

La Serie Universitaria de la Fundación Juan March presenta resúmenes, realizados por el propio autor, de algunos estudios e investigaciones llevados a cabo por los becarios de la Fundación y aprobados por los Asesores Secretarios de los distintos Departamentos.

El texto íntegro de las Memorias correspondientes se encuentra en la Biblioteca de la Fundación (Castelló, 77. 28006-Madrid).

La lista completa de los trabajos aprobados se presenta, en forma de fichas, en los Cuadernos Bibliográficos que publica la Fundación Juan March.

*Los trabajos publicados en Serie Universitaria abarcan las siguientes especialidades:
Arquitectura y Urbanismo; Artes Plásticas;
Biología: Ciencias Agrarias; Ciencias Sociales;
Comunicación Social; Derecho; Economía; Filosofía;
Física; Geología; Historia; Ingeniería;
Literatura y Filología; Matemáticas; Medicina,
Farmacia y Veterinaria; Música; Química; Teología.
A ellas corresponden los colores de la cubierta.*

Edición no venal de 300 ejemplares
que se reparte gratuitamente a investigadores,
Bibliotecas y Centros especializados de toda España.

Fundación Juan March



FJM-Uni 241-Cab
Análisis económico del derecho concur
Cabrillo Rodríguez, Francisco.
1031508



Biblioteca FJM

Fundación Juan March (Madrid)

SERIE UNIVERSITARIA



Fundación Juan March

Francisco Cabrillo Rodríguez

Análisis económico del derecho
concurzal español.

FJM
Uni
241
Cab

241

Fundación Juan March

Serie Universitaria

241



Francisco Cabrillo Rodríguez

Análisis económico del derecho
concursal español.



Fundación Juan March
Castelló, 77. Teléf. 435 42 40
28006-Madrid

Fundación Juan March (Madrid)

*Este trabajo fue realizado con una Beca de la
Operación Especial, 1986, individual
Departamento de DERECHO
Centro de trabajo: Departamento de Economía Política de la
Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense. Madrid.*

Los Textos publicados en esta Serie Universitaria son elaborados por los propios autores e impresos por reproducción fotostática.

Dep. Legal: M-39.838-1987
I.S.B.N.: 84-7075-372-X
Impresión: Ediciones Peninsular. Tomelloso, 37. 28026 Madrid

INDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCION	5
Capítulo I. LOS ECONOMISTAS Y LA QUIEBRA	7
Capítulo II. EL PROBLEMA DE LAS QUIEBRAS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LOS DATOS ESTADISTICOS	10
II.1. Las fuentes estadísticas	10
II.2. Significación de los datos	12
Capítulo III. LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES	19
III.1. Objetivos de los procedimientos concursales	19
III.2. Los costes de un procedimiento concursal	23
III.3. Los procedimientos concursales en el derecho español	25
Capítulo IV. LOS AGENTES ECONOMICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES	28
IV.1. Comportamiento estratégico del deudor	28
IV.2. Comportamiento estratégico del acreedor	31
IV.3. Las diversas clases de acreedores. Análisis económico de los privilegios	34
IV.4. Los trabajadores como acreedores privilegiados	38
Capítulo V. LA EFICIENCIA DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL Y SU REFORMA	40
V.1. Una visión general	40
V.2. El principio de conservación y la gestión controlada	42
NOTAS	49
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUCCION

Este libro resume las ideas más importantes de una Memoria mucho más amplia que, con el mismo título, presenté a la Fundación Juan March el mes de junio de 1987. En esta Memoria, y en otros trabajos en curso de publicación, puede encontrarse un desarrollo ampliado de los temas aquí tratados, así como los datos estadísticos que, habiendo servido de soporte de algunas de mis conclusiones, no han podido ser incluidos en estas páginas.

Agradezco a la Fundación Juan March, y en especial al profesor don Aurelio Menéndez, el apoyo que, en todo momento, he encontrado en ellos para la realización de este estudio, que creo que aporta algunos puntos de vista novedosos a las ya largas discusiones sobre la reforma de nuestro derecho concursal.

I.- LOS ECONOMISTAS Y LA QUIEBRA

La quiebra es una institución jurídica que desempeña un papel importante en las economías de mercado. Aunque las leyes de quiebras¹ tienen, generalmente, gran complejidad, pues en ellas inciden muy diversos aspectos del ordenamiento jurídico, su racionalidad económica es clara: se trata un procedimiento de acción colectiva mediante el cual se lleva a cabo una reasignación de factores de producción a empleos en los que su productividad social sea más elevada.

Las normas concursales han sido objeto de estudio especialmente para los juristas, no para los economistas. La causa del interés de los primeros es clara, ya que las quiebras dan origen a una serie de problemas legales de naturaleza mercantil, civil, laboral, penal y procesal. Lo que ya no es tan fácil de explicar es por qué los economistas han prestado tradicionalmente tan poca atención a estos temas. La razón es, en mi opinión, doble. En primer lugar durante mucho tiempo se ha considerado que la quiebra es un procedimiento excepcional que sólo afecta a un número muy reducido de empresas y, en consecuencia, no es un tema merecedor de mayor investigación. Un buen ejemplo de esta visión de las quiebras es la obra de Adam Smith, quien afirmó - en un conocido pasaje de la La Riqueza de las Naciones - que la quiebra es un problema de poca relevancia económica, ya que apenas afecta a un uno por mil de los empresarios².

La segunda razón es la pérdida de interés que por las instituciones sociales y jurídicas se registra en el mundo de la teoría económica a partir del último tercio del siglo XIX. Aún a riesgo de simplificar, puede afirmarse que la teoría, desde la revolución marginalista, se fija como objetivo el análisis del comportamiento de los agentes económicos y los mercados en un marco social dado, en el que no se discute el derecho y las instituciones que fijan los límites a tales comportamientos. Habrá que esperar a las últimas décadas para encontrar un renacimiento de la economía política, entendiendo por tal aquel enfoque de la ciencia económica que amplía su campo de investigación para incluir en él variables políticas y jurídicas; es decir, el marco

institucional ya no se considera como un dato, sino como una variable susceptible de explicación dentro de los propios modelos económicos.

Es en este nuevo enfoque donde se deben situar corrientes como la teoría de la elección pública, o el nuevo análisis económico del derecho, que es la metodología utilizada en este estudio. El análisis de las leyes de quiebras, junto con el de otras normas jurídicas, ha empezado así a experimentar un cierto desarrollo que permite prever un crecimiento de este tipo de investigaciones en el futuro próximo.

Una de las características más importantes del análisis económico del derecho es su interés por la eficiencia de las instituciones jurídicas. Por eficiencia entenderemos aquí el grado de optimización en el uso de los recursos productivos de la sociedad que una determinada institución jurídica permite conseguir. Desde el punto de vista de la eficiencia no se entra a considerar la justicia o injusticia de un determinado resultado alcanzado como consecuencia de la aplicación de una norma jurídica, sino sus efectos sobre la asignación de recursos. En otras palabras, a la eficiencia del sistema sólo le interesará la cuestión de si el señor A, en vez del señor B, resulta ser el titular de un determinado derecho en cuanto la atribución de tal derecho a uno u otro pueda afectar a su uso óptimo.

La función tradicionalmente asignada al derecho es la administración de justicia; es decir, según la definición clásica, el dar a cada uno lo que le corresponde. Pero, desde este nuevo enfoque, función del derecho es también la creación de incentivos para que los agentes económicos logren el mejor empleo de sus recursos productivos. Naturalmente una de las funciones no excluye a la otra. Nadie defendería un derecho basado exclusivamente en criterios de eficiencia que olvidara la equidad. Pero lo que en la realidad sucede es, más bien, lo contrario. Son frecuentes las normas jurídicas diseñadas conforme a criterios tan respetables como, por ejemplo, la protección de la parte considerada más débil en una relación contractual, que han producido, sin embargo, ineficiencias en el sistema económico. Baste mencionar, por citar un caso bien conocido, nuestra legislación de arrendamientos urbanos,

en la que las medidas de defensa del arrendatario han dado origen a distorsiones muy ineficientes en el mercado de la vivienda y en el de capitales, sin duda no imaginadas por el legislador al promulgar la norma.

Un mérito del análisis económico del mercado es, sin duda, recordar que no basta con la equidad y la justicia al diseñar un buen sistema legal, sino que hay que considerar también si las normas jurídicas favorecen o dificultan la buena marcha de la economía, es decir, en definitiva, el bienestar de los ciudadanos.

II.- EL PROBLEMA DE LAS QUIEBRAS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LOS DATOS ESTADISTICOS

1.- Las fuentes estadísticas

No es posible comprender los problemas de las empresas sometidas a un procedimiento concursal solamente a través de los datos estadísticos. Se trata, en efecto, de fenómenos muy complejos; y los datos estadísticos sólo indican el resultado final de un proceso de crisis cuando ésta desemboca en un procedimiento concursal. Pero tal procedimiento, en muchas situaciones similares, habrá sido evitado mediante acuerdos extrajudiciales o, simplemente, mediante la desaparición de la empresa al margen de las normas concursales. En un derecho concursal tan defectuoso como el español, los agentes económicos utilizarán las posibilidades que éste les ofrece en un grado relativamente pequeño, dados los altos costes y escasas expectativas de éxito que les presenta. Una de las tesis de este trabajo es, precisamente, que sólo una pequeña parte de las crisis económicas en España desemboca en un procedimiento concursal. En consecuencia, las estadísticas deben verse con cierta reserva si intentamos obtener a partir de ellas una valoración de las crisis económicas de las empresas españolas.

Pero los datos estadísticos no son irrelevantes. Simplemente el hecho de que recojan un número pequeño de procedimientos es ya una indicación interesante de que en el mundo mercantil se buscan soluciones por otros medios y de que las normas concursales pueden necesitar una reforma en profundidad.

En este apartado vamos a pasar revista solamente a los datos más generales que las estadísticas españolas nos ofrecen y a discutir algunos aspectos de su elaboración. Su utilización en el estudio de problemas específicos se deja para los capítulos correspondientes, en los que se aborde cada cuestión.

En primer lugar, hay que señalar de qué fuentes estadísticas se dispone. Son éstas, por desgracia, escasas y en muchos aspectos insatisfactorias; si bien, a partir de 1981, se registra un cambio sustancial, al aparecer por primera vez la nueva publicación anual del Instituto Nacional de Estadística titulada Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras.

Estos volúmenes anuales se completan con la publicación de hojas mensuales, que ofrecen resultados provisionales en un plazo bastante breve.

Con anterioridad a la aparición de estas estadísticas, la fuente oficial para el estudio de procedimientos concursales eran los datos incluidos en los volúmenes de Estadísticas Judiciales que, con gran retraso - el volumen de 1980, por ejemplo, apareció en 1986 - publica el mismo Instituto Nacional de Estadística. En esta serie se ha recogido durante muchos años la estadística de procedimientos concursales, que fue implantada por Real Orden de 29 de agosto de 1923.

En los números de las Estadísticas Judiciales consultados para la preparación del cuadro 2-1, aparecen los datos de estos procedimientos en la sección correspondiente a Juzgados de Primera Instancia bajo encabezamientos diversos. En algunos casos el encabezamiento es solamente "Quiebras", mientras en otros es "Quiebras, concursos y suspensiones de pagos", y en otros, por fin, es "Quiebras, concursos, etc.". De un estudio conjunto de diversos volúmenes debe concluirse que el contenido es el mismo - el más amplio en todos los casos.

Hay que señalar también que lo que estas estadísticas recogen son las cifras de "asuntos despachados por sentencias o auto resolutorio", por lo que no está claro si se puede deducir de ellas directamente el número de procedimientos iniciados cada año. En todo caso hay una clara solución de continuidad con los datos disponibles a partir de 1981, obtenidos a partir de una serie de cuestionarios a rellenar por los Juzgados "siempre que se inicie un expediente de Suspensión de Pagos o Declaración de Quiebras".

El volumen de 1982 de Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras; presenta, en un anexo, la documentación enviada a los Juzgados para la obtención de datos. Lo más interesante es sin duda el "cuestionario", que debe ser contestado¹. Aparentemente tal cuestionario está bien diseñado. En él se solicitan datos sobre: a) La clase de empresa. b) La actividad económica de dicha empresa. c) Los importes del activo y pasivo del balance. d) En caso de suspensión de pagos, cuáles son las causas alegadas para solicitarla

y qué proposición se hace para el pago de los créditos. e) En caso de quiebra, de qué clase de quiebra se trata. Conviene señalar aquí que, al hablar de "clase de la quiebra", el cuestionario no hace referencia a las clases de quiebra que recoge el Código de Comercio en sus artículos 886 y siguientes, sino al hecho de quién solicita la quiebra, y en el caso de que el que lo haga sea un acreedor, cuál es la causa alegada.

Los datos, pues, son bastante completos. Pero estudiando los resultados obtenidos tras cinco años de aplicación del modelo, pueden señalarse algunas deficiencias. En primer lugar, todas las cifras se refieren al inicio del procedimiento. Esto significa que no tenemos ningún dato de lo que sucede después. Y no cabe duda de que sería muy importante saber cómo terminan realmente los procedimientos concursales; por ejemplo, si una suspensión termina o no con convenio, si este convenio responde en líneas generales al inicialmente presentado, etc. La segunda crítica se refiere al carácter excluyente de las opciones incluidas en algunas de las secciones del cuestionario. Tal carácter excluyente es lógico en una sección como la 3 (clase de empresa); en efecto, una empresa puede ser individual o sociedad limitada, o sociedad anónima, pero es claro que no puede ser dos de estas cosas a la vez. Distinto es, en cambio, el caso de las secciones 9 y 10 (causa de la suspensión y proposición que se hace para el pago de los créditos), ya que una empresa puede, al suspender pagos, tener simultáneamente problemas de liquidez y demanda. O puede, en su proposición de convenio, pedir, al mismo tiempo, una quita parcial de la deuda y una espera. No sé si la intención inicial sería esta exclusividad de las opciones, pero los resultados muestran que en la práctica se ha entendido así, reduciendo, en consecuencia, el valor informativo de estos datos.

2.- Significación de los datos

En los cuadros 2-1 y 2-2 se han recogido las dos series de datos del Instituto Nacional de Estadística. La primera se ha recopilado para el período 1955-1980; y la segunda para los años 1981-85. Una conclusión simple que puede obtenerse de ellas es que el volumen de quiebras y suspensiones de

pagos en España no ha alcanzado, ni siquiera en los años más duros de 1982 y 1983, un nivel muy alto; o al menos un nivel que se corresponda con la opinión generalizada de que en estos años era muy habitual que una empresa quebrara o suspendiera pagos. No es que la crisis no haya existido. Ciertamente ha habido una crisis que ha hecho que si, entre 1971 y 1974, la media de asuntos de procedimientos concursales era de unos 250, en el período 1981-1984 el número medio de procedimientos concursales iniciados alcanza los 996. Pero en términos absolutos, el número sigue siendo pequeño.

CUADRO 2-1

Quiebras, concursos y suspensiones de pagos: Asuntos despachados por sentencia o auto resolutorio por Juzgados de Primera Instancia (1955-1980).

<u>Años</u>	<u>Número</u>	<u>Años</u>	<u>Número</u>
1955	58	1969	293
1956	39	1970	374
1957	28	1971	340
1958	47	1972	258
1959	44	1973	201
1960	42	1974	206
1961	40	1975	353
1962	43	1976	421
1963	29	1977	445
1964	58	1978	547
1965	55	1979	588
1966	44	1980	710
1967	52		
1968	219		

Fuente: Instituto Nacional de Estadística: Estadísticas Judiciales.

CUADRO 2-2

Quiebras y suspensiones de pagos iniciadas entre 1981 y 1985 (Nueva serie del I.N.E.).

<u>Años</u>	<u>Suspensiones de pagos</u>	<u>Quiebras</u>	<u>TOTAL</u>
1981	819	144	963
1982	893	152	1.045
1983	841	159	1.000
1984	814	165	979
1985	459	136	595

Fuente: Instituto Nacional de Estadística: Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras

Esta idea de la escasez relativa de procedimientos concursales se confirma observando los datos presentados en el cuadro 2-3. En él se ha recogido el número de procedimientos de quiebra iniciados en una muestra de seis países en el período 1970-1979. Aunque los datos no son siempre homogéneos, es claro que la situación española es anómala por el número tan bajo de procedimientos que nuestras estadísticas registran. Creo que este resultado es un incentivo más para centrar el estudio en el derecho y las instituciones concursales españolas, ya que ha de ser ahí donde se encuentren las causas de esta disparidad.

CUADRO 2-3

Número de quiebras de empresas iniciadas cada año en una muestra de seis países.

Años	Francia	Italia	Alemania	EE.UU	G.Bretaña	Japón
1970	10.813	7.059	3.943	10.748	4.830	9.765
1971	10.675	6.498	4.255	10.326	4.512	9.206
1972	9.786	5.927	4.410	9.566	3.976	7.139
1973	9.441	4.578	5.277	9.345	3.475	8.204
1974	11.974	3.972	7.352	9.915	5.314	11.681
1975	14.868	4.422	8.942	11.432	6.821	12.606
1976	12.395	4.813	9.221	9.628	6.796	15.641
1977	13.842	5.097	9.444	7.919	4.177	18.741
1978	15.397	5.339	8.639	6.619	3.712	15.875
1979	15.606	5.740	8.253	7.564	-	16.030

Fuente: L. Marco, Le flux économique des faillites en France.
Lille 1984, pág. 371.

Como se indicó más arriba, la nueva serie del Instituto Nacional de Estadística ofrece datos sobre los activos y pasivos de las empresa en quiebra y suspensión de pagos. Hay una diferencia fundamental con respecto a la validez de estos datos. Mientras el pasivo suele responder con una cierta exactitud a las deudas de la empresa - dejando aparte posibles conductas fraudulentas de crear pasivos ficticios para reducir la parte a cobrar por algunos acreedores y favorecer a otros - ya que los propios interesados supervisan las cantidades correspondientes, no sucede lo mismo en el caso del activo. En efecto, es costumbre habitual en las suspensiones de pagos elevar artificialmente las valoraciones de los bienes del activo con el objeto de presentar un balance que parezca lo más saneado posible.

Podemos, además, conocer un dato no manejado con frecuencia, pero que tiene gran interés: el valor del pasivo medio, obtenido mediante la simple división del valor de los pasivos totales por el número de empresas. En nuestro país tal valor medio oscila alrededor de los 200 millones de pesetas de 1985,

lo cual parece una cifra bastante elevada dada la dimensión de las empresas españolas. No es fácil hacer estudios comparativos en este tema. A manera de ejemplo, cabe citar el cálculo que A. Sayag y H. Servat hicieron del pasivo medio de las empresas en quiebra en París el año 1979, obteniendo un valor de 2.736.000 francos². Puede observarse que esta cifra, actualizada a precios de 1985 y transformada en pesetas, daría valores bastante más bajos de los que hemos obtenido para la empresa española. Estos datos parecen apuntar la hipótesis de que los procedimientos concursales son utilizados escasamente en las crisis de las empresas más pequeñas y solo se acude a ellos cuando la empresa tiene una cierta dimensión. Tal hipótesis sería una de las razones de por qué las cifras españolas de quiebras y suspensiones de pagos son tan reducidas.

También las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística ofrecen datos sobre los sectores de las empresas sometidas a procedimiento concursal. Resulta interesante comprobar los bajísimos valores que representa el sector "Agricultura, pesca, ganadería, caza, silvicultura y pesca". Esto significa que los procedimientos concursales son, hoy por hoy, algo bastante extraño a este sector pese al gran número de empresas existentes en él. Pero como se trata en su mayoría de pequeñas empresas, parece, de nuevo, que son otros los procedimientos de liquidación o reforma empleados.

Una comparación internacional de estos resultados no es fácil, ya que la clasificación sectorial no es homogénea en los diversos países. Se ha intentado, sin embargo, una comparación tal a partir de los datos disponibles para la economía francesa (ver los cuadros 2-4A y 2-4B). Pese a la limitación que la falta de homologación supone, se pueden obtener algunas conclusiones interesantes. En primer lugar, el gran peso que el sector industrial tiene en las estadísticas concursales españolas al alcanzar valores entre el 44 y el 49 por ciento del total. En el caso de Francia tales porcentajes se reducen al 16 ó 18. En segundo lugar las cifras referidas al sector de la construcción son también más bajas en España, pese a la opinión generalizada - y posiblemente acertada - de que este ha sido uno de los sectores que más han sufrido en la crisis. Y, por fin, aunque las cifras francesas del sector "Comercio"

sean como promedio sólo ligeramente superiores a las españolas del sector "comercio, restaurantes, hostelería y reparaciones", hay que tener en cuenta la mayor amplitud de éste, por lo que es razonable suponer que una comparación referida estrictamente a las actividades comerciales indicaría una diferencia de porcentajes mucho más considerable. Estos resultados parecen por otra parte, coherentes, con los obtenidos sobre pasivos medios, más arriba comentados.

CUADRO 2-4A

Sectores de las empresas en quiebra en Francia (datos porcentuales).

	1981	1982	1983
Industria	18,19	16,59	17,67
Construcción	19,94	21,17	20,49
Comercio	33,44	33,66	34,15
Servicios y otros	28,40	28,62	27,68

Fuente: L. Marco, Le flux économique des faillites en France, Cuadros 41 y 42, pág. 482-483.

CUADRO 2-4B

Sectores de las empresas en quiebra o suspensión de pagos en España (datos porcentuales).

	1981	1982	1983
Industria	44,02	49,37	44,80
Construcción	14,95	10,14	9,30
Comercio, restaurantes, hostelería y reparaciones	27,72	27,36	35,00
Servicios y otros	13,29	13,11	10,90

Fuente: Elaboración propia, a partir de la Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras.

En resumen, ¿cuál es el tipo estándar de empresa que, según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística, ha estado en los últimos cinco años sometida en España a un procedimiento concursal?. Parece tratarse de una empresa media, cuyo pasivo oscila en torno a los doscientos millones de pesetas. Pertenece en el cuarenta y cinco por ciento de los casos al sector industrial, en mucho menor grado al comercio y solo muy raramente al sector de agricultura, pesca y ganadería. Las empresas más pequeñas y de determinados sectores tienden, a quedar fuera de estos procedimientos.

III.- LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

1.- Objetivos de los procedimientos concursales

Si bien la racionalidad última de la quiebra radica en la necesidad de una reasignación de factores de producción, no se agotan aquí los objetivos que se intentan alcanzar con los diversos procedimientos concursales.

En sus orígenes, por ejemplo, la quiebra fue una institución en la que los aspectos penales desempeñaban un papel fundamental. Un autor de ideas liberales como Adam Smith podía así afirmar a mediados del siglo XVIII, que era muy adecuado que se castigara con la pena de muerte a los quebrados con fraude¹.

Pero, pasando ya a lo que hoy es cuestión fundamental en una quiebra, el cobro de los créditos, el derecho concursal intenta eliminar los posibles enfrentamientos entre acreedores para obtener una mayor porción de los bienes del deudor. Todo acreedor tiene, en efecto, un incentivo claro para cobrar la mayor cantidad posible en detrimento de los intereses de los restantes acreedores. Para evitar situaciones conflictivas, se establecen procedimientos que beneficien a todos ellos en conjunto, reduciendo así los costes que supone el cobro en circunstancias tan especiales.

Un sencillo modelo de teoría de los juegos podrá ayudar a explicar la conveniencia del procedimiento cooperativo.

Supongamos, por simplificar, una crisis de una empresa que tiene solamente dos acreedores, A_1 y A_2 , cada uno de los cuales es titular de una deuda de 20 unidades. La situación de la empresa deudora es, sin embargo, tal que el máximo que cada uno de ellos puede aspirar a cobrar es 10 unidades. Se trata de ver cuáles serán los resultados según las estrategias que adopte cada acreedor. La solución está desarrollada en el esquema 3-1.

El significado de este esquema es el siguiente. Cada acreedor puede adoptar una de estas dos actitudes, pleitear independientemente y no pleitear independientemente y llegar a un acuerdo con el otro. Como la deuda sólo puede ser satisfecha parcialmente, es lógico que cada acreedor considere que debe actuar por su cuenta para obtener la máxima cantidad posible, 10, aunque el otro acreedor no obtenga nada. Este es el resultado de las casillas (1.2) y (2.1); pero nótese que sólo se alcanzará el valor 10 si el otro acreedor no reacciona ante la actuación del primero.

Si ambos acreedores actúan independientemente para obtener las 10 unidades llegarán al resultado de la casilla (1.1), es decir solo logrará cada uno 3 unidades. En cambio, si renuncian a una actuación independiente y ambos acuerdan actuar conjuntamente en un solo procedimiento, repartirán entre los dos las 10 unidades, es decir, obtendrán 5 cada uno, valores que aparecen en la casilla (2.2).

ESQUEMA 3-1

Comportamientos estratégicos de los acreedores ante una situación de insolvencia parcial del deudor.

		Estrategias de A_2	
		A_{2N}	A_{2C}
A_{1N}	Estrategias de A_1	(1.1) $A_1 = 3$ $A_2 = 3$	(1.2) $A_1 = 10$ $A_2 = 0$
		(2.1) $A_1 = 0$ $A_2 = 10$	(2.2) $A_1 = 5$ $A_2 = 5$

Acreedores: A_1 y A_2

Estrategias:

- C: estrategia de comparación entre los dos acreedores y no actuación independiente.
- N: estrategia de actuación independiente.

En este punto hay que explicar por qué la suma total de las cantidades obtenidas es diferente en las casilla (1.1) y (2.2). La razón está en el aumento de costes que supone para los acreedores pleitear en forma separada y enfrentada para obtener cada uno el total de los fondos disponibles. En resumen, la solución menos eficiente es claramente la (1.1); pero es la que probablemente se alcanzará, dado que cada parte intentará buscar la solución individual óptima, que no cabe duda que será la (1.2) para A_1 y la (2.1) para A_2 . Una solución cooperativa permite alcanzar la casilla (2.2) y evitar

la (1.1); en consecuencia la norma jurídica que establezca la obligatoriedad, de la actuación conjunta de los acreedores en el procedimiento de quiebra, será eficiente e incrementará el bienestar del conjunto de los agentes económicos.

Con el tiempo iría tomando cuerpo en las normas concursales otro objetivo. Se trata del mantenimiento de aquellas empresas que por su interés público o su utilidad social, fuera juzgado necesario o conveniente conservar. Hoy existe, en efecto una tendencia en diversos países a aplicar en vez de el tradicional principio de liquidación de la empresa en crisis, el de su conservación. En nuestro derecho, el Anteproyecto de Ley Concursal se acoge a este principio, y en su exposición de motivos se afirma con claridad que "la finalidad básica del concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su pervivencia"; y se introduce además la posibilidad de establecer una gestión controlada en la empresa. En el capítulo final de este estudio se analizará con mayor detalle esta solución de conservación.

Otro de los objetivos de la ley concursal puede ser la condonación de la totalidad de las deudas del quebrado. Es esta una institución característica del derecho anglosajón, donde se conoce con el nombre de "discharge of the bankrupt". Esta "discharge" que aparece en el derecho inglés a principios del siglo XVIII permite al quebrado liberarse de sus deudas, conservando al mismo tiempo una parte de sus bienes. La condonación de deudas tiene también su racionalidad económica, ya que ofrece al deudor un incentivo para poner a disposición de los acreedores la totalidad de sus bienes y no ocultarlos, a cambio de quedar liberado de deudas en el futuro.

En el marco de la llamada quiebra personal la aplicación de este principio puede tener consecuencias interesantes. Veamos brevemente el caso de los Estados Unidos, donde la Bankruptcy Reform Act de 1978 modificó la regulación de las quiebras personales, ofreciendo ventajas a los deudores que se acogieran a este procedimiento. El resultado fue de que una media de 180.000 procedimientos de este tipo al año antes de 1978 se pasó a más de 400.000 anuales en

promedio tras la entrada en vigor de la ley. La consecuencia no buscada de estos incentivos creados por la ley ha sido convertir, en muchos casos, la quiebra de un método cómodo de liberarse de deudas, no sólo con empresas sino también con la propia Hacienda Pública².

Tal planteamiento puede dar lugar a situaciones de dudosa justicia. Sería necesario, sin embargo, estudiar los resultados obtenidos por los acreedores, en la actualidad y los que obtendrían si no se hubiera promulgado esta ley para poder decidir con respecto a su eficiencia. Aunque se trata de una institución interesante, como la condonación general de deudas no es característica del derecho concursal español, no será estudiada en este trabajo.

Son muy diversos, en resumen, los objetivos que la legislación concursal puede perseguir. La restricción para ello son los costes de estos procedimientos, de los que se ocupa la sección siguiente.

2.- Los costes de un procedimiento concursal

En un procedimiento, cuyo objetivo es la reasignación de factores de producción con los menores costes, hay que distinguir, al estudiar éstos, dos cuestiones diferentes. La primera es un problema de eficiencia; lograr que tales costes sean lo más reducidos que se pueda; la segunda, en cambio, es un problema de distribución: decidir en qué grado cada uno de los agentes económicos que intervienen en la quiebra va a soportar tales costes. El objetivo de esta sección es la identificación y análisis de los costes de los procedimientos concursales, dejándose para un posterior capítulo la discusión de cómo las pérdidas se distribuyen entre los diversos grupos de acreedores.

La leyes de quiebras se han interesado especialmente por el establecimiento de normas que permitan alcanzar soluciones equitativas desde el punto de vista de la distribución, pero han olvidado, a menudo, el aspecto de la eficiencia. Si medimos la eficiencia en función de la minimización de

costes sociales, es preciso, en primer lugar, tratar de identificar cuáles son estos costes en el caso específico de los procedimientos concursales.

Tres son los principales tipos de costes sociales a los que puede dar origen un procedimiento de esta naturaleza. En primer lugar, la pérdida de valor que experimentan los activos de una empresa cuando son vendidos en el mercado para su utilización posterior por otra. Esta pérdida de valor se debe principalmente a que la productividad de un bien de capital concreto que forma parte de una estructura productiva más amplia se reducirá cuando se le saque de dicha estructura para insertarlo en otra diferente. El mercado atribuirá a cada activo un valor en función de los rendimientos medios esperados para un bien de esa naturaleza. Si, en la empresa que lo poseía inicialmente, su productividad era, por su integración en su estructura productiva, mayor que en la que otra podría obtener, existirá una divergencia entre el valor para aquella y el valor de mercado.

La causa es la no adaptabilidad perfecta de los bienes de capital en diferentes empleos y la formación de capital humano muy específico que puede tener lugar en la utilización de un bien de producción. Este último punto es también interesante. La moderna teoría del capital humano insiste en la importancia que tiene la formación dentro de la empresa, es decir, en la práctica del trabajo, como algo distinto de la formación en el centro de estudios. Ahora bien, una parte de esta formación en el trabajo será general - es decir, útil y aplicable en cualquier otra empresa del mismo o parecido sector - mientras otra será específica, es decir, especialmente adecuada a la concreta maquinaria o método de actuación característico de una empresa. Mientras la formación general no se perderá, y, en términos económicos, actuará, cuando la empresa desaparezca, como un efecto externo positivo, es el capital humano del segundo tipo el que puede desvalorizarse.

El segundo tipo de costes es el motivado por la no utilización de factores de producción, en el caso de que el procedimiento concursal interrumpa la actividad productiva habitual de la empresa. La paralización de la actividad productiva y la inmovilización de los bienes de capital durante el procedimien-

to origina costes sociales por dos motivos. Uno, el hecho mismo de que tales bienes tienen una productividad cero durante un determinado período de tiempo. El segundo motivo es la pérdida de valor que tales bienes pueden sufrir al quedar parados. Es habitual, en efecto, que, mientras dure el procedimiento, los activos sean confiados a un depositario, cuya única misión es, generalmente, garantizar que tales bienes no desaparezcan. De su actividad suelen quedar, en cambio, excluidos los trabajos de mantenimiento que tales activos con frecuencia requieren. Además, si el procedimiento es largo, puede añadirse a esta desvalorización la motivada por la obsolescencia del bien de capital, que hará muy difícil su posterior venta en el mercado. En resumen, los costes de este segundo tipo serán mayores cuanto más largo sea el procedimiento.

La última clase de costes hace referencia a los costes de procedimiento. En un procedimiento concursal la pluralidad de partes, que pueden diseñar estrategias conjuntas al margen de la ley - el deudor y un grupo de acreedores frente a los restantes acreedores, por ejemplo - da origen a diversos niveles posibles de gastos procesales, a pesar de que la ley de quiebras haya sido diseñada precisamente para disminuirlos. Como los activos del deudor no van a aumentar como consecuencia de estos gastos - lo que aumentará será la probabilidad individual de cada parte de mejorar su posición en situaciones conflictivas - un incremento de los recursos dedicados al procedimiento deberá considerarse como un crecimiento de costes sociales.

3.- Los procedimientos concursales en el derecho español

Una peculiaridad del derecho español es la existencia de un doble procedimiento - quiebras y suspensiones de pagos - para resolver situaciones de crisis de empresas. Tal característica tiene gran importancia en la actual práctica concursal española, en la que se ha llegado a la curiosa situación de que el procedimiento de quiebra apenas se utiliza mientras se tramitan muchas verdaderas quiebras como suspensiones de pagos.

En principio la utilidad de uno y otro procedimiento parece clara desde el punto de vista económico. Se trata de aplicar soluciones distintas a

situaciones diferentes. Más concretamente, la quiebra ha sido diseñada para la liquidación de empresas en situación de insolvencia, en las que el valor de sus bienes no es suficiente para cubrir la totalidad de su pasivo exigible. La suspensión de pagos debería en cambio ser un procedimiento que permitiera salir de una situación de crisis temporal a aquellas empresas cuyo activo supere en valor a su pasivo exigible y se encuentren con problemas para atender a sus pagos por falta de liquidez; es decir, en la propia terminología de la ley, no estén en una situación de insolvencia definitiva sino provisional³.

Como es bien sabido, la realidad no corresponde, sin embargo, a tal esquema teórico. Un breve análisis de las estadísticas disponibles confirmará esta afirmación. Como ya se indicó en el capítulo segundo, la nueva serie de la Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras se publica solamente desde el año 1981. Los datos recopilados en el cuadro 2-2 muestran que el número de procedimientos de quiebra iniciados en 1981 fue sólo el 17,5% del número de procedimientos de suspensiones de pagos; este porcentaje pasa a ser el 17,0% en 1982, el 18,9% en 1983, el 20,3% en 1984 y el 29,6% en 1985.

Resulta, además, que el valor medio del pasivo de las empresas en suspensión de pagos es superior al mismo valor en las empresas en quiebra. El valor de la suma de los pasivos de las empresas en quiebra fue en 1981 solo del 6,5% de la suma de los pasivos de las empresas que solicitaron suspensión de pagos, siendo los porcentajes de 5,8% en 1982, de 11,1% en 1983, de 15,3% en 1984 y de 13,0% en 1985. Es decir, no sólo va a la quiebra un pequeño porcentaje de las empresas que acuden al procedimiento de suspensión de pagos, sino que además, en valores medios, las empresas que quiebran son más pequeñas que las que suspenden pagos.

Sería erróneo, desde luego, deducir de estos datos que la mayor parte de las crisis empresariales españolas tienen su origen en problemas de liquidez. Es bien sabido, en cambio, que gran parte de las empresas que presentan suspensión de pagos hacen uso de este procedimiento por ser el medio legal más conveniente para ellas, tanto si se trata de liquidar definitivamente una empresa inviable como si se trata de reorganizarla sustancialmente y para

ello se piensa despedir un número elevado de trabajadores. Muchas de las suspensiones de pagos son, en definitiva, auténticas quiebras disimuladas en las que el valor de los activos de la empresa son aumentados artificialmente hasta lograr un neto patrimonial positivo y conseguir así evitar una situación legal de insolvencia definitiva.

La causa de este comportamiento hay que buscarla en los incentivos que cada procedimiento ofrece al deudor, que se analizarán en el capítulo siguiente. Si desde el punto de vista del análisis del derecho, es misión de las normas jurídicas la creación de incentivos para que los agentes económicos actúen de forma tal que se alcance el máximo bienestar social, no cabe duda de que la estructura actual de nuestro derecho crea en la práctica unos incentivos que no son coherentes con los objetivos que las propias leyes establecen en lo que se refiere al tratamiento diferenciado de las distintas situaciones de crisis empresarial.

IV. LOS AGENTES ECONOMICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

1.- Comportamiento estratégico del deudor

El deudor es el centro del procedimiento concursal y su situación económica es el origen del mismo. La naturaleza de los deudores puede ser muy diversa; pero en este capítulo, como en el resto del trabajo, nos centraremos en la figura del deudor empresario, estableciendo así una relación directa entre crisis empresarial y procedimiento concursal.

Haciendo ya referencia a la realidad española, la reflexión inicial se basará en un dato obtenido de las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística. Es éste que entre el 85 y el 90 por ciento de los procedimientos concursales son comenzados en nuestro país por los deudores, tomando la iniciativa los acreedores sólo en un porcentaje comprendido entre un 10 y un 15 por ciento de los casos. Estas cifras son lo suficientemente significativas para incitar a investigar el por qué de tales porcentajes. Intuitivamente puede ya darse una respuesta: no cabe duda de que el motivo está en que el deudor espera obtener de un procedimiento concursal ventajas mayores que las esperadas por los acreedores. Y, comparando las cifras disponibles se puede concluir que el deudor, además, espera obtener más ventajas de una suspensión de pagos que de una quiebra voluntaria, aún en el caso de que su intención final sea la de liquidar su empresa.

Analicemos brevemente cuáles son estos beneficios esperados. En primer lugar, si el objetivo es la continuación de la empresa y la crisis se debe a problemas de liquidez y a la necesidad de proceder a la reestructuración de aquélla, el procedimiento de suspensión de pagos es el que más ventajas ofrece al deudor. Le permite conservar la administración de sus bienes y le da una posición frente a los acreedores en la que puede negociar a cubierto de amenazas de embargo o de una declaración de quiebra. Además el Estatuto de los Trabajadores ofrece un incentivo interesante para que se acuda a este procedimiento. Se trata de la disposición contenida en el número 2 del artículo 33 de este texto legal, que establece que el Fondo de Garantía Salarial, en casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores

abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de contrato, con el límite de una anualidad, sin que el salario base del cálculo exceda del duplo del salario mínimo interprofesional. Esta norma, dictada, sin duda, para proteger a los trabajadores que pierden su empleo a causa de una quiebra o suspensión de pagos y que, en consecuencia, tengan dificultades para cobrar su indemnización, ha tenido, sin embargo, un efecto no buscado, que es el de dar incentivos a las empresas para reducir su plantilla mediante una suspensión de pagos, dada la rigidez del mercado de trabajo y las dificultades que encuentran para efectuar despidos de otra forma.

También, muy a menudo, se utilizan las ventajas del procedimiento de suspensión de pagos para liquidar una empresa no rentable o con malas expectativas. Y en muchos de estos casos, como se ha apuntado, se tratará de verdaderas quiebras encubiertas tramitadas como suspensiones de pagos. Las estadísticas por sí mismas no permitirían, sin embargo, sospechar tal cosa. Si se analizan las causas alegadas en las Memorias para solicitar la suspensión de pagos, resulta curioso observar que dos terceras partes de estas Memorias señalan que el problema es la falta de liquidez; y que son muy pocas las que indican una baja de productividad. Es cierto que estos datos deben ser mirados con una cierta reserva ya que, como se apuntó en el capítulo segundo, la elección de una respuesta excluye a las demás. Pero, aún así, es significativa la insistencia en la falta de liquidez. La razón es, seguramente, un deseo de ajustarse formalmente a los objetivos de la Ley de Suspensión de Pagos, para que el juez admita la solicitud; y, una vez amparado por la declaración de suspensión, desarrollar la estrategia deseada.

Una de las principales ventajas para el deudor que desea liquidar la empresa amparándose en este procedimiento es la no existencia de retroacción siempre que se presenta un balance que permita calificar la insolvencia como provisional y siempre que, naturalmente, ningún acreedor inste la quiebra una vez levantada la suspensión, en los casos en que no se alcance un convenio. Tales solicitudes de quiebra son, sin embargo, bastante raras.

El deudor puede tener buenos motivos para querer evitar que puedan revocarse contratos realizados con anterioridad al comienzo del procedimiento. Por una parte, la incertidumbre sobre si un contrato es o no anulable puede dar lugar a pleitos largos y enojosos. Por otro lado, el deudor tiene claros incentivos para llegar a acuerdos parciales con sus acreedores antes de la suspensión de pagos, beneficiando a algunos a costa de los demás. En efecto, el valor esperado de las relaciones comerciales futuras con los distintos acreedores no será el mismo en todos los casos. Si un empresario desea reemprender actividades económicas con un nuevo negocio, le convendrá intentar evitar la mala imagen comercial creada, conservando buenas relaciones con aquellas empresas con las que en el futuro necesite o le convenga trabajar.

Especial es el caso de los bancos. En España es muy habitual que las instituciones financieras aparezcan en los procedimientos concursales como acreedores privilegiados. A veces como garantía de un préstamo se constituye directamente una hipoteca sobre los bienes inmuebles de la empresa. Pero en otras ocasiones, estos préstamos se dan con garantía personal del empresario. En estos casos, cuando se ve próximo el riesgo de una quiebra o suspensión de pagos, el empresario tratará de defender su propio patrimonio, bien mediante la devolución anticipada de créditos y préstamos, bien mediante su aseguramiento con hipotecas, si la empresa dispusiera aún de bienes inmuebles para ello.

La Ley persigue, naturalmente, este tipo de acciones porque van directamente contra el principio básico de los procedimientos concursales que es la acción cooperativa. Pero al no perseguirlos en caso de insolvencia provisional - ya que acepta la ficción de que un balance con un neto patrimonial positivo significa la posibilidad de pagar a todos los acreedores - se crean incentivos claros para que los deudores hagan uso de este procedimiento.

La quiebra voluntaria es una posibilidad a la que también puede acudir el deudor que busque la liquidación de su empresa en crisis. Pero el riesgo de la retroacción, junto con los problemas que suponen la mayor duración y complejidad del procedimiento e incluso el mayor riesgo penal existente, hacen que esta solución se utilice en mucho menor grado. En efecto, entre

1981 y 1985 el número de quiebras declaradas a petición del deudor ha sido de, aproximadamente, 50 cada año, frente a un número de suspensiones de pagos que, con la única excepción de 1985, ha sido superior a 800.

Con todo, las quiebras voluntarias suponen, aproximadamente, la tercera parte del total de quiebras declaradas en España, lo que muestra, una vez más, el escaso interés de los acreedores por este procedimiento. Dejando aparte las quiebras voluntarias, las estadísticas indican que alrededor del 90 por ciento de las quiebras instadas por los acreedores lo son por ejecución individual sin bienes suficientes para el pago y por sobreseimiento general, por parte del quebrado, en el pago corriente de sus obligaciones. Llama, en cambio, la atención el escasísimo número de quiebras que se dan por incumplimiento por parte del quebrado del convenio aprobado en la suspensión de pagos. No tenemos, por desgracia, el dato del número de procedimientos de suspensión de pagos que desembocan en una quiebra, pero parece que ha de ser bastante bajo. La explicación de estos hechos exige analizar ahora el comportamiento de los acreedores.

2.- Comportamiento estratégico del acreedor

Toda operación de préstamo o crédito, o de venta de bienes o servicios con pago diferido lleva implícito un riesgo de que el deudor no pague o satisfaga su deuda sólo parcialmente. Si, en la sección anterior veíamos cómo el deudor puede tener incentivos para llegar a acuerdos parciales con los acreedores, hay que señalar aquí, desde el punto de vista del acreedor, que tales incentivos también existen para éste. En efecto, si el acreedor logra un acuerdo con el deudor antes de que comience el procedimiento concursal, puede entrar en éste en una situación de privilegio que le permita obtener mejores resultados que los que lograría como parte del grupo de los acreedores ordinarios. Como ya se indicó, en este comportamiento está uno de los fundamentos del principio de retroacción.

Si existen incentivos, tanto para deudores como para acreedores, para llegar a este tipo de acuerdos y puede evitarse la aplicación del principio de retroacción debe esperarse encontrar en la realidad tales pactos. En efecto, estos acuerdos son habituales en la práctica concursal española en el período inmediatamente anterior a una suspensión de pagos.

Ahora bien, en respuesta a estos pactos, los acreedores que no han sido beneficiados por el deudor, y resultan, por tanto, perjudicados tienen un recurso a su disposición: no aceptar el convenio propuesto en la suspensión de pagos e instar la quiebra en cuanto la suspensión se levante. Ya se ha señalado, sin embargo, que - aunque no hay estadísticas precisas - parece que las suspensiones de pagos que desembocan en un procedimiento de quiebra son muy pocas, a pesar de que los acuerdos previos deudor-acreedores se dan en gran número de casos. La pregunta es, entonces, ¿por qué hay tan pocos acreedores dispuestos a pedir la declaración de quiebra?.

La respuesta parece sencilla. La razón ha de ser que los costes esperados para el acreedor son superiores a los beneficios que espera obtener si insta la quiebra. Sin embargo, la conducta del acreedor es más compleja, ya que en la práctica concursal las amenazas de no aceptar el convenio y pedir la quiebra son habituales; y, en algunos casos, nos encontramos con quiebras instadas por acreedores, cuya rentabilidad en términos de costes y beneficios es bastante dudosa.

Para explicar tal comportamiento necesitamos acudir a un modelo que considere al acreedor no como optimizador en un procedimiento determinado, sino como buscador del máximo beneficio a largo plazo, en una serie de procedimientos concursales, en los cuales la estrategia de los deudores de procedimientos posteriores se vea condicionada por la estrategia seguida por el acreedor en procedimientos previos. Es decir, la estrategia seguida en el caso 1, no buscaría solamente lograr los máximos valores en dicho caso, sino también en los casos 2, 3... n. Al instar una quiebra y causar así perjuicios al deudor, el acreedor está creando expectativas, en sus restantes deudores, de que en caso de realizar acuerdos previos en los que él quede al margen, es fácil que se encuentren con una declaración de quiebra. El valor de la creación

de expectativas será tanto más alto cuanto mayor sea el volumen de los créditos y más elevado el número de deudores de un determinado acreedor; lo que puede explicar por qué lo que no es rentable para un acreedor determinado sí puede serlo, por ejemplo, para una compañía de seguros que cubra riesgos por créditos fallidos.

La práctica concursal española parece indicar, sin embargo, que ni siquiera el condicionamiento de expectativas futuras tiene muchas ventajas para el acreedor si las comparamos con las desventajas que los costes y la duración de un procedimiento de quiebra le suponen. Este tipo de estrategia a largo plazo no parece, en efecto que haya hecho aumentar sensiblemente el número de quiebras; pero debe tenerse en cuenta, en todo caso, como factor explicativo válido de algunos casos específicos de quiebra instada por los acreedores.

Al estudiar la racionalidad de las estrategias adoptadas por los acreedores, hay que tener en cuenta que el valor real de la pérdida ocasionada por la insolvencia del deudor será, en la mayor parte de los casos, más reducida que lo que la cifra contable indique. Esto es debido, no sólo a la tradicional distinción entre daño emergente y lucro cesante, sino también a dos razones importantes, la existencia de impuestos sobre beneficios y la posibilidad de contratar en el mercado seguros de crédito.

El sistema fiscal convierte al Estado en socio de los beneficios y pérdidas de la empresa. Aunque pueda parecer extraño, a nuestros efectos el impuesto sobre el beneficio de las sociedades actúa, para el titular de créditos fallidos, como un seguro parcial, en cuanto le permite deducir de la base imponible sus pérdidas y rebajar, por tanto, la cuota a pagar. El mercado de seguros, por su parte, ofrece la posibilidad de que los riesgos por créditos fallidos puedan ser trasladados a empresas especializadas. En esencia, se trata de cambiar un coste elevado - el crédito fallido -, pero con una probabilidad de pequeño valor, por un coste reducido - la prima - pero con probabilidad igual a uno. Ciertamente estos seguros, debido sobre todo al principio de "moral hazard", no cubren la totalidad de la pérdida, pero sí una cantidad lo suficientemente importante (hoy en España hasta el 75 por ciento) como para que el acreedor asegurado modifique su conducta en el

procedimiento en el sentido de limitarse a esperar la indemnización que puede corresponderle, mientras es la compañía de seguros la que pasa a actuar.

3.- Las diversas clases de acreedores. Análisis económico de los privilegios

Las conclusiones anteriores deben matizarse en el sentido de que no todos los acreedores de un procedimiento concursal se encuentran en la misma situación, ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista legal. Por una parte, aunque todos tengan el objetivo común de lograr la mejor posición posible en el cobro de sus créditos, es claro que no puede ser la misma la actitud de un banco al que una hipoteca garantiza el cobro de su deuda, que la de un proveedor que puede perder la totalidad de su crédito y la de un trabajador, quien, intenta además de percibir sus salarios atrasados, conservar su puesto de trabajo. Por otra parte, todas las leyes de quiebras establecen prioridades en el cobro de créditos cuando la totalidad de las deudas no puede ser satisfecha.

Es necesario, por tanto, analizar cuál es el fundamento económico de estas prioridades, que, con frecuencia, son objeto de fuertes críticas por parte de los acreedores menos favorecidos. Este problema ha recibido no poca atención por parte de los estudiosos de los procedimientos concursales, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de si los privilegios se basan en razones de eficiencia o en razones de distribución de la carga entre los acreedores.

El sistema de privilegios actualmente vigente en el derecho español tiene su fundamento legal en la prelación de acreedores que establecen los artículos 913 y siguientes del Código de Comercio. No nos detendremos aquí a detallar tal orden de prelación por ser un tema bien conocido. Aun a riesgo de simplificar en exceso y caer en una cierta imprecisión, se va a establecer una clasificación mucho más sencilla, que permita situar a los acreedores en una de las tres siguientes categorías: acreedores ordinarios, acreedores privilegiados y trabajadores. Aunque estos últimos forman parte ciertamente del grupo de los acreedores privilegiados, se ha considerado que tienen espe-

ciales características que les hacen merecedores de un tratamiento diferenciado.

En la práctica los acreedores privilegiados son, en la mayor parte de los casos, las instituciones financieras, los bancos especialmente. Esta estrecha correlación entre acreedores privilegiados y bancos fomenta la actitud que contra los privilegios tienen los acreedores comunes, que ven cómo son los acreedores más fuertes los que cobran, mientras ellos reciben muy poco y, con frecuencia, nada. Esta situación no se da sólo en España, ya que parece estar en cambio muy generalizada. Veamos, como ejemplo, los datos estadísticos obtenidos en Alemania el año 1982, que ofrecen los siguientes resultados. En el año 1982, el 74 por ciento de las peticiones de quiebras presentadas ante los tribunales tuvieron que ser rechazadas, porque los bienes disponibles para los acreedores comunes eran insuficientes para cubrir los costes del procedimiento. Esto significa simplemente que la mayor parte de los bienes de estas empresas garantizaban el cobro de los acreedores privilegiados. De las peticiones de quiebra aceptadas en principio por los tribunales hubo que abandonar, antes de su conclusión, el 28 por ciento, al comprobarse, en el transcurso del procedimiento, que no había recursos para satisfacer los gastos. Se ha calculado también la media de cobro de los acreedores no privilegiados para el período 1970-1981, obteniéndose resultados muy bajos, que oscilan entre el 2,3 y el 5,8 por ciento. En cambio, se ha calculado que el valor medio obtenido en la venta de los bienes que garantizaban el cobro de los acreedores privilegiados, alcanzaba el 70 por ciento de su valor declarado¹.

¿Por qué el derecho de quiebras acepta una discriminación tan grande entre acreedores privilegiados y ordinarios?. La respuesta más habitual a esta pregunta es que la existencia de privilegios es eficiente, en cuanto los beneficios que la empresa deudora y los acreedores privilegiados obtienen son superiores a las pérdidas ocasionadas a los acreedores ordinarios. Más concretamente, la garantía hipotecaria u otros privilegios permiten a la empresa obtener créditos en unas condiciones que no lograría sin ofrecer tales garantías. En efecto, el interés que un deudor paga cuando obtiene un préstamo o un crédito consta de varios elementos. En primer lugar el prestatario debe pagar una cantidad que compense al prestamista por la no

disponibilidad de fondos durante un determinado período de tiempo; en segundo lugar, debe pagar una cantidad que compense al prestamista por la desvalorización que sufre el dinero como consecuencia de la inflación. Y, por fin, debe pagar una cantidad que remunere al prestamista por el riesgo que éste sufre de perder el dinero prestado. Es en este último punto donde entra en juego la garantía del crédito que, al reducir el riesgo de pérdida del prestamista, permite al prestatario obtener créditos a coste más bajo. En muchos casos las instituciones financieras simplemente negarían los créditos solicitados si la empresa que los pidiera no ofreciera una garantía real o personal. Es cierto que en un mercado teórico siempre habría un tipo de interés lo suficientemente elevado como para hacer que alguien prestara dinero con alto riesgo. Pero generalmente las instituciones financieras no operan así. Los diferenciales entre los tipos de interés aplicados a operaciones de riesgo diverso no suelen ser muy elevados, y los bancos prefieren simplemente no hacer la operación en caso de fuerte riesgo.

En todo caso, es importante insistir en la idea de que no es la ley de quiebras la que establece la mayor parte de los privilegios en el cobro de créditos. Estos suelen deberse a derechos creados con anterioridad, que la ley de quiebras debe respetar. Y debe hacerlo porque, en el supuesto contrario, podríamos llegar a soluciones ineficientes en las que se utilizara la quiebra como medio de lograr el cobro de cantidades que, sin ella, no serían posibles. Veamos un sencillo ejemplo. Supongamos que, siguiendo las recomendaciones de algunos estudiosos del tema, una ley de quiebras estableciera que un determinado porcentaje del valor de los bienes que garantizan el cobro de los créditos privilegiados - un 25 por ciento, por ejemplo - debe entregarse, en caso de quiebra, a los acreedores ordinarios². De esta norma no sólo se seguiría que los acreedores privilegiados exigirían garantías de mayor valor, sino también - y esto es lo que aquí nos interesa - que los acreedores ordinarios tendrían un claro incentivo para iniciar procedimientos de quiebra como medio de mejorar su posición relativa en el cobro. La quiebra dejaría así de ser un procedimiento de acción colectiva, neutral con respecto a los créditos legítimamente contraídos, para convertirse en un instrumento jurídico creador de nuevos derechos. No es difícil prever que, en estos casos, el número de quiebras tendería a aumentar en forma ineficiente.

Esta crítica a la visión de la quiebra como creadora de derechos no significa afirmar que la forma de ejercitar su derecho, por parte de los acreedores privilegiados, no pueda tener limitaciones. Puede defenderse en cambio, que debe tenerlos, precisamente para el logro de la mayor eficiencia en la acción colectiva de los acreedores. Más concretamente, no es lo mismo el reconocimiento de un privilegio establecido antes de la quiebra - por una hipoteca, por ejemplo - que la forma de hacer efectivo el cobro de dicho crédito mediante la ejecución del bien inmueble - en nuestro caso - cuando el acreedor juzge conveniente.

Ya se ha defendido en páginas anteriores de este trabajo, la idea según la cual el valor de los bienes que integran el activo de la empresa es, generalmente, superior cuando son considerados conjuntamente como una estructura productiva que cuando son vendidos aisladamente. La venta de un bien por parte de un acreedor privilegiado para el cobro de su crédito puede así reducir el valor del activo de la empresa en una cantidad mucho mayor que la obtenida por dicho acreedor. Ahora bien, tal pérdida no sólo se evita - como a veces se afirma - en los casos de conservación de la empresa, sino también en aquéllos de liquidación en los que puedan venderse en forma conjunta secciones de la empresa o grupos de activos.

Por ello resulta positivo el cambio que el Anteproyecto de Ley Concursal introduce, con respecto al derecho vigente, en los artículos 290 y siguientes. En estos artículos se atribuye al síndico del procedimiento concursal la facultad de optar por atender, con cargo a la masa, al pago de los créditos privilegiados o por la realización de dichos bienes. Se permite así mantener - si se juzga conveniente para la conservación o venta de la empresa - dentro de la unidad productiva activos que se consideren importantes; y, al mismo tiempo, subsisten los derechos previamente existentes al cobro preferente de los acreedores privilegiados.

4.- Los trabajadores como acreedores privilegiados

Los fundamentos del derecho de quiebras que hoy existe se desarrollaron en un marco económico caracterizado por el predominio de los contratos de derecho privado, libremente pactados por las partes, y por un bajo nivel de regulación estatal de las actividades económicas. Y es así como continúa estando diseñada esta institución en la mayor parte de los países de economía no planificada. Pero sería cerrar los ojos a la realidad no aceptar que se han producido variaciones importantes en el marco en el que debe actuar el derecho concursal en la actualidad. No sólo la regulación y la intervención estatal han modificado el sentido original de muchas operaciones comerciales, sino que además las relaciones entre empresas y trabajadores han adoptado una forma especial, muy distinta de la que tiene una relación entre dos empresas que realizan operaciones de compraventa o arrendamiento de bienes o servicios.

De acuerdo con este principio general, la situación de los trabajadores frente a su empresa, cuando esta se encuentra en quiebra, ha pasado a ser muy diferente de las de los demás acreedores. Las normas concursales españolas reconocen a los trabajadores, al igual que las de otros países, una serie de privilegios para el cobro de sus créditos de los que no disfrutaban otros acreedores.

Si bien el derecho a indemnización por despido y el cobro preferente de los créditos de los trabajadores pueden ser explicados desde el punto de vista de la eficiencia económica, algunas disposiciones legales establecen en nuestro derecho métodos ineficientes al regular la forma de hacerlos efectivos. Entre los diversos problemas que se plantean en nuestra práctica concursal pueden mencionarse dos especialmente significativos: El primero es la imposibilidad de contabilizar en el balance las indemnizaciones por despido "potenciales". Y el segundo la posibilidad que a veces se ofrece a los trabajadores de vender bienes de la empresa, al margen del procedimiento concursal ordinario, para cobrar sus créditos por salarios.

En el primero de los casos se obliga al juez a utilizar el balance como instrumento básico para determinar si una insolvencia es provisional o definitiva, mientras el mercado valora la empresa de forma muy distinta, ya que tiene en cuenta el coste de reducir la plantilla de trabajadores, si la viabilidad del negocio así lo requiere. En el segundo, por el artículo 32-5 del Estatuto de los trabajadores, se permite a éstos romper el principio de acción colectiva de la quiebra, pese al aumento de costes sociales que tal hecho implica.

Se trata de dos cuestiones, sin duda, muy diversas. Pero la ineficiencia que en ambos supuestos se produce tiene el mismo origen: la incompatibilidad que existe entre los principios tradicionales del derecho de quiebras, aun vigentes, y la mucho más reciente regulación de los mercados de trabajo. No es coherente, en efecto, diseñar un procedimiento eficiente de quiebras, basado en la prohibición de que cada acreedor intente hacer efectivo su crédito en forma aislada, y permitir, al mismo tiempo, que un grupo de acreedores - los trabajadores - venda separadamente activos de la empresa quebrada. Y no se debe centrar la actuación de los jueces en el balance de una empresa, cuando dicho balance no recoge las obligaciones que las regulaciones del mercado de trabajo exigen a las empresas con respecto a los trabajadores. Una coordinación de las regulaciones laborales y de las leyes de quiebras es, por tanto, una condición que es necesario tener en cuenta en cualquier proceso de reforma de las leyes de quiebras que se vaya a emprender.

V. LA EFICIENCIA DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL Y SU REFORMA

1.- Una visión general

Se ha señalado ya que el escaso número de procedimientos concursales, y especialmente de procedimientos de quiebra, que tienen lugar en nuestro país, es un síntoma de que, para los agentes económicos, aquéllos están regulados por normas poco eficientes, cuya utilización se evita en gran número de casos. Hay que decir, sin embargo, que la suspensión de pagos, tal como aparece diseñada originalmente en la Ley de 1922 - es decir, como un procedimiento dirigido a solucionar problemas de liquidez - es eficiente en términos de la minimización de los costes estudiados en el capítulo tercero de este trabajo. En efecto, en caso de falta de liquidez, se trata de un procedimiento cuyos costes no deberían ser muy elevados, cuya duración no debería ser demasiado larga y en el cual, dado que las actividades producidas de la empresa no se interrumpirán, no habría pérdidas en la reasignación de activos. En la práctica los resultados obtenidos son, en cambio, muy diferentes. El procedimiento resulta ineficiente tanto porque la propia ley ofrece incentivos para que su finalidad quede desvirtuada al utilizarse con gran frecuencia para la liquidación de empresas, como porque la estructura de la administración de justicia española hace ilusorios los principios de rapidez antes apuntados. Además, la utilización del desafortunado artículo 32 del Estatuto de Trabajadores, rompe la unidad del procedimiento y el principio de acción cooperativa que, en nuestro modelo, es la base de la eficiencia de un procedimiento concursal.

La posibilidad de acudir a la quiebra no significa una mayor eficiencia. El procedimiento de quiebra es, en efecto, aún más largo y más costoso que el de suspensión de pagos. La misma reticencia a utilizarlo por parte de los acreedores, que hacen uso de él con frecuencia solo como amenaza en su juego de estrategia, es buena muestra de lo poco que los agentes económicos esperan de él.

Ante esta situación, hay acuerdo generalizado sobre la necesidad de una reforma. Uno de los medios que al Anteproyecto de Ley Concursal utiliza para lograr un aumento de eficiencia es el cambio del objetivo básico del procedimiento, que pasa en él a ser la conservación de la empresa en crisis. En la sección siguiente se discutirá este principio. Pero es preciso apuntar aquí la idea de que para lograr un aumento de eficiencia no es necesario suscribir el principio de conservación de la empresa. Puede, en cambio, lograrse mayor eficiencia manteniendo el tradicional principio de liquidación. Para ello sería preciso arbitrar instrumentos que permitieran a los administradores del procedimiento concursal la venta de los activos de la empresa en el plazo más breve y con los menores costes posibles. Y hay que insistir en que la venta de activos no significa necesariamente el desmembramiento de las unidades productivas de la empresa. Con frecuencia ésta podrá venderse entera, o podrán sacarse al mercado secciones completa de ellas, y repartir entre los acreedores los ingresos obtenidos. Por ello merecen un juicio favorable en el Anteproyecto tanto la propuesta derogación del artículo 32-5 del Estatuto de los Trabajadores como la posibilidad de recuperación por el síndico de los bienes que constituyen garantía de créditos privilegiados. Tal reforma facilitaría, en efecto, el tipo de ventas globales aquí defendido. Pero no parece, en cambio, que en el Anteproyecto se haya diseñado un procedimiento adecuado para la venta rápida de las empresas en crisis, tal vez por que sus autores se hayan preocupado en exceso por lograr su conservación. Y un procedimiento pensado para mantener la empresa no es, seguramente, el más indicado para la liquidación rápida.

De acuerdo con el modelo que inspira este estudio, la elección de uno u otro objetivo habría de basarse en la reducción de costes sociales que cada uno de ellos permite. Y existe el peligro de que el Anteproyecto haya minusvalorado seriamente los costes que para la sociedad supondría la aplicación sistemática del principio de conservación. La sección siguiente desarrolla este punto.

2.- El principio de conservación y la gestión controlada

En los estudios realizados en las últimas décadas en diversos países sobre el derecho concursal y su reforma, una de las ideas que aparecen con más fuerza es la conveniencia de evitar lo más posible las quiebras tradicionales seguidas de liquidación y la defensa, en cambio, de su continuidad por razones de "interés público" o "utilidad social", cualquiera que sea la forma en la que se definan estos vagos conceptos. Este supuesto interés público cobra mucha más fuerza cuando, debido a una coyuntura depresiva, la tasa de paro es alta y se piensa que la desaparición de empresas en situación de quiebra puede hacer que crezca aún más. Un buen ejemplo de estas ideas lo encontramos en la ley italiana de 3 de abril de 1979 sobre "Administración extraordinaria", cuya promulgación se justifica por la gravedad de la situación económica¹. Un economista considerará sin duda algo extraño que el legislador intente actuar sobre la crisis con una norma de esta naturaleza, pero el hecho es que la crisis económica de la última década se ha utilizado no pocas veces como argumento en favor de la conservación de empresas.

Las normas legales que intentan evitar quiebras con liquidación en determinadas ramas de la industria o los servicios no son, en absoluto, algo nuevo en nuestro país. Basta pensar en la antigua Ley sobre Quiebra de las Compañías de Ferrocarriles, Canales y demás obras públicas promulgada en 1869, como consecuencia precisamente de una situación de crisis económica; o en la Ley sobre intervención en empresas mercantiles, promulgada en 1939, inmediatamente después del final de la guerra civil; o más recientemente la creación del Fondo de Garantía de Depósitos y la constitución de la Corporación Bancaria en 1977 y 1978; por no citar el famoso Real Decreto - ley de 23 de febrero de 1983 por el que se expropiaban las empresas del grupo Rumasa, alegándose motivos de utilidad pública e interés social. Pero estas leyes se refieren o bien a sectores específicos (ferrocarriles, obras públicas o bancos) que generan indudables efectos externos en la economía; o bien a situaciones especiales, como los años de postguerra - aunque la norma se utilizara alguna vez muchos años después -; o a casos tan particulares como la peculiar expropiación del grupo Rumasa. Nunca hasta ahora se había presentado principio de conservación de la empresa como objetivo general de la política pública. Es

en este sentido en el que la propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal de crear un nueva institución, denominada gestión controlada, es algo nuevo que merece ser comentado.

Desde el punto de vista del análisis económico, la gestión controlada, y los procedimientos similares que existen en otros países pueden ser entendidos como un modelo de segundo óptimo. Con este término, los economistas hacen referencia a aquellas situaciones en las cuales se recomienda algún tipo de intervención por no cumplirse las condiciones que permiten alcanzar la situación de óptimo. Mas concretamente, una empresa en funcionamiento que, en condiciones de libre mercado, obtenga beneficios es una empresa que no solamente es buena para sus propietarios, sino también para la sociedad en su conjunto. La razón es que el valor que el mercado asigna a los factores de producción utilizados por la empresa es inferior al valor que el mercado asigna a su producción, generándose así un excedente. Esta es la situación preferible. Pero puede darse el caso de empresas que sistemáticamente sufran pérdidas, es decir que utilicen mal los recursos productivos de la sociedad, ya que el mercado valora más tales recursos que los productos elaborados por la empresa. Estamos así ante una empresa abocada a la quiebra.

La idea básica que tradicionalmente ha inspirado las leyes de quiebras es, como hemos visto, la conveniencia de la reasignación de los factores de producción hacia empresas rentables. Pero con los procedimientos de gestión o administración controlada se trata de conservar la empresa para evitar los costes sociales que su liquidación originaría. Siendo imposible alcanzar una situación de primer óptimo - es decir, una empresa eficiente y con beneficios en libre funcionamiento - se recomienda una situación de segundo óptimo consistente en una gestión controlada.

Este tratamiento del problema de la adopción o no del principio de conservación en términos de un modelo de segundo óptimo es útil en cuanto nos permite replantearlo en estrictos términos de costes comparados. El criterio para su adopción deberá ser, por tanto, que los costes sociales de la conservación de la empresa en régimen de gestión controlada sean inferiores a los costes de liquidación. Ya se han analizado en un capítulo anterior los princi-

pales costes de un procedimiento liquidatorio (reducción del valor de los activos, desempleo de recursos y gastos de procedimiento). Se trata de costes que pueden apreciarse sin gran dificultad y que incluso, como en el caso del desempleo de recursos, causan impacto en el ciudadano. Los costes de mantener en funcionamiento una empresa no rentable son, en cambio, más difíciles de comprender. Se trata, sobre todo, de los costes que para la sociedad supone tener sus recursos productivos mal empleados, lo que da origen a una reducción de renta nacional y, por tanto, del bienestar social. Pero, por ser más difíciles de captar, estos costes tienden a ser minusvalorados frente a los de liquidación. El resultado de esta miopía es considerar satisfactoria una solución - la conservación de determinadas empresas - a menudo muy ineficiente para la sociedad.

El Anteproyecto de Ley Concursal regula un procedimiento de gestión controlada en los artículos 247 a 261. En esencia, su estructura es la siguiente. En un plazo de quince días tras la apertura de la liquidación se puede presentar un plan de reorganización de la empresa que, entre otras cosas, incluya la propuesta de las personas que se harán cargo del patrimonio del deudor y la comisión de intervención. Si la mayoría cualificada establecida en la ley y el juez, con el asesoramiento técnico necesario, aprueban el plan, éste podrá durar hasta tres años, siendo prorrogable por anualidades hasta un máximo de otros tres. Una vez aprobada, prorrogada o modificada judicialmente la gestión controlada, el deudor podrá, en el plazo de un mes, hacer abandono a los acreedores del conjunto de sus bienes.

Sin entrar a discutir a fondo la mecánica del procedimiento, nos detendremos, sin embargo, en algunos aspectos concretos que, a la luz de experiencias recientes, permiten dudar de los buenos resultados del modelo proyectado. En primer lugar, llama la atención el artículo 247 en el que se determina quién puede presentar al juez la solicitud de gestión controlada. A diferencia de la "Amministrazione controllata" italiana, que sólo puede ser solicitada por el propio empresario deudor, la propuesta gestión controlada española podrá ser solicitada por personas, entidades o grupos tan diversos como la Administración Pública, el síndico, los acreedores que representen en tercio pasivo o los trabajadores que representen un tercio de los hijos

de la empresa. Esta amplia relación de posibles solicitantes presenta, al menos, dos problemas graves, el primero de carácter técnico y el segundo de incentivos.

El problema técnico es el siguiente. No hay que ser un experto en economía de la empresa para darse cuenta de la complejidad que tiene necesariamente un plan de reorganización empresarial, especialmente cuando se realiza tras un procedimiento concursal. Aparte de las dificultades técnicas, el mero hecho de que la empresa haya suspendido sus pagos a los acreedores suele hacer difícilísima la búsqueda de los recursos financieros básicos para su funcionamiento. Y parece prácticamente imposible que tanto la redacción del plan como su ejecución práctica puedan realizarse sin una colaboración decidida del deudor. La reestructuración debería, pues, partir de la propia empresa en colaboración con los grupos afectados. La idea de los acreedores gestionando una empresa en la que el propietario ha perdido todo su interés o incluso ha hecho abandono de bienes es poco realista.

El segundo problema es de incentivos. No parece que ni el síndico, ni los acreedores vayan a mostrar gran entusiasmo por un plan de reorganización. No tendrían motivo para ello. Quienes sí pueden estar interesados son los trabajadores o la Administración Pública, especialmente a escala regional o local. En el caso de los primeros, la razón es clara. Los trabajadores no sólo tienen interés en el cobro de su deuda, sino también en mantener su empleo, especialmente en situaciones de desequilibrio en el mercado de trabajo. El argumento del empleo puede ser razón suficiente para que, en todos los casos de procedimiento concursal, se intente la conservación de la empresa, por muy ruinoso que ésta sea. En lo que a la Administración, sobre todo local y regional, respecta, es fácil ver su interés electoral porque no aumente el paro en la zona y en llegar a acuerdos con los sindicatos. Esto puede llevar a las Administraciones locales a ofrecer ayudas dentro de sus posibilidades y a solicitar otras del gobierno central.

Estamos ya en el núcleo del problema. Es de prever que, tal como está estructurado el procedimiento, se intente generalizar su uso, y esto desemboque en la solicitud de ayudas públicas - reducciones fiscales, subsidios, etc.-

para mantener con vida empresas que no pueden competir en el mercado. Puede argumentarse contra esta conclusión que las mayorías cualificadas que, para la aprobación de la gestión controlada, requieren los artículos 251 y 76 del Anteproyecto harán tal cosa difícil. Pero si consideramos, por un lado, la fuerza de presión de los sindicatos y la Administración y, por otro, las escasas ventajas que para los acreedores ordinarios ofrecería un procedimiento de liquidación de la empresa, es probable que un acuerdo de gestión controlada no levante mucha oposición por parte de nadie².

Las instituciones paraconcursoales de conservación de empresas han sido objeto de numerosas críticas, que no es éste lugar para detallar. Baste señalar que en Italia la "Amministrazione controllata" ha sido definida como una "inútil y cara anticámara del convenio preventivo y más a menudo de la quiebra", o como un "procedimiento, para anestesiarse a los acreedores"³. Desde otro punto de vista, en los Estados Unidos, se ha criticado la inclusión de programas de conservación y reorganización de empresas en la ley de quiebras, en base al principio de que el objetivo de ésta es la solución de un problema de acción conjunta de los acreedores y no plantearse si la empresa debe o no ser liquidada⁴.

Las objeciones presentadas en este trabajo se basan en un análisis de costes sociales, ya que este método es el que mejor nos permite comparar los principios de liquidación y conservación. Es, importante plantear la cuestión de que el viejo principio de liquidación no está, tal vez, tan superado como a veces se dice y señalar que la moderna teoría económica atribuye gran importancia a la posibilidad de que en los mercados no haya sólo libertad de entrada - es decir, de creación de empresas - sino también de salida, es decir, de su liquidación.

La idea de que existe una relación entre la eficiencia de un sistema económico y la minimización de los costes de transacción necesarios para la reasignación de factores de producción ha sido, en efecto, recordada por una de las más recientes innovaciones en el campo del análisis microeconómico: la teoría de los mercados de competencia potencial ("contestable markets"). En pocas palabras, el objeto de esta teoría es la sustitución del modelo

tradicional que identifica óptimo de mercado con competencia perfecta por otro modelo en el cual se consideran óptimas muy diversas estructuras de organización industrial - estén éstas basadas en muchas, pocas o sólo una empresa - según cuáles sean las características específicas del sector en cuestión.

El principal representante de esta corriente, William A. Baumol⁵, define un mercado de competencia potencial ("contestable") precisamente como aquél en el que la entrada es totalmente libre y la salida no implica en absoluto la existencia de costes. Esto significa que cualquier empresa debe poder abandonar un mercado sin impedimentos y que, en el proceso de retirada del mercado, debe poder recuperar los costes que supuso su proceso de entrada. Naturalmente, como sucede en general en la teoría económica, lo que aquí se establece es un modelo ideal al que se aproximan más o menos las situaciones reales. Lo que se afirma es, principalmente, que nos acercaremos más a una situación de óptimo cuanto menores sean los costes de entrada y salida del mercado.

Por esto, una de las conclusiones normativas que de esta teoría es posible obtener es, precisamente, que es erróneo y perjudicial establecer barreras de salida y poner dificultades al cierre de empresas o secciones de empresas no rentables.

En resumen, la conservación de una empresa en crisis puede ser una solución eficiente. Pero sólo lo será cuando los costes de su mantenimiento sean para la sociedad más bajos que los de su liquidación. Y entre los costes de la conservación destaca, sobre todo, la ineficiencia de mantener empresas no rentables. Sería muy peligroso establecer una norma que facilitara la conservación de empresas en quiebra siempre que una situación de crisis económica fuera utilizada como instrumento de presión para ello. Pocos argumentos hay en economía más erróneos y perjudiciales que el de la necesidad de mantener abiertas las empresas, aunque no sean rentables, para evitar que aumente la tasa de paro. El resultado final de esta política será siempre la imposibilidad de crear empresas eficientes como consecuencia del desvío de recursos productivos hacia las ruinosas, lo que en modo alguno solucionará el problema del

empleo sino que lo agravará. La futura ley concursal debería centrarse en los problemas que le son específicos y tener mucho cuidado en que el principio de conservación no se convierta en fuente permanente de despilfarro e ineficiencia.

N O T A S

Capítulo I.-

1.- A lo largo de este trabajo los términos "quiebra " y "ley de quiebras" se utilizarán no sólo para designar la quiebra en sentido estricto, sino también los procedimientos y normas concursales en sentido amplio.

2.- A. Smith. Wealth of Nations. Oxford University Press, 1.976, pág. 342

Capítulo II.-

1.- Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras, 1982. Cuestionario.

2.- A. Sayag y H. Serbat. L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan. Paris, 1982.

Capítulo III.-

1.- A. Smith, Lectures on Jurisprudence. Oxford University Press 1978, págs. 131-132. Sobre este tema puede consultarse también mi trabajo "Adam Smith on Bankruptcy Laws: New Law and Economics in the Glasgow Lectures?". History of Economics Society Bulletin, Summer 1986, pags. 40-41.

2.- Vid. L. Shepard, "Personal Failures and the Bankruptcy Reform Act of 1978", Journal of Law and Economics, 27 (1984), págs. 419-437.

3.- Cabe, sin duda, hacer muchas matizaciones a esta distinción ya que la propia Ley de Suspensión de Pagos no excluye la aplicación de este procedimiento a situaciones de insolvencia definitiva. Pero establece que, cuando la suspensión de pagos sea calificada como tal, serán aplicables a ella los preceptos sobre retroacción de la quiebra contenidos en los artículos 879, 880, 881 y 882 del Código de Comercio, lo que, sin duda, afecta a la esencia misma del procedimiento.

Capítulo IV.-

1.- Vid. E. Dorndorf y J. Frank, Reform of the German Law of Personal Property Securities: An Economic Analysis Hannover, 1984, págs. 3-5.

2.- Una propuesta de retención de un porcentaje del valor de venta de los bienes que garantizan los créditos privilegiados, y la utilización de estos fondos para financiar los gastos del procedimiento concursal y aumentar las cantidades a cobrar por los acreedores ordinarios ha sido discutida en los proyectos de reforma del derecho concursal alemán. Ibidem, págs. 29-31.

Capítulo V.-

1.- La "amministrazione straordinaria" es una institución que fue introducida en el derecho concursal italiano por el ministro Prodi en 1979 y que forma parte del complejo, y muy discutido, mundo de las instituciones paraconcursales italianas.

2.- Uno de los redactores del Anteproyecto de Ley Concursal, el profesor A. Rojo Fernández-Río, en su interesante artículo "Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal, de 1983", afirma que en este texto la gestión controlada se configura como una modalidad opcional, aplicable de hecho a empresas cualitativa o cuantitativamente importantes. No tengo duda de que éste haya sido el propósito de los autores del Anteproyecto. Pero aparte de lo discutible de la distinción entre empresas importantes y no importantes, hay que señalar que uno de los principios fundamentales de la economía política es precisamente que las normas legales producen efectos no buscados por el legislador si, de alguna manera, ofrecen incentivos para la actuación de los agentes económicos en tal sentido. Y la generalización de estos procedimientos podría ser un caso más de efectos no buscados, como ya lo es la utilización abusiva del procedimiento de suspensión de pagos. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 8, pág. 121.

3.- D.Mazzocca, Manuale di Diritto Fallimentare. Napoli, 1980, pág. 581.

4.- Th. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law. Cambridge (Mass.) págs. 210 y ss.

5.- La obra fundamental sobre mercados de competencia potencial es el libro de W.J. Baumol, J.C. Panzar y R.D. Willig Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure, San Diego, 1982.

B I B L I O G R A F I A

BAUMOL, W.J., Panzar, J.C. y Willig, R.D. (1982).- Contestable Markets and the Theory of Industry Structure.

BISBAL, J. (1986).- La empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.

CABRILLO, F. (1986).- "Adam Smith on Bankruptcy Law: New Law and Economics in the Glasgow Lectures?". History of Economic Society Bulletin 8 (1), pág.40-41.

.-"¿Por qué un análisis económico del derecho?". Revista de Occidente 58, pág. 37-46.

DORNDORF, E. FRANK, J. (1984).- Reform of the German Law of Personal Property Securities: An Economic Analysis. Hannover.

GUATRI, L. (1986).- Crisi e Risanamento delle Imprese. Milano: Giuffrè.

HALEEN, Ph. (1984).- "El derecho concursal en Alemania". En Crisis Económica y Derecho Concursal, Madrid: Consejo General de Colegios de Comunistas, pág. 13-30.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA.- Estadística de Suspensiones de Pagos y Declaraciones de Quiebras.

.-Estadísticas Judiciales.

JACKSON, T.H. (1986),- The Logic and Limits of Bankruptcy Law. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

MARCO, L.V. (1984).- Le Flux Economique des Faillites en France (1820 - 1983). Lille: Université de Lille.

MAZZOCCA, D. (1980).- Manuale di Diritto Fallimentare. Napoli: Jovene Editore.

- MINISTERIO DE JUSTICIA (1983).- Anteproyecto de Ley Concursal Madrid, 1983.
- POLINSKY, A.M. (1983).- "Risk saving through Breach of Contracts Remedies". Journal of Legal Studies 12, pp. 427-444.
- (1985) Introducción al análisis económico del derecho Barcelona: Ariel.
- POSNER, R.A. (1977).- Economic Analysis of Law. Boston and Toronto: Little, Brown and Company.
- REDMOND, P.W.D. (1981) .- Bankruptcy Law. Plymouth: Macdonald and Evans.
- ROJO FERNANDEZ DEL RIO, A. (1985).- "Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983" en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 8, pág. 89-131.
- SAYAG, A. y SERBAT, H. (1982).- L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan. Paris: Librairies Techniques, 1982.
- SCHWARTZ, A. (1981).- "Security Interests and Bankruptcy Priorities: a Review of Current Theories". Journal of Legal Studies 10 (1) pp. 1-37.
- SCHWARTZ, A. (1983). "The Enforceability of Security Interests in Consumer Goods". Journal of Law and Economics 26, pp. 117-161.
- SHEPARD, L. (1984).- "Personal Failures and the Bankruptcy Reform Act of 1978" Journal of Law and Economics 27, pp. 419-437.

Fundación Juan March

SERIE UNIVERSITARIA

TITULOS PUBLICADOS

Serie Azul

(Derecho, Economía, Ciencias Sociales, Comunicación Social)

- 17 Ruiz Bravo, G.:
Modelos econométricos en el enfoque objetivo-instrumentos.
- 34 Durán López, F.:
Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados.
- 37 Lázaro Carreter, F., y otros:
Lenguaje en periodismo escrito.
- 74 Hernández Lafuente, A.:
La Constitución de 1931 y la autonomía regional.
- 78 Martín Serrano, M., y otros:
Seminario sobre Cultura en Periodismo.
- 85 Sirera Oliag, M.ª J.:
Las enseñanzas secundarias en el País Valenciano.
- 108 Orizo, F. A.:
Factores socio-culturales y comportamientos económicos.
- 124 Roldán Barbero, H.:
La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.
- 128 De Esteban Alonso, J.:
Los condicionamientos e intensidad de la participación política.
- 135 Santillana del Barrio, I.:
Evaluación de los costes y beneficios de proyectos públicos: referencia al coste de oportunidad en situaciones de desempleo.
- 153 Maravall Herrero, F.:
Organización industrial, estructura salarial y estabilidad de la inversión: Un análisis del caso español.
- 155 Alcántara Sáez, M.:
La ayuda al desarrollo acordado a Iberoamérica. Especial referencia al papel concesionario de la C. E. E.
- 162 Vanaclocha Bellver, F. J.:
Prensa político-militar y sistema de partidos en España (1874-1898).
- 170 Solé Puig, C.:
La integración socio-cultural de los inmigrantes en Cataluña.
- 184 Morán Aláez, E.:
La evolución demográfica en España: un test de la teoría de la respuesta multifásica de K. Davis.
- 185 Moreno Feliú, P. S.:
Análisis del cambio en las sociedades campesinas. Un caso de estudio: Campo Lameiro (Pontevedra).
- 187 Lojendio Osborne, I.:
La transmisión por endoso del certificado de depósito.
- 188 Arias Bonet, J. A.:
Lo Codi y su repercusión en España. Los manuscritos 6.416 y 10.816 de la Biblioteca Nacional.
- 192 Embid Irujo, A.:
Las libertades en la enseñanza.
- 198 Escuin Palop, V.:
Análisis de las soluciones italianas a los problemas del denominado regionalismo cooperativo.

- 201 González Rus, J. J.:
Blén jurídico y Constitución (Bases para una teoría).
- 204 Sorribes Monrabal, J.:
Crecimiento económico, burguesía y crecimiento urbano en la Valencia de la Restauración (1894-1931).
- 209 López Alonso, C.:
Los rostros y la realidad de la pobreza en la sociedad castellana medieval (siglos XIII-XV).
- 210 Iglesias Cano, M.ª C.:
Paradigma de la naturaleza: Montesquieu, Rousseau, Comte.
- 212 Moliní Fernández, F.:
Ensayos de un geógrafo sobre el federalismo fiscal de los Estados Unidos.
- 213 Amadeo Petitbó, J.:
La rentabilidad de las grandes empresas industriales españolas.
- 218 Menéndez de la Hoz, M.:
Alternativas del sector pesquero nacional frente a la política común de pesca comunitaria.
- 219 Alborch Bataller, C.:
Las sociedades financieras regionales en Italia.
- 220 Madrid Conesa, F.:
Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas.
- 221 Ruesga Benito, S. M.:
Métodos de estimación de la economía oculta. Su incorporación a los sistemas de cuentas nacionales.
- 222 Ruigómez Gómez, J. M.:
La tendencia centralizadora del sistema federal de los Estados Unidos: evolución y causas.
- 223 García Azcárate, T.:
Consecuencias sobre las agriculturas regionales de la adhesión de España a las Comunidades Europeas.
- 226 Izquierdo de Bartolomé, R.:
Evolución, presente y futuro de la política común de transporte.
- 228 Martínez Lillo, P. A.:
Una introducción al estudio de las relaciones hispano-francesas (1945-1951).
- 229 Boccio Vázquez, J. M.ª:
Comunidades Europeas y Derechos Humanos.
- 230 Fernández Álvarez, A.:
El impacto de la política agrícola común en la integración española.
- 231 Alberti Rovira, E.:
Las relaciones cooperativas en el orden federal alemán.
- 232 González Rodríguez, J. J.:
La patronal agraria. Estrategias de política agraria y de negociación colectiva.
- 233 Cabrales Arteaga J. M.:
La Edad Media en el Teatro Español, entre 1875 y 1936.
- 234 Santaolalla López, F.:
Sistema electoral del Parlamento Europeo.
- 237 Embid Irujo, J. M.:
El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la C.E.E.
- 238 De Juan Asenjo, O.:
Federalismo y capitalismo.
- 239 Sequeiros Tizón, J. G.:
La adhesión de España a la CEE.: Un análisis sectorial-regional.

