

Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal»

(Ideas para la construcción de una teoría sobre
la finalidad del concurso de acreedores)

IGNACIO TIRADO MARTÍ*
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Derecho concursal es una rama del Ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente. En este sentido, se trata de un Derecho esencialmente funcional, que sólo existe para cumplir la finalidad de solucionar los conflictos que surgen por la colisión de todas las restantes ramas del Ordenamiento jurídico que se produce en caso de insolvencia del deudor. El fin propio del Derecho concursal se concreta en el concepto jurídico indeterminado tipificado en la Ley como «interés concursal». La finalidad del sistema de solución de la crisis económica de una persona consiste en realizar, en la práctica, la máxima satisfacción de los intereses subjetivos involucrados según establece ese concepto jurídico indeterminado. En este trabajo se intenta arrojar luz sobre el contenido del concepto (qué es, qué intereses subjetivos comprende, en qué orden) y su alcance interpretativo (como criterio de interpretación de normas concursales «oscuras») y funcional (en qué medida y de qué modo vincula y condiciona la actividad de los protagonistas del procedimiento).

* En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés. Desde la pena imborrable que me produce su ausencia, con el temor por el futuro de una Universidad sin su presencia, en agradecimiento profundo por cada minuto de los diez años compartidos.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, interés del concurso, órganos del concurso, acreedores, deudor concursado, terceros, interpretación jurídica.

ABSTRACT

Insolvency Law is a part of the Legal System that is specially complex and polyhedral. It is predominantly of private nature, but has got a public economic side that cannot be ignored. This branch of the Law does not make any sense on its own: it features a strong functional nature, and it only exists in order to solve the conflicts arisen when an individual becomes insolvent and defaults generally in the market. Insolvency Law provides a solution to the collision of the different branches of the Law, each of which try to protect their own interest, ignoring the rest, something that may only happen when the counterparty is insolvent. The main aim of the Spanish insolvency procedure is embodied in a complex concept legally labelled as «insolvency interest». The entire system will pursue the fullest realization possible of the subjective interests included –by strict order– in the said concept. This paper tries to cast some light on the concept (what the «insolvency interest» is, who is involved in it, how those involved rank), to establish its reach when it comes to interpreting the unclear or contradictory sections of the Law and aims at defining how and to what extent the parties in the procedure are bound by the said objective.

KEY WORDS

Insolvency, insolvency interest, organs of the insolvency procedure, creditors, insolvent debtor, stakeholders, legal interpretation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1.1 *Los problemas que crea la insolvencia del deudor.* 1.2 *La naturaleza conflictual de los problemas.* 1.3 *Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal.*–II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL. 2.1 *Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso.* 2.2 *La relevancia interpretativa.* 2.2.1 *La «función reactiva» y su relevancia interpretativa.* 2.2.2 *Los instrumentos de la «función reactiva».* 2.2.3 *Los límites interpretativos (remisión).* 2.3 *La relevancia funcional.* 2.3.1 *El «interés del concurso» y el comportamiento de los «órganos funcionales».* 2.3.2 *El «interés del concurso» y los participantes no funcionales.*–III. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO «INTERÉS DEL CONCURSO». 3.1 *Consideraciones introductorias.* 3.2 *La diferencia entre el objetivo funcional y los objetivos abstractos.* 3.3 *La construcción del concepto.* 3.3.1 *La definición de la finalidad del concurso: la experiencia del Derecho comparado.* 3.3.2 *Precisión previa: el «interés del concurso» como concepto subje-*

tivo. 3.3.2.1 La naturaleza subjetiva del concepto. 3.3.2.2 El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento. 3.3.3 Los acreedores y su consideración en el «interés concursal». 3.3.3.1 La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica. 3.3.3.2 La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión). 3.3.4 El «interés concursal» y el tratamiento de intereses distintos al interés de los acreedores. 3.3.4.1 Otros intereses subjetivos protegidos. 3.3.4.2 La protección del interés público. 3.3.5 La realización del «interés concursal»: la jerarquización entre los intereses incluidos en el concepto. 3.3.5.1 El riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados. 3.3.5.2 Los criterios para la solución de conflictos: distinción preliminar. 3.3.5.3 La «jerarquía piramidal» para solucionar los conflictos intersubjetivos. 3.3.5.4 El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público.—IV CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor

La insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica. Cuando una persona (física o jurídica) no puede atender sus obligaciones a medida que vencen se genera una situación que causa problemas que trascienden al deudor y se extienden a sus acreedores y a terceros (los acreedores de sus acreedores, los trabajadores, y muchos otros posibles interesados —*stakeholders*—). En el marco de la realidad jurídico-económica externa (paradigmáticamente en el mercado, aunque no solo), los particulares tienen, en última instancia, el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de lo debido (sea como resultado de relaciones contractuales, legales o, en fin, incidentales —responsabilidad extracontractual—). Cuando el patrimonio es —o va a ser pronto e inevitablemente— insuficiente para satisfacer todas las pretensiones, surge un conflicto de interés entre —como mínimo— todas las personas que han tenido alguna relación jurídico-patrimonial con el insolvente.

La insolvencia es una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad macroeconómica, ocurre en una minoría de los casos

(es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos para las personas jurídicas); es patológico porque presupone el mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho¹. Pero se trata de una patología excepcional que se produce de modo necesario como válvula de escape del sistema de mercado (por definición, imperfecto). En un mercado competitivo, algunos combinan peor los factores de producción que otros y, por lo tanto, ha de existir un sistema que, bien expulsa ordenadamente a estas personas, con lo que se reasignarían los recursos de forma eficiente, bien les ofrezca solución a través de una reorganización que maximice el valor del activo. Además, la realidad práctica revela que la insolvencia no es siempre un simple problema de mala utilización de los recursos (es decir, usando un lenguaje más común, la insolvencia no siempre ocurre por equivocaciones del insolvente, por su incapacidad o por su mala suerte); en muchas ocasiones, antes o después de la aparición de la crisis se producen comportamientos antijurídicos que merecen el reproche legal.

Conflictos entre intereses subjetivos, mala asignación de recursos y comportamientos reprobables. Esos son, en esencia, los problemas que surgen en la insolvencia del deudor en el tráfico.

1.2 La naturaleza conflictual de los problemas

Los problemas mencionados afectan normalmente a una colectividad y no están aislados entre sí. Más bien al contrario, se trata de problemas que se superponen y entran directamente en *conflicto*: desde el punto de vista subjetivo, satisfacer a unos sujetos implica perjudicar a otros (cuanto más se pague a una clase de acreedores, menos quedará para la otra); en otras ocasiones, la reorganización de los factores de producción puede beneficiar igualmente a algunos interesados en perjuicio de otros (si se mantiene la estructura empresarial en marcha para evitar la pérdida de puestos de trabajo

¹ La insolvencia es una situación que en la gran mayoría de los casos presupone –al menos en el plano teórico– un fallo de mercado y un fallo del sistema jurídico. En un mercado perfecto, en el que existe suficiente información, las expectativas se amoldan racionalmente a la realidad y, por tanto, nunca se habría concedido un exceso de crédito a un sujeto en dificultades. El problema se habría detectado a tiempo y nunca se hubiese llegado a un impago generalizado. Desde el punto de vista jurídico, la entrada en concurso de una sociedad –protagonistas principales del mercado– implica que han fallado los mecanismos societarios pre-concursales: el control del mercado a través de la publicidad de la contabilidad, el deber de reducción de capital, el deber de disolución, etc.

se puede estar beneficiando a los trabajadores a costa de los acreedores en general o del deudor o de sus accionistas); y, en fin, la sanción de determinados comportamientos podría cerrar la puerta a salidas patrimonialmente más ventajosas (se primaría el «orden público» sobre los intereses privados de los afectados por la insolvencia, por ejemplo, si se inhabilita a un administrador cuya permanencia en la empresa «reestructurada» podría incrementar el valor objetivo de ese activo, debido al alto nivel subjetivo del fondo de comercio de la empresa). Por todo ello, es necesario «jerarquizar». Un Derecho cuya única finalidad es solucionar los conflictos de intereses debe, necesariamente, hacer eso: solucionarlos, lo cual implica tomar partido².

1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal

1. La solución a los conflictos y el establecimiento de una jerarquía clara sólo puede realizarse a través del Ordenamiento jurídico, creando un Derecho de la insolvencia que tenga carácter *imperativo*.

A. Tal y como nos han enseñado los analistas económicos del Derecho, en caso de insolvencia de un deudor en el mercado se generan problemas de destrucción de valor y se crea un problema de «acción colectiva»³. Ambas situaciones sólo pueden paliarse con la creación de un Derecho imperativo. La existencia de un concurso *imperativo* para los acreedores facilita la maximización del valor del patrimonio del deudor y, por lo tanto, permite reducir el daño que finalmente sufrirán los acreedores. Los remedios generales de tutela del crédito consiguen la satisfacción de los acreedores a través de la realización individualizada de los distintos elementos del activo del deudor. Sin embargo, en

² Que la labor del Derecho concursal es la solución de concursos ha sido expresada con gran rotundidad por la doctrina alemana. Así, en referencia a los deberes del administrador concursal alemán (*Insolvenzverwalter*) señalan Fritz BAUR y Rolf STÜRNER: «[L]a característica principal de la actividad del órgano de administración es la constante colisión de intereses», *vid.* BAUR-STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.^a ed., Heidelberg (C. F. Müller) 1991, pp. 130-131. La visión del Derecho concursal como una normativa que debe «tomar partido» entre los perjudicados por la insolvencia ha sido defendida por algunos autores de gran relevancia: en Estados Unidos, *vid.*, por todos, WARREN E., *Business Bankruptcy*, Washington D. C. (Federal Judicial Center) 1993, *passim*; en el Reino Unido, abandera esta posición GOODE, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.^a ed., pp. 40 ss.; para este planteamiento en Derecho español, *vid.* GARRIDO GARCÍA, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

³ *Vid.*, por todos, el pionero trabajo de JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press) 1986, *passim*, del que se extrae esta resumida exposición del modelo económico.

muchas ocasiones –en la mayoría cuando existe una empresa– el valor del activo en su conjunto es muy superior al valor de la estricta suma de los elementos que lo componen. Una empresa en funcionamiento «captura» elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta disgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se trocee y pierda valor. Sin el carácter necesario del procedimiento no podría conseguirse una finalidad eficiente porque cada acreedor se comportaría –y así es razonable que ocurra– de modo «egoísta», es decir, preocupándose por su interés y por el de ningún otro.

B. Esta situación ha sido explicada de manera gráfica por la doctrina estadounidense acudiendo a la «teoría de juegos». La situación que existe entre el patrimonio de un deudor insolvente y sus acreedores es similar a la descrita en el juego del «caladero común». En este juego (que ha sido explicado con varios ejemplos distintos), hay un lago y un grupo de pescadores; si todos los pescadores capturan todos los peces que puedan el año 1 se esquilmará el caladero y, el año 2, nadie podrá pescar. Sin embargo, si los pescadores limitan sus capturas, los peces se reproducirán y, el año siguiente podrán volver a pescar, y así año tras año hasta que el caladero se agote definitivamente. La primera actitud (cada pescador pesca cuanto puede) proporcionaría a cada uno una cantidad mucho menor que si hubiese limitado sus capturas. Los acreedores, informados de esta situación, podrían ponerse de acuerdo para no capturar más que lo debido. Sin embargo, se trata de un acuerdo muy difícil de alcanzar (con terminología económica, tiene muy altos «costes de transacción»), pues los pescadores no se conocen entre sí, saben que compiten entre ellos (cuanto más pesque uno, menos pescan los demás) y nadie les asegura que el otro va a respetar ese pacto; de hecho, el comportamiento racional de cada pescador sería pescar todo lo posible, pues su situación es equiparable a la de los prisioneros en otro conocido ejemplo de la teoría de juegos: el «dilema del prisionero». Este segundo juego explica que el comportamiento natural de los pescadores del caladero común será actuar en su propio interés (*free riders*)⁴.

C. Sólo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar las capturas y, de ese modo, obtener la solución más beneficiosa para la colectividad. Ahora imaginemos que esa Ley es el Derecho de la insolvencia, cambiemos el lago por el patrimonio del concursado (masa activa), a los pescadores por acreedores y la limitación

⁴ El «dilema del prisionero» es un juego con dos participantes en el que sólo existe una posible solución. Dos delincuentes, que han cometido ambos dos delitos de muy distinta gravedad, son encerrados y aislados. Como no existen pruebas suficientes para condenarles sin un testimonio que incrimine al otro se les ofrecen reducciones de pena si colaboran. El juego asume que a cada delincuente le es indiferente el destino del otro (como ocurrirá en muchas ocasiones entre los acreedores, que en la mayoría de los casos ni se conocen) y que no pueden ponerse de acuerdo (pues si ambos guardan silencio sólo se les condenaría por el delito menor). Este modelo demuestra que la única estrategia racional de cada prisionero (de cada acreedor) es acusar al otro para, de ese modo, maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, *vid.* BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game theory and the law*, Cambridge (Harvard University Press) 1994, pp. 31 ss.

de las capturas por la paralización de acciones ejecutivas contra el patrimonio concursal. Con un concurso legalmente imperativo para todos los acreedores se consigue maximizar el activo y, con ello, se consigue que los acreedores acaben «capturando» el mayor valor del patrimonio insolvente.

2. El Derecho concursal es, pues, un instrumento jurídico imperativo que persigue únicamente la obtención de un fin: la solución de la crisis económica. Es un campo jurídico *estrictamente instrumental*. Mientras el Derecho civil, el laboral o el tributario responden a una serie de concepciones concretas y pretenden tutelar unos intereses determinados (fomento o protección del tráfico, protección del trabajador, incremento de la recaudación, etc.), el Derecho concursal, que opera en caso de insolvencia patrimonial, parte de la imposibilidad de una completa tutela de los intereses que persigue cada una de las demás ramas del Derecho, y se fija como objetivo precisamente la reducción del daño que sufren todos aquellos que recibían la protección en el Derecho civil, en el laboral o en el tributario. Estamos ante una rama jurídica cuya propia existencia se explica sólo para conseguir una finalidad consistente en «arreglar» el problema existente por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho.

Se trata de una rama jurídica con poca independencia, con escaso sentido en sí misma, en soledad. Es cierto que, si no se renuncia a ver el Derecho como una unidad, lo mismo ocurre con todas las disciplinas jurídicas; pero la soledad le sienta especialmente mal al Derecho de la crisis económica. El Derecho concursal no hace sino distribuir «intereses» regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la crisis, inadecuado en ellas. La regulación de la crisis empresarial intenta dar solución a la falta de idoneidad de los restantes conjuntos normativos que forman cada uno en sí un sistema pensado para las situaciones de normalidad, no, precisamente, para los fallos de sus instituciones. La crisis económica pone en contacto los intereses de todos ellos, de manera que cada regulación parcial colisiona con las demás⁵.

⁵ Estas afirmaciones siguen siendo válidas aunque se defienda, como hacen los partidarios del análisis económico del Derecho, que la única actuación del sistema concursal en materia de resolución de conflictos consiste en respetar lo que las partes habían pactado fuera del concurso (*vid.* JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, pp. 7 ss.). En realidad, esta visión del Ordenamiento concursal va más allá y afirma que debe respetarse no sólo lo que se había pactado, sino también lo que las partes «habrían pactado» –*creditors' bargain*–, lo cual ya es mucho más discutible. De todos modos, la «filosofía» del Derecho concursal, en términos abstractos, no es el objeto de este trabajo, como se justifica más adelante (*vid. infra.* § 3.2).

3. La creación de un Derecho imperativo e instrumental que persiga una finalidad concreta –y nada más– exige la predeterminación de dicha finalidad⁶. Esto se puede hacer de distintos modos. En algunos Ordenamientos concursales de Derecho extranjero se ha optado por realizar una definición específica, detallada y jerarquizada de la finalidad del procedimiento. Ese ha sido el caso en Derecho alemán y, más recientemente, en la importante modificación acontecida en el Derecho inglés con la aprobación de la *Enterprise Act 2002*. En el extremo opuesto, otros países, como Italia, han obviado toda definición de objetivos y toda referencia a una finalidad concreta, si bien las «preferencias» subjetivas del texto legal pueden desgranarse directamente del análisis de puntos concretos del articulado. Una tercera posibilidad, a medio camino entre las dos anteriores, ha sido la escogida por el Derecho concursal español. En la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición⁷, incluyéndose, en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso»⁸. Es decir, se reconoce implícitamente la existencia de una finalidad, pero no se define expresamente. En este trabajo consideramos que la finalidad puede inferirse de los datos que ofrece el texto legislativo y la exposición de motivos.

En realidad, no resulta claro qué método es más correcto. Ciertamente, la definición, precisa, jerarquizada, de los complejos fines del procedimiento concursal tiene un claro efecto de incremento de la seguridad jurídica y constituye un poderoso instrumento interpretativo. Ahora bien, no deja de ser *cierto* que esta solución puede traer consigo rigideces.

⁶ No basta con afirmar que se busca la solución de la «crisis económica». Ese es un objetivo demasiado general, especialmente en un caso como éste, en el que todos los interesados están en constante conflicto interno. Es necesario concretar, descender al detalle.

⁷ El silencio es una opción que puede interpretarse como un reconocimiento mudo de la complejidad de problemas abordados en el procedimiento de insolvencia o, por el contrario, como una muestra de la falta de reflexión del hacedor legal sobre el objetivo perseguido: es obvio qué se pretende y, por tanto, no hace falta señalarlo expresamente. Fuese cual fuese el motivo, es indudable que la falta de predeterminación dota de un cierto grado de flexibilidad al concurso.

⁸ Se habla de «interés del concurso» en la Exposición de Motivos (IV) y en los artículos 42, 61, 62, 165 y 215; o en plural, de «intereses del concurso» o «intereses del procedimiento» en los puntos III y VII de la Exposición de Motivos y en los artículos 43, 54, 148 o 149. Algún autor que se ha ocupado de la cuestión identifica y separa las expresiones reseñadas, por una parte, y la expresión «intereses concurrentes», por otra; estaríamos, según esta opinión, ante expresiones que encerrarían significados distintos (así, *vid.* GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal», en *RDBB* núm. 683, 2004, pp. 1351 ss., también publicado en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, t. I, pp. 294 ss.). Sin embargo, no compartimos esta opinión. No encontramos en la Ley ninguna razón para entender que esas expresiones encierren conceptos distintos. Se trata, a nuestro modo de ver, de sinónimos, todos referidos al complejo –y conflictivo– fin que persigue el Derecho concursal.

A. Un primer problema podría radicar en el propio contenido de la norma que define los intereses subjetivos y públicos en que se concreta la finalidad del Derecho concursal. Ha de tratarse de un precepto de gran claridad. Una redacción ambigua o, directamente, oscura, podría volverse en contra de la propia finalidad del precepto, con un poder distorsionador enorme⁹. En segundo lugar, la «tipificación» específica, con «nombres y apellidos», de la finalidad del concurso, puede llevar a excesos interpretativos¹⁰. Por último, este método trae consigo todos los problemas de la fijación de valores, que puede cambiar en el tiempo. Si esto ocurre, no hay adaptación interpretativa posible: es necesaria una nueva reforma legislativa¹¹.

B. La alternativa (consistente en no definir la finalidad del procedimiento) priva al sistema concursal de las virtudes del otro modelo. La incertidumbre sobre quién debe ser protegido con prioridad dificulta la solución de los conflictos de intereses, tan presentes en todo concurso, a la vez que priva al juez y a las partes de un elemento interpretativo de gran valor. La pérdida de seguridad jurí-

⁹ Como se señalará más adelante, la reforma inglesa es un auténtico paradigma de redacción enrevesada e intrincada. Sólo el pragmatismo que preside su sistema jurídico, la atenta consideración de los casos y el alto nivel de sus jueces y, en fin, el importante esfuerzo de la doctrina han conseguido dar una explicación coherente al precepto definidor de los objetivos del procedimiento de *Administration* (al respecto, *vid.*, por todos, MOKAL, R. «*Administrative Receivership and Administration-An Analysis*», en *Current Legal Problems*, 2004, pp. 355 ss.; y ARMOUR, J./MOKAL, R., «*Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002*», en *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 28 ss.).

¹⁰ Un buen ejemplo es el ocurrido entre la doctrina alemana que comentaba la derogada *Konkursordnung*. Así, un autor del prestigio de Friedrich WEBER elaboró una teoría de la nulidad absoluta de las actuaciones de la administración concursal contrarias al fin tipificado del concurso, basándose, precisamente, en que la inclusión de los objetivos en un precepto concreto convertía el acto que lo contradijese en nulo por vulnerar una norma imperativa [*vid.* WEBER, F., en JAEGER, E., *Konkursordnung Kommentar*, Berlin (WdG) 6-7.^a ed., §§ 133-134, Anm. 50.3 y §§ 207-208, Anm. 58]. En realidad, el profesor de Heidelberg matizó la aplicación estricta de la nulidad, señalando que no todo acto que finalmente resultase dañino para los intereses del concurso era «contrario» al «fin» y, por tanto, nulo. El autor distinguía entre facultades de disposición (*Verfügungsbefugnis*) y obligaciones (*Pflichtbindung*), es decir, entre «poder» (*Können*) y «deber» (*Dürfen*). Aunque el administrador concursal pueda llevar a cabo un acto de disposición de manera válida, bajo determinadas circunstancias no debe si quiere actuar sin contravenir una obligación. Para el autor, en fin, aparte de las actuaciones «contrarias» a la finalidad existen otras que simplemente infringen una obligación y sus efectos no alcanzan más allá de la esfera interna del procedimiento (responsabilidad).

¹¹ Ésta puede ser, en realidad, una objeción más aparente que real. Es cierto que el papel del Derecho concursal dependerá mucho del sistema económico imperante. Piénsese, por ejemplo, en los vientos intervencionistas que soplaban cuando se elaboró el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, algunas de cuyas soluciones serían inaceptables para la mayoría hoy en día (sobre la racionalidad y el alcance de este texto prelegislativo, *vid.* GONDRA, J. M., «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, Rev. Fac. Der. Univ. Compl., 1985, pp. 145 ss.). Sin embargo, no es menos cierto que, en la historia del Derecho concursal, han existido siempre una serie de constantes inmutables que, en todo momento, han formado parte de los objetivos del procedimiento concursal de la época. Paradigmáticamente, nos referimos, claro está, a los acreedores del deudor común (*vid.* ROJO, A., «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM* núm.138, 1975, pp. 509 ss.).

dica en este sector puede tener consecuencias importantes. Si el concurso aspira a ser el instrumento de solución de la crisis empresarial, los participantes en el mercado han de poder conocer bien su propia posición en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia, pues solo de ese modo pueden calcular *ex ante* los riesgos de su inversión y adoptar medidas racionales al respecto. En este mismo sentido, la fijación de los beneficiados por el procedimiento tenderá a reducir la litigiosidad, algo ciertamente conveniente en un proceso de por sí largo y complejo.

C. Probablemente, no haya un método mejor que otro. La seguridad jurídica es un objetivo que debe perseguir toda legislación concursal, pero cómo lo consiga tiene menor importancia. Sería más peligrosa una definición oscura o confusa de la finalidad del concurso que la ausencia de pronunciamiento. Lo relevante es que la jerarquía de valoraciones, la «función» que debe cumplir todo concurso resulte evidente a todos los actores en el mercado, desde una perspectiva retrospectiva, y que sea clara para las partes y el entramado institucional, una vez en marcha el procedimiento. Esto puede conseguirse tanto con una definición, como a través de la enunciación de una serie de principios en la Exposición de Motivos o derivarse claramente del articulado legal¹².

II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL

Si el Derecho concursal es una rama del Derecho privado creada únicamente para perseguir una finalidad consistente en solucionar los conflictos de las restantes ramas jurídicas (privadas o públicas), esa finalidad debe impregnar la interpretación de sus preceptos y guiar la actividad de los órganos del procedimiento. Esto exige, como presupuesto, la determinación de la metodología interpretativa que se debe seguir en el Derecho concursal; tras lo cual resulta imprescindible delimitar con un mínimo detalle cuáles son los márgenes interpretativos y especificar cómo afecta el fin al comportamiento de la administración concursal y del juez.

¹² Los factores que influyen a la hora de valorar el mejor sistema en un Ordenamiento jurídico dependerán de las fortalezas y debilidades del Ordenamiento concreto. Se trata de optimizar una ecuación que tiene como variables principales (y opuestas) el buen hacer del legislador, por un lado, y el nivel técnico de aquellos que han de aplicar el Derecho, por el otro: ante una judicatura poco preparada, mejor una buena definición; cuando los jueces tienen un buen nivel técnico y están especializados, el riesgo de que haya una excesiva rigidez y errores del legislador aconsejan, probablemente, la no tipificación del fin del concurso.

2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso

El instrumento metodológico más apropiado para acercarse al estudio de esta rama jurídica es aquél que centra la mirada en los *argumentos teleológicos*, en las finalidades que se persiguen con el objeto analizado¹³. La creación legislativa responde a un fin y, más ampliamente, este fin representa una valoración previa por parte del legislador de los intereses que pretende proteger. En la economía, los intereses se encuentran en estrecha interconexión y, por tanto, la protección de unos suele comportar la preferencia sobre otros. Al decidirse a favor de uno u otro de los intereses en conflicto, el autor de la norma está buscando la realización práctica de unos *valores*. Desentrañar estos extremos es el primer paso para el análisis de una institución. El segundo, sin embargo, debe quedar al lado de la *realidad*, esto es, de cómo se comportan en la práctica las instituciones creadas.

Todo conjunto normativo persigue una finalidad. La finalidad del Ordenamiento económico es el aumento del bienestar social a través del desarrollo de la economía. En el contexto actual, ese objetivo se realiza a través del mercado. Se crean una serie de instituciones jurídicas que facilitan las relaciones de intercambio (contratos, sociedades, etc.). Estas instituciones cumplen, en primer lugar, una *función promocional*¹⁴: a través de una regulación adecuada, las normas persiguen el objetivo del aumento del bienestar social poniendo a disposición de los particulares los instrumentos necesarios. Pero estas instituciones, al insertarse en la realidad, adquieren una vida independiente. Su uso por los particulares en persecución de un interés propio crea conflictos que surgen, directamente, de las propias instituciones¹⁵. Por eso, el legislador se ve obligado a prever una regulación que solucione ese choque de intereses, en función del objetivo buscado por la regulación origina-

¹³ En la actualidad, en buena medida, los conceptos jurídicos se explican a través de la «función» que tienen. Vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 473, donde cita el concepto de negocio jurídico de FLUME como deudor de un enfoque funcional.

¹⁴ Vid. BOBBIO, «Sulla funzione promozionale del Diritto», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1313 ss. (donde establece el concepto de «ley incentivo», p. 1326), CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 83 ss.

¹⁵ El análisis de las consecuencias económicas que surgen de las instituciones privadas constituye un enfoque funcional en su más puro sentido. Vid. JAHR, «Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft», en *Schriftung des Vereins für Socialpolitik*, núm. 33, 1964, pp. 14 ss., especialmente en p. 16.

ria¹⁶. Esta segunda función de las normas se ha bautizado como *función reactiva*¹⁷. Es, precisamente, en esta función, donde se encuadra el Derecho concursal. Este conjunto normativo cumple básicamente la función reactiva general del sistema económico legal. Su papel es solucionar los conflictos de intereses que surgen de la patología del sistema económico.

Esta función de resolución de conflictos implica coherencia con el tipo de sistema económico que se tiene. Sin embargo, al ser el punto de encuentro de distintas disciplinas jurídicas, la coherencia no puede confundirse con rigidez. Es, precisamente, la propia consideración del Derecho concursal como «instrumento reactivo» del sistema económico de mercado lo que permite alterar el normal reparto de intereses existente en el ámbito económico. La función «reactiva» del Derecho mercantil es solucionar los conflictos creados por sus propias instituciones y lo mismo ocurre con el Derecho societario, según el ejemplo propuesto. Sin embargo, el Derecho concursal *es en sí la «reacción» del mercado. Su existencia se debe, por tanto, a la plasmación de los valores del legislador en lo concerniente a los intereses que entran en conflicto ante la patología del sistema económico.*

2.2 La relevancia interpretativa

2.2.1 LA «FUNCIÓN REACTIVA» Y SU RELEVANCIA INTERPRETATIVA

El «interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Como se ha señalado, la consecución del «interés concursal» es la finalidad de la Ley Concursal. La Ley Concursal es una normativa instrumental que cumple una función exclusivamente «reactiva». Pues bien, esta

¹⁶ Aunque esto no siempre se consigue. Si, por ejemplo, para el fomento de la economía se crea un Derecho societario, la regulación de los conflictos de intereses surgidos en su seno –accionistas minoritarios contra mayoritarios– debe tener en cuenta el objetivo inicial del legislador y realizar una elección del «interesado preferido» en función del efecto que tal elección vaya a tener en la promoción de la economía. Si se actúa de manera contraria, el resultado será el desuso de la institución y el fracaso, a largo plazo, del objetivo inicial. Con esto no se quiere negar la posibilidad de atender a intereses diversos; pero esto se debe realizar fuera del conjunto normativo en concreto. No debe confundirse lo afirmado con un análisis exclusivamente economicista, pues éste se contentará con afirmar como única finalidad de las normas la reducción de costes y la más eficiente realización de los derechos subjetivos individuales. Aquí se defiende, simplemente, la coherencia del sistema jurídico. El legislador puede alterar los valores perseguidos por el sistema en cualquier momento.

¹⁷ Probablemente porque centra su análisis en la general teoría normativa, denomina este hecho *funzione repressiva* del Derecho CATANIA, *Argomenti*, pp. 91 ss.

naturaleza confiere especial relevancia interpretativa a la finalidad perseguida.

Toda regulación persigue siempre un fin. Sin embargo, en algunas normas –en la mayoría– el legislador persigue objetivos de carácter «general» (*rectius*, «promocional»). Como ejemplos, la Ley de sociedades anónimas o la Ley del contrato de agencia persiguen ambas el más eficiente desarrollo de la actividad en el mercado, poniendo instrumentos de actuación externa, una, y fomentando la colaboración y la distribución empresarial, la otra. En ambos casos, la finalidad es tan general que tiene una relevancia interpretativa limitada. Sin embargo, en el caso de Derechos esencialmente «reactivos», como el Derecho concursal (o el Derecho de los consumidores), la finalidad es necesariamente más concreta; la virtualidad teleológica de la normativa tiene «nombre y apellidos»: en nuestros ejemplos, la protección del consumidor o la solución de los conflictos ante la crisis empresarial. La naturaleza correctora de estas regulaciones exige la predeterminación de los intereses subjetivos que se quieren tutelar. Esto es aún más acusado en el supuesto del Derecho concursal, por dos motivos: por el carácter conflictual y por el carácter estrictamente instrumental de la normativa, ambos estrechamente ligados. La insolvencia crea un conflicto. El conflicto compele al legislador a crear una Ley que establezca los criterios para resolver el conflicto. El conflicto obliga a la Ley a concretar, pues el conflicto presupone la existencia de sujetos con intereses contrapuestos, y resolverlo implica distribuir entre ellos aquello que ambos pretenden. La solución del problema como *única* finalidad de la Ley conlleva la necesaria interpretación de cada precepto conforme a la finalidad.

2.2.2 LOS INSTRUMENTOS DE LA «FUNCIÓN REACTIVA»

La subordinación interpretativa a la función que presenta el Derecho concursal debe entenderse en un sentido sistemático. La lectura de la Ley Concursal no puede hacerse de modo aislado; es especialmente importante que la interpretación de cada precepto se conecte con otros, que, a su vez, responden a la finalidad de solucionar la crisis a través de la tutela del «interés concursal». La Ley Concursal está llena de instrumentos. Los instrumentos podrían dividirse en «instrumentos primarios» y en «instrumentos secundarios», ambos dirigidos a la consecución del objetivo final (la realización práctica del «interés del concurso»)¹⁸. «Instrumentos pri-

¹⁸ La diferencia entre los instrumentos primarios y secundarios radica en el grado de «instrumentalidad». Los instrumentos primarios son herramientas en sentido puro: no tienen

marios» serían tanto las posibilidades de actuación como la estructura procesal del concurso de acreedores. Todos estos instrumentos primarios tienen una finalidad mediata propia («los instrumentos secundarios», que también podrían denominarse «objetivos intermedios»). Con ello se crea una red de fines dentro del concurso que necesariamente desemboca en la consecución del fin principal (la tutela del «interés del concurso»). El papel que juega el fin principal respecto de los instrumentos primarios y secundarios es doble: sirve como criterio de comportamiento (enfoque prospectivo) y como elemento de interpretación (análisis retrospectivo).

1. El primer grupo de «instrumentos primarios» (el que se encuentra en la base) es el relativo a las *facultades de actuación* en el seno del concurso. Por ejemplo, las posibilidades de continuar con la actividad empresarial (art. 44 LC), la supervisión de la actuación administrativa del deudor intervenido (art. 40.1 LC) o la realización de un expediente de regulación de empleo (art. 64 LC). En todos estos casos, los artículos que los regulan crean instrumentos que tienen como finalidad mediata conseguir una *maximización del valor de la masa activa (instrumento secundario u objetivo intermedio)*. Se continúa —en principio— con la actividad porque, de ese modo, se mantiene la empresa en sentido objetivo, que normalmente valdrá más que los elementos aisladamente considerados; lo mismo ocurre con el régimen de administración del patrimonio: en la mayor parte de los casos —o así se pretende que sea— se deja en manos del deudor porque ello es más eficiente (los directivos conocen el negocio, tienen incentivos para solicitar el concurso con premura, etc.), y los administradores concursales sólo negarán autorizaciones cuando la actuación propuesta vaya en contra del «interés concursal». El mismo razonamiento es válido para el expediente de regulación de empleo, que se posibilita incluso antes de la emisión del informe si, con ello, se favorece la tutela de los intereses subjetivos incluidos en el concepto de «interés concursal».

Sin duda, un primer objetivo (intermedio) que han de perseguir los administradores del concurso, que constituye un *prius* respecto de los siguientes, consiste en la *maximización de la masa activa*. El órgano tiene el deber de ejercitar sus competencias de administración del patrimonio de manera que se obtenga *el máximo valor de la masa activa concursal*¹⁹. Esta conclusión se deduce de declara-

otro valor en sí mismo considerados que servir para la mejor consecución de los instrumentos secundarios. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece la continuación de la actividad o crea los mecanismos de administración directa o de control por parte de los administradores concursales, lo hace únicamente para conseguir un mayor valor de la masa activa.

¹⁹ En este primer punto coinciden todas las teorías explicativas de los procedimientos concursales. Es, por ejemplo, el objetivo declarado del modelo de *creditors' bargain*: la

ciones dispersas en varios preceptos de la Ley Concursal: artículos 35.1, 43.1, 44.3, 61.2, 68-70, 71, etc. LC²⁰. En todos ellos se establecen deberes de diligencia en la actuación de los administradores, se les conceden instrumentos para engrosar la masa y se les dan instrucciones para la obtención del mayor rendimiento al patrimonio. El órgano debe, pues, llevar a cabo una administración –y usar los instrumentos primarios– de modo que se procure no sólo la conservación estricta del patrimonio, en el sentido de mantenimiento del valor de los elementos que lo integran, sino también la maximización del valor de la masa a través de aquellas actuaciones que puedan incrementar su rendimiento económico.

2. El otro grupo de «instrumentos primarios» a que hemos hecho referencia se encuentra en el *diseño procesal de la Ley*. Como ejemplo valga la distribución en fases. El procedimiento se divide en distintas fases, cada una de las cuales persigue su propio objetivo (instrumento primario que busca su objetivo intermedio –a su vez, un instrumento secundario de la finalidad principal–): la fijación de todos los datos del concurso, –la fase común; el acuerdo entre deudor y acreedores, la fase de convenio–; y la consecución del mayor valor posible del activo, en la fase de liquidación. En este caso estamos ante una «apriorización» del legislador sobre los modos más adecuados para conseguir la finalidad del procedimiento. Sobre la división en fases y la «función reactiva» del Derecho concursal es necesario hacer dos apreciaciones: en primer lugar, no sólo existe una finalidad intermedia en cada una de ellas, sino que éstas están coordinadas entre sí; en segundo lugar (y enlazado con lo anterior), estamos ante finalidades intermedias «objetivas», es decir, ajenas a los intereses subjetivos involucrados en el concurso: no se persigue el convenio en sí mismo considerado, sino en tanto con ello se tutele mejor el interés del concurso (que es un concepto subjetivo).

En efecto, y siguiendo el orden de las precisiones anteriores, la primera y necesaria fase del concurso se denomina legalmente «fase común» (art. 21.2 LC). Se trata de una fase meramente instrumental, en la que se realizan todos los trámites procesales y se reúne toda la información para que posteriormente, en las fases decisorias, puede llegarse a la mejor solución del concurso. Es,

maximización del *common pool* (vid., por todos, JACKSON, T., *The logic*, pp. 10 ss.) y uno de los fundamentales para las posiciones críticas con este tipo de análisis (Vid. WARREN, E., «Bankruptcy policymaking in an imperfect world», *Mich. L. Rev.*, núm. 92, 1993, pp. 336 ss., especialmente 344 ss.).

²⁰ Igual que ocurría en el sistema derogado. El artículo 1073 del Código de 1829 atribuía a los síndicos la administración de todos los bienes y pertenencias de la concurso a uso de buen comerciante, la recaudación y cobranza de los créditos de la masa, el pago de gastos necesarios para su conservación y beneficio, la defensa de todos los derechos de la concurso, etc.; pero no era éste el único precepto: (arts. 1014, 1017, 1218 LEC 1881, etc.)

pues, un «instrumento del instrumento». Esto tiene una considerable importancia en lo que aquí concierne y explica muchas de sus previsiones normativas: en la fase común no deben realizarse actuaciones que *prejuzguen* una solución al concurso²¹. Es decir, y aplicado al órgano de administración, durante la fase común los administradores del concurso, en su vertiente activa, han de realizar todas las actuaciones necesarias para una mejor decisión de los interesados (acreedores y deudor); y, en la pasiva, han de abstenerse de ejecutar aquello que dificulte o impida la posterior consecución de un convenio o de la liquidación²².

Aplicando este mismo razonamiento, en la fase de convenio los administradores realizarán las labores instrumentales legalmente encomendadas para permitir una más correcta decisión sobre las propuestas presentadas²³, pero, además, no podrán adoptar ninguna que impida o dificulte la liquidación. La condición de última posibilidad temporal de la fase de liquidación la convierte, precisamente, en un elemento decisivo a la hora de delimitar la actuación de los órganos durante todo el proceso. En efecto, la liquidación puede que nunca acontezca, pero la sola posibilidad es suficiente para negar aquellas actuaciones que puedan impedir²⁴. Así, por ejemplo, con independencia de la fase en que se encuentre el concurso, en principio no parece que los administradores concursales puedan concluir un contrato de arrendamiento *de larga duración* si, con ello, comprometen un bien de la masa y, por tanto, dificultan la liquidación del patrimonio concursal (porque una legislación

²¹ Un buen ejemplo de la importancia que la Ley concede a la necesidad de no abortar prematuramente una solución determinada se refleja en el tratamiento de las garantías sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Éstos no se pueden ejecutar hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso. Además, la administración concursal puede cancelar el crédito con cargo a la masa si mantener el bien en el patrimonio concursal conviene al concurso. Estas reglas, importadas de la Ordenanza alemana de 1994, expresan claramente la jerarquización de intereses de la Ley: se limitan los derechos del acreedor garantizado en beneficio de los restantes acreedores (y del deudor). Al posponer la ejecución, se favorece la continuidad pero, sobre todo, se protege el valor de la masa, al permitir que la empresa siga en funcionamiento (no puede suspenderse la ejecución si el bien no está afecto a la actividad) y su posible enajenación global. A cambio, el acreedor con garantía sólo sufre una restricción temporal.

²² Esto explicaría por qué los administradores concursales han de solicitar autorización al juez para realizar actos de disposición de la masa activa durante las fases común y de convenio.

²³ Esto no debe entenderse como una labor de «fomento del convenio». La tarea de los administradores es puramente técnica, aséptica, consistente en poner sobre la mesa todos los elementos de juicio posibles para que las partes decidan. Y si las circunstancias desaconsejan el convenio, así deberán ponerlo de manifiesto. El convenio es, insistentemente, un mero instrumento.

²⁴ Como se aprecia, curiosamente la solución que parecía catalogarse como «último recurso» en la Exposición de Motivos acaba convirtiéndose en omnipresente por el propio diseño legal.

de arrendamientos proteccionista con el arrendatario impida su desahucio)²⁵.

La Ley Concursal configura un procedimiento unitario, en el que caben tanto la reestructuración de la empresa como la liquidación. El convenio y la liquidación son excluyentes: no puede liquidarse por convenio y en la liquidación conduce irremediamente a la realización del activo. Pues bien, a nuestro modo de ver, se trata de dos instrumentos para la consecución del «interés concursal» que se sitúan en un igual nivel de preferencia legal²⁶. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley señale su predilección por la solución pactada, se trata de una declaración de intenciones que posteriormente sólo se traduce en el articulado en el aspecto temporal: la Ley crea un *iter* procedimental en el que, salvo determinadas circunstancias, se pasa de una fase común instrumental al convenio; al que, en su caso, seguirá la liquidación. Pero ahí termina la preferencia, como demuestra el hecho de que el propio deudor pueda impedir el convenio desde el principio o que los acreedores, principales protegidos por el «interés concursal», puedan rechazar el acuerdo si no beneficia a sus intereses²⁷.

²⁵ Estas limitaciones son propias de todo procedimiento concursal con fin liquidativo. Así, por ejemplo, uno de los asuntos que más estudio ha merecido para la doctrina italiana que se ha ocupado del *fallimento* es la posibilidad de que el *curatore* concluya contratos de arrendamiento de duración superior a los nueve años. La mayoría opta por negar tal posibilidad por dificultar la liquidación del patrimonio del insolvente. *Vid.*, entre otros, SEMIANI BIGNARDI, F., «Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare», en *Scritti giuridici (1953-1965)*, Padova, Cedam, 1968, pp. 86 ss., esp. en p. 93; CASELLI, G., «Organi del fallimento», en *Scialoja-Branca, Commentario alla Legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 160; y, sobre todo, RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 35 ss., *passim*. La doctrina italiana niega también, por los mismos motivos, la facultad del órgano administrativo de otorgar derechos de opción sobre bienes de la masa: *vid.* RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita*, p. 24.

En todo caso, salvo en supuestos muy evidentes, la limitación de las facultades de administración de los administradores concursales quedará en un ámbito interno. El órgano de administración deberá responder ante los acreedores y el deudor por la infracción de los límites instrumentales del concurso, pero no parece fácil que esta circunstancia afecte al tercero a través de la ineficacia del acto.

Y respecto de la responsabilidad, habrá de concurrir el daño y la culpa. Sólo habrá daño cuando se haya lesionado el «interés del concurso», algo que no debe confundirse con la contradicción con la finalidad de la fase concreta. Sólo habrá culpa cuando resulte evidente a un administrador concursal medio que el acto concreto contradice los objetivos de la fase concreta o dificulta la siguiente. Así, por ejemplo, difícilmente se podría condenar a los miembros del órgano que han comprometido el uso y disfrute de un bien con un tercero cuando parecía muy probable que se alcanzase un convenio de continuación con los acreedores (convenio que no tenía ese bien como elemento esencial, claro).

²⁶ *Vid.*, ya antes, ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1850.

²⁷ Con claridad meridiana señalan los profesores ROJO y BELTRÁN: «[L]a Ley Concursal prevé dos únicas y alternativas soluciones al concurso de acreedores: el convenio [...] y la liquidación [...]. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores, conforme a la clasificación legal» (*vid.* ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*,

2.2.3 LOS LÍMITES INTERPRETATIVOS (REMISIÓN)

En la parte final de este trabajo se ponen algunos supuestos paradigmáticos en los que una interpretación sistemático-teleológica permite la superación de la literalidad (*vid. infra*. § III). Naturalmente, la relevancia interpretativa de la función en la Ley Concursal debe siempre entenderse dentro de los límites de la normalidad en la interpretación jurídica. La naturaleza de la Ley Concursal hace que los argumentos teleológicos y sistemáticos tengan un gran peso en la interpretación de sus preceptos, pero no estamos ante un supuesto de «excepcionalidad metodológica». El «interés concursal» sólo será relevante cuando una interpretación literal y el criterio de «conexión de sentido» no ofrezcan una solución incontrovertible. Del mismo modo que el legislador define cómo han de solucionarse los conflictos creados por la insolvencia, que implica definir unos «valores», también puede –consciente o inconscientemente– separarse en un punto concreto de las líneas generales que él mismo ha definido. Frente a esos supuestos, no cabe –si se quiere alcanzar la coherencia sistemática, o, como decía Larenz, si se pretenden evitar las «contradicciones de valoración»– más que cambiar la Ley²⁸.

Un ejemplo de las posibilidades y de los límites interpretativos del «interés concursal» se encuentra en el artículo 134, sin duda uno de los más desafortunados de la Ley Concursal. En este precepto se afirma que los acreedores subordinados «*quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*». Se trata de un precepto que, si se interpreta literalmente en toda su extensión, en muchos casos (en todos los que haya una importante cantidad de créditos subordinados) imposibilitará la aprobación de un convenio, por mucho que ello hubiese sido posible y objetivamente favorable para los acreedores jerárquicamente superiores.

p. 1849). En este mismo sentido, *vid.* GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. IV, p. 4596.

²⁸ En la interpretación de la legislación concursal son plenamente aplicables las reflexiones del profesor alemán: «*Al posible sentido literal y al contexto corresponde, según esto, sobre todo una función delimitadora. Dentro de los límites de este modo conseguidos, son con frecuencia posibles aún varias interpretaciones. Entonces son decisivos sobre todo los criterios teleológicos*» (*vid.* LARENZ, K., *Metodología*, p. 343).

La comprensión de cuál es la finalidad del concurso y la naturaleza de finalidad puramente instrumental –o, si se prefiere, mediata– del convenio nos permite una interpretación de la norma lo más coherente (*rectius*, teleológico-sistemática) posible. En efecto, el artículo 134 (los acreedores subordinados cobrarán lo mismo que los ordinarios en el convenio, aunque más tarde) se contrapone con el artículo 158 (no se pagará a los subordinados hasta que no se haya pagado íntegramente a los ordinarios). En el primer caso, parece que los acreedores tendrán que sacrificar parte del activo para el pago de los subordinados; en el segundo, no. Una interpretación literal crearía un clarísimo –e insoslayable– efecto disuasorio sobre la aprobación de convenios concursales y contradiría la expresa preferencia legal por el convenio sobre la liquidación. La norma debe ser reducida teleológicamente. Intentemos explicar la razón que subyace a su inclusión e interpretemosla de modo acorde con el «interés del concurso», para lo cual debemos desglosar las posibles situaciones.

En este momento –y a los efectos de este debate– es suficiente con afirmar que la Ley tiene como objetivo primordial la satisfacción de los acreedores a través de un estricto orden jerárquico. Entre las distintas categorías, los últimos en cobrar deben ser los acreedores subordinados. Pero los acreedores subordinados son aún acreedores que se encuentran por encima de los socios de la compañía, que son acreedores residuales. Así pues, la norma que estamos interpretando contradice la finalidad del procedimiento cuando pone en conflicto a los acreedores subordinados con los acreedores ordinarios, jerárquicamente superiores, pero no si se observa el conflicto hacia debajo: entre ellos y la sociedad concursada o sus socios. El artículo 134, que regula la extensión subjetiva del convenio, parte –como no puede ser de otro modo– de la continuación de la actividad de la concursada. Por ello, es lógico que prevea una regla del estilo. Si no lo hiciese estaría poniendo en mejor situación a los accionistas que a los acreedores subordinados: pagados los acreedores ordinarios con la quita pactada, en el momento pactado, sin una norma similar al 134 los acreedores subordinados verían su crédito extinguido y, en consecuencia, los accionistas, que seguirían con la propiedad de una compañía en funcionamiento y descargada de deudas, habrían «expropiado» los derechos subjetivos patrimoniales a unos acreedores postergados respecto a terceros, no respecto a ellos. Como consecuencia, el 134 debe ser interpretado de modo que se asegure la coherencia interpretativa con el sistema de reparto en liquidación (art. 158 LC); es decir, que el pago de los subordinados no prejuzgue el superior derecho de los quirografarios (ni *ex ante*, en el momento de aprobar el convenio, ni *ex post*, durante o tras su ejecución), pero que les permita cobrar antes que dejar el remanente a la sociedad concursada.

El problema práctico no se plantea cuando el pago a los acreedores previsto en el convenio deba realizarse con lo obtenido por la continuación de la actividad. En este caso, los acreedores ordinarios no tendrán que asumir *ex ante* una quita mayor para satisfacer –posteriormente– a los subordinados. Transcurrido el plazo de la

espera pactada, y satisfechos los créditos en la cuantía prevista, empezará el pago de los subordinados con los fondos futuros que sigan entrando por el ejercicio de la actividad empresarial. Si estos deviniesen insuficientes, el sistema de incumplimiento del convenio no afectaría a los ordinarios por mor del artículo 162 de la Ley Concursal²⁹.

Más complicado resulta interpretar el precepto cuando la satisfacción de los créditos no se supedita al buen fin de la actividad empresarial, sino que existe un plan de pagos (es decir, existe previsiblemente suficiente activo para realizar los pagos pactados o un tercero lo garantiza). En este caso, el margen de maniobra de la Ley es escaso. Ningún problema debería representar que, por ejemplo, el garante del plan de pagos limitara su garantía a la satisfacción de los ordinarios según el convenio. Aunque resulta más dudoso, entendemos que sería igualmente aceptable un plan de pagos calculado sobre la totalidad del patrimonio, que dejase el pago futuro de los acreedores subordinados a una realidad patrimonial sometida a un mayor grado de riesgo, como, por ejemplo, la continuación de la actividad empresarial (de modo que se convertiría este supuesto en el visto en el párrafo anterior)³⁰.

2.3 La relevancia funcional

2.3.1 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y EL COMPORTAMIENTO DE LOS «ÓRGANOS FUNCIONALES»

La consecución del «interés concursal» no sólo debe servir para guiar la interpretación de la Ley, sino que debe servir de criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso. Por órganos funcionales debe entenderse aquellos órganos a los que la Ley dota

²⁹ El precepto señala: «Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores». Este artículo debe ser interpretado en el sentido de asegurar la finalidad propuesta en el texto: la salvaguarda de los pagos realizados a los acreedores ordinarios en cumplimiento del convenio.

³⁰ Se han propuesto otras alternativas más «creativas» para soslayar los graves inconvenientes de una interpretación literal del artículo 134. Así, por ejemplo, véase el penetrante análisis del prof. VATTERMOLI («Le soluzioni concordatarie della crisi nell'ordinamento spagnolo», en *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 2007, II, pp. 26 ss.), donde el autor propone la utilización de las clases de acreedores en el convenio para atribuir a los acreedores subordinados las quitas y las esperas propias de la clase de ordinarios menos beneficiada.

Por último, el margen interpretativo es aún mucho menor para el supuesto de conversión de acciones. En este caso, el 134 supone una barrera infranqueable, y constituye un desincentivo para la aprobación de este tipo de acuerdos concordatarios por parte de los acreedores ordinarios. El margen se reduce a, por ejemplo, aceptar un convenio con capitalización de créditos en los que se crearan dos clases de acciones (siendo privilegiadas las propias de los ordinarios y no privilegiadas las que asuman los subordinados).

de competencias (en el sentido procesal, uno, en el sentido administrativo del término, los dos) para la plasmación en la realidad práctica de los valores que, al solucionar los conflictos, está tutelando el Derecho Concursal, y son el juez y la administración concursal. Ni el órgano judicial ni el órgano administrativo defienden otros intereses –ni en distinto orden– a aquellos que la Ley incluye en el seno del «interés concursal»³¹. El mandato imperativo es legal y es común a ambos. La finalidad del procedimiento concursal ha de ser el concepto que guíe las decisiones del Juez y de la Administración concursal. Desde un punto de vista interno, a la hora de adoptar una decisión, el razonamiento jurídico del Juez o del órgano de administración ha de ser el mismo: ¿la adopción y ejecución de la decisión concreta deja en mejor posición a los intereses incluidos en el «interés concursal» que si no se ejecutase? En caso afirmativo, deberá adoptarse; si la respuesta es negativa, deberá abandonarse y considerarse una actuación alternativa.

Naturalmente, la defensa del «interés concursal» no puede tomarse como un valor absoluto. La finalidad del procedimiento es un criterio ante la adopción de decisiones de administración que, por su naturaleza, normalmente encierran un mínimo grado de discrecionalidad y de incertidumbre. Sin embargo, el «interés concursal» es irrelevante cuando se produce un conflicto entre los intereses incluidos en el concepto y los intereses tutelados por la legalidad en general. Esta situación se da en la mayor parte de las actuaciones judiciales; pero se da también cuando la administración concursal ocupa una posición «semi-jurisdiccional». Esto se ve con claridad en la formación de la lista de acreedores. En primer lugar, la Administración concursal debe incluir aquellos créditos que se justifiquen conforme a un criterio técnico independiente. En ningún caso su objetivo debe ser reducir en lo posible el pasivo de la concursada, ni su labor consiste en tutelar los derechos de los acreedores ya incluidos oponiéndose a los que pueden serlo (y ostentan una pretensión razonable). Tampoco, por seguir con el ejemplo, debe enfrentarse la administración concursal a la alegación de una prenda (y, por tanto, de un privilegio) por mucho que ello perjudique el derecho de los acreedores ordinarios. En otras palabras, la tutela del «interés concursal» parte de un presupuesto: los intereses que se incluyen en su seno lo son por derecho propio

³¹ Esto incluye a todos los miembros del órgano de administración del concurso, incluido –lógicamente– el acreedor. El Administrador concursal acreedor, desde el momento en que acepta el cargo, se quita el sombrero de acreedor y se pone el sombrero institucional de órgano que persigue, de modo técnico e independiente, el «interés del concurso». Una actuación consciente que beneficie a su derecho (o a los derechos de sus iguales) en contra del «interés del concurso» sería causa de separación y podría dar lugar a responsabilidad.

(en el caso de los ejemplos, esto quiere decir que la admisión de la prenda de un acreedor no sólo respeta la legalidad –concursal y general–, sino que también implica la tutela de la finalidad del concurso, pues ese acreedor cuyo privilegio se reconoce forma parte inseparable del «interés concursal»). Los administradores concursales procuran el respeto estricto de la legalidad. No son implicados directos ni representan los intereses de nadie, es decir, no han de defender una posición concreta como haría un abogado, el directivo de una empresa o el acreedor que intenta conseguir una calificación que es más que discutible que merezca³².

2.3.2 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y LOS PARTICIPANTES NO FUNCIONALES

En este punto se puede trazar una raya que divide al Juez y a la Administración concursal, por un lado, y a los sujetos privados, por el otro. Los acreedores que ven su crédito reconocido pasan a integrar la masa pasiva del concurso, y su actuación concursal puede darse a través de actuaciones individuales (personándose en una Sección y aportando información, adhiriéndose a un convenio, negociando con los órganos o el deudor, etc.) o colectivas (junta de acreedores). Éstos son libres en todo momento para procurar su propio interés sin tener que velar por el de ningún otro interesado³³. La participación «imperativa» en el concurso de acreedores es, en sí, una respuesta excepcional a una situación excepcional del mercado. La Ley suspende los métodos de tutela ordinaria de los créditos y los sustituye por la participación en un procedimiento en el que los acreedores tienen las posibilidades de maniobra restringidas. El «sacrificio» de los acreedores en aras de la «colectividad» termina ahí: ningún acreedor tiene deberes de comportamiento frente a ningún otro participante o frente a ningún tercero. Es más, aunque con algún titubeo (por ejemplo, al exigir la aprobación judicial del convenio aprobado en Junta), la Ley Concursal parte de que los acree-

³² Esta es una muestra de la parte jurídico-pública que tiene la naturaleza de un órgano que se inserta en un procedimiento, que ocupa un «oficio» y que persigue un interés que, pese a ser privado, ha sido elevado legalmente a la categoría de «interés público». Al respecto, en mayor detalle, *vid.* TIRADO, I., *Los Administradores concursales*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 67 ss.

³³ La actuación «egoísta» de los acreedores en búsqueda de su propia satisfacción es la única que se les puede exigir. En este punto no nos parecen correctas las consideraciones en torno a una supuesta «conciencia del estado de insolvencia» para con los demás y, menos aún, sobre la virtualidad de ésta para influir en la toma de decisiones, DE KOROBKIN, «Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy», *Colom. L. Rev.*, 1993, p. 777. Contra esta idea se han manifestado muchos; *vid.*, por todos, RASMUSSEN, «Debtor's choice: a menu approach to corporate Bankruptcy», *Tex. L. Rev.*, núm. 71, 1992, pp. 51 ss., especialmente pp. 90 ss.

dores se van a comportar procurando exclusivamente su propio beneficio personal y que la suma que arroje ese beneficio individual será elevada a la categoría de interés defendido por la Ley. Esta situación no es más que la trasposición coherente de los principios del libre mercado en el seno del procedimiento concursal³⁴.

Igual que ocurre con los acreedores, el deudor puede procurar exclusivamente su propio interés. Ahora bien, su situación es distinta a la situación de los acreedores en dos puntos: en primer lugar, las actuaciones del deudor en su propio y exclusivo interés no tendrán, en ocasiones, ninguna eficacia, ya que siempre que entren en colisión con los intereses de los acreedores cederán ante éstos³⁵; en segundo lugar, la Ley Concursal limita la capacidad de acción del deudor al imponerle determinados deberes de conducta que no puede ignorar sin sanción (por ejemplo, el genérico deber de colaboración *ex art. 42 LC*).

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «INTERÉS DEL CONCURSO»

3.1 Consideraciones introductorias

Como se señaló en la introducción, la Ley Concursal ha reconocido expresamente la existencia de una finalidad que debe procurarse en el procedimiento, pero sin definirla. Se señala que el concurso tiene un «interés», pero ese «interés concursal», que vincula y cuya realización práctica ha de perseguirse por el juez, no es llenado de contenido concreto. Corresponde al intérprete (y es el objetivo de este trabajo) llenar el hueco normativo. Para ello se utilizarán todos los datos jurídicamente relevantes de que dispone. Estos datos son los siguientes: en primer lugar, los preceptos

³⁴ El razonamiento es sencillo: el Derecho concursal es una «válvula» de salida del mercado y un instrumento para la corrección de los fallos de funcionamiento del mercado; precisamente por eso, la regulación del concurso ha de respetar, en la medida de lo posible, las normas de funcionamiento normal del mercado. Del mismo modo que cada agente en el mercado puede actuar libremente y disponer de su propio derecho como mejor le convenga, lo mismo puede y debe reflejarse en el concurso.

³⁵ El deudor, en realidad, puede procurar libremente su propio interés, pero los efectos quedarán limitados según el tipo de actuación. Si el deudor ejerce una de las facultades «concursoales» que le permite la Ley, su discrecionalidad es ilimitada: puede impugnar el inventario o la lista de acreedores, recurrir las resoluciones judiciales que no le convengan, proponer convenio, etc. Si, por el contrario, el deudor ejerce facultades que pueden tener trascendencia patrimonial, la eficacia de la actuación estará condicionada a la autorización de la administración concursal, pues, al actuar patrimonialmente, no está disponiendo de valor propio, sino del valor de terceros (los acreedores, en cuyo interés se debe administrar la masa en concurso). Es decir, al menos sobre el papel, la eficacia patrimonial de las actuaciones del deudor quedará limitada a aquellas en las que «su interés» coincida con el interés de los acreedores.

de la Ley, que constituyen la fuente principal que nos permite abstraer el complejo nudo de intereses que se jerarquizan en el seno del procedimiento; en segundo lugar, la Exposición de Motivos, y, en tercer lugar, los contextos legislativo y socioeconómico, pues no puede –ni debe– olvidarse que la Ley 22/2003 regula la insolvencia de una persona que actúa en una economía de mercado.

3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los «objetivos abstractos»

La doctrina que ha analizado el Derecho concursal se ha detenido en detalle a analizar la justificación de la disciplina. Como mecanismo de mercado que es, el concurso de acreedores ha estado durante décadas bajo el atento estudio de los analistas económicos del Derecho, cuya concepción ha tenido gran influencia incluso en el ámbito legislativo³⁶. A diferencia de otras ramas del Ordenamiento, en las que el análisis doctrinal se ha centrado en el Derecho positivo, el debate entre distintas visiones del Derecho de la insolvencia ha puesto su atención en los fines, creando una suerte de «filosofía del Derecho concursal»³⁷.

El debate se originó entre la doctrina norteamericana en torno al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Los dos polos opuestos, detrás de cuyas posiciones teóricas, hay una serie de valores y creencias de tipo social, económico y político³⁸, son los seguidores del *Creditor's bargain model*³⁹, por una parte, y del *Loss allocation model*⁴⁰, por la otra. El primero de los modelos, basado en un análisis microeconómico

³⁶ Así, por ejemplo, la reforma concursal alemana fue influida por las ideas de Thomas JACKSON, principal exponente de esta escuela en el ámbito concursal, a través de la labor prelegislativa de Manfred BALZ, alumno suyo en Harvard y divulgador de las ideas del profesor americano en Europa [vid. BALZ «Die Logik und Grenzen des Insolvenzrechts», *ZfP* (1988) pp. 1438 ss. o IDEM, «Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the German Insolvency Law», *Brook. J. Int. L.*, núm. 1 (1997) pp. 168 ss.].

³⁷ Esta expresión es de Roy GOODE, que fue uno de los introductores del debate sobre la función del Derecho concursal en el Reino Unido (vid. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, pp. 39 ss.).

³⁸ Un estudio sobre la relación entre ambas teorías, los valores subyacentes y sobre el alto nivel de ideologización presente en las mismas puede leerse en RUSCH, «Bankruptcy reorganization jurisprudence: matters of belief, faith and hope-stepping into the fourth dimension», *Mont. L. Rev.*, núm. 55, 1994, pp. 10 ss.

³⁹ Sobre esta concepción, inserta en la escuela doctrinal del análisis económico del Derecho, vid., entre muchos, los clásicos de Jackson y Baird: JACKSON, T., «Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain», *Yale L J*, núm. 91, 1982, pp. 857 ss., BAIRD, D., «Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren», *Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 815 ss., IDEM, «The Uneasy Case for Corporate Reorganization», *J. Legal Stud.*, núm. 15, 1986, pp. 127 ss.

⁴⁰ Como principales defensores de esta visión del Derecho concursal, vid., también entre muchos, KOROBKIN, «Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy», *Colum. L. Rev.*, núm. 91, 1991, pp. 717 ss.; WARREN, E., «Bankruptcy policy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 775 ss.; CARLSON, «Bankruptcy theory and creditor's bargain», *U. Cin. L. Rev.*, núm. 61,

mico clásico, considera que la única función del Derecho concursal debe ser la representación mimética dentro del procedimiento de los acuerdos que el deudor y los acreedores alcanzaron fuera, operando en un mercado libre. Los conflictos entre el deudor y sus acreedores o entre los propios acreedores deben resolverse como se pactó fuera del procedimiento (a través, por ejemplo, del establecimiento de garantías o de subordinaciones convencionales) y, si nada se pactó –y aquí radica el punto más controvertido– el conflicto debe resolverse según se supone que las partes habrían decidido conforme a criterios de eficiencia si hubiesen previsto el problema (es lo que se denomina la «negociación hipotética»: *hypothetical bargain*). Es decir, se realiza un análisis *ex post*, conforme a criterios de eficiencia, sobre lo que las partes «habrían querido».

Frente a esta visión del Derecho concursal, la segunda de las «escuelas» de pensamiento toma como punto de partida una posición menos axiomática y, por lo general, está más alejado de los modelos puramente abstractos. Pese a partir de algunos presupuestos comunes (por ejemplo, y sobre todo, la idea de que la mejor distribución de los recursos es la que se deriva de la libre actividad de los sujetos en el mercado), esconde valores distintos, diferente finalidad y distinta perspectiva en el enfoque del problema: ante la situación de insolvencia, la mirada no se centra exclusivamente en la maximización del valor de que va a ser distribuido entre los acreedores, sino que, partiendo de la realidad del fracaso empresarial, se busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses. En la insolvencia de un empresario no sólo están implicados los acreedores, sino que existe una pluralidad de intereses afectados que no se pueden ignorar. El Derecho concursal es, por lo tanto, un procedimiento legal dirigido a distribuir los recursos insuficientes entre todos aquellos afectados por la situación. Para ello, hay que diseñar un sistema que responda de manera flexible a la crisis económica, intentando cohonestar –no ordenar jerárquicamente– los valores y los intereses de todas las partes afectadas.

Las finalidades que existen detrás de estas distintas posiciones doctrinales constituyen «objetivos abstractos». Son argumentos de «política legislativa» y sus destinatarios naturales no son los jueces, sino los legisladores⁴¹. Son modelos teóricos que aportan inte-

1992, pp. 453 ss.; o BOWERS, «Groping and coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and elementary economics of failure», *Mich. L. Rev.*, núm. 88, 1990, pp. 2097 ss.

⁴¹ Estos modelos –sobre todo el primero de ellos– realizan consideraciones normativas, que sirven para criticar una legislación concreta, y, en este contexto, resulta de gran utilidad. Puede igualmente reconocérsele una cierta eficacia interpretativa, en tanto la indeterminación de la Ley permita que consideraciones tan generales sean utilizadas para resolver un problema concreto de interpretación. Pero se trata de reflexiones realizadas con carácter abstracto y basadas en modelos económicos que no discriminan críticamente entre las distintas circunstancias de los mercados; es decir, son normalmente demasiado genéricas para basar interpretaciones de preceptos concretos. Por mucho que una solución –según Pareto o Kaldor y Hicks– sea más eficiente, el tenor literal de la Ley o la voluntad concreta del legislador son barreras insalvables aunque contradigan los postulados del modelo teórico. Su campo de acción natural está en las consideraciones *de lege ferenda*.

resantes instrumentos de análisis, pero no tienen ninguna conexión con la Ley. En otras palabras, pueden ser entendidos como instrumentos metodológicos, pero no como finalidades concretas que permitan la interpretación de una normativa concreta. Si no fuera así, podría decirse que la finalidad concursal de todos los Derechos concursales del mundo es la misma; y, por tanto, totalmente independiente del legislador, al que se vería negado el poder de dictar leyes que regularan la insolvencia de un deudor en el mercado.

El «interés concursal» es una finalidad concreta, basada en datos normativos del Derecho español. Con independencia del juicio valorativo que merezca la Ley Concursal, es incontrovertible que ésta existe y es y debe ser aplicada en toda su extensión (es decir, según su finalidad). No es éste un trabajo dirigido al legislador, sino al intérprete legal. El método funcionalista aquí propuesto es, en buena medida, el contrario a un análisis abstracto con soluciones para todos los supuestos, en todo lugar: el funcionalismo aquí propuesto no sólo se mantiene estrictamente dentro de los límites interpretativos generales, sino que persigue, precisamente, el máximo respeto a la finalidad de la Ley; de una Ley concreta.

Ahora bien, esto no quiere decir que no existan puntos de contacto material con los modelos «abstractos» y con las aproximaciones «filosóficas». La inexistencia de una definición concreta del fin del procedimiento concursal hace que deba necesariamente partirse de un contexto jurídico y socioeconómico para delimitarlo. El Derecho concursal español se enmarca en una economía de mercado, en la que el respeto a la autonomía de la voluntad y a los pactos de las partes es un presupuesto de funcionamiento. En este punto, la coincidencia de nuestro enfoque con las propuestas de los teóricos estadounidenses es total.

3.3 La construcción del concepto

3.3.1 LA DEFINICIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONCURSO: LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

A diferencia de la Ley Concursal, la legislación de otros países de nuestro entorno jurídico-económico ha tipificado expresamente el objetivo de su sistema concursal. En el caso alemán, paradigmático por ser el primero en incluir una fijación expresa de objetivos, se ha optado por realizar una definición genérica, al principio de la Ley. Tanto el carácter general del texto como la situación sistemática del artículo en que se recoge confieren a la definición del objetivo una eficacia general, vinculante para todos los órganos del

concurso. Por el contrario, el Derecho inglés surgido tras la reforma de 2002 ha centrado la finalidad en la actividad del administrador concursal (el *administrator*): tras un periodo de información y análisis fáctico, el *insolvency practitioner* deberá decidir cuál es la finalidad que debe seguirse en el concurso concreto, según un catálogo legal de objetivos jerárquicamente ordenados. Toda la actuación del administrador, desde ese momento, deberá estar dirigida únicamente a conseguir el fin fijado.

En Alemania, tanto en el § 1 de la *Insolvenzordnung* como en el tan traído § 3 de la derogada Ordenanza de concursos de 1877 se determina «para qué sirve» el concurso⁴². La doctrina, de manera casi unánime, interpretaba e interpreta ambas declaraciones legales con una sola frase: «la finalidad del concurso es la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible»⁴³.

En Derecho inglés no existía una definición de la finalidad del concurso hasta la importante reforma operada por la *Enterprise Act 2002*⁴⁴. El *administrator* tiene que enunciar formalmente cuál es el objetivo del procedimiento, y está vinculado en su actuación por lo que establezca. Pero la *Insolvency Act* no deja libertad plena al *administrator*. En el importantísimo parágrafo 3 se establece una terna de posibilidades entre las que tiene que elegir el órgano; pero esas posibilidades tampoco son libres, sino que están jerarquizadas. Así, señala el precepto:

«3(1) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones con la finalidad de: a) “rescatar” la compañía como empresa en funcionamiento; b) conseguir un resultado mejor para los “acreedores en general” de la compañía de lo que sería razonablemente previsible si la compañía entrase en liquidación;

⁴² Señalaba el § 3 de la derogada *Konkursordnung*: «[L]a masa –activa– del concurso sirve para la satisfacción de todos los acreedores personales que tengan frente al concursado un crédito de naturaleza patrimonial, anterior a la apertura del procedimiento de concurso». El § 1 de la vigente *Insolvenzordnung* señala que «[E]l procedimiento concursal sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor común a través de la liquidación y posterior reparto del patrimonio del deudor o, llegando a una solución distinta, a través de un convenio de insolvencia que incluya especialmente el mantenimiento de la empresa». En este último caso, la diversidad de soluciones resulta de la unificación de las antiguas *Konkursordnung*, *Vergleichsordnung* y *Gesamtvollstreckungsordnung* en un procedimiento unitario que, en su seno, contempla las posibles soluciones que cada uno de aquellos procedimientos preveían individual y excluyentemente. Sobre el importante § 1, *vid.*, por todos, SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart, Köln. Berlin, Kohlhammer, 2001, 2.^a ed., § 1, Anm. 1 ss.

⁴³ La frase se debe a Ernst JAEGER: «Ziel des Konkursverfahrens ist die Gleichmässige und möglichst weitgehende Befriedigung aller Konkursgläubiger». JAEGER, E., *Konkursordnung, Einleitung*, Anm. 1. En parecidos, si no iguales, términos, se pronuncia expresamente la práctica totalidad de la doctrina. *Vid.*, por todos, JAUERING, O., *Zwangsvollstreckungs-Und Konkursrechts*, München, Beck, 1987, § 38, Anm. 1, 1.

⁴⁴ Como ha señalado Roy GOODE, la reforma de 2002 ha «revolucionado la Legislación» en materia de reestructuración de empresas en dificultades (*vid.* GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, p. 318). La Ley ha incluido un nuevo Capítulo IV dentro de la Parte III de la *Insolvency Act 1986*.

c) liquidar propiedad de la compañía para distribuir el resultado a uno o más acreedores privilegiados o con garantía. 3(2) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones en el interés de los “acreedores en general”. 3(3) El administrador debe ejercitar sus funciones con la finalidad especificada en el subpárrafo 1(a) (rescatar compañía en funcionamiento) a no ser que piense que: a) no es razonable que pueda alcanzarse ese objetivo en la práctica; b) el resultado del subpárrafo 1 (b) conseguiría un mejor resultado para los acreedores “en general”».

Pues bien, de este enmarañado precepto se entresacan las siguientes conclusiones: 1) existe un mandato general en el comportamiento del órgano, y es la máxima protección para los «acreedores en general», es decir, que el *administrator*, a la hora de decidir, debe guiarse por aquello que, en abstracto, beneficiaría a los acreedores «como si fuesen un único acreedor»; 2) el apartado 1(b) es el preferido por la Ley, y hace referencia al «saneamiento de la empresa» (*Business rescue*), que será siempre elegido por encima de todas las demás opciones; 3) la alternativa favorita siempre que no se dé el «saneamiento de la empresa», es 1 (a), esto es, el «saneamiento del empresario» (*company rescue*). Concluyendo, pues: el Derecho inglés establece una jerarquía de objetivos que debe necesariamente seguirse por el administrador, según la cual éste adoptará todas las medidas necesarias para conseguir el mayor valor por la masa, transmitiéndola como un todo sin tener en cuenta que ello supone la posterior (e inmediata liquidación y extinción de la compañía). Una vez el *administrator* ha decidido el camino a seguir y ha delimitado el objetivo, sus competencias deben ceñirse a conseguir esa finalidad, y cualquier desvío culpable derivaría en su responsabilidad personal (debe recordarse que los *insolvency practitioners* tienen el deber de suscribir un costoso seguro de responsabilidad civil).

3.3.2 PRECISIÓN PREVIA: EL «INTERÉS DEL CONCURSO» COMO CONCEPTO SUBJETIVO

Antes de entrar en el análisis del contenido del concepto resulta necesario hacer una precisión importante: *el «interés del concurso» engloba, exclusivamente, intereses subjetivos*. Es decir, la finalidad del procedimiento concursal consiste en tutelar la esfera jurídica de personas determinadas, no en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora.

Como se ha señalado al delimitar la eficacia interpretativa del «interés del concurso», el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, *nunca un fin en sí mismos*. De este modo, afirmar, por ejemplo, que la Ley patrocina preferentemente un convenio y que la continua-

ción es preferida sobre la liquidación no deben nunca tomarse como criterios absolutos.

La utilización de los instrumentos como fines encierra, en realidad, una preferencia de política legislativa clara. Si se predetermina el convenio de continuación como un fin en sí mismo, lo que se está haciendo es poner a determinadas personas (los trabajadores por sus créditos futuros, paradigmáticamente, aunque también a los socios) por encima de otras (los acreedores por créditos existentes) en el reparto de las pérdidas que siempre acarrea un concurso. La idea es clara: si se trata, primero, de continuar con la empresa aunque ello traiga consigo un pago a los acreedores menor al que recibirían de liquidarla, o si se acepta una oferta de adquisición por un precio menor al de otra oferta, porque con la primera propuesta mantiene más puestos de trabajo, en realidad se está *pagando a los trabajadores con «el dinero de los acreedores»*⁴⁵. La aproximación aquí defendida tiene implicaciones interpretativas directas (*vid. infra*. § 3.3.5).

3.3.3 LOS ACREEDORES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL «INTERÉS CONCURSAL»

3.3.3.1 *La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica*

En Derecho español, la finalidad esencial del concurso es la satisfacción *concurstral* de los acreedores del deudor común⁴⁶. El deudor, en virtud del principio de responsabilidad universal, ha de satisfacer las deudas contraídas con sus bienes presentes y futuros

⁴⁵ Sea esto justo o no, no es tema del presente trabajo; ahora bien, el que realice afirmaciones como las que citábamos al iniciar este inciso debe ser consciente de lo que propugna. Este enfoque puede leerse en el trabajo de GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», pp. 294 ss., sobre todo 306 ss.

⁴⁶ *Vid.*, entre otros muchos, GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal», p. 4596.

La satisfacción de los acreedores como objetivo del concurso es algo que ha ocurrido, desde los albores del Derecho concursal, en la mayoría de los Ordenamientos. *Vid.*, al respecto, ROJO, «Notas para la reforma», p. 515; es más, se puede afirmar de la práctica totalidad de las legislaciones concursales de los países de nuestro entorno y era ya algo presente en los estatutos de las ciudades-estado del medioevo italiano: *vid.* SANTARELLI, U., *Per un storia del fallimento nella Età Intermedia*, Padova, Cedam, 1962, pp. 3, 100 y, sobre todo, 322 ss. No se trata, sin embargo, de la única finalidad perseguida a lo largo de la historia. En ocasiones, el objetivo primordial era la salvación de la empresa y todo lo que a ella rodeaba: *vid.* RIESENFELD, «*The evolution of modern Bankruptcy Law*», *Minn. L. Rev.*, núm. 31, 1947, pp. 401 ss. En la teoría clásica, la liquidación de la empresa que había fracasado en el tráfico constituía algo saludable para el mercado; el procedimiento cumplía, así, una función de limpieza (*Reinigungsfunktion*). En el Derecho español vigente, sin embargo, y a falta de declaraciones expresas en tal sentido, los efectos macroeconómicos de la solución a las crisis se sitúan en segundo plano respecto de la satisfacción de los acreedores. Si se liquida, será porque convenga a unos acreedores ciertos de un deudor determinado, pero no porque con ello se depure el mercado de sujetos indeseables.

(arts. 1911 CC y 76 LC). Cuando entra en un estado de crisis económica general y no puede responder ante la pluralidad de sus acreedores se arbitra legalmente un proceso colectivo que constituye un mecanismo de reparto de pérdidas, desde la perspectiva de los titulares de créditos contra el insolvente, y un procedimiento pensado para la realización de su patrimonio, desde la posición del concursado. El concurso es, pues, un instrumento procesal diseñado para que se haga efectiva la «función de responsabilidad» del patrimonio de un deudor común (*Haftungsfunktion*), o, lo que es igual, el intento por satisfacer a los acreedores en la mayor medida posible. Es lo que se ha llamado autorizadamente la «función solutoria» del concurso de acreedores⁴⁷.

La Exposición de Motivos hace referencias expresas a la tutela de los acreedores como finalidad principal del concurso. Al analizar los cambios sistemáticos en el procedimiento, se señala que «[...] *La unidad del procedimiento [...] se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso*». Posteriormente, al exponer las líneas generales del convenio señala que «[...] *la Ley fomenta (el convenio) con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo*». De estas palabras tan sólo pueden extraerse dos ideas: 1) que la finalidad más importante del concurso es satisfacer a los acreedores; 2) que no es el único objetivo (pues habla de «finalidad esencial»)⁴⁸.

3.3.3.2 *La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión)*

Estas afirmaciones adolecen de insuficiente concreción para el presente análisis. Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros.

⁴⁷ Vid. ROJO, A., en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., Madrid (Civitas) 2006, t. II, pp. 895 ss.

⁴⁸ En el Derecho derogado, la Exposición de Motivos del Código de Comercio añadía una finalidad: «[...] *no debe olvidarse que la legislación de concursos tiene por principal objeto impedir que los comerciantes abusen de su crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos [...] Consecuente el Proyecto con la idea de castigar el fraude donde quiera que esté [...]*». Hijo de su tiempo, el Código de 1885 muestra una gran preocupación por la sanción a un sujeto considerado como ignominioso por haber causado un daño a la sociedad. Esta orientación ha desaparecido como tal, lo que se demuestra por la subjetivización de las sanciones al deudor, que sólo acontecen ante comportamientos reprobables.

Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso. El órgano de administración despliega una actividad compleja, donde la gestión de un patrimonio empresarial y la gran cantidad de intereses que confluyen sobre la situación de crisis económica exigen una mayor precisión en los fines perseguidos. Es necesario desentrañar cómo deberá interpretarse la Ley y cómo deberán actuar los administradores concursales para satisfacer a esos acreedores; y será necesario precisar cómo se satisfará a esos acreedores.

El primer punto se aborda detalladamente en los apartados siguientes. Sin embargo es necesario realizar una precisión en este lugar: a la hora de analizar la posición jurídica de los acreedores y, por tanto, a la hora de establecer cuándo una actuación va en pos de su mayor satisfacción, debe tomarse en consideración *exclusivamente* su situación *como acreedores concursales*. Los órganos del concurso sólo procuran los intereses de los *acreedores en cuanto acreedores concursales*, es decir, aquellos intereses delimitados por la pretensión reconocida en el concurso⁴⁹. Los intereses individuales ajenos al concurso de cada uno de los titulares de créditos insinuados son indiferentes para la concurso. Así, por ejemplo, la administración concursal no está en ningún caso obligada a entrar en relaciones con un proveedor determinado porque ello beneficie a uno de los acreedores, por mucho que éste tenga la mayoría de los votos en la junta. La posición extraconcursal de los participantes en el procedimiento es ajena al «interés concursal».

El segundo punto está resuelto categóricamente por la Ley. La satisfacción final de los acreedores a través del reparto del dividendo se hará a través de una serie de criterios legalmente establecidos y que, en el Derecho español vigente, y en contra de lo que señalaba el § 3 de la *Konkursordnung* alemana, no toman como elemento central la satisfacción proporcional o *par condicio*⁵⁰. La Ley Concursal establece imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea *la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido*.

⁴⁹ Para el Derecho italiano, expresamente, RIVOLTA, C., *L'esercizio*, pp. 123 ss.

⁵⁰ La aplicación de la *par condicio* queda reducida a los acreedores ordinarios y al seno de cada categoría en los acreedores privilegiados y en los subordinados. Respecto del principio de proporcionalidad, *vid.* GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio*, pp. 97 ss.

3.3.4 EL «INTERÉS CONCURSAL» Y EL TRATAMIENTO DE INTERESES DISTINTOS AL INTERÉS DE LOS ACREEDORES

La lectura de la Ley Concursal permite apreciar la existencia de otros sujetos protegidos y la persecución de otras finalidades ajenas a la satisfacción de personas concretas. A continuación exponemos, ordenadamente, los distintos supuestos.

3.3.4.1 *Otros intereses subjetivos protegidos*

1. No pueden dejarse completamente de lado los intereses del concursado, que es una de las partes del proceso. Como es bien sabido, el deudor común, con la apertura del procedimiento concursal no pierde la titularidad del patrimonio; se ve sometido a una prohibición de administrar y disponer y sufre una serie de efectos restrictivos en la esfera personal (deberes de colaboración, interdicciones, etc.), en beneficio del mejor desarrollo del concurso. Precisamente el hecho de no perder la titularidad de los bienes y derechos que forman la masa activa permite afirmar que le corresponde una legítima expectativa al remanente y, en su caso, a la continuación de la actividad empresarial una vez clausurado el procedimiento. Estos legítimos intereses, que en buena medida se articulan a través de una serie de facultades defensivas y de control en el seno del procedimiento (impugnaciones, presencia en ciertos trámites, legitimación paralela en el foro, capacidad de propuesta, etc.), deben también ser tenidos en consideración por los órganos del concurso en la medida en que forman también parte del «interés concursal». Puede afirmarse, pues, que *la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común.*

2. Existe otro grupo de interesados en el resultado del procedimiento, cuyos componentes presentan un contenido heterogéneo: los acreedores concursales a título individual, es decir, no como titulares de crédito reconocido en el concurso, por ejemplo, los trabajadores y el interés que normalmente tendrán en la conservación del puesto de trabajo (arts. 100.2, 148, 149, etc.); los empresarios dependientes, o, más ampliamente, un sector de actividad estratégico (art. 100.1, segundo inciso), etc. La inclusión de estos sujetos en el «interés concursal» es también posible, pero a un nivel muy reducido, pues bien ocupan un puesto residual en la jerarquía de intereses, bien se limitan a supuestos muy concretos.

3.3.4.2 La protección del interés público

La Ley Concursal incluye igualmente una serie de objetivos de «orden público»: la protección del tráfico, en general, y del mercado, en particular, cuando prevé la extinción de las personas jurídicas que hayan liquidado la totalidad de sus bienes, sin haber satisfecho con ello a todos los acreedores (art. 178.3 LC)⁵¹; y, sobre todo, la Ley persigue la defensa del interés público a través de la sanción de determinados comportamientos reprobables del deudor (arts. 167 ss., entre otros).

El Derecho concursal vigente ha eliminado el afán sancionador del sistema derogado, subordinándolo al interés de los acreedores y de los restantes interesados. Así, ya no impide el convenio cuando el deudor persona física haya observado un comportamiento merecedor de reproche, como hacía anteriormente el Código de comercio para los supuestos de quiebra fraudulenta. Aquella regulación proscibía taxativamente el acuerdo en estos supuestos, aunque éste hubiese sido muy favorable para los acreedores⁵². Pero quizás donde mejor se aprecie la voluntad de «sacrificio» del «interés público abstracto» (la sanción de posibles comportamientos reprobables y, por tanto, la protección del mercado) a favor del «interés público concreto» que representa el «interés concursal» se aprecie en el artículo 163.1-1.º de la Ley Concursal. En el mismo se establece que la pieza de calificación sólo se abrirá cuando el procedimiento concluya con la liquidación o con un convenio con quitas superiores a 1/3 o con esperas mayores de 3 años. Es decir, si un deudor ha causado un daño «pequeño» a sus acreedores, el Ordenamiento jurídico «mira hacia otro lado» y no abre la pieza destinada a depurar responsabilidades⁵³. Se trata de una norma destinada a adelantar el momento en que se abre el concurso y, con ello, conseguir una mayor satisfacción de los acreedores.

3.3.5 LA REALIZACIÓN DEL «INTERÉS CONCURSAL»: LA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS INTERESES INCLUIDOS EN EL CONCEPTO

Se hace necesario establecer los criterios que deberán seguir los órganos del concurso para solucionar los *conflictos de intereses*

⁵¹ La finalidad es evitar que continúen en el tráfico, como si de un fantasma se tratase, aquellas personas jurídicas vacías de patrimonio que sólo pueden causar perjuicios al tráfico. Detrás de esta previsión legal quizás se encuentre, también, un cierto interés legislativo por completar la tarea de «purificación» del mercado.

⁵² Esta regla de la quiebra no debe confundirse con las prohibiciones legales a presentar convenio anticipado del concurso actual (art. 105 LC). Es cierto que no todo deudor puede acceder al trámite, pero no lo es menos que se trata, en buena medida, de un beneficio procesal, pues nada le impide repetir la propuesta en un convenio ordinario.

⁵³ Naturalmente, estas afirmaciones son sólo válidas para las actuaciones antijurídicas del ámbito civil. Las eventuales responsabilidades penales o tributarias son exigibles con total independencia del resultado final del concurso de acreedores.

que surjan entre los distintos sujetos implicados en la insolvencia. Como veremos, el criterio básico debe ser el de la *estricta jerarquía piramidal: el conflicto entre dos grupos de interesados* (acreedores de la masa frente a acreedores concursales; acreedores privilegiados frente a los demás acreedores; acreedores ordinarios frente a subordinados; ordinarios y subordinados frente a la deudora –*rectius*, frente a los socios–; etc.) *deberá solucionarse siempre a favor del que ocupa un lugar más alto en la pirámide jerárquica*. Ahora bien, esta regla es más fácil de enunciar que de llevar a la práctica, dadas las múltiples aristas del conflicto intersubjetivo inherente a todo concurso. Es necesario comenzar por tener en cuenta variables esenciales, como el riesgo, que matizan la aplicación estricta del método piramidal.

3.3.5.1 *El riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados*

1. Toda decisión que se adopte en el concurso y que encierre un mínimo grado de riesgo plantea el problema del conflicto entre interesados en todo su esplendor. Una sencilla pregunta clarifica esta afirmación: ¿debe realizarse una actuación con un 60% de probabilidades de éxito, sabiendo que, si sale bien, incrementa la masa activa en un 15% y, si fracasa, la reduce en igual porcentaje? Es evidente que la respuesta será distinta dependiendo de a quién se la formule (cuanto más alto en la jerarquía, más negativa será la actitud, y viceversa). Pues bien, esta disyuntiva es la que proponemos resolver en los epígrafes que siguen. Para ello comenzaremos por analizar la situación ante actuaciones de administración de la masa, para luego hacerlo a través de decisiones «estáticas» (por ejemplo, ofertas de compra de la empresa).

2. La solución a esta cuestión la planteamos, inicialmente, con una enunciación sencilla: *al adoptar decisiones de riesgo con la finalidad de incrementar la masa activa, los órganos del concurso han de actuar como un técnico que adopta decisiones técnicas sin trascendencia subjetiva*. Es decir, las diferencias jerárquicas entre distintos grupos de interesados *no debe trascender a la actividad del órgano de administración del concurso* (ni, *a fortiori*, en las decisiones del juez sobre aquéllas). La separación entre la mayor satisfacción de los acreedores y el provecho exclusivo de algunos se da sólo en la fase de reparto del dividendo, pero *en ningún caso debe ser tomada en cuenta por la administración concursal en el ejercicio activo de su función*. Es decir, sea cual sea el sistema final de reparto, el «interés concursal», al menos en lo que concierne a su virtualidad como mandato imperativo para los admi-

nistradores concursales, se concreta en la búsqueda de *la mayor satisfacción de los acreedores como unidad, sin distinciones* (como si «sólo hubiera un acreedor»).

En su comportamiento anterior al reparto, la administración concursal, aunque sea consciente de la existencia de preferencias entre acreedores, no puede en ningún momento actuar como si ello tuviese relevancia. Así, por ejemplo, el hecho de que los créditos de los trabajadores tengan un privilegio o que deba pagarse a los acreedores de la masa en prededucción no quiere decir que la administración concursal, en el desarrollo de la administración, deba tener presentes los intereses de estos en mayor medida.

3. Al establecerse un criterio escalonado de reparto, en el que unos cobrarán con anterioridad a otros, la posibilidad de que se dé un *conflicto de intereses* entre los distintos grupos de acreedores es alta. En la gran mayoría de los supuestos no habrá suficiente patrimonio para satisfacer íntegramente a todos los acreedores. Por ello aquellos acreedores que se encuentren entre los primeros en la escala de pago (los acreedores de la masa) o en la recepción del dividendo (los acreedores privilegiados, por ejemplo) tendrán mayor interés en una administración especialmente conservadora. Por el contrario, los titulares de créditos situados en lo más bajo del «escalafón» preferirán la adopción de políticas administrativas arriesgadas que aumenten su expectativa de cobrar algo. En el primer caso, los acreedores no tienen nada que ganar y, en el segundo, nada que perder. Este conflicto se da a todos los niveles, y a medida que la masa activa sea más pequeña en relación con la pasiva, se dará entre acreedores con la pretensión a mayor nivel en la escala de cobro.

Los posibles conflictos señalados suelen encuadrarse en dos grupos: en primer lugar, el que acontece entre acreedores concursales (simplificando, privilegiados contra ordinarios); en segundo, el que surja entre estos últimos y los acreedores de la masa.

En el primer supuesto, la aplicación de la regla antes enunciada lleva a la conclusión de que la administración concursal, a la hora de decidir si lleva o no a cabo determinada actuación, *deberá valorar el riesgo como si todos los acreedores fuesen a beneficiarse o a ser perjudicados por igual*. Habrá, pues, de aplicar un nivel de riesgo acorde con la situación, pero sin reducir ni aumentar el nivel medio exigible a los gestores concursales por el hecho de beneficiar a una o a otra clase de acreedores.

El segundo supuesto, a nuestro modo de ver, debe recibir idéntico resultado, aunque no pueden ignorarse sus especialidades. Se da cuando el concurso tiene un patrimonio tan –relativamente–

escaso que el *conflicto se plantea entre los acreedores concursales en mejor posición y los acreedores de la masa*. Puede argumentarse que una mayor protección de estos sujetos, o, traducido al supuesto en estudio, un especial cuidado a la hora de actuar por la administración concursal, asumiendo un nivel de riesgo menor que el normalmente exigido, acabará redundando en un beneficio para los acreedores concursales porque los sujetos del tráfico estarán dispuestos a contratar con el gestor de un deudor concursado en mejores condiciones (puesto que, se afirma, la onerosidad de las condiciones del negocio jurídico va en función del riesgo)⁵⁴. El argumento, de escaso peso, no parece suficiente para modificar el estándar de comportamiento de los administradores concursales⁵⁵. Cuando un sujeto contrata con la administración concursal sabe, porque ésta ha actuado *en su condición de órgano*, que la contraparte en el negocio jurídico está en situación de insolvencia. Si ello no le parece suficiente siempre puede exigir un derecho de garantía (algo que la administración concursal, con la concurrente anuencia –en su caso– del juez, estaría en perfectas condiciones de pactar si con ello se beneficia al «interés del concurso»). Y es que, en fin, el sujeto que se relaciona con la masa no tiene ningún motivo para esperar un comportamiento distinto al que podría esperar de cualquier otro sujeto en el tráfico: puede exigir que la contraparte no asuma riesgos que excedan el normal desarrollo de su actividad, nivel de riesgo que ha podido calcular él mismo con anterioridad⁵⁶.

⁵⁴ La razón última que subyace a esto es la propia esencia de las deudas de la masa. Éstas se cobran en prededucción porque se incurre en ellas precisamente en beneficio, siquiera mediato, de los acreedores concursales: v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza-Bolonia, *Studia Albornotiana*, 1986, pp. 51 ss., *passim*. El razonamiento es sencillo: si el riesgo se dejara recaer sobre los acreedores de la masa, nadie querría contratar con la administración concursal y, a la larga, saldrían perdiendo los acreedores del deudor concursado.

⁵⁵ De hecho, uno de los temas «clásicos» en la responsabilidad de los administradores versa sobre el posible deber de resarcimiento del órgano ante los acreedores de la masa por el impago de sus créditos (v., en detalle, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, pp. 716 ss.). Es decir, en el fondo, la solución a este problema depende de la solución que se dé a la forma de actuar de los administradores y al nivel de riesgo que han de asumir.

⁵⁶ El problema se identifica con los «costes de agencia» generados por lo que la ciencia jurídico-económica –originariamente, al hilo del análisis de los seguros– ha denominado «riesgo moral» (o, de manera más imprecisa, «azar moral», *moral hazard*; al respecto, v. el origen del análisis en Ross, «*The economic theory of agency: the principal's problem*», en *Am. Ec. Rev.*, núm. 63, 1973, pp. 134 ss.; en la literatura española, v., por todos, ARRUNDA, B., *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 141 y GARRIDO, J. M., *Garantías*, pp. 37 ss.). Se trata de un comportamiento «estratégico» del deudor en un negocio jurídico: éste, tras haber obtenido crédito en determinadas condiciones, con base en las cuales se ha determinado el nivel de riesgo y, consecuentemente, los tipos de interés de la operación, decide variar su comportamiento realizando actividades que incorporan un nivel de riesgo mucho mayor. Sin duda una de las maneras de reducir este «riesgo moral» pasaría por reconocer la existencia, para la administración concursal, de una obligación de actuar de manera especialmente conservadora. Pero, ciertamente, se trata de una posibilidad innecesaria y perniciosa. Los acreedores de la masa están suficientemente protegidos por el

Aceptar otra solución abocaría a la administración concursal a observar necesariamente un comportamiento excesivamente conservador, limitando artificialmente sus posibilidades de actuación y podría acabar por producir un perjuicio extraordinario a los acreedores concursales.

4. Los administradores han de observar una administración «conservativa» del patrimonio concursal, acomodando su actividad a unos niveles de riesgo reducidos. Los administradores concursales son un órgano «transitorio», como tantos otros órganos de administración que se hacen cargo de masas patrimoniales de destino. Esa transitoriedad y, sobre todo, ese destino, hacen que su actividad de administración patrimonial esté *predeterminada*. No es lo mismo la administración de una masa patrimonial *in bonis* que la administración de un patrimonio insolvente⁵⁷. En el caso de concurso, el órgano de administración administra un patrimonio empresarial en funcionamiento, con todas las especialidades que ello conlleva, y, además, se trata de la administración de un patrimonio destinado, en una momentánea situación de «congelación» (hasta que se decida su destino: convenio o liquidación), lo que, también, trae sus consecuencias. La administración concursal debe partir del riesgo propio de las circunstancias, es decir, de la situación concursal, en sentido amplio, y del tipo de concurso, más en concreto⁵⁸.

La conservación de un patrimonio empresarial no es igual que la conservación de un conjunto inconexo de bienes. La «conservación» de una masa patrimonial siempre implica la conservación del «valor». Como muy bien entiende la Ley, la primera medida para mantener el «valor» de una empresa es, salvo en casos excepcionales, mantenerla en funcionamiento. El funcionamiento de una empresa implica una gestión ordinaria, es decir, el mantenimiento de la misma actividad que se iba desarrollando. Pero, además de los ámbitos directamente «heredados», en la actividad empresarial surgen siempre «oportunidades de negocio». La valoración de una empresa, aunque tenga una duración limitada, se basa, fundamentalmente, en las perspectivas de futuros rendimientos, y esto no puede obviarse.

Esto se comprende mejor adoptando la perspectiva de los acreedores, que es, a fin de cuentas, la que aquí interesa. Cuando los acreedores concedieron crédito al deudor solvente, previsiblemente, lo hicieron adoptando una decisión racional. Los acreedores asumieron un riesgo que, en principio, ninguno

sistema de prededucción, las posibilidades de «autodefensa» que estaban en su mano a la hora de contratar con la administración concursal y, en fin, con el desarrollo de un nivel de riesgo normal por parte del órgano concursal.

⁵⁷ En un supuesto normal del primer tipo, los administradores llevarán a cabo su actividad con una perspectiva temporal indefinida y persiguiendo el fin asignado según las características de la masa que administran. Cuando este supuesto consiste en una actividad empresarial, se actúa con ánimo de lucro, normalmente con una perspectiva temporal indefinida, y se administran los factores de producción de acuerdo con las reglas del mercado. Esto implica tanto la realización de inversiones (aunque sean de mantenimiento) como el funcionamiento continuado para, así, captar activos que, en caso de paralización, se perderían. Por el contrario, por poner otros ejemplos de administraciones transitorias, el tutor del incapaz o el ejecutor testamentario llevarán a cabo una labor de administración estrictamente conservativa: administrarán para mantener el valor del patrimonio en tanto se recobra la capacidad o se distribuye la herencia.

⁵⁸ Así, en caso de concursado no empresario, el riesgo *debe ser algo inferior* al del no empresario *in bonis*; cuando hay una empresa en marcha, el riesgo debe ser inferior al del no empresario solvente, pero superior al que podría asumir un concurso no profesional o empresarial.

debería obligar a alterar. Piénsese, por ejemplo, en el caso que se pretende como «paradigmático» de concurso: el de una sociedad que tiene dificultades pero que puede sanar. En esos casos, la alteración del nivel de riesgo en la gestión patrimonial es una alteración de las condiciones inicialmente pactadas y, por tanto, ha de justificarse (*moral hazard*). En realidad ese «riesgo moral» se da para algunos acreedores y no para otros. Los acreedores que tengan una mejor posición de cobro (un privilegio, por ejemplo) esperan una actuación estrictamente conservadora, mientras que los restantes preferirían una actividad con un elevado nivel de riesgo. Ambas situaciones se radicalizan cuando mejor sea su situación, en el primer caso, o más postergada, en el segundo. *La solución no está con unos ni con otros*. Los mejor situados no pueden solicitar una actividad especialmente conservadora porque ya tienen su propia garantía. Los ordinarios no pueden esperar un alto riesgo, pero sí tienen derecho a que no se les modifique enteramente las situación objetiva sobre la que adoptaron la decisión de conceder crédito. Los acreedores ordinarios concedieron crédito a «una empresa», y, por tanto, pueden esperar legítimamente que el deudor siga desplegando, al menos mínimamente, la misma actividad que desarrollaba, pues el riesgo que asumió el prestamista se basaba en expectativas que se correspondían con un comportamiento esperado.

Como se ha señalado, los administradores han de intentar *maximizar* el valor del patrimonio concursal, para lo cual cuentan con posibilidades restringidas (dificultades en el acceso al crédito, situación informativa confusa, posible sector con problemas, etc.). Ante esta situación, la labor de maximización debe hacerse con un nivel de riesgo bajo, pero, a nuestro modo de ver, *baja tasa de riesgo no significa tasa nula*. Si se impide todo riesgo, es decir, si los administradores no pueden realizar nada que no sea la mera y automática suplantación de un bien por otro del mismo valor, o por otro que permita mantener el valor de uno de los bienes⁵⁹, estamos *disminuyendo el valor de la empresa, justo lo contrario que queríamos hacer*. A nuestro modo de ver, los administradores concursales no solo pueden comprar un inmueble que, con altas cotas de probabilidad, se va a revalorizar brevemente, o participar en una oportunidad de mercado de bajo riesgo, sino que *deben hacerlo* (de lo contrario incumplirían el deber de administración diligente de la masa). En muchas ocasiones, la pérdida de una oportunidad de negocio hace inviable el futuro de una empresa (por ejemplo, si se pierde una oportunidad especial de renovación de bienes de equipo, con la consecuencia de la obsolescencia de la empresa). En esos casos, la inactividad de los administradores dificultará en gran medida el convenio o, sobre todo, la liquidación por ramas de actividad. No haber querido invertir supone lo contrario de conservar. Dónde está la tasa de riesgo es algo que no puede determinarse con exactitud. *El concurso debe mantenerse en inversiones que tengan una tasa de riesgo baja, aunque el rendimiento esperado también lo sea*. Aun a riesgo de simplificar excesivamente, valdría decir que, al adoptar decisiones de inversión, los administradores han de optar por invertir en proyectos que tengan una probabilidad alta, aunque la ganancia esperada sea menor.

Esta interpretación se sustenta, en fin, en la propia literalidad de la Ley Concursal. El artículo 43 establece que, «[...] en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación *del modo más conveniente para los intereses del concurso*». Si la Ley

⁵⁹ Contra, sin embargo, MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 43», en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Civitas) 2004, t. I, p. 891.

persiguiere una estricta conservación, no se entiende la segunda parte de la frase. El precepto no se contenta con señalar que «se atenderá a su conservación»; al hacer referencia al «modo más conveniente para los intereses del concurso» se está dejando abierta la posibilidad de realizar aquello que, dentro del contexto propio de la insolvencia, convenga al concurso. Por esta puerta «entran» las posibilidades de inversión. De lo contrario ambos términos del precepto pueden ser contradictorios: puede que se dé una situación en la que «conservar», en sentido estricto, no sea «lo más conveniente» para el concurso. La conservación es el punto de partida; la conveniencia, la finalidad especial que permite salirse del «corsé» inicial de la actividad.

5. Las reflexiones de los números anteriores de este apartado aportan igualmente las claves para resolver los conflictos de intereses que se produzcan entre acreedores, cuando el riesgo en la toma de decisiones (en este caso de la administración concursal y, a través de la preceptiva autorización, del juez) no venga necesariamente referido de modo directo a la administración de la masa activa. En estos casos, tomando como presupuesto las perspectivas favorables de la operación escogida y la existencia de un nivel de riesgo bajo, la decisión ha de adoptarse, una vez más, «como si sólo hubiera un acreedor», con criterios estrictamente técnicos de maximización patrimonial⁶⁰. Un ejemplo resultará ilustrativo.

La sociedad A, dedicada a la fabricación de colchones, se encuentra en concurso de acreedores. Para simplificar el ejemplo asumimos que sólo hay dos tipos de acreedores: los acreedores con privilegio general, a los que se debe un total de 120.000 euros; y los acreedores ordinarios, cuyos créditos suman más de 300.000 euros. Para reducir aún más las variables suponemos que hay un solo administrador concursal (Ticio) y que el procedimiento se encuentra en fase de liquidación⁶¹. A Ticio se le han acercado dos compañías interesadas en la posible adquisición de la empresa insolvente. Las ofertas tienen las características siguientes:

— Operación 1: realizada por «X, S.A.», un importante distribuidor de muebles que considera la posibilidad de producir su propio material; se ofrece la entrega en efectivo de 100.000 euros;

⁶⁰ Como ya se señaló, la reforma de la legislación concursal británica impulsada por la *Enterprise Act 2002* establece el *insolvency practitioner* a cargo del procedimiento de administración ha de tomar las decisiones «*in the interest of the creditors as a whole*». Esta expresión, que quiere decir que ha de decidirse «como si sólo hubiera un acreedor», supuso un cambio muy importante respecto al Derecho anterior, en el que el administrador era normalmente nombrado por un banco (el titular de una garantía general sobre el patrimonio *-floating charge-*) y sólo tenía deberes fiduciarios hacia el mismo. Antes de la reforma, pues, ante un conflicto entre el acreedor con garantía general y los demás acreedores, la decisión debía considerar únicamente el interés de aquél. La nueva normativa ha alterado esta situación —estos deberes de conducta de los órganos concursales— y se interpreta en el mismo sentido que el propuesto en el texto (al respecto, v. las consideraciones y ejemplos de ARMOUR, J./MOKAL, R., «*Reforming the governance of corporate control*», pp. 28 ss.).

⁶¹ En esencia, el ejemplo sería igualmente válido para el supuesto de que el procedimiento se encontrase en la fase común o en la fase de convenio.

el oferente es un empresario de gran solvencia y conocida seriedad y, por tanto, la operación no tiene incertidumbre, aunque para ello debe realizarse con presteza.

— Operación 2: realizada por «Y, S.A.», un competidor agresivo que quiere aprovechar las sinergias de ambas producciones; Ticio calcula que podría llegar a conseguir hasta 180.000 euros de este oferente; la volatilidad del mercado en el momento de la posible operación y otra serie de circunstancias hacen que la operación no sea segura.

Aunque llevará unas cuantas semanas, pues «Y, S.A.» necesita hacer sus comprobaciones, Ticio calcula que hay un 65% de probabilidades de éxito en la negociación en la operación 1 (y, por tanto, de un 35% de fracaso). Ahora bien, si fracasa esta operación, es casi seguro que «X, S.A.» retirará su oferta, ya que ésta se produce ante la acumulación de un importante remanente de caja que, transcurrido el tiempo, se destinaría a otros usos. Si fracasan ambas operaciones, Ticio calcula que podría liquidar los bienes y derechos de la compañía por un máximo de 40.000 euros. ¿Qué debe hacer Ticio (y el Juez, ante la solicitud de autorización de aquél)? Analicemos los valores esperados de la operación, desde una perspectiva objetiva, primero, y desde una subjetiva (según los acreedores por clases), después. Para ello se deberán multiplicar las probabilidades de acaecimiento del suceso por el valor esperado del mismo.

— Desde una *perspectiva objetiva*, el valor esperado de la operación 2, teniendo en cuenta los réditos esperados y la incertidumbre, es el siguiente: [la probabilidad de que se cierre la operación 2 por el rendimiento esperado de la operación, más la probabilidad de que no ocurra multiplicada por el rendimiento esperado del fracaso en la operación] $0,65 \times 180.000 + 0,35 \times 40.000 = 131.000$ euros. Sin embargo, el valor de la operación 1, que no tiene incertidumbre, es de 100.000. Según esta perspectiva, pues, la administración concursal debería intentar cerrar la operación 2, aunque ello le supusiese arriesgar la pérdida de la opción 1 y tener que ir a una liquidación activo por activo y perder gran parte del valor de la masa, pues, analizado con una perspectiva técnica objetiva, una operación tiene un rendimiento esperado de 131.000 euros y otra sólo de 100.000.

— Si esta operación se analiza desde la *perspectiva subjetiva*, la cosa cambia. Bastará con estudiar la situación en que se encuentran los acreedores privilegiados ante la alternativa planteada. Para éstos, la operación 1 supone el pago seguro de 100.000 euros⁶². La operación 2, por el contrario, podría suponer la satisfacción completa de sus créditos, aunque con incertidumbre. Así, aplicando el método probabilístico anterior, los acreedores privile-

⁶² Pues, es evidente que a los acreedores ordinarios les conviene la operación 2, la que tiene riesgo, pues con la operación 1 el dinero obtenido con la transmisión de los activos iría íntegramente a parar a manos de los acreedores privilegiados.

giados tendrían, en la operación 2, el siguiente retorno esperado: $0,65 \times 120.000$ (pues es todo lo que se les debe) + $0,35 \times 40.000 = 92.000$ euros. En otras palabras, con la opción 1, los acreedores privilegiados tienen más posibilidades de satisfacer sus créditos en mayor medida que con la opción 2 (100.000 euros frente a 92.000 euros).

Pues bien, a nuestro modo de ver, la solución está en adoptar aquella decisión que maximice el valor de la masa, con independencia de los intereses subjetivos implicados. Ante el caso propuesto, la administración del concurso debería seguir las negociaciones para cerrar la segunda operación⁶³.

3.3.5.2 *La aplicación de los criterios para la solución de los conflictos: distinción preliminar*

Hay que diferenciar entre dos tipos de conflictos: los conflictos intersubjetivos (conflictos entre acreedores, entre acreedores y deudor, entre éstos y terceros) y los conflictos entre los interesados y el «interés público» (acreedores, deudor o terceros frente a la protección del mercado o la sanción de comportamientos reprobables). Como ya señalamos los primeros se solucionan aplicando una suerte de sencilla estructura piramidal, según la cual las distintas clases o grupos de interesados se ordenan jerárquicamente de modo estricto, de forma que todo conflicto concreto debe solventarse siempre en beneficio de aquel grupo que se encuentra en el estrato superior. Los segundos se solucionan siempre a favor del «interés público».

En este último punto se da una paradoja. El interés privado de los sujetos incluidos en el «interés concursal» se eleva a la categoría de «interés público» por el legislador. Esto se aprecia —como se ha ya señalado— en una cierta subordinación de la protección pública en sentido estricto (potestad sancionatoria del Estado, protección del mercado) ante los intereses de los privados afectados por la insolvencia del deudor en el tráfico (por ejemplo, no abriendo la sección de calificación en caso de convenio poco gravoso). Pero esta «renuncia» es parcial. El Estado no renuncia a su potestad sancionadora, por ejemplo. En aquellos casos en que establece una sanción pueden surgir conflictos con los acreedores. Cuando así sea, el conflicto se resolverá en detrimento de los particulares debi-

⁶³ Naturalmente, en la realidad práctica es difícil que se puedan calcular las probabilidades con tanta precisión, tanto por falta de datos como por falta de tiempo para analizar la disyuntiva. Por eso, en la mayor parte de los casos, los órganos del concurso optarán por la primera opción, que asegura un retorno aceptable para los acreedores de las escalas superiores.

do a la expresa tipificación de la sanción. El «interés del concurso» es un instrumento interpretativo, y, por tanto, su eficacia queda circunscrita a las reglas generales de interpretación. Cuando existe un precepto y la literalidad del mismo no admite más que una interpretación, ésta no puede ser ignorada, por mucho que ello perjudique a los acreedores.

En realidad, los conflictos entre el «interés público» en sentido estricto y el de los sujetos incluidos en el «interés concursal» son excepcionales y, por tanto, no se altera en gran medida la relevancia práctica de la conceptualización del «interés del concurso». Es más, en ocasiones, la «sanción» pública entronca naturalmente con la tutela de los intereses de los acreedores, como ocurre, de modo conspícuo, con la condena a la cobertura del déficit (*ex art. 172 LC*)⁶⁴.

3.3.5.3 *La «jerarquía piramidal» para solucionar conflictos intersubjetivos*

1. En primer lugar, en la cúspide, se sitúan *los acreedores «concursoales» del deudor, en su condición de tales* (acreedores de la masa, acreedores concursales). Los administradores del concurso, a través de la maximización del valor de la masa activa tienen como objetivo principal la satisfacción, en tanto como sea posible, de los intereses de los acreedores, cuya magnitud y posición jurídico-concursal se cuantifica en el reconocimiento y calificación realizadas en el concurso. La medida en que cada uno de los créditos es receptor del «dividendo» obtenido es algo predeterminado por la normativa y, por supuesto, la administración concursal debe respetar el sistema de reparto, no alterándolo —es decir, sin «preferir» a unos acreedores sobre otros ⁶⁵.

2. En segundo lugar se sitúa el otro participante en el procedimiento, el *deudor común*. Sus intereses deben ser tomados en consideración y, en buena medida, la satisfacción de los mismos está «alineada» con la satisfacción de los acreedores «en cuanto tales»: al satisfacer el crédito se reduce, en igual proporción, la deuda. Incluso la expectativa de continuidad del deudor se sitúa en términos pacíficos con la satisfacción del nivel anterior, pues si la empresa sigue viva es porque se han satisfecho los créditos o se ha llegado a un convenio en tal sentido (y parece lícito presumir que los acreedores no han concluido un convenio que les perjudique).

⁶⁴ Ello, claro está, si se entiende que el citado precepto incluye una condena de naturaleza sancionadora.

⁶⁵ Algunos ejemplos de conflicto entre acreedores han sido ya expuestos en los apartados anteriores.

Fuera de estos supuestos de interés paralelo, cualquier conflicto de interés «concursal» entre los acreedores y el deudor debe resolverse en beneficio de aquellos⁶⁶. Sin embargo, si no existe un verdadero conflicto, la administración concursal tiene la obligación de tomar en consideración al deudor. *El órgano concursal ha de abstenerse de realizar todo aquello que, sin beneficiar a los acreedores, perjudique al concursado.*

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: los administradores concursales se encuentran ante la disyuntiva de llevar o no a cabo una actuación que permitiría la rápida satisfacción de los acreedores pero, a su vez, impediría la supervivencia de la empresa, pudiendo retrasar este acto un tiempo sin causar daño a los acreedores. En este caso, según el enfoque aquí defendido, la administración concursal debería optar por esperar. Pero ello siempre y cuando, efectivamente, no hubiese duda razonable de la inexistencia de perjuicio para los acreedores, lo que debería naturalmente tomar en consideración los intereses del tiempo transcurrido entre que efectivamente se realiza la actuación y el momento en que pudo inicialmente hacerse: es decir, para entender que no hay perjuicio hay que tomar en consideración el valor del factor tiempo, lo que se debería hacer conforme a criterios objetivos de mercado (tipos de interés; no la valoración subjetiva de unos acreedores a los que puede convenir la celeridad por motivos extraconcursales, que no pueden ser considerados). En la práctica esto se podrá resolver así en no muchas ocasiones, puesto que la supremacía de los intereses de los acreedores obliga al órgano a actuar en favor de la masa pasiva si existe duda razonable sobre el acaecimiento de un posible perjuicio (*more likely than not*), algo que, en el ámbito de la economía, suele ser habitual (las decisiones en el mercado, por el número de imponderables, casi siempre implican un grado de riesgo).

El conflicto existente entre los acreedores y el deudor no tiene la misma naturaleza que el conflicto entre acreedores. La compañía (*rectius*, sus socios) han asumido el riesgo de pérdida de la inversión frente a los acreedores; esto, que no se da necesariamente entre los propios acreedores, es justo lo contrario que ocurre entre los acreedores y la sociedad: aquellos en ningún caso pueden aceptar que la incertidumbre de una operación se cargue sobre sus espaldas en –posible– beneficio de ésta. El «criterio objetivo» defendido

⁶⁶ Pero, conviene recordarlo una vez más, el interés del deudor queda subordinado al de los acreedores *en cuanto acreedores concursales*. Así, por ejemplo, si conviene a la masa activa la continuación temporal de la empresa, el interés del deudor en que se reduzca su pasivo sería superior al interés de los acreedores, aunque sea de todos ellos, en que se detenga la actividad por ser aquellos competidores del concursado.

para solucionar los conflictos entre acreedores no opera en el conflicto entre éstos y la compañía⁶⁷.

En todo caso, y como otra cara de la moneda, los órganos del concurso no podrán negarse a colaborar en una actuación que, sin ofrecer riesgo alguno para la masa, convenga al deudor (por supuesto estará también obligado si esa actuación beneficia inequívocamente a los acreedores, pero ello no porque deba tal conducta al deudor, sino a aquéllos)⁶⁸.

Piénsese, por ejemplo, la propuesta de realización de un aumento de capital ordinario, con nuevas aportaciones de fondos. En este caso, sólo puede producirse un beneficio para la masa y, en consecuencia, los órganos del concurso no podrían oponerse a promover la asignación de fondos para la convocatoria, celebración y ejecución del acuerdo⁶⁹. La coincidencia de intereses entre el deudor y los acreedores puede darse de manera frecuente en el ámbito de la administración de la masa⁷⁰.

⁶⁷ Nótese que la posición aquí defendida es coherente con el esquema jerárquico entre acreedores. En realidad, y dado que la continuación de la empresa sólo debe darse si con ello se obtiene un mayor retorno para los acreedores, lo que se está haciendo es poner a los accionistas (dueños jurídicos –ya no económicos– de la compañía) en la posición que les corresponde: acreedores residuales.

⁶⁸ Esto encuentra correspondencia con el hecho de que el desapoderamiento del concursado no va más allá de lo estrictamente necesario para facilitar la satisfacción de los acreedores. El deudor o, más concretamente, los gestores del mismo (normalmente el órgano de administración de la sociedad concursada), si continúan activamente al frente de la empresa, desarrollarán sus funciones con igual finalidad que antes: defender los intereses del empresario. La única diferencia radica en el hecho de que, por la situación de insolvencia y el desapoderamiento, ya no podrán procurar la realización del objeto social sino que el objetivo que persiguen se ve imperativamente modificado. Desde la apertura del concurso y la determinación de la suspensión, su actividad se centrará en mejorar la posición del deudor en el seno del procedimiento y, en su caso, en intentar la supervivencia. Para ello podrán plantear todas las medidas que estimen necesarias, pero, en cuanto ello afecte en alguna medida a la masa activa –y, por tanto, a la pasiva–, la virtualidad de las facultades termina precisamente ahí, en la mera capacidad de propuesta. Incluso aunque sea muy improbable el acaecimiento sobrevenido de un daño para los acreedores, la valoración del riesgo corresponde exclusivamente a la administración concursal. Si se equivoca, en su caso, se le podrán exigir responsabilidades (art. 36 LC). Pero en tanto la actitud propuesta sea indudablemente favorable no sólo para el concursado proponente, sino también para los acreedores concursales, el administrador concursal no podrá negarse a llevar a cabo aquello que sea necesario para la realización del acto.

⁶⁹ Sobre el aumento de capital y su indubitada conveniencia, v. WEBER, F., en Jaeger, E., *Konkursordnung*, § 207, Anm. 31 c). En mayor extensión, v. TIRADO, I., «*Síndicos y Administradores. Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital*», *Ram núm.236, 2000*, pps. 513 ss.

⁷⁰ Los conflictos pueden producirse en línea descendiente. Así, puede contraponerse el interés de la concursada con el interés de terceros (o con el interés general). Normalmente, en estos casos el interés de esos terceros no sólo se contrapondrá a la deudora, sino también a sus acreedores, cuyos intereses estarán pues, alineados. Piénsese en el caso siguiente: una proveedora de servicios (colocación de sillas para eventos) de una concursada con relevancia social (un club de fútbol, por ejemplo), con un crédito insinuado en el pasivo, ofrece la donación del crédito insinuado a cambio de que la compañía insolvente le conceda un derecho de tanteo durante unos meses para la prestación del servicio. En este caso, la administración concursal no podría negarse a autorizar el acuerdo. El beneficio para la concursada y de los demás acreedores es evidente (la cancelación de un crédito), mientras que el perjuicio es inexistente (la oferente deberá igualar la mejor oferta

3. Por último, el tercer grupo de interesados que forman parte del «interés concursal» ocupa una posición postergada. La toma en consideración de las «pretensiones» de estos sujetos, con independencia del juicio que ello merezca, o no aparece en la Ley Concursal, o lo hace sólo en determinados casos muy concretos, ante actuaciones determinadas⁷¹.

3.1 Mención especial merece la situación de los trabajadores, en cuanto partes de una relación laboral (no como acreedores o, si se prefiere, como acreedores futuros). Es indudable que la Ley persigue la minimización en las pérdidas de puestos de trabajo, en la medida de lo posible. Esto se ve con claridad al fomentar –repetidamente– la continuidad de la empresa (en el convenio) o las enajenaciones en bloque (en el seno del convenio o de la liquidación). Ahora bien, se trata de soluciones que pueden adoptarse *en tanto beneficien paralelamente a los acreedores*, es decir, en tanto la continuación de la actividad (y, por ende, de los puestos laborales) permita un mayor retorno para los acreedores. Las enajenaciones en bloque o los convenios de continuidad se fomentan legalmente *porque suponen un alineamiento de los intereses de los acreedores (al mayor dividendo) con los intereses del deudor (a que se continúe su empresa) y con los de los trabajadores (a mantener su trabajo)*. Una interpretación distinta supondría, en realidad, una alteración del régimen de reparto del concurso, pues se estaría subsidiando al deudor y a los trabajadores por sus créditos futuros.

Precisamente por ello es necesario hacer una interpretación sistemática del artículo 149 de la Ley Concursal. En efecto, al establecer las reglas supletorias de la liquidación, la Ley señala que «[E]n caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra [...] siendo consideradas con carácter preferente *las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores*» (la cursiva es mía). El tenor literal es algo ambiguo. Ciertamente, una lectura rápida podría inducir a entender que el juez debe preferir el comprador que ofrezca 1 millón de euros y el mantenimiento de 100 puestos de trabajo al que oferte 2 millones y la continuidad de 70 trabajadores. Esta interpretación sería un tanto sorprendente, por cuanto alteraría todo el régimen legal de preferencias. Ciertamente se trataría de una previsión legal de alcance muy reducido, pues sólo

recibida por el club si quiere ejecutar el contrato). En este caso, el órgano del concurso no podría alegar, por ejemplo, la defensa de la competencia en el mercado para justificar una negativa (por mucho que ello fuese supuestamente en interés público).

⁷¹ Esto es así porque la normativa concursal, al menos en parte, parece identificar los «fines públicos» que subyacen a la creación legislativa del proceso concursal con los privados de las partes afectadas.

sería aplicable para el caso de que no se hubiese aprobado un convenio o un plan de liquidación. Pero, no por ello, deja de ser necesario despejar esta posibilidad. A nuestro modo de ver, debe realizarse una interpretación sistemática con el resto de la Ley⁷². No hay ningún motivo para entender que el legislador haya querido alterar un criterio tan claro e importante, en este supuesto residual. Además, la dicción legal permite entender que todos los intereses previstos en el texto (continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores) se sitúan en mismo plano. Se trataría, pues, de una mera enunciación de los intereses que deben tomarse en consideración. Así, ante dos propuestas con igual (o muy similar) satisfacción de los acreedores, deberá preferirse la que mantenga el mayor número de puestos de trabajo; pero ante una propuesta de satisfacción de los acreedores, el número de puestos de trabajo conservados ha de ser irrelevante. De lo contrario, el trabajo futuro de esos trabajadores se estaría pagando con el dinero de los acreedores de la compañía insolvente.

3.2 La propia esencia de la crisis empresarial y la importancia de los perjuicios que puede ocasionar han llevado al legislador a incluir un supuesto concreto, residual, en el que se puede intuir la defensa de intereses de terceros (*stakeholders*), ajenos a los del deudor y sus acreedores: negocios dependientes, tejido económico cercano geográficamente, etc.⁷³. La Ley Concursal permite, *excepcionalmente*, la superación de los límites al contenido esencial del convenio en caso de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía» (art. 100.1 inciso segundo). La autorización a superar los límites legales de la quita y de la espera corresponde actualmente en exclusiva al Juez del concurso⁷⁴. Estamos ante un supuesto que no afecta a la actuación de la administración concursal.

⁷² Contra, sin embargo, la autorizada opinión de BELTRÁN-MERCADER, «Reglas legales supletorias (art. 149)» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 2387.

⁷³ En el Derecho italiano, la *Legge fallimentare*, al menos según la interpretación que al artículo 90 ha dado buena parte de la doctrina (v., por todos, RIVOLTA, *L'esercizio*, pp. 143 ss.), prevé expresamente la toma en consideración de intereses ajenos a los acreedores concursales en lo que respecta al momento inicial de continuación de la actividad empresarial por parte del *fallito*. También aquí se sigue una jerarquización de intereses, de manera tal que sólo se podrá continuar el ejercicio de la actividad en beneficio de intereses ajenos cuando con ello no se dañe los de los acreedores.

Es llamativo que parte de la doctrina antigua (en realidad prácticamente contemporánea al sistema español derogado) señalase la necesidad de tener en cuenta, además de los intereses de los acreedores, los del deudor y los de las empresas dependientes: v. en Francia, RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruselas, 1851, p. 251, BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, París, 1866, 4 ed., t. I, pp. 333 ss. o LYON CAEN-RENAULT-AMIAUD, *Traité de Droit commercial*, París, 1934, 5 ed., t. VII, p. 624 ; en Italia, respecto del *Codice*, destacan las opiniones de BONELLI, *Del fallimento*, t. II, p. 174, MOSSA, «*La costanza del rapporto di lavoro nel fallimento dell'imprenditore*», Riv. Dir. comm., núm. 2, 1941, p. 430, CALAMANDREI, *Del fallimento*, Torino, UTET, 1883, t. II, p. 5 o NAVARRINI, *Trattato*, 2 ed., t. I, p. 209.

⁷⁴ Antes de la reforma operada por el RDL 3/2009 se exigía un informe justificativo de la «Administración económica competente».

Ésta, en ningún momento deberá llevar a cabo una actuación concreta en la que los intereses del deudor o del sector económico concreto en que éste opera deban ser preferidos sobre los de los acreedores. Es, además, un caso excepcional, que no puede extenderse a otros supuestos y, sobre todo, que no puede incorporarse al concepto del «interés concursal» como concepto jurídico complejo que sirve para concretar la finalidad de las instituciones legales.

Además, que se permita sobrepasar los límites del convenio no quiere decir, necesariamente, que se subordinen unos intereses sobre otros. Sólo implica la supresión de prohibiciones de contenido. Esta circunstancia únicamente implicaría una preferencia del deudor o del sector económico en que opera por encima de los acreedores si se aceptasen planes de continuación que supusiesen un pago a los acreedores de menos dividendo del que habrían obtenido en la liquidación. Y, además, no debe olvidarse que lo que se levantan son las restricciones al *contenido*, no a las mayorías de aprobación, con lo que una cantidad mayoritaria del pasivo habrá dado su consentimiento.

3.3.5.4 *El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público*

El conflicto entre el «interés público» general y el «interés público» particular (el representado por las partes implicadas directamente en el concurso) se produce en dos manifestaciones legales concretas: en la regulación sobre la clausura del concurso y en la sección de calificación.

1. La Ley concursal contempla la inevitable extinción de la sociedad una vez que se ha liquidado íntegramente el activo (art. 178.3 LC). Se pretende evitar la supervivencia de una compañía sin patrimonio –pero con deudas– que sólo podría suponer una distorsión del mercado. La cancelación registral se producirá automáticamente una vez comunicada la resolución de conclusión del procedimiento concursal. No existe excepción posible. El interés del mercado se superpone al interés que, en su caso, pudieran tener los accionistas a la pervivencia de la sociedad⁷⁵.

2. Mucho mayor interés tiene el supuesto de la calificación concursal. Puede llegar a darse un conflicto entre la función sancionatoria de la Ley Concursal y el interés de los acreedores (y, obviamente, del deudor implicado). En este punto, como se ha señalado

⁷⁵ En este caso, el conflicto es mínimo. En la práctica difícilmente los accionistas tendrán interés en mantener viva una sociedad que sólo tiene deudas.

más arriba, la Ley Concursal ha dado un firme paso adelante respecto de legislaciones anteriores, limitando los efectos represivos del concurso de acreedores al supuesto de comportamiento antijurídico del deudor (o de sus administradores). La sanción como finalidad del concurso se encuentra «debilitada» y subordinada a los intereses de los acreedores (que –de nuevo– no a los intereses del deudor, irrelevantes en este punto). Esta subordinación se produce con carácter general en el diseño legislativo y ello nos permite un cierto margen interpretativo de los preceptos sancionadores. En los supuestos marginales en que se dé un conflicto entre la sanción y la mayor satisfacción de los créditos concursales –y la norma dé lugar a la interpretación– debe primar esta última. Ahora bien, como se ha señalado, este margen interpretativo no puede servir para derogar un precepto cuya literalidad no admite alternativa. Es decir, si bien puede afirmarse que, valorando la Ley con carácter general, el legislador ha querido primar el interés de los acreedores, también debe aceptarse que no ha renunciado a la defensa genérica de lo que considera «interés público» (no subjetivo). Como modo de ejemplo, valga la suspensión de la condena a la inhabilitación para ejercer el comercio y administrar patrimonios si, con ello, se consigue cumplir en mayor medida el convenio concursal: es posible su suspensión, pero no su inaplicación.

La importante Sentencia de 11 de abril de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid (caso «Ediciones El Prado») constituye un ejemplo de aplicación jerárquica de los fines del concurso y ofrece una oportunidad inmejorable para analizar los límites interpretativos del concepto de «interés del concurso»⁷⁶.

En el supuesto resuelto por la Sentencia se abrió la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio que superaba los límites establecidos por el artículo 163 de la Ley Concursal. El convenio preveía la continuación de la actividad empresarial y su cumplimiento se hacía depender del buen éxito de la misma. Al parecer, era indiscutido que la compañía tenía un fondo de comercio esencialmente subjetivo: el negocio dependía básicamente de la gestión del consejero delegado, persona de gran experiencia y reputación en el sector, sin cuya participación la continuación de la empresa corría serio peligro. La Sentencia calificó el concurso de culpable y resolvió que el consejero delegado era una de las personas afectadas por la calificación; sin embargo, en la misma se suspendió la aplicación de la inhabilitación a este último alegando el superior interés de los acreedores al cumplimiento del

⁷⁶ La Sentencia entera puede leerse en el *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pp. 381 ss., donde se encuentra reseñada y comentada por la profesora GUILARTE, C. (pp. 386 ss.).

convenio, sobreponiendo, con ello, el interés de los acreedores al interés público de sancionar conductas antijurídicas⁷⁷.

La Sentencia identifica el conflicto entre las distintas finalidades legales y realiza una jerarquización estricta. Para el Juez, la sanción (finalidad jurídica tutelada de modo subsidiario) se contrapone a la aprobación de un convenio (objetivo intermedio) y, en última instancia, a la satisfacción de los acreedores en el modo en que ellos han decidido (finalidad legal principal). Ante semejante conflicto, deben primar aquellas finalidades que ocupan un escalón superior en la jerarquía valorativa de la Ley Concursal.

Estamos ante una resolución sin duda valiente, que se apoya en la finalidad (es decir, aunque no lo mencione, en el «interés concursal») para interpretar *–rectius*, para inaplicar– la Ley Concursal; pero sólo se apoya, no fundamenta la resolución simplemente en la finalidad⁷⁸. Y en esto tiene razón. El resultado conseguido por la resolución no podría haberse conseguido utilizando simplemente la jerarquía entre intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal. Desde el punto de vista interpretativo quizás habría sido

⁷⁷ Señala la Sentencia: «(...) El artículo 172.2.2 de la Ley concursal (...) configura así la inhabilitación como un efecto ineludible de la calificación, cualquiera que sea la causa que haya motivado la apertura de la sección, convenio o liquidación, existan o no otros efectos predicables de la sentencia, si bien la Ley no precisa el modo en que debe hacerse efectiva dicha inhabilitación. Este automatismo en la aplicación de la inhabilitación puede producir algunos efectos perniciosos y contradictorios con la propia finalidad del concurso. (...) [c]uando se aprueba un convenio no se conoce el resultado de la calificación, en muchos casos la aprobación del convenio se basa en la confianza que genera el administrador de la sociedad que aparece como eslabón esencial de la cadena que permite el cumplimiento (...) El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación se impondrá atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Si la finalidad del concurso es el pago de los acreedores y la Ley prima el convenio como la solución preferida del concurso, resulta que la ejecución en todo caso de la sanción de inhabilitación puede ser más perjudicial que su no ejecución, frustrando así la finalidad de la norma. (...) El que el legislador haya optado por realizar esa labor depurativa y represora en el seno del procedimiento concursal no debe erigirse en baluarte inexpugnable que impida el cumplimiento de la finalidad primaria del concurso, por lo que una interpretación teleológica que permita conciliar ambos objetivos debe ser posible. (...)».

⁷⁸ Para alcanzar el resultado perseguido, la Sentencia importa conceptos jurídico-penales y razona del siguiente modo: «(...) No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita (...) Las sanciones que tienden a castigar la infracción de las normas protectoras de intereses generales impuestas por un organismo público, que incluiría penas y sanciones administrativas, engloban un Derecho sancionador público (...) Es lo que se ha venido a denominar sistema sancionador parapenal, que tiene su mayor ámbito de actuación en el derecho sancionador económico o de empresa, pero en el que se abre paso con fuerza a un nuevo modelo de sanción que privilegia de manera incontestable los requisitos de efectividad y que prefiere la elasticidad de la sanción ante situaciones en continua transformación. Si, como hemos visto, estamos ante una sanción, respecto de la que el legislador no precisa el modo en que debe hacerse efectiva, nos encontramos ante una laguna que deberá colmarse con los principios y normas del sistema que le es más propio que es el sistema punitivo (...). Es por ello que debe traerse a colación el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, prevista en los artículos 80 y siguientes del Código Penal (...)».

ir demasiado lejos⁷⁹. A nuestro modo de ver, los argumentos teleológicos esgrimidos podrían valer para justificar la suspensión de la inhabilitación, pero no para excluirla definitivamente en caso de cumplimiento íntegro del convenio⁸⁰. En este punto, la interpretación funcional no puede ignorar el sentido literal de una norma que no contempla ninguna exención sancionatoria: declarada la calificación, el juez podrá graduar temporalmente la pena, pero no excluirla. La protección del interés concursal puede servir para armonizar los dos objetivos legales (la mayor protección de los acreedores y la represión de comportamientos antijurídicos) jerarquizándolos, pero no para ignorar uno de los dos⁸¹.

IV. CONCLUSIONES

1. El Derecho concursal cumple una *función reactiva* del sistema jurídico-económico. Sus normas –todas, las de carácter sustantivo y las meramente procesales– son un instrumento que pretende –únicamente– solucionar los conflictos subjetivos que se crean por la regulación legal y convencional del tráfico, ordenar el comportamiento de los actores de la actividad empresarial y servir de válvula de salida del mercado. El cumplimiento de estas *funciones* exige la predeterminación de un criterio que permita la solución de los conflictos entre afectados por la insolvencia de un deudor. El legislador español ha creado y dado nombre a ese criterio (*interés del concurso/concursal*), pero no lo ha dotado de conteni-

⁷⁹ Sin embargo, algunos comentaristas de la Ley parecen situarse en posiciones coincidentes con esta resolución. Al respecto, v., por todos, VELASCO SAMPEDRO, «Comentario a la Disposición Final Segunda», en GUILARTE/SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid (Lex Nova) 2004, t. IV, p. 3654.

⁸⁰ Coincidimos, en este punto, con GUILARTE, C., «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», pp. 393-394.

⁸¹ Es cierto que la Sentencia incluye una posible respuesta a esta objeción, al señalar que «(...) [T]ampoco el retraso del efectivo cumplimiento de la inhabilitación permite superar este efecto, pues en ocasiones el cumplimiento del convenio comporta un sacrificio personal que difícilmente estará dispuesto a asumir, si sabe que al fin será inhabilitado y no podrá continuar con su actividad empresarial. Por otro puede impedir en muchos casos que el convenio aprobado llegue a cumplirse». Es decir, se estaría argumentando que, con la mera suspensión, no se estaría consiguiendo la tutela de un interés jerárquicamente superior (los acreedores). Coincidimos con este razonamiento; sin embargo, lo cierto es que la eficacia interpretativa de la finalidad no puede sobrepasar la literalidad de la Ley, cuando ésta es inequívoca (v. LARENZ, K., *Metodología*, p. 343). Nos encontramos ante una situación en la que tan sólo pueden hacerse valoraciones *de lege ferenda*.

Al razonamiento de la Sentencia podría quizás oponerse la propia *ratio* de la norma sancionadora. La inhabilitación prevista en la sección de calificación concursal no sólo se prevé para proteger a los acreedores concursales sino al mercado (se protege *ex ante* a través del elemento disuasorio de la pena; y se tutela *ex post* a los participantes frente a una persona que ha actuado de forma reprochable). En todo caso, se trata, sin duda, de una resolución en la que los intereses subjetivos involucrados en el concurso se ven favorecidos, y, a fin de cuentas, de eso se trata –o debería tratarse– en el Derecho concursal.

do expreso. El contenido debe inducirse de los datos normativos que aporta la legislación concursal y del contexto socioeconómico de la realidad sobre la que recae el Derecho de la insolvencia. La finalidad del Derecho concursal es perseguir la plasmación práctica del *interés concursal*.

2. La especial naturaleza del Derecho concursal dota a la finalidad de particular relevancia. El *interés del concurso* no es un mero principio abstracto, o una simple pauta de comportamiento; su relevancia es mayor: se trata de un criterio interpretativo que debe guiar la solución de las oscuridades normativas y servir de elemento decisor de los órganos del concurso.

2.1 Desde el punto de vista de la interpretación, este enfoque funcional del Derecho concursal nos permite construir un *sistema teleológico*. La Ley crea instrumentos para la realización práctica del *interés del concurso*. Estos instrumentos pueden dividirse en primarios (instrumentos en sentido puro) y secundarios (objetivos intermedios). Los instrumentos primarios (el régimen de continuación de la actividad, la administración de la masa, la división del proceso en fases, etc.) persiguen su propia finalidad, que serían los instrumentos secundarios u objetivos intermedios (la maximización del patrimonio concursal, la adquisición y tratamiento de la información en la fase común, la mejor liquidación en la fase posterior, etc.). La realización práctica de los objetivos intermedios es la antesala de la plasmación del *interés del concurso*, auténtica finalidad principal, en la que se realizan *valores*. La naturaleza instrumental de las medidas legales y la jerarquización de fines nos permite interpretar los preceptos legales de modo coherente con los *valores* que ha pretendido tutelar el legislador. Por eso, por ejemplo, la promoción de un convenio (objetivo intermedio) nunca podrá ser utilizado como criterio interpretativo de un artículo si ello contraviene la mayor satisfacción de los acreedores (objetivo final). Ahora bien, el sistema teleológico nos permite asegurar la *coherencia del sistema valorativo* de la Ley; pero no es un cheque en blanco para ignorar la literalidad de la norma. La virtualidad interpretativa del *interés del concurso* tiene sus límites en los límites de la actividad interpretativa propios del Derecho privado.

2.2 Desde el punto de vista *funcional*, la finalidad del procedimiento concursal supone un criterio decisorio para el juez y la administración concursal. Tanto uno como otro órgano están vinculados por el *interés del concurso*, cuya realización práctica deben procurar.

3. El *interés concursal* es un concepto jurídico indeterminado con un contenido concreto. No es suficiente con etiquetar finalidades abstractas (la eficiencia, el respeto de negociaciones «hipotéticas» de las partes antes de la insolvencia, etc.). Para funcionar como herramienta interpretativa y criterio funcional ha de plasmar valores específicos, con «nombres y apellidos». Es, pues, un concepto con un contenido subjetivo. Por eso, con excepciones muy contadas, todo aquello que no se refiera a los derechos de sujetos concretos no puede ser más que un instrumento o un objetivo intermedio: por eso, por ejemplo, la consecución de un convenio nunca puede ser una finalidad del concurso (lo será la mayor satisfacción de los acreedores, a quienes no se les puede imponer una solución pactada si objetivamente sacarían más con la liquidación). En el *interés del concurso* se incluyen los acreedores (en su condición de tales y de todas las categorías), el deudor común (en caso de sociedad, mediatamente sus socios), un grupo reducido y heterogéneo de terceros, y, en fin, una serie de objetivos de naturaleza pública.

4. El conjunto de personas incluidas en el concepto de *interés concursal* se encuentran en una posición jurídica de conflicto latente. Al haber recursos escasos (masa activa) para repartir entre los interesados (masa pasiva –y otros–), la mayor satisfacción de unos irá en detrimento de los demás. Ese conflicto inherente a toda insolvencia no sólo se da en el momento final (reparto del activo, tras liquidación, o pago de dividendo, tras convenio), sino que se encuentra plenamente activado durante toda la vida del concurso. El riesgo está siempre presente en el procedimiento y, por tanto, obliga a los órganos del concurso a plasmar en la realidad una solución al conflicto. El riesgo puede estar presente en la administración de la masa o ante la existencia de propuestas de adquisición de la masa, por poner dos ejemplos paradigmáticos. Ante la posibilidad de adoptar una actuación de administración o a la hora de decantarse por una oferta por una rama de actividad de la concursada, las personas afectadas (las incluidas en el *interés concursal*) preferirán una u otra solución según el lugar que ocupen en la escala jerárquica de la Ley. Así, por ejemplo, los acreedores con privilegio general preferirán una actividad poco arriesgada (pues sólo pueden perder) y los ordinarios –o los subordinados– se beneficiarían con el mayor nivel de riesgo posible (pues no se arriesga su dinero, que dan por perdido). Ante esta disyuntiva, insalvable (es por definición imposible satisfacer a unos y a otros *a priori*), a nuestro entender los órganos del concurso deben comportarse como sujetos independientes, asépticos, que valoran con un criterio

exclusivamente técnico las opciones «como si sólo hubiera un acreedor», partiendo de un nivel de riesgo medio-bajo.

5. Los integrantes del *interés concursal* se ordenan jerárquicamente de forma estricta. Esto quiere decir que –a salvo las precisiones anteriores sobre el riesgo– los conflictos entre acreedores se solucionarán siempre a favor de los acreedores de mayor rango (privilegiados especiales, acreedores contra la masa, privilegiados generales, ordinarios, subordinados); los conflictos entre acreedores y la sociedad (o sus accionistas) a favor de aquéllos; y, en fin, la colisión entre los anteriores y eventuales terceros deberá tener a los primeros como favorecidos. Ahora bien, cuando el conflicto se dé entre los interesados anteriores (todos o cualquiera de ellos) y el interés público, deberá primar este último. Lo contrario superaría los límites de la actividad interpretativa.