

El deseo de proteger el crédito, nos dice, no debe llegar al extremo de ignorar o silenciar lo que es de derecho, lo contrario sería una visión judicialista del derecho (p. 226).

En definitiva, se deduce del análisis pormenorizado de los supuestos contemplados que siempre hay cierta relación entre el crédito y la fianza. De manera que, por más que no se establezca la accesoriidad en su forma pura, la abstracción nunca es plena.

Con la accesoriidad de la fianza en la vertiente internacional se pone punto final al estudio monográfico.

El libro contiene una amplia bibliografía, nacional y extranjera, que ocupa desde la p. 247 a la p. 274, comprende un índice de fuentes y un índice de materias.

El juicio de valor sobre la obra analizada confirma que se trata de un estudio monográfico bien pensado y con información amplia y detallada sobre una materia compleja, a la vez doctrinal y práctica, expuesta de manera clara y sugerente en la selección de cláusulas y estipulaciones, y en la vertiente procesal las pertinentes las acciones, excepciones y remedios.

Puede sorprender a quien está habituado a la consulta de manuales y tratados que no se emplee en el libro el término contrato de fianza, sino el más genérico de negocio accesorio. En realidad, la calificación de contrato no figura explícitamente en la regulación del Código sino en la jurisprudencia, que lo emplea para explicar el ejercicio de la acción personal derivada del «contrato de fianza». Aparte la obligación de «dar fianza» en los casos de fianza legal y judicial, formas de fianza por no contractuales tampoco comprendidas en este trabajo.

José Antonio DORAL GARCÍA

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio/LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 215 pp.

1. El libro del que ahora se da cuenta es obra de José Antonio García-Cruces y Javier López Sánchez, reputados profesores de la Universidad de Zaragoza, mercantilista el primero y procesalista el segundo, ambos enfrascados en el estudio del Derecho concursal, disciplina ésta que exige un conocimiento cabal del conjunto del ordenamiento, conocimiento del que este libro es una buena muestra. En él se aborda, como se afirma en el subtítulo y en el capítulo preliminar, una «primera lectura» de la reforma de la Ley Concursal en virtud del Capítulo III del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo, convalidado por Resolución de 23 de abril de 2009, BOE de 29 de abril).

El juicio general que les merece la reforma de la novísima Ley concursal es, para los autores, el siguiente: «... quienes venimos mostrando interés por el estudio y análisis de nuestro Derecho Concursal habíamos mostrado cierta confianza en que la reforma atendería algunos de los muchos problemas que suscita la aplicación práctica de las disposiciones de la LC. Sin embargo, la

lectura de los preceptos de este RDL 3/2009 ha generado una innegable decepción, pues la destacada urgencia no parece corresponderse con la realidad ni, tampoco, el contenido de la reforma parece haber sido el más acertado, tanto en lo que hace a los aspectos concretos que se modifican como al sentido en que se hace la reforma normativa» (p. 12).

En definitiva no son afortunados ni el qué, ni el para qué ni tampoco el cómo. Pese a este contundente juicio crítico se empeñan con las mejores herramientas y en un ejercicio de notable honestidad intelectual, en el estudio de tales normas. Así afirman: «Las nuevas normas, con independencia de sus aciertos y carencias, han de ser aplicadas y constituyen un instrumento para resolver los conflictos de intereses que han de ser atendidos. No podemos quedarnos sólo en la consideración –en su caso– crítica de estas normas sino que ya es necesario proceder a su mejor interpretación y aplicación» (p. 14).

Esta reforma ha dado lugar a una ya abundante literatura, sobre todo concentrada en la que se quiso la principal reforma (me refiero a los acuerdos de refinanciación, artículo 8 RDL 3/2009, aunque la interpretación casi unánime de la norma la deja en los márgenes del fracaso, o dicho de otro modo, hay una desarmonía entre los fines de la norma y su plasmación técnica) y de la que entresaco estas referencias: *Cinco años de aplicación de la Ley concursal*, Emilio Beltrán y María Luisa Sánchez Paredes (Thomson Reuters Cívitas, 2009), los trabajos recogidos en el libro *Implicaciones financieras de la Ley concursal* (La Ley, 2009), dirigido por Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro; el monográfico sobre la reforma de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 11 (2009), o la actualización (y desarrollo) en las materias concernidas en el libro de Angel Carrasco Perera: *Los derechos de garantías en la Ley concursal* (Cívitas Thomson Reuters, 2009, 4.ª edición). Una excelente exposición de conjunto de la reforma puede verse en Emilio Beltrán: «La reforma –inarmónica– de la Ley concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 775 (2009).

2. El libro se divide en dos partes precedidas de un capítulo preliminar. En el breve capítulo «preliminar» los autores dan cuenta de los propósitos del libro y sitúan al lector en el contexto y propósitos de la reforma en su conjunto. Vierten interesantes reflexiones de las que cabe subrayar las siguientes: por un lado, las razones que justifican la crítica a la reforma (probablemente el legislador falla en las dos tareas que le corresponden, qué hacer y cómo hacerlo); por otro lado, constatan la desconfianza del legislador hacia el Derecho concursal y la ausencia de una cultura concursal en España que probablemente encubre una defectuosa cultura económica (el remedio a nuestra ignorancia depende también de trabajos como el que ahora se examina); y, por último, la inclinación del legislador a reformar las leyes para asegurar su interpretación auténtica en detrimento de disputas jurisprudenciales, libradas, en materia concursal, en los tribunales de instancia (apenas hay jurisprudencia en sentido propio, artículo 1. 6 CC), asunto éste que tiene una doble faz: por un lado, expresa la desconfianza en los operadores jurídicos, por otra, es una muestra de debilidad que priva del respaldo de racionalidad de que deben gozar las normas. Véase en este punto, por ejemplo, la controversia que está en la raíz de la modificación del artículo 71. 5. 3.º LC (en la p. 18 se justifica cumplidamente como tal solución hubiera podido alcanzarse sin reformar el precepto), aunque tal vez sea más notable esta inclinación en materia procesal, como acredita el exhaustivo estudio del Dr. López Sánchez.

La primera parte del libro se refiere a los «aspectos sustantivos» o materiales de la reforma (obra del Dr. García Cruces) y a los «aspectos procesa-

les» la segunda (obra del Dr. López Sánchez). Tal distribución tiene un indudable componente arbitrario, puesto que hay materias en las que el predominio procesal o sustantivo es imposible de establecer y quizá hubiera sido deseable, para completar el estudio de la reforma, abordar de modo sistemático el endiablado régimen transitorio previsto en el RDL 3/2009, del que, no obstante, se da noticia a lo largo del libro. No siguen los autores, por tanto, la ordenación propuesta por el propio Capítulo III del RDL 3/2009 (arts. 6 a 12) que es el específicamente referido a la Ley concursal; a saber: publicidad, administración, reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación, reconocimiento y subordinación de créditos, convenio, liquidación anticipada y normas procesales. Además de las otras cuestiones que contempla, en materia concursal el RDL 3/2009: sobre todo el régimen transitorio (las Disposiciones Transitorias 2.^a a 8.^a) y las tres interesantes Disposiciones Adicionales, referidas sucesivamente a los acuerdos de refinanciación, a la retribución de administradores concursales y al Registro Público Concursal.

Pero el libro es algo más que un examen minucioso de la reforma concursal (que lo es): en él también se exponen nociones o problemas sustantivos o procesales de conjunto con singular agudeza, ya se trate de la noción de perjuicio en las acciones de reintegración (pieza clave del sistema), la complicidad en la calificación (donde sigo pensando que la doctrina penal sobre la participación o también sobre la posición de garante tiene mucho que enseñarnos), el deber de instar el concurso (asunto en el que se hacen observaciones generales que trascienden lo concursal), el convenio anticipado (pese al fracaso práctico del convenio como solución al concurso), la función de la publicidad en materia concursal, el sentido y régimen del juicio verbal o, por último, de la intervención de terceros en el proceso.

Tampoco se somete a crítica singular el discutible instrumento normativo empleado para reformar la Ley concursal: el Decreto Ley tiene un ámbito constitucionalmente legítimo (tantas veces despreciado) y aunque en ocasiones la discusión parlamentaria no mejore la calidad técnica de los textos legales, sí que permite, al menos, la publicidad de la discusión y la exhibición pública de los argumentos de política jurídica que justifican la propuesta gubernativa. Apenas hay erratas y cuando se desliza alguna casi podría decirse que es una errata afortunada: así se dice «*misterio legis*» en lugar de «*ministerio legis*» (p. 45). A veces no está claro si las remisiones o menciones de preceptos lo son al texto reformado o al texto original de la Ley concursal.

3. La primera parte se dedica a los «aspectos sustantivos de la reforma», en particular se estudian, por una parte los «acuerdos de refinanciación» (pp. 17-48); en segundo lugar, las medidas para favorecer el convenio anticipado (pp. 49-72) y, por último, las modificaciones introducidas en el régimen de reconocimiento y clasificación de créditos (pp. 73-94).

Sobresale por su extensión e importancia el estudio de la Disposición Adicional 4.^a de la LC, relativa a los acuerdos de refinanciación, pieza esencial, parece ser, de la reforma (pp. 19-48). La finalidad de la Disposición es la siguiente: «obedece no tanto a la finalidad de regular de forma completa y sistemática los llamados acuerdos de refinanciación empresarial como, mejor, a una razón de ser mucho más limitada e inmediata, pues se trata de ofrecer un grado de protección a este tipo de acuerdos a fin de evitar que puedan ser objeto de una acción rescisoria al amparo de cuanto dispone el artículo 71.1 (reintegración concursal)» (p. 19). «Dicho en otras palabras, la reforma determina la irrevocabilidad al amparo de las previsiones acogidas en el artículo 71.1 LC de los acuerdos de refinanciación empresarial en los términos y

con el alcance que se contemplan en la reforma del texto legal, de modo que el supuesto de hecho encierra un caso de exclusión de similar significado a los previstos en el apartado 5 del artículo 71 LC» (p. 20). No debe olvidarse que la disciplina se establece para el caso en que, pese al acuerdo y el plan de viabilidad, el deudor que lo celebró es declarado posteriormente en concurso (en la mayor parte de los casos, claro es, el concurso será voluntario), es decir, se persigue una cierta inmunidad de un acuerdo que ha fracasado en sus propósitos de salvamento empresarial.

Estudia el Dr. García-Cruces los distintos aspectos técnicos de los acuerdos de refinanciación; así: su ámbito de aplicación, qué deba entenderse por «ampliación significativa del crédito disponible» o «modificación de obligaciones»; las dificultades presentes en la determinación de qué acreedores son los concernidos, o la ausencia de regla que frene las ejecuciones singulares; también los que cabe llamar acuerdos «mixtos» (esto es, aquellos en que a la reestructuración financiera se añaden pactos relativos a la estructura de gestión o titularidad en materia de personas jurídicas). También se examina con cierto detalle el llamado «plan de viabilidad» y los denominados presupuestos del acuerdo, a saber: las mayorías reforzadas que se exigen para la adopción o mejor, para que estemos ante un acuerdo de esta clase (mayorías que son probablemente excesivas y de las que no resulta excluido acreedor alguno que en caso de declaración de concurso carecería de derecho de voto, aunque son muy interesantes en este punto las reflexiones que desgrana en la p. 30); el informe elaborado por experto independiente (de valor más que relativo); la imposición de su otorgamiento mediante documento público (donde la certeza de la fecha no exige, véase el art. 1227 CC, el documento público, que encarece los costes de otorgamiento sin ventaja apreciable). Más adelante examina la eficacia y tutela de los acuerdos de refinanciación negándoles, claro es, su calificación de acuerdos de masa y sugiriendo una posibilidad de impugnación indirecta (consistente en impugnar los contratos que originan los créditos de los acreedores partícipes del acuerdo). Por último da cuenta de los otros problemas presentes en los acuerdos de refinanciación (después de constatar «las muchas –y graves– insuficiencias y lagunas de que adolece el régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación empresarial», p. 36): el presupuesto objetivo; la ausencia de publicidad; el control (*rectius*, su ausencia o endeblez) sobre su formación o contenido del acuerdo subrayando los riesgos de creación de pasivo ficticio y de obtención de mejoras para un (o varios) acreedor; o la falta de exclusión expresa de los acreedores que fueran subordinados (aunque en este punto entonces debería anticiparse una suerte de calificación y clasificación previa que solo podría confiarse bien al experto independiente o bien, si así se decidiera, a través de algún tipo de homologación judicial del acuerdo para su plena eficacia). Concluye la parte relativa a los acuerdos de financiación valorando la reforma (pp. 40 a 48) en donde hace varias consideraciones de las que cabe resaltar que le parece conveniente la vinculación entre el acuerdo y la propuesta anticipada de convenio o la reinterpretación (o mejor, la exacta interpretación) de la noción de perjuicio.

La segunda parte del estudio del Dr. García Cruces se dedica a las «medidas para el favorecimiento del convenio anticipado» (pp. 49 a 72), convenio anticipado que ha fracasado en nuestra práctica concursal (práctica que a mi juicio la reforma no truncará) fundamentalmente centrada en el «deber de instar el concurso», puesto que es el deudor quien mejor conoce su situación, con un exhaustivo e inteligente examen del nuevo artículo 5 LC, en donde

juzga severamente que los incentivos no estén sometidos a controles de seriedad (del propósito negociador) y de legalidad. Después examina, en congruencia con el nuevo artículo 5 LC, los artículos 15.3, 22. 1, 105 y 106.1 LC en donde patrocina la derogación del artículo 105 LC (que establece obstáculos innecesarios).

La tercera y última parte concierne a las «modificaciones en el régimen de reconocimiento y clasificación de créditos» (pp. 73 a 94) que divide en cuatro partes: en primer lugar, los créditos públicos (art. 87.2 LC), donde se precisa con rigor la noción y sentido concursal de los créditos contingentes; en segundo lugar, la clasificación de los créditos beneficiados con fianza de terceros (art. 87.6 LC, precepto que dio lugar a un agotador debate fuertemente coloreado, cómo no, de presuposiciones sobre el mercado de crédito y sus partícipes) donde, con ironía, se refiere a la protección de los acreedores profesionales (trayendo a colación el texto de la exposición de motivos de la Ley concursal), regulación novedosa que tacha (superando por una vez su exquisita discreción) de simple «error» de política legislativa (p. 83) y reitera las razones que justificaban la redacción primitiva y los defectos achacables a la nueva regulación. En tercer lugar, estudia la leve modificación del artículo 93.2.1.º LC que no por su levedad es menos importante (en el «momento de nacimiento del derecho de crédito»); y, por último, la inclusión de un nuevo supuesto de subordinación (art. 92.7 LC).

4. La segunda parte, de mayor extensión (pp. 95-215) se dedica a los «aspectos procesales de la reforma» y en ella se atiende, de modo sistemático, al estado de situación previo a la reforma (muy interesante sobre todo para desvelar que la reforma pretende resolver, no siempre con éxito, disputas jurisprudenciales) así como al régimen transitorio.

En particular se estudian, con la misma cadencia o método antes reseñado, los siguientes asuntos: la publicidad del concurso, con especial mención del Registro de Resoluciones concursales (pp. 95 y ss.) respecto al que el legislador reglamentario sigue sin dar cobertura específica con las bases fijadas por la reforma, en particular en lo establecido en la Disposición Adicional 3.ª RDL 3/2009 (lo que no deja de ser, sencillamente, o bien un dislate o bien un ejemplo de incuria). El fin perseguido parece ser el siguiente: «se ha procedido (...) a dar cobertura legal a la extensión de las posibilidades del anterior Registro de Resoluciones Concursales –al que ahora se otorga la denominación de «Registro Público Concursal» [que sigue siendo, como dice el autor en varias ocasiones de publicidad noticia]– dar publicidad a un conjunto de resoluciones más amplio que el contemplado anteriormente. La razón que ha conducido a la potenciación de sus posibilidades no es otra que la reducción de costes y duración del concurso, pues en la misma medida en que se facilita este cauce con conocimiento de las vicisitudes del concurso se excluye la publicación de edictos en el Boletín Oficial del Estado –con la salvedad del auto de declaración de concurso y el de su conclusión– y en el diario de mayor difusión en la provincia...» (p. 100). Se ordena en los artículos 23.4, 23.5, 40.4 II, 109.2 II, 111.2; 132; 139; 141; 164; 174; 177.3; 179.3 LC un doble régimen de publicidad complementaria.

En segundo lugar, el régimen de las retribuciones de los administradores (pp. 111 y ss.) en donde, como el propio autor advierte, «solo se ha buscado reducir los costes del proceso pero sin ponderar adecuadamente las consecuencias de las medidas adoptadas» (p. 111), régimen que está pendiente también de ciertos desarrollos reglamentarios (DA 2.ª RDL 3/2009).

En tercer lugar, la tramitación escrita del convenio (pp. 115 y ss.) que permite la gobernabilidad de las decisiones colectivas, asunto en el que aborda también el estudio de la oposición al convenio y la torpeza del legislador en su propósito de abreviar la duración del concurso (establece días, que serán hábiles, en vez de meses), cuando, como es sabido, uno de los costes que hacen insoportable el concurso es el derivado de su duración.

En cuarto lugar, la liquidación anticipada (pp. 139 y ss.), asunto desarrollado con pulcritud sistemática, liquidación que persigue evitar que se demore «la actividad de realización de unos activos que el propio deudor considera que no pueden sostener –si la hubiera– una empresa en funcionamiento, sin grave riesgo de su deterioro» (p. 140). Son del mayor interés sus observaciones sobre la «timidez» de la solución puesto que no reduce sustancialmente (que era y debe ser un objetivo propio de la liquidación, si no quieren dañarse las expectativas sobre el valor de los activos) y sobre la interpretación que propone para conjugar el artículo 142 bis con el artículo 64 LC. Critica también los excesos e imprecisiones de la nueva regulación (¡qué difícil es legislar bien!) y la soledad del juez del concurso en el trámite de aprobación de la propuesta de liquidación anticipada, donde sorprende la remisión al artículo 149 LC; para concluir esta parte, con un examen sobre la regla del pago anticipado (art. 146 bis 2 LC).

En quinto lugar, estudia del nuevo artículo 64 LC, que titula en razón de la que parece su principal consecuencia «medidas para facilitar el acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo» (pp. 177 y ss.) y que supone, a su juicio, una mayor coherencia con las normas generales de jurisdicción y competencia. En sexto lugar, la simplificación de la publicidad del informe y clarificación del plazo para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores (pp. 181 y ss.).

En séptimo lugar, la determinación de cuál es la apelación más próxima, en la que explica con notable claridad las razones que debían inspirar la interpretación del texto ahora reformado y de las divergencias con el régimen común (pp. 187 y ss.) y en la que probablemente la reforma ha puesto coto, otra vez, a debates jurisprudenciales en los tribunales de instancia. En octavo lugar, la determinación de quién tiene condición de parte en la sección de calificación, artículo 168 LC (pp. 199 y ss.), asunto en el que son muy interesantes las consideraciones generales sobre el interés legítimo y la congruencia entre tal interés y aquellas pretensiones que pueden ejercerse (el interés determina qué puede pedirse, más que si puede su titular participar en la controversia).

En noveno lugar, el examen del artículo 188.3 LC, relativo a los recursos frente a los autos que denieguen o concedan la autorización judicial (pp. 203 y ss.). En décimo lugar, la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado en los artículos 190 y 191 LC, que es, estadísticamente el procedimiento principal (pp. 205 y ss.).

Y, por último, el reconocimiento, también en esta sede, de la posibilidad de tramitar «por escrito» el incidente concursal, artículo 194.4 LC (pp. 211 y ss.) porque la realidad insiste en dejar en agua de borrajas la regla general contemplada en el artículo 138 LEC. Los aspectos de mayor importancia son, en esta sede, el régimen de la publicidad en el concurso y la liquidación anticipada.

José Ramón GARCÍA VICENTE
Universidad de Salamanca