al menos, la consideración de su recuerdo. No sólo los intereses de las entidades financieras que no han apoyado o que se han pronunciado en contra del acuerdo de refinanciación judicialmente homologado, sino también los intereses de los restantes acreedores, a los cuales los acuerdos de refinanciación o la apertura de negociaciones encaminadas a concluirlos o a obtener adhesiones a propuestas anticipadas de convenio cierran temporalmente la posibilidad de solicitar la declaración de concurso de su deudor, lo que cabe que produzca consecuencias perjudiciales para ellos, tales como la tardanza en la apertura del procedimiento colectivo en principio ordenado a la satisfacción de sus créditos, o un nada imaginario o meramente eventual agravamiento del deterioro de la situación patrimonial de su deudor que daría lugar, en última instancia, a la disminución de las posibilidades de que sus reclamaciones lograran alcanzar el fin al que legítimamente aspiran.

La posposición o, si se quiere, el sacrificio de estos intereses puede defenderse, quizá incluso cabe entender que resulta justificada, argumentando al efecto en función de un doble orden de ideas.

De una parte aduciendo que, singularmente en momentos de grave, de muy grave y extendida situación de crisis económica, ha de reconocerse la prevalencia sobre otros intereses (¿sobre cualesquiera otros intereses?) de los intereses generales de la economía y de los intereses de los trabajadores, para cuya protección abre un horizonte al menos esperanzador la posibilidad de que lleguen a concluirse acuerdos de refinanciación con el objetivo de superar las dificultades patrimoniales que se oponen a la continuación o al normal desarrollo de las actividades empresariales.

De otra parte haciendo una valoración crítica de la eficacia de la tutela que, en definitiva, podrían obtener los acreedores en virtud de los procedimientos concursales. Pese a que en la Exposición de motivos de la Ley concursal se hacía ya en el año 2003 una expresa llamada de atención a «*la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores*», la realidad ha puesto de manifiesto que muy raramente deudores o acreedores recurren a los cauces concursales con la anticipación que reclamaría la instrumentación a través de ellos de soluciones fisiológicas o conservativas con posibilidades reales de operatividad en la práctica.

En alguna ocasión, al presentar las propuestas de regulación concursal incluidas en el Anteproyecto de Ley concursal de 1983, concretamente las de las medidas contempladas en éste para estimular la presentación de solicitudes de apertura de concursos cuando se estuviera todavía a tiempo de salvar o reflotar a las empresas, dado que las situaciones de crisis económicas en que se hubieran llegado a encontrar aún serían superables, me serví de una imagen fúnebre pero que me pareció particularmente expresiva: lo que había que pretender conseguir era que el concurso fuese la mesa de operaciones de un quirófano, en la cual, a través de la realización de las operaciones oportunas, pudiera devolverse la salud a una empresa enferma; no la mesa de un anfiteatro anatómico destinada a la práctica de necropsias, de las cuales no pudieran obtenerse, fuera de unas siempre apreciables enseñanzas académicas *pro futuro*, sino tan sólo de inmediato fragmentos o partes de cadáveres económicos sin utilidad efectiva o, a lo sumo, en el mejor de los casos, sin otro fruto que el de la recuperación de algunos órganos para su trasplante a otras empresas con el objeto de su ulterior aprovechamiento por éstas. La triste realidad, y es una realidad muy triste, prescindiendo de recursos retóricos más o menos lúgubres, es que pocos procedimientos concursales inician su tramitación cuando el estado patrimonial de los concursados, pese a presentar iniciales o incipientes perspectivas de futuras dificultades, mantiene razonables perspectivas de una, si no fácil, posible o no necesariamente traumática superación de los problemas en los que aquéllos se encuentran o en los cuales es previsible que vayan en breve plazo a encontrarse. Por el contrario la *praxis* ordinaria es recurrir a los expedientes concursales solamente en los casos de crisis insalvables, de lo cual casi inevitablemente se sigue que los acreedores, muy probablemente un gran número de ellos, y desde luego los titulares de créditos ordinarios, no van a obtener mas que escasa o nula satisfacción a través de unos procesos tardíamente abiertos.

Pero, si bien no puede negarse la verdad que hay en lo expuesto,

también ha de reconocerse que, por escasa e incierta que sea, en última instancia los acreedores podrían quizá obtener alguna satisfacción en el seno de los procedimientos concursales conforme a lo que postula el reconocimiento en ellos del principio de la *par conditio creditorum*, aun cuando este principio haya de conjugarse con las salvedades y matices que para su aplicación supone la consagración legal de regímenes especiales respecto de las *deudas de la masa* y de los créditos privilegiados. Y la vía de satisfacción a través del concurso de los acreedores ajenos o no partes de los acuerdos de financiación puede verse sin duda dificultada, si no incluso cerrada, en primer término, en virtud de las consecuencias anteriormente apuntadas de la iniciación de negociaciones para alcanzar acuerdos de refinanciación; y, sobre todo, en un segundo y más trascendente plano, porque en el caso de que tales acuerdos incluyan (y normalmente incluyen este extremo) el establecimiento de garantías reales, garantías que otorgarían a los créditos de los refinanciadores el carácter de créditos privilegiados (ciertamente sólo a los créditos por la refinanciación –pero éstos son prácticamente siempre los créditos significativos, si se quiere, los más significativos– y únicamente por el importe que resultase cubierto por las garantías tras su realización), se daría lugar, en caso de fracaso de la refinanciación y de que, consecuentemente, la situación patrimonial del deudor en crisis hubiera de ser afrontada en definitiva mediante la apertura de un procedimiento concursal, a una posposición de los créditos preexistentes a los acuerdos de refinanciación, créditos que resultarían consiguientemente en tal caso perjudicados por dichos acuerdos.

La opción tomada en la reforma de 2011 al estatuir un régimen de favor para los acuerdos de refinanciación responde, como es fácilmente apreciable, a la vieja idea de primar la conservación o el reflotamiento de las empresas con preferencia a la satisfacción de los créditos de sus acreedores. Se abandona con ella una concepción en cierto modo darwinista, extendida y defendida en las etapas de bonanza de la situación económica general, que contemplaría el concurso como un valioso instrumento para el saneamiento del tejido productivo, en cuanto que produciría la consecuencia de la eliminación en él de las células u organismos ineficientes.

Y no me resisto a la tentación de dejar aquí hecha una observación, posiblemente fruto de mis recuerdos de reflexiones o advertencias avanzadas, a finales de la década de los setenta y principios de la de los ochenta del pasado siglo, por algunos de los miembros de la Ponencia Especial redactora del texto del cual trajo directa causa el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 en el curso de las largas e intensas sesiones en las cuales se desarrolló su trabajo.

En tales sesiones se manifestó por varios de los componentes de aquella Ponencia una resuelta valoración crítica de la técnica de *superposición de garantías*, es decir, del otorgamiento a créditos contraídos fuera del *tiempo sospechoso* que precede a la declaración judicial del estado de concurso de unas garantías que reforzaran su posición, privilegiándola respecto a la correspondiente a otros acreedores; particularmente contrario a cualquier fórmula de coonestación de la práctica de superposición de garantías se declaró don Jorge Carreras Llansana. Recordando su enseñanza me permito poner de relieve que con la superposición de garantías no se otorga un trato de favor a los que financian una actividad empresarial haciendo llegar al patrimonio del empresario *dinero fresco*, sino que se privilegia a quienes *refrescan o mejoran la situación de un dinero* del cual anteriormente ya había dispuesto el empresario al que se había previamente facilitado. Y que, si finalmente este empresario llegara a entrar en concurso, con la superposición de garantías se perjudicaría a otros acreedores que antes de la refinanciación podrían, quizá, haberse encontrado con alguna mayor probabilidad de ver, al menos en cierta medida, atendidos sus intereses.

Claro es que no puede desconocerse que las operaciones de refinanciación se efectúan para solucionar las situaciones de desarreglo patrimonial de los empresarios, y que se ordenan a superarlas, evitando si se consigue este objetivo la apertura de procedimientos concursales. Tal y como enfáticamente proclama el Preámbulo de la Ley 38/2011, «*el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado*». Y por ello la reforma «*toma como referencia la situación económica actual*» «*para la adopción de las medidas*» dirigidas a ofrecer «*a las empresas*», «*a través de acuerdos de refinanciación*», «*una solución más ágil y económica a sus crisis*» que la representada por los procedimientos concursales. Favorecer la búsqueda de soluciones a las situaciones de dificultad económica de las empresas a través de cauces extraconcursoales es una opción legislativa, cuya racionalidad económica quiere resaltar la exigencia de que su «*implementación*» responda a un plan de viabilidad informado favorablemente por un experto independiente (designado por registrador mercantil) en el cual se enjuicie el carácter razonable y realizable del plan y la proporcionalidad conforme a condiciones normales de mercado de las garantías que incluya. El legislador, como de lo hasta aquí expuesto resulta, no ha prescindido de toda cautela para prevenir abusos o peligros manifiestos en inmotivadas o exorbitantes superposiciones de garantías. Pero, pese a cuanto queda apuntado, no puede dejar de observarse que la

orientación seguida por la reforma de 2011 responde a requerimientos o condicionantes de la coyuntura social y económica del momento en el cual ha sido configurada, y que junto a los aspectos positivos de las operaciones de refinanciación, que sin duda alguna los tienen, y de la mayor relevancia en los momentos presentes, han de contemplarse y valorar en sus posibles efectos o incidencias los problemas que abren y las potenciales consecuencias negativas que, también innegablemente, podrían acarrear algunas de ellas.

Sin avanzar criterios sobre las hipotizables orientaciones o los conjeturables contenidos de posibles nuevas reformas en tiempos futuros del Derecho concursal español baste, aquí y ahora, dejar indicado que frente a la regulación de las operaciones de refinanciación y sobre otras diversas cuestiones planteadas por las reformas introducidas los años 2009 y 2011 en la Ley concursal se han alzado ya voces críticas. Algunas manteniendo ideas en ciertos aspectos coincidentes con varias de las consideraciones desarrolladas a lo largo de esta intervención. Otras definiendo puntos de vista o principios contrapuestos a los sugeridos en ellas. Y otras muy críticas o negativas: (i) sobre puntos concretos de las reformas que no he abordado en mis anteriores palabras (como la ausencia en la nueva normativa de reglas respecto al cómputo de las mayorías requeridas para la aprobación de los acuerdos de refinanciación a fin de poder ser homologados; la limitación a tres años del plazo máximo de los efectos de la homologación de las esperas establecidas en los acuerdos de refinanciación; el no haber generalizado la regla de la paralización de ejecuciones y mantenerla en los circunscritos límites en que se regula en el art. 56 LC;...); (ii) o sobre la reforma contemplada globalmente, perspectiva con la cual ha llegado a valorarse la nueva normativa como un *avance tímido y vacilante*, (iii) o sobre aspectos esenciales de las reformas, óptica conforme a la cual se las ha llegado a motejar de *oportunidad perdida*, porque no han construido un verdadero procedimiento alternativo al concurso *que tenga el carácter de acuerdo de masa con plenos efectos frente a todos [los] acreedores, sean financieros o no, y cuenten o no con garantía real*. Incluso ya antes de que se consagrara con fuerza legal la reforma de 2011, el correspondiente Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Gobierno fue objeto de enmiendas (en alguna de las cuales encontraron eco propuestas de un Foro de Derecho Mercantil del cual fue director uno de los directores de nuestro Congreso, don Emilio Beltrán).

Muchos otros extremos de la normativa concursal fruto de la reforma de 2011 cabría destacar en este momento como particularmente interesantes para los sucesivos trabajos del Congreso: la consideración del 50% de los créditos concedidos en los acuerdos de refinanciación que generen

fresh money como créditos contra la masa (art. 84.11° LC); el otorgamiento de privilegio general al 50% restante de dichos créditos (art. 91.6° LC); el establecimiento de la presunción *iuris tantum* de que ocasionan perjuicio patrimonial a la masa los pagos y los actos extintivos de obligaciones con garantía real cuyo vencimiento sea posterior a la declaración de concurso (art. 71.3.3° LC), regla cuya trascendencia práctica en la actualidad (en la actualidad social, mediática y política) resulta incuestionable si se proyecta sobre las daciones en pago para la extinción de obligaciones garantizadas hipotecariamente; la prohibición de nombrar administrador concursal a quien haya emitido como experto independiente informe sobre el acuerdo de refinanciación previo a la declaración de concurso (art. 28.6 LC); la aplicación de las normas de la Ley concursal en función de la interpretación que haya de darse a las disposiciones de derecho transitorio a tomar en consideración para ello (lo que ha dado lugar a algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo: véanse los efectuados en las sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 791/2010, de 13 de diciembre, así como en auto de 18 de octubre de 2011);...

Y sin duda ofrecería un acertado y completo índice de temas para nuestra reflexión a lo largo de las sesiones en que va a concentrarse el trabajo de estos días la reproducción de los que indica don Emilio Beltrán en el Cuaderno Dictum n° 9 (correspondiente al mes de octubre del pasado año) al contemplar las cuestiones que suscita la incidencia de la reforma de la Ley concursal sobre los acuerdos de refinanciación y sobre la reintegración de la masa activa. En cuanto a lo primero, al poner de relieve *«la ausencia de previsiones que aseguren la seriedad del acuerdo»*, menciona como cuestiones a afrontar las de: la *«exigencia de una convocatoria a los acreedores; [la] fijación, durante la negociación, de deberes tanto del deudor (que habrá de limitar su actividad) como de los acreedores (deber de secreto, deber de asistencia a las reuniones y deber de abstenerse de realizar actos dirigidos a mejorar su posición); la obligatoriedad de que el informe del experto sobre la viabilidad de la empresa sea favorable; la posibilidad de que el juez declare de oficio el concurso en el caso de que no se presente el acuerdo en el plazo establecido; etc.»*. En cuanto a lo segundo señala como *«puntos necesarios para la reflexión: tener en cuenta si el deudor se encontraba en situación de insolvencia en el momento de realizar el acto objeto de rescisión; suprimir la referencia a la masa activa en la delimitación normativa del perjuicio; valorar el fraude de la contraparte del acto como presupuesto para la rescisión; establecer periodos sospechosos de diferente duración en función del tipo de acto y de las condiciones personales de los sujetos contra los que se dirija la acción rescisoria concursal; acotar las presunciones relativas a los pagos de obligaciones no vencidas, la constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes y los actos con personas especialmente relacionadas; sustituir la exclusión a la rescisión de los actos ordinarios realizados en condiciones normales por*

la de pagos ordinarios realizados en condiciones normales imprescindibles para la continuidad de la actividad de la empresa; calificar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión como un crédito concursal ordinario (y no como un crédito contra la masa); y subordinar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión solo en caso de actuación dolosa (y no por simple mala fe)».

Todos estos temas abren sugerentes campos de reflexión. A buen seguro serán abordados estos días con profundidad y con la participación de todos los asistentes. Pero no en este momento. Creo que la inicial llamada de atención sobre ellos cumple el papel al que está destinada lo que no es sino una protocolaria sesión de apertura. Al estudio de las grandes cuestiones que propone el capital tema de la reintegración de la masa, a su análisis y, en su caso, a la sugerencia de las posibles soluciones *de iure condito* y *de iure condendo* que requieren en el plano constructivo o dogmático y, sobre todo, reclaman en su proyección práctica los problemas de la normativa introducida por las recientes reformas del Derecho concursal español se van a consagrar las exposiciones y los debates a celebrar en las mesas y comisiones de este Congreso, que clausurará la conferencia de uno de nuestros más destacados concursualistas, para mí, que he tenido la fortuna de disfrutar de su magisterio desde hace ya más de una treintena de años, una voz de la máxima autoridad: la del Profesor don Ángel Rojo.