

**CRISIS DE EMPRESAS Y CRISIS DEL SISTEMA
CONCURSAL: EL MARCO INSTITUCIONAL PARA LA
REASIGNACION DE RECURSOS**

Alvaro Espina Montero

INTRODUCCION.

El número de empresas que atravesaron situaciones de insolvencia legal durante la crisis del trienio que termina en 1993 ascendió a 4.334 y sus activos se elevaron a 3,1 billones de pesetas, lo que representa el 1,3% del total de empresas que tributaron por el impuesto sobre sociedades en 1990 y el 3,3% del total de los activos contabilizados en sus balances. Por procedimientos, las suspensiones de pagos afectaron a 3.366 empresas, comprometiendo casi tres billones de pesetas, mientras que las quiebras afectaron a 1.321 empresas, con unos activos de ciento treinta y dos mil millones de pesetas.

Existe, como se ve, un predominio de las suspensiones de pagos sobre las quiebras, mucho más significativo cuando se observa el volumen de activos afectados por una y otra formas de crisis. Durante 1992 -año que registró los máximos de las series históricas- los activos totales de las suspensiones de pagos llegaron a ser 25 veces superiores a los de las quiebras, mientras que el número de empresas afectadas fue tan solo 2,2 veces superior. Resulta evidente, pues, que las quiebras afectaron fundamentalmente a las pequeñas empresas y las suspensiones de pagos a las grandes. En las primeras, el volumen de activos por empresa ascendió ese año a 115 millones de pesetas, mientras que en las suspensiones de pagos la cifra fue de 1.276 (11 veces superior). Como en este último procedimiento el deudor conserva toda su capacidad de maniobra, las cifras parecen dar la razón al conocido dicho según el cual "si tu empresa tiene más de mil millones de pasivo, el problema de la quiebra no es tuyo sino de tus acreedores".

Ese predominio de las suspensiones de pagos sobre las quiebras es la tónica general en todos los sistemas concursales modernos, como resultado de una larga evolución histórica que dejó atrás hace tiempo esquemas darwinistas de liquidación de empresas ineficientes, característicos del capitalismo decimonónico. Entonces se consideraba la quiebra como una válvula de seguridad para impedir el estallido del mercado. Durante todo el siglo XIX éste fue el único método de tratamiento de las crisis de empresa, absolutamente general, de mercado, liquidatorio, y judicial, aplicado a una tipología de conflictos de intereses que se consideraban estrictamente privados, por lo que el derecho concursal consistía simplemente en reglas para un juego entre deudores y acreedores(1).

A esta lógica responde la regulación de nuestro procedimiento de quiebra que figura en el Código de Comercio (C.C.) de 1829 -parcialmente vigente, en lo no derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-, y cuya tipificación definitiva y la regulación de los aspectos sustantivos quedaron establecidos en el C.C. de 1885. El espíritu legal napoleónico de esta legislación persigue el saneamiento rápido del mercado y la liquidación del empresario incapaz,

tratando *pari pasu* a éste y a su empresa. En un mercado de comerciantes individuales, próximo a la situación de competencia perfecta, sin barreras de entrada ni de salida, la máxima eficiencia se lograba depurando con celeridad a las empresas marginales y a los empresarios incapaces de producir a costes competitivos.

Tras las crisis económicas de finales del XIX surgió un movimiento revisionista que trató de minimizar el número de quiebras, porque se comprobó que en condiciones de competencia imperfecta el simple saneamiento del mercado no minimizaba los costes del sistema. El asunto ya tenía un cauce en el artículo 898 de nuestro C.C., que facilitaba la fórmula del convenio entre el quebrado y sus acreedores. En el caso de las sociedades anónimas el convenio puede "tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa", según el artículo 928, lo que sugería ya la vía de la reestructuración. La corrección en profundidad del sistema tradicional se había iniciado con la creación del *Concordat preventif* por la reforma belga de 1887, que se incorporó a los artículos 870-874 de nuestro Código de Comercio por la Ley de 10 de junio de 1897. Con esta revisión, según Bisbal, se añadía "al método general, liquidatorio y judicial, la articulación del procedimiento de suspensión de pagos, concebido para tratar las situaciones de mera liquidez", definidas a través de una condición objetiva: son las situaciones de insolvencia en que el comerciante "posee bienes suficientes para cubrir todo su pasivo" (artículo 871.). Esta era también la doctrina americana que figuró en la *Bankruptcy Act* de 1898.

La existencia de dos procedimientos alternativos planteó el problema del equilibrio entre los dos fines del sistema concursal: el de reducir los costes operativos y el reparto equitativo de los quebrantos producidos por la crisis. En los casos de liquidez estos dos fines son contradictorios, puesto que mientras la justicia exige poner a disposición de los acreedores los activos del deudor, la minimización de costes implica -cuando el valor de la empresa *en funcionamiento* es superior a su valor *en liquidación*- dar prioridad a la continuidad de la empresa, lo que requiere reordenar tales activos en un nuevo plan de empresa, que debe negociarse con los acreedores.

La necesidad de una mayor intervención del Estado para prevenir el efecto de fichas de dominó en las crisis financieras y bancarias reforzó esta evolución. Este es precisamente el origen de la legislación actualmente vigente en España en materia de suspensión de pagos, ya que el nuevo procedimiento introducido por la Ley de 1897 se desarrolló plenamente en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de Julio de 1922, adoptada a propuesta de Cambó, en el contexto de la quiebra del Banco de Barcelona. Aunque posteriormente se creasen instrumentos legales y administrativos especiales para el tratamiento de las crisis bancarias, el movimiento hacia sistemas concursales orientados prioritariamente hacia la reestructuración de las empresas se mantuvo. Para flexibilizar el procedimiento y facilitar la recuperación de la empresa en crisis, la Ley de 1922 eliminó la condición objetiva que el C.C. de 1897 exigía para acogerse al nuevo procedimiento, por la que el activo debía ser superior al pasivo, con lo que el sistema concursal español fue uno de los primeros en iniciar un camino que sería seguido después por la mayoría de los sistemas. De ahí su longevidad.

La crisis de los años treinta dio la señal de partida para acometer la reforma de los principales sistemas, comenzando por el norteamericano, que incorporó mecanismos especiales para la reestructuración de sociedades y para la solución pactada de las crisis, en la reforma de 1938. Estos procedimientos se unificaron en el conocido *Chapter eleven*, con ocasión de la reforma de 1978, al hilo de la crisis económicas de esa década. También en el continente se produjeron sucesivas oleadas reformistas, tendentes todas ellas a fortalecer los procedimientos de reestructuración de empresas dentro del sistema concursal, cuyo ejemplo más acabado es la reforma francesa de 1985, que tipifica el llamado *Redressement judiciaire*. Paralelamente, pero

con otra sistemática, el sistema británico -tradicionalmente sesgado hacia la defensa de los derechos de los acreedores, representados por el *Receiver*, o síndico ha ido incorporando también instrumentos -como el del Administrador judicial especializados en la recuperación de las empresas, que existen también en los sistemas alemán, italiano y portugués.

El sistema español ha quedado claramente marginado de esta tendencia, lo que se traduce actualmente en una enorme fragilidad, porque a la gran flexibilidad del procedimiento existente se une su enorme inconcreción y la carencia de instrumentos apropiados para llevar a cabo los procesos de reestructuración, con lo que resulta inevitable la dilación, la aparición de comportamientos estratégicos y la incapacidad para resolver los múltiples conflictos de intereses inherentes a las crisis de empresas. La legislación especial de reconversión industrial -hoy derogada- fue un mero paliativo temporal al problema, pero al no imbricarse en el sistema concursal -como se había hecho en el caso italiano de la *Amministrazione straordinaria de empresas en crisis*-, tuvo que ser sufragado exclusivamente con cargo a recursos públicos. Además, la evaluación de los mecanismos ultraintervencionistas utilizados para las reconversiones industriales de la década de los setenta es hoy muy negativa, porque llegaron a distorsionar por completo el cuadro de incentivos y penalizaciones por los que el derecho concursal orienta el comportamiento de los agentes económicos.

Por esta razón, existe actualmente un movimiento generalizado contra los métodos "gubernativos" de solución de las crisis, que trata de equilibrar los costes y las ventajas de la intervención y las del funcionamiento puro del mercado y de recuperar el equilibrio -manifiestamente perdido durante la etapa reconversora- entre los dos fines tradicionales del sistema: reducir sus costes operativos y repartirlos con justicia. Al predominio de formas de intervención estatal "gubernativas" o intervencionistas le están sucediendo mecanismos de intervención blandos y arbitrales, "no gubernativos", en los que la presencia del Estado se materializa en órganos judiciales especializados, con el auxilio de órganos profesionales de gestión de las crisis de empresas.

1. EL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL: PRINCIPALES PROBLEMAS.

Las principales características del sistema actualmente vigente son bien conocidas y han sido analizadas en profundidad recientemente(2). Uno de los aspectos que suponen mayor complejidad y opacidad es la calificación de los créditos(3) y el intrincado sistema de jerarquías, privilegios y prelaciones que la legislación establece entre los acreedores, lo que les induce a adoptar comportamiento estratégicos o simplemente no cooperativos, siendo así que -al no otorgarse al juez atribuciones de autoridad arbitral-, son ellos, a través de la Junta de acreedores, los únicos facultados para adoptar acuerdos.

Además de estas limitaciones, que afectan a los aspectos sustanciales del sistema, se han venido señalando reiteradamente una serie de disfunciones adicionales que se refieren a: **a)** los plazos excesivamente dilatados; **b)** el excesivo rigor de las reglas de votación; **c)** los costes operativos del sistema; **d)** la articulación de la presencia de los interlocutores en el procedimiento; **e)** las interferencias entre jurisdicciones y ejecuciones paralelas, y, **f)** la falta de especialización de los órganos judiciales y la escasa profesionalidad de los otros participantes en estos procesos. Todo ello contribuye a generar un clima de desconfianza que convierten al sistema concursal actual en un artefacto prácticamente inservible.

La carencia total de instrumentos previstos por la Ley obliga a los interventores judiciales, que son los principales profesionales que participan en el procedimiento, a desempeñar un papel contradictorio, ya que sus funciones de auditoría y dictamen se superponen con las de cogerencia (4), lo que en parte las neutraliza.

El interventor puede utilizar alternativamente el criterio de valor en funcionamiento ó valor de liquidación, dependiendo de las probabilidades de continuidad de la empresa. Al no existir en el procedimiento concursal español una fase inicial de evaluación de la viabilidad de la empresa esta ambivalencia no se puede resolver, lo que implica que se deja al interventor la responsabilidad de discernir el criterio de valoración a utilizar, que es tanto como otorgarle facultades para decidir si la empresa debe continuar o entrar en liquidación(5). Pero no se le facilitan los instrumentos para hacerlo, que no son de carácter contable sino gerencial, de análisis financiero y de consultoría estratégica.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "...la suspensión goza de prioridad frente a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina de capital que llevan tras de sí la quiebras.."(6). Esta línea doctrinal es la que inspira el Anteproyecto de norma sobre Información de Empresas en Suspensión de Pagos, del I.C.A.C, por la que la aplicación del criterio de empresa en funcionamiento o de "gestión continuada" se considera automático(7).

Sin embargo, no puede minusvalorarse la importancia de las diferencias existentes entre el valor de la empresa en funcionamiento y el de liquidación. Además de los costes y las obligaciones derivadas de la liquidación, la principal diferencia consiste en la afloración de las plusvalías tácitas existentes en los activos. Como afirmara Coase, ésta es precisamente la razón de ser de la empresa, que crea valor porque la eficiencia de la asignación jerárquica de recursos que se realiza en su seno es mayor que si esta asignación se realizase vía precios a través del mercado. La quiebra se produce, precisamente, cuando los fallos en el funcionamiento de la empresa hacen que el valor de los factores empleados caiga por debajo de los bienes producidos(8).

Para la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (A.E.C.A.), por su parte, la aplicación del criterio de empresa en funcionamiento exige haber despejado previamente la disyuntiva de la continuidad(9). De ahí que deban apreciarse tres períodos distintos, que deben ser considerados para la aplicación de los principios y normas contables: **a)** el período previo a la suspensión de pagos, en el que deben aplicarse estrictamente todos los principios y normas contables; **b)** el momento de la solicitud, en el que deberían adoptarse valores reales, o de mercado, y, **c)** el período posterior a la calificación de la insolvencia, en el que, si ésta es provisional, se debe aplicar el criterio de empresa en funcionamiento, mientras que en caso de insolvencia definitiva se deben seguir aplicando los mismos principios que sirvieron para la formación del balance de la suspensión.

Mientras no se proceda a la reforma global de la legalidad concursal para introducir una fase de evaluación sistemática de la viabilidad de la empresa, este problema no tiene solución. Una posición bastante razonable en la que sostiene el Presidente del Colegio de Economistas, Gerardo Ortega, según la cuál lo normal debe ser la aplicación del principio contable de gestión continuada, (aplicando tan solo los importes estimados de venta a los activos y pasivos cuya realización esté contemplada en la propuesta de convenio). Pero la aplicación de este principio no puede ser automática. Sólo puede aplicarse "si existe conformidad de los interventores con la viabilidad de la empresa, en el supuesto de que se aprobara el convenio de acreedores". En otro

caso, "los interventores judiciales pueden dejar de aplicar ese criterio -bajo su responsabilidad profesional- ... expresando clara y exhaustivamente el motivo de no hacerlo, según dispone el art. 34.4 del Código de Comercio".

Tampoco se encuentra bien resuelta la salida de la suspensión de pagos, puesto que el sistema no dispone de un órgano eficaz para el control del cumplimiento de las obligaciones del deudor, ni para el seguimiento de un plan de viabilidad o de reestructuración. Javier Ramos considera que las principales incertidumbres se derivan de: **a)** el derecho de veto del deudor sobre las propuestas de modificaciones al convenio; **b)** la escasa información proporcionada a los acreedores y lo excesivamente dilatado de los trámites; **c)** el que no se utilicen documentos rigurosos, como las proyecciones de los estados financieros, y, **d)** el que no se pueda votar el convenio antes de agotarse todos los trámites previstos.

En suma, el procedimiento aplicable a las situaciones de crisis de empresas en España se encuentra completamente desprestigiado. Se trata de un problema muy grave, porque ese es uno de los elementos fundamentales para el buen funcionamiento del mercado de capitales, ya que establece las condiciones de salida del mismo. Al incidir sobre la productividad de este factor de producción, el problema afecta a la competitividad global de nuestra economía(10). En términos económicos, como veíamos al principio, el sistema manipula en tiempos de crisis más de un tres por ciento de los activos de las empresas. De la capacidad de conservar el máximo valor de los mismos puede depender el coste del capital, ya que los quebrantos son descontados por los inversores en su prima de riesgo(11), y un sistema concursal eficiente es capaz de rescatar más de dos tercios del valor de aquellos activos. Uno ineficiente, en cambio, no llega a una quinta parte.

El problema principal estriba en que las mismas razones que dotan de flexibilidad a nuestro sistema le privan de procedimientos alternativos de diferenciación entre las crisis irreversibles y las recuperables. El modelo español de 1922 se quedó a medio camino y, "al eliminar criterios rígidos, dejaba la composición de intereses al mero juego de los sujetos en presencia... con los perjuicios económicos que se derivan de un procedimiento lento y favorecedor de quienes entendían la suspensión de pagos como un negocio en sí mismo"(12), lo que se sitúa en los antípodas de la finalidad de la legislación concursal, que consiste precisamente en establecer las reglas para que el funcionamiento del mercado conduzca a resultados socialmente eficientes.

La desconfianza del mercado hacia nuestro sistema concursal hace que se trate por igual a todas las empresas que acuden al procedimiento, que resultan prácticamente expulsadas de los diferentes mercados, lo que desencadena una espiral de la que difícilmente salen incólumes, cualesquiera fueran su estado y probabilidades de recuperación. Un sistema concebido para facilitar la recuperación de empresas en crisis se ha convertido así en el mecanismo desencadenante de su liquidación prematura, por lo que no resulta sorprendente que nadie acuda a él más que cuando la empresa se encuentra ya en situación irreversible, para evitar los males mayores del procedimiento de quiebra. Este es el diagnóstico al que habían llegado otros países antes de proceder a modificar sus respectivos sistemas durante el decenio de los ochenta.

Y ello por no entrar en cuestiones acerca de la ética de los negocios, para la cual nuestro sistema resulta sin duda alguna bien poco edificante, ya que la Ley de Suspensión de Pagos funciona *de facto* como Ley de "suspensión de quiebras"(13). La razón de ello estriba en que la sanción del Código Penal se reserva exclusivamente para el comerciante "quebrado", y no para el "deudor" o el "suspenso", con independencia de cual sea el estado de la empresa que llega a esa situación y del comportamiento de sus gestores. Este carácter excesivamente laxo tiene

efectos contraproducentes sobre los fines que se persiguen: al darse el mismo trato eximente a los administradores que utilizan el procedimiento con intencionalidad y en tiempo adecuados y a los que lo hacen para buscar refugio cuando la empresa ya no tiene remedio, el gran beneficio es para estos últimos, con lo que el sistema de suspensión de pagos no se utiliza como instrumento de reestructuración, sino para conseguir impunidad en caso de quiebra.

Con independencia, pues, de la necesidad de proceder a un rediseño de los incentivos y penalizaciones del conjunto del sistema concursal, resulta imprescindible separar con carácter urgente las instituciones civiles de exigencia de responsabilidad de las penales, y facilitar que se puedan exigir eventuales responsabilidades penales de los deudores y de los administradores sin esperar a la calificación de la insolvencia en los procedimientos civiles, incluyendo en el nuevo Código Penal una diferenciación entre la insolvencia penalmente relevante y el procedimiento civil de calificación de la misma.

2. LOS ANTEPROYECTOS DE LEY CONCURSAL DE 1983 Y 1987 EN LA PERSPECTIVA DE LAS EXPERIENCIAS COMPARADAS DE REFORMA.

Los problemas detectados en la legislación y las instituciones concursales españolas son muy parecidos a los que dieron lugar a las grandes reformas de los sistemas concursales europeos y norteamericano a lo largo de los dos últimos decenios, que muestran, además, un considerable grado de convergencia(14). El análisis comparativo de los mismos permite extraer algunas conclusiones sobre los criterios básicos aplicados en las mismas. A la vista de estos principios orientadores de las principales reformas y de la experiencia española cabe hacer algunos comentarios sobre los dos anteproyectos de reforma disponibles: El *Anteproyecto de Ley Concursal*(15) y el *Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores*(16). Las notas que siguen se limitan a señalar las insuficiencias y las posibles *addendas* o correcciones que deberían incorporarse al texto. No se objetan, desde luego los cuatro principios en que se basan los dos anteproyectos(17): la unidad de procedimiento; la crisis económica como elemento objetivo único; el objetivo de continuidad de la empresa, y la profesionalización de los órganos del concurso. Antes bien, se trata de sugerencias encaminadas a conseguir mejor esos mismos objetivos.

El problema crucial de la reforma consiste en articular un único procedimiento fijando un esquema claro, lógico y funcional mediante el señalamiento de una serie de fases que sirvan para ordenar las actuaciones. En su estado actual, los proyectos de reforma disponibles son prácticamente inutilizables porque no resuelven en ningún momento procesal la contradicción entre reestructuración y liquidación. Esa es la objeción de fondo que hay que hacerles. Si no se corrige este problema, la reforma resultará insuficiente. Además, una vez resuelta esa disyuntiva, habría que articular el procedimiento en fases operativas, dirigidas a la reestructuración de la empresa. El fracaso de cualquiera de estas fases debería conducir directamente a la liquidación. Sugiero el siguiente esquema, para un único procedimiento dividido en seis fases:

1ª Fase. Solicitud de apertura: Debería preverse un procedimiento abreviado para los casos en que las propuestas de Plan de reestructuración y de Convenio con los acreedores hayan sido previamente negociados. Además, en cualquier momento del procedimiento debe ser posible pasar al procedimiento abreviado, si se cuenta con el acuerdo del conjunto de los acreedores.

2ª Fase. Calificación de la situación económica y de la viabilidad de la empresa: La propuesta de calificación debiera realizarla un consultor, nombrado por el propio Juez. El Auto del Juez,

dictado en un plazo no superior a 15 días, debe determinar la viabilidad ó la inviabilidad de la empresa. En el primer caso, se entra en la 3ª fase; en caso de inviabilidad, se entra en la fase de liquidación.

3ª Fase. Preparación del plan de reestructuración y propuesta de Convenio: En principio, debe ser el deudor el que se encargue de elaborarlos, pero no puede descartarse, en crisis graves y en sociedades de cierto tamaño, la necesidad de proceder a una administración controlada, que asuma la preparación del plan. La Ley debería tipificar las circunstancias y el procedimiento a seguir en estos casos. Un umbral razonable para facultar al Juez a la sustitución de los administradores podría consistir en que el valor previsto para la empresa reestructurada no superase el 60% del pasivo exigible, umbral a partir del cual debiera aplicarse también la cláusula "bajo mejor fortuna", como sucede en Alemania, Italia y Portugal, por la que, si la reestructuración tiene éxito, el acreedor conserva el derecho a recuperar sus créditos hasta alcanzar aquél umbral. El término de esta fase no debiera situarse, como máximo, más allá de transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud de apertura.

4ª Fase. Negociación del Convenio y procedimiento de aprobación: El plazo no debe ser superior a un mes. La negociación debe hacerse por clases de acreedores, incluida la representación colectiva de los trabajadores.

5ª Fase. Ejecución del Plan de Reestructuración: Debe establecerse si es el deudor el encargado de llevarlo a cabo, si se realiza por gestión controlada durante un plazo temporal, o si se cede la empresa a otro empresario. Para acudir a cada uno de estos supuestos deben establecerse criterios legales.

6ª Fase. Liquidación: (en caso de que haya de acudirse a ella, por inviabilidad de la empresa o por fracaso de cualquiera de las fases anteriores) debe darse prioridad a la enajenación íntegra de actividades y a la liquidación parcial, con gestión controlada de actividades residuales viables, lo que requiere también su correspondiente plan y el acuerdo de los acreedores.

A partir de la reordenación de los Anteproyectos de reforma, siguiendo un esquema de esta naturaleza, cabe hacer, además, una serie de sugerencias al contenido concreto de los textos disponibles:

PROCEDIMIENTO GENERAL Y REGIMENES ESPECIALES.

Los proyectos no prevén que el procedimiento pueda iniciarse de oficio, a instancias del ministerio público o de la autoridad encargada de la vigilancia de una actividad económica especial. Esto debería ser posible cuando una Ley así lo establezca, lo que se aplicaría a las crisis de empresas sometidas a regímenes legales especiales (como la banca, los seguros, etc.)

EMPRESARIOS, SOCIEDADES Y GRUPOS DE EMPRESAS.

- A. Es imprescindible que la Ley establezca una clara diferenciación entre el empresario y la empresa, especialmente para las sociedades. En caso contrario cuando el empresario es incompetente, la empresa está condenada a la desaparición. En Francia, en estas circunstancias el procedimiento sirve para buscar a un nuevo empresario, o para facilitar la absorción de las actividades de la empresa en crisis por otra solvente.

- B. No existen previsiones específicas para las crisis de sociedades mercantiles de un determinado tamaño mínimo. Debiera hacerse, como sucede en Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, porque la problemática y los instrumentos de reestructuración son muy diferentes en las PYMES y en las grandes empresas por acciones.
- C. Es conveniente tipificar claramente la problemática concursal de los grupos de sociedades. Una terminología idéntica para el deudor común y para todos los tipos de empresas no resulta operativa. Habría que regular específicamente la problemática de las sociedades y de las crisis de grupos de sociedades, que es un fenómeno cada vez más habitual. En los casos de sociedades cotizadas en bolsa, la calificación de la viabilidad y los planes de reestructuración debieran contar con los dictámenes de la CNMV, como se viene haciendo en Norteamérica desde 1938, y en Italia.
- D. Debe dotarse al juez civil de atribuciones para declarar la administración controlada y la separación de los administradores, especialmente en el caso de reestructuraciones profundas que afecten a grandes Sociedades Anónimas, sin que tal cosa sea consecuencia necesariamente de la inhabilitación penal del empresario. De otro modo se otorga al accionista una posición privilegiada, que no opera necesariamente en favor de la reestructuración de la empresa, como sabemos por la experiencia norteamericana.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL Y REESTRUCTURACION DE EMPRESAS.

- A. En el caso de crisis de empresas, los objetivos del procedimiento deben perseguirse prioritariamente mediante la elaboración y aplicación de un plan de reestructuración, cuya finalidad sea el mantenimiento del mayor volumen de actividad empresarial viable.
- B. Los proyectos de reforma disponibles se elaboraron cuando aun se encontraba vigente la Ley de reconversión industrial, y están concebidos en términos de dualidad entre los procedimientos gubernativos (incluidas las reestructuraciones industriales y los grandes expedientes de regulación de empleo) y los judiciales, especializados en dirimir y garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles.
- C. Por esa razón, los proyectos sólo contemplan el plan de reestructuración como una simple alternativa a la liquidación o como una forma de llevarla a efecto. Esto denota que se sigue operando con la lógica de dos procedimientos distintos (el de conservación de la empresa, frente al de liquidación), sin utilizar las ventajas del procedimiento único para impulsar, siempre que se pueda, procesos de reestructuración.
- D. El nuevo enfoque conservacionista exige tipificar con todo rigor el contenido y el procedimiento de elaboración y aprobación del plan de reestructuración, desde la fase inicial del concurso. En caso contrario, la terminación del concurso no puede ser otra que los convenios clásicos entre el deudor y sus acreedores, que responden a la lógica tradicional de garantía de los créditos, y no a los principios de conservación de la empresa que inspiran la reforma.

GESTION CONTROLADA Y CESION DE EMPRESAS.

- A. Los proyectos contemplan la gestión controlada bajo tutela judicial únicamente como una situación asociada a la liquidación. Debiera utilizarse más bien como una vía intermedia entre ésta y el simple convenio de acreedores, cuando la conservación de la empresa

requiere una fuerte reestructuración, con sacrificios considerables para todas las partes. Normalmente, para que estos procesos tengan ciertas probabilidades de éxito, es conveniente sustituir al empresario. La crisis de PSV muestra que ésta suele ser una exigencia de los propios administradores.

- B. Los proyectos de reforma contemplan al síndico como un simple garante de los derechos de los acreedores, siguiendo la tradición inglesa que los inspira. Es necesario tipificar adecuadamente las atribuciones que el síndico o el administrador precisan para administrar la empresa y elaborar y aplicar el plan de reestructuración.
- C. La sustitución del empresario en la gestión de la empresa no debe vincularse necesariamente a la inhabilitación -que tiene siempre carácter penal-. En las grandes reestructuraciones, la decisión del juez, a petición de los acreedores, debiera ser causa suficiente para hacerlo, en orden a garantizar el buen fin del plan. Se trata, en realidad, de una alternativa a la liquidación, por lo que no debiera requerir la aprobación del deudor.
- D. Sería conveniente, en los casos de empresas grandes y de crisis graves, facultar al juez para decidir la cesión de la empresa a un nuevo empresario -aún contra la voluntad del deudor-, siempre que existan empresarios solventes dispuestos a adquirir la empresa, como sucede en el *redressement judiciaire* francés.
- E. Es fundamental regular claramente los mecanismos de cesión de la empresa, y no sólo cuando se está al borde de la liquidación, porque en esos momentos es cuando ya no aparecen cesionarios. En los casos de crisis serias estos mecanismos deben utilizarse desde el inicio del procedimiento.

UNIDAD DE JURISDICCION Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA.

- A. Es imprescindible proceder a la especialización de los órganos judiciales que intervienen en el concurso. Con excepción de los procedimientos penales, el Juez del concurso debe extender su jurisdicción a todos los procedimientos que afecten al patrimonio del deudor, cualquiera que sea su naturaleza.
- B. La reforma laboral reciente se vería completada si los casos de crisis de empresas tuvieran un tratamiento integrador de las reestructuraciones, otorgando al juez concursal las atribuciones necesarias para ello, lo que completaría el carácter prioritariamente preventivo del procedimiento. Como se sabe, la reciente reforma laboral acentúa el control jurisdiccional de los procesos de regulación de empleo. En los casos de reestructuraciones de empresas esta todavía más justificado que las antiguas facultades de la autoridad laboral sean asumidas por el juez -previo informe de aquélla- puesto que, si se ha de llevar a cabo una reestructuración de la empresa, ésta no puede esperar a que se despeje la incertidumbre laboral, ni puede hacerse el ajuste laboral de manera autónoma sin conocer las perspectivas de viabilidad y el contenido de la reestructuración financiera, así como otros extremos del plan de empresa. El círculo vicioso de las decisiones encadenadas es uno de los principales obstáculos para una rápida salida de las crisis. Sólo el juez tiene en sus manos previo dictamen y propuesta de todas las partes y autoridades implicadas- la posibilidad de impulsar el proceso y zanjar los conflictos o posturas contrapuestas, favoreciendo un comportamiento cooperativo entre ellas.

- C. La asunción de plenas competencias por parte del juez concursal en los procesos de reestructuración constituiría el principal incentivo empresarial para acudir al procedimiento de crisis en tiempo adecuado, y promovería la mayor equidad de los planes de reestructuración, distribuyendo de forma equilibrada los sacrificios a realizar por accionistas, acreedores y trabajadores.

EL DILEMA DEL PRISIONERO: DERECHOS DE LOS ACREEDORES Y REESTRUCTURACION DE LAS EMPRESAS.

- A. El sistema concursal debe incentivar que los acreedores adopten actitudes cooperativas, obligándoles a contemplar los intereses de la empresa, como vía óptima para preservar los del conjunto de los acreedores. El procedimiento concursal es un caso paradigmático del dilema del prisionero. En el pasado, la reconversión se financiaba con fondos públicos, por lo que no se consideraba como un problema de los acreedores. Ese esquema resulta incompatible con la pertenencia de España a la UE. La nueva legalidad debe dar un giro de 180 grados a este planteamiento, ya que la reestructuración de la empresa responde a los intereses de todas las clases afectadas por la crisis y tiene que hacerse contando exclusivamente con sus propios recursos. Las actitudes de *free-rider* perjudican al conjunto y a cada uno de los participantes.
- B. Es imprescindible reducir drásticamente los privilegios de los acreedores, como se ha hecho en la mayoría de los procesos de reforma de las dos últimas décadas.
- C. Consecuentemente con todo lo anterior, las decisiones judiciales dictadas en orden a mantener la empresa deben prevalecer sobre el derecho individual de los acreedores a la recuperación de sus créditos.

RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES E INTERVENCION TEMPESTIVA.

- A. Sería conveniente primar al máximo la negociación de convenios con carácter previo a la apertura del concurso y prever, como se señalaba en el esquema de fases propuesto al comienzo de este epígrafe, un procedimiento concursal abreviado (con duración no superior a dos meses) para estos casos, cualesquiera sean las quitas y esperas necesarias. A través de este mecanismo se trataría de favorecer las reestructuraciones voluntarias, que son las más efectivas, como ponen de manifiesto las experiencias norteamericana, británica y francesa.
- B. Convendría establecer una penalización, dentro del procedimiento y sin tener que esperar a la fase de calificación, por la que el juez pudiera separar cautelarmente a los administradores que no hubieran exigido la manifestación de estado de crisis económica tan pronto aparecieron indicios suficientes de que la empresa no podría hacer frente a sus obligaciones.
- C. Conviene establecer y graduar claramente las responsabilidades en que incurren los gestores cuando no realizan una evaluación tempestiva de la situación de crisis económica de la empresa, ya que los indicios objetivos para identificar esta situación no pueden venir tipificados inequívoca ni exhaustivamente por el articulado de la ley. Cuando aparecen datos objetivos de crisis claramente tipificables, suele ser demasiado tarde. Debe obligarse a los gestores a realizar un ejercicio diligente de la función empresarial,

también en lo tocante a identificar la situación de crisis, con arreglo a la práctica habitual en los negocios.

- D. Resulta por completo imprescindible erradicar de nuestra legislación el principio según el cual la calificación de insolvencia culpable es condición necesaria -aunque no sea suficiente- para la procedibilidad en vía penal, que proviene del artículo 896 del Código de Comercio. Como se ha señalado reiteradamente, la separación entre las insolvencias civil y penalmente relevantes es fundamental para evitar la impunidad de conductas y para reintroducir imperativos de comportamiento ético en las actividades mercantiles.
- E. Además, es conveniente incentivar la diligencia de los administradores, manteniendo figuras de exoneración de responsabilidad para las actuaciones anticipativas. Cabe, pues, aplicar el supuesto de improcedibilidad penal a los casos en que la crisis de la empresa se resuelva en procedimiento abreviado, mediante convenios y planes de reestructuración pactados por los administradores con anterioridad a acogerse al procedimiento concursal.

CONSIDERACIONES FINALES.

- A. Finalmente, es imprescindible aproximar el lenguaje concursal al utilizado en la práctica de los negocios. El lenguaje jurídico decimonónico en nada ayuda a la comprensión de un tipo de asuntos que -por constituir el fulcro en el que se apoya la revitalización de la empresa, o el momento final en el que se examina y enjuicia todo su historial- irradia su energía sobre el comportamiento de los agentes económicos todo a lo largo de la trayectoria vital de las empresas: "*Business failures constitute an essential means of imparting incentives for efficient business behavior, by placing the cost of mistakes on the firms that makes them*"(18).
- B. De todo lo anterior puede colegirse que es preciso contar con una norma de nueva planta, que tome en consideración una realidad económica que ha experimentado transformaciones muy profundas desde que los borradores de la Ley Concursal y la Ley de Bases fueron redactados, la menor de las cuales no es, desde luego, la incorporación de España a la Comunidad Europea y la entrada en vigor, en 1993, del Tratado de la Unión Europea.
- C. En el nuevo proyecto debieran resolverse también las cuestiones de Derecho Internacional Privado, cruciales para soldar una buena inserción de nuestro sistema económico en la economía global. La convergencia observada en la evolución reciente de las reformas de los sistemas concursales debiera facilitar la tarea. Esta materia debería ser objeto de consideración a escala de la Unión Europea, tratando de avanzar en la armonización de legislaciones concursales. La aplicación del principio de subsidiariedad del Tratado de la Unión exige resolver a escala Europea los conflictos entre legislaciones, cuando el concurso afecta a más de un Estado miembro. La futura presidencia española, prevista para 1995, debería ser el momento para plantear esta prioridad, si es que no se ocupa de ello alguna presidencia anterior.

NOTAS.

1. Joaquín Bisbal Méndez, *La empresa en crisis y el derecho de quiebra*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, págs 19 y ss.
2. María José Mascarell Navarro, "La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra", *Revista General del Derecho*, nº 576, Septiembre 1992, págs. 8609-8649. María Candelas Sánchez Miguel, "Marco jurídico de las crisis económicas de las empresas en España", *Economistas*, nº 58, 1993, pág. 19.
3. Vid el dictamen del Consejo de Estado de 23-1-1992, en *Revista General de Derecho*, nº 579, diciembre 1992, págs. 11790-11810.
4. Javier Ramos Torre, "Derecho Concursal: Las suspensiones de pagos", *Economistas*, nº 58, 1993, págs 42. y ss.
5. Gerardo Ortega Miguel, "Consideraciones sobre algunos problemas de la actual legislación concursal y las reformas en perspectiva", *Economistas*, nº 58, 1993, págs. 6-9.
6. Sentencias del Tribunal Supremo de 26-XII-1927 y 3-VII-1933, ratificadas por la de 5-VII-1985.
7. Ricardo Bolufer Nieto, "Información contable y actuación de los interventores-audidores en las suspensiones de pagos", *Economistas*, nº 58, 1993.
8. Coase, R., "The nature of the Firm", *Económica*, new series, vol 4, 1937, pp. 386-405. Francisco Cabrillo, "La teoría económica de la reorganización de las empresas en quiebra", *Economistas*, nº 58, 1993, pág 63.
9. Javier Ramos Torre, *op. cit*, pag 45.
10. Ignacio Hernando y Javier Vallés, "Productividad sectorial: comportamiento cíclico en la economía española", *Papeles de Economía Española*, nº 56, 1993, págs. 161-175.
11. Nevins D. Baxter, "Leverage, Risk of Ruin and The cost of capital", *Journal of Finance*, 1967, Vol. XXII, págs 395-403. J. R. Franks y W. N. Torous, "Lecciones a extraer de la comparación de la legislación sobre insolvencias y quiebras entre Estados Unidos y el Reino Unido", *Economistas*, nº 58, 1993, págs. 30-41.
12. J. Bisbal, *Op. Cit*, pág 157. Francesc Cabana, *Historia del Banc de Barcelona*, Ed. 62. Barcelona 1978.
13. Luis Reales Cantalosella, "Responsabilidad de los Administradores en la suspensión de pagos", *Economistas*, nº 58, 1993, págs 73-77.

14. Una síntesis de los mismos puede verse en: Carmen Galán López, "Derecho concursal: modelos de regulación en derecho comparado", *Economistas*, nº 58, 1993, págs 22-29. Para el caso portugués: Vicente Gozalo López, "La nueva ley concursal portuguesa", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 208, abril-junio 1993, págs 615-626. Un análisis en profundidad de la historia y la dinámica de los modelos más elaborados e influyentes, en J. Bisbal, *Op. cit.* La comparación entre los modelos británico y norteamericano, en: J. R. Franks y W. N. Torous, *Op. cit.*
15. Ministerio de Justicia, SGT, Madrid, 1983, 103 págs.
16. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación. Texto aprobado por la Ponencia especial el 24-II-1987.
17. María Candelas Sánchez Miguel, "Marco jurídico de las crisis económicas de las empresas en España", *Economistas*, nº 58, págs 17-18.
18. Richard Posner, *Antitrust Law*, Univ. of Chicago Press, 1976. Citado por J. Bisbal, *Op. cit.*