

Los fines determinados por la política jurídica orientan la política legislativa, a cuyo servicio se halla la técnica legislativa, un repertorio de métodos y de instrumentos para la elaboración de las normas.

En nuestro caso, la reforma de la legislación concursal, esos fines no vinieron fijados por la política, sino que su elección fue encomendada a los propios técnicos a quienes se confió la preparación de la reforma. Por OM de 23 de diciembre de 1996, la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Reforma Concursal fue designada, lo que por sí solo ya imprimía un agradable carácter de tecnicidad.

La ley concursal 22/2003 de 9 de julio, ha venido a dar respuesta a uno de los mayores esfuerzos de modernización de nuestro ordenamiento mercantil - caracterizado, no solo por una gran dispersión normativa, sino también por un fuerte arcaísmo jurídico- , lo que sumado a los intereses y conductas en juego, requiere que el poder legisferente aporte un plus de seguridad jurídica en su acometido normativo, lo que a su vez debe implicar, una permanente pretensión de equilibrar los principios y las soluciones acogidas en las sucesivas reformas abordadas de la ley concursal, en íntima conexión con la realidad social a la que deben ser aplicadas.

Una vez fue promulgada la ley, su estudio se torno excitante para quien suscribe este documento, ya que, no solo sentaba por fin unas bases que se antojaban idílicas, después de varios intentos fallidos de unificación normativa por anteproyectos de ley 1953,1959, 1983 y 1995, sino porque se introducía una institución ciertamente novedosa, *la propuesta anticipada de convenio*, que se proclamaba en la Exposición de Motivos como la solución convenida a una situación de insolvencia.

En cuanto a la metodología. Era preciso efectuar un análisis del convenio desde épocas históricas hasta las más actuales pasando por la normativa que hasta la vigente ley concursal reinaba en el ordenamiento jurídico, y como no, los diferentes proyectos de ley precitados que no han

llegado a ver a la luz, pero cuya característica común es que en todas ellas la institución del convenio, ya preventivo, ya concursal, adquiría un cierto protagonismo. Desde este punto la metodología del trabajo, pasaba por el estudio de la institución del convenio dentro de la ubicación procedimental ofertada por la ley concursal, y como no, la esencialidad de la naturaleza del convenio afrontada por la doctrina concursalista más autorizada para ir atisbando a lo largo del recorrido procedimental de la fase común del concurso, la poca efectividad práctica que se auguraba a la solución convenida. A lo largo de la tesis se van desgranando las trabas y obstáculos legales desperdigados por el ordenamiento jurídico, entre otros, han de significarse : la legitimación del deudor como único instigador de la propuesta anticipada de convenio; el elemento temporal y personal de la adhesión como requisito *ab sustantiam* de la institución; el injustificado listado de causas de prohibición dirigidas al deudor y que le obstan la posibilidad de proponer un convenio, asumiendo el derecho concursal un papel moralizador que en absoluto le corresponde; falta de sistemática procedimental en lo atinente a la aprobación y oposición al convenio concursal; y la relegación más absoluta a la Junta de acreedores. No es óbice señalar que el estudio de la institución merecía la dedicación de un capítulo entero, a un tema que he considerado de capital importancia , que no es otro que el relativo al contenido del convenio, prevista su regulación en el artículo 100 de la Ley concursal, ya que viene a introducir una clara limitación de la libertad contractual promulgado en el artículo 1255 del Código Civil, haciendo acto de presencia unos mayores niveles de exigencia, tanto de carácter formal como material, en la consecución de la solución convenida, con reducción sustancial de las quitas y esperas de la deuda, proscripción de la cesión de bienes y cualquier modalidad de liquidación global, como contenido del convenio.

El legislador, ni en la ley concursal, ni en los preludios normativos que le precedieron, atendieron a las tendencias que en materia de convenio concursal se proclamaba en Derecho comparado en el que se fomentan los acuerdos extrajudiciales y se acogen mecanismos preconcursales, llenando ese inmenso vacío con la propuesta anticipada de convenio, pese a que ya en la propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, en puridad se abordó el

tratamiento del marco amistoso de composición de crisis, sobre la base del modelo francés *Reglement amiable* en la que la negociación es propiciada por un *conciliateur* nombrado por el órgano judicial.

La ley concursal, se desmarca de lo anterior, en sus artículos 99 a 110 ha publicitado como una de las grandes novedades del texto legal *la propuesta anticipada de convenio*, promocionada exacerbadamente en la exposición de motivos como solución prioritaria del concurso. Sin embargo, hay razones poderosas para presagiar que la solución convenida del concurso no va a ser una opción factible, al menos la que pueda adoptarse dentro del procedimiento concursal, proliferando de esta manera los acuerdos extrajudiciales que carecen de la más absoluta regulación. Prueba de ello son los datos estadísticos que se exponen en la tesis doctoral extrapolados del punto neutro judicial, fiel reflejo de que la solución convenida no es la solución del concurso, y sí, al contrario, la indeseable liquidación.

La disciplina del convenio anticipado es francamente susceptible de mejora y la reforma por Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, así como la reciente ley 38/2011 de 10 de octubre, hubiera sido el mejor escenario de actuación protagonizado por un acuerdo preventivo preconcursal, y al menos, parcialmente desjudicializado, de forma tal, que el concurso tenga un carácter residual. No hacerlo, permite mantener que en este marco los operadores en el mercado siguen mostrando su preferencia por la pura composición extrajudicial de la crisis, evitando el excesivo judicialismo y burocratización que rodean los procedimientos concursales.

Lejos de la anterior previsión, y en un contexto de preocupación de los poderes públicos por la insolvencia, el Real decreto ley ha calmado las necesidades actuales del convenio preventivo con dos medidas: 1) con los denominados acuerdos de refinanciación, que vienen a suponer un escudo protector frente a las acciones rescisorias en el marco de un escenario concursal, alcanzados de forma extrajudicial entre el deudor y acreedores que representen al menos las tres quintas partes del pasivo a la fecha de

celebración del acuerdo y que vayan acompañados de un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad comercial.

En este orden de cosas es achacable, por omisión, que la reforma legislativa, no permita que las personas físicas, sin actividad empresarial, puedan acogerse a los acuerdos de refinanciación, no sería tal petición baladí si no fuera porque es un problema acuciante y que desgraciadamente está de moda, el del sobreendeudamiento familiar en virtud de la hipoteca que grava el principal activo. 2) Estableciendo un marco en el que el deudor insolvente puede negociar un convenio concursal (ex artículo 5.3), sin necesidad de solicitar previamente la declaración de concurso, favoreciendo la consecución de un convenio anticipado, sin reparar que la concesión de moratoria al obligado para solicitar la declaración de concurso, aunado a la necesidad de que la insolvencia sea actual, consigan el efecto contrario. La reforma de la Ley concursal debía haberse enfrentado al denominado *problema temporal*, según el cual los concursos se abren demasiado tarde, cuando las posibilidades de una satisfacción razonable de los acreedores y de la conservación de la empresa se tornan escasas.

Se quiere demostrar con todo ello que la realidad es ciertamente tozuda e insiste en acreditar que ante una situación de crisis económica las empresas de nuestro país, particularmente las grandes, siguen optando por soluciones “amistosas” de carácter extrajudicial y, por supuesto, confidenciales. Probablemente, los importantes riesgos que, tanto para el deudor como para los acreedores intervinientes en el acuerdo, implica un tratamiento extrajudicial de la insolvencia se vean, en mi opinión, suficientemente compensados por el ahorro temporal y de costes económicos, directos e indirectos, que la apertura de un procedimiento concursal acarrearía.

Abogo abiertamente a favor de un procedimiento preconcursal colectivo previo a la fase judicial concursal(que no hace desaparecer el procedimiento concursal propiamente dicho), orientado básicamente a la consecución de un acuerdo vinculante y amistoso entre las partes implicadas que contemple un plan de pagos y de saneamiento económico, que goce de todas las garantías propias de un procedimiento colectivo: publicaciones, adecuada preparación y

retribución de los órganos competentes, correcto impulso procesal, y equilibrio de intereses, y preferentemente de carácter gratuito.

Como corolario de cuanto antecede y con ánimo de ir finalizando, he de aprovechar esta ocasión para proclamar la necesidad inminente de una efectiva solución. Quizás el legislador ya ha reparado en esa necesidad y pese a que no ha podido ser objeto de análisis en el desarrollo de mi tesis, no voy a escatimar esfuerzos en trabajar en lo que puede considerarse una vía abierta a la mediación mercantil, proclamada en la recientísima ley de *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, lo que obviamente introduce la mediación concursal.