

LA REFORMA CONCURSAL DEL AÑO 2.011

En un contexto de crisis económica y con la espada de Damocles de una doble recesión el pasado 22 de septiembre se aprobó en el Congreso de los Diputados la segunda gran reforma de la Ley Concursal en tan sólo 7 años. Los acuerdos de refinanciación como vehículo de solución extrajudicial de las crisis empresariales y una batería de preceptos dirigidos a agilizar el proceso y abaratar los costes económicos son los elementos fundamentales de la reforma, si bien es preciso destacar los siguientes:

I) Acuerdos de refinanciación

Si hay una transformación radical dentro de la presente reforma concursal es la que se refiere a los **acuerdos de refinanciación**. El legislador pretende su **potenciación**, extendiendo los efectos del instituto preconcursal a dichos acuerdos, dándole un trato privilegiado a los ingresos de tesorería practicados en su seno o protegiendo a sus intervinientes a través del mecanismo de la homologación judicial:

- **Extensión de la moratoria a los acuerdos de refinanciación.** Se deroga el confuso artículo 5.3 de la Ley Concursal, añadiéndose en su lugar el artículo 5 bis, de forma y manera que se extiende la moratoria del instituto preconcursal- extinto art. 5.3- previsto para la propuesta de convenio anticipado, a las refinanciaciones extrajudiciales, sancionando su efectividad desde el momento de su solicitud, no siendo necesario presentar el concurso si la deudora deja de estar en estado de insolvencia como consecuencia de las negociaciones efectuadas.
- **Fresh Money.** Con el propósito de incentivar las inyecciones de tesorería que inversores y entidades de crédito realicen en el deudor la reforma instituye como un nuevo crédito contra la masa, artículo 84 LC, **el 50% de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y que traigan causa en un acuerdo de refinanciación**, ostentando el 50% restante la categoría de privilegiado (art. 91), si bien se excluyen de una y otra consideración cuando dichos ingresos de tesorería procedan del deudor o de personas especialmente relacionadas a través de ampliaciones de capital o préstamos.
- **Homologación judicial.** Introducido por la nueva redacción de la Disposición Adicional Cuarta e inspirado en la figura anglosajona del “**Shame of Arrangements**”, la reforma prevé que aquellos acuerdos de refinanciación que escapen de la rescisión concursal (los que preveía la anterior D.A. 4ª y que pasa a ser al artículo 71.6) serán blindados mediante su homologación judicial siempre que **obtenga apoyo por parte del 75% del pasivo financiero y lo homologue el juez del concurso**. Pese a que supone un avance en el reforzamiento de los acuerdos de refinanciación su efectividad se ceñirá a la imposición a los acreedores financieros no firmantes de la espera pactada así como la posible paralización de las ejecuciones singulares.

II) Concurso necesario.

El legislador pretende potenciar la figura del concurso necesario. Así el reformado artículo 15 prevé la **declaración automática** del concurso sin audiencia del deudor en el caso en que el acreedor funde su acción en un **embargo o una investigación de patrimonio infructuosos o**

que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia. Por otro lado, se eleva el privilegio general del instante del 25% al 50% siendo en todo caso el último en la ordenación de créditos privilegiados a que se refiere el artículo 91.

III) Administración concursal.

La reforma pretende, por un lado, la profesionalización de la figura del administrador concursal, lo que se manifiesta tanto en el régimen de responsabilidad como por los requisitos de capacitación, así como atribuirle un papel central en el desarrollo del concurso aumentando sustancialmente sus funciones de manera que alivie la carga de los juzgados y sirva de elemento dinamizador del procedimiento.

- **Estatuto de la administración concursal.**
 - **Regla general para su nombramiento.** La reforma reduce de tres a uno los administradores nombrados para el procedimiento ordinario como norma general. Como excepción y dando cabida a una nueva categoría, la de "**concursos ordinarios de especial trascendencia**"-nuevo artículo 27 bis- se nombrará a un administrador concursal acreedor cuando la cifra de negocio o el pasivo supere los 100m€ o supere los 1.000 acreedores o 100 trabajadores.
 - **Requisitos y especialidad por tipología de concurso o acreedor.** La ley da cabida a que sea nombrada una **sociedad profesional - integrada por un abogado y profesional económico-**. Se le concede al Juez amplias parcelas de libertad para el nombramiento de administradores concursales estableciéndose, sin embargo, que para los concursos ordinarios el administrador ostente experiencia en concursos ordinarios o en 3 concursos abreviados terminados.
 - **Desarrollo del régimen de los auxiliares delegados.** Podrá nombrarlo el juez, estableciéndose supuestos de nombramiento obligatorio (**párrafo adicionado por la reforma al art. 32.1**) en concursos de mercantiles de gran dimensión, concursos conexos, con establecimientos dispersos o al solicitarse prórroga.
 - **Seguro de responsabilidad civil.** Se introduce la obligatoriedad de que el administrador concursal tenga suscrito un seguro de responsabilidad civil cuyo alcance se desarrollará reglamentariamente.
- **Nuevas atribuciones de la administración concursal.**
 - **La venta de bienes.** La reforma, de acuerdo a una remozada redacción del **artículo 43**, prevé que el administrador concursal sea quien autorice la venta de bienes, sin necesidad de autorización judicial, cuando se traten de actos de **disposición indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso** (comunicándolo debidamente al juez) así como, **aquellos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.**
 - **Cuentas anuales del deudor.** La reforma prevé la posibilidad de que la administración concursal autorice a los administradores de la concursada a que la **obligación legal de formular las cuentas anuales** correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso **se retrase** al mes siguiente a la

presentación del inventario y de la lista de acreedores. La aprobación de las cuentas deberá realizarse en los tres meses siguientes al vencimiento de dicha prórroga.

- **El administrador concursal y funcionamiento orgánico de la mercantil.** La reforma, art. 48, soluciona el engranaje del administrador concursal en el funcionamiento orgánico de la concursada. **Los administradores concursales habrán de ser debidamente citados a las sesiones de los órganos colegiados so pena de invalidez de la convocatoria y de los acuerdos adoptados, requiriéndose asimismo su autorización para la ejecución de los acuerdos que tengan trascendencia patrimonial.**
- **Con respecto a las acciones individuales** la reforma atribuye con carácter exclusivo a la administración concursal las acciones contra los socios personalmente responsables por las deudas de la concursada antes de la declaración de concurso, las acciones para reclamar las aportaciones sociales diferidas o prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento por los socios y las de de responsabilidad del concursado contra sus administradores, auditores o liquidadores, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución o en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.
- Se atribuye a la administración concursal la **facultad de solicitar la fase de liquidación** en caso de cese de la actividad profesional o empresarial.
- **Informe final.** La reforma prevé que la administración concursal emita un **informe final dónde se justifiquen las operaciones realizadas y se razone que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros** pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado.

IV) La declaración de concursos y sus efectos

La reforma prevé tanto la posibilidad de declarar el concurso de distintos deudores de manera conjunta como algunas novedades en los efectos que la declaración tendrá en el ejercicio de acciones individuales:

- **Concurso conjunto.** La nueva redacción del artículo 25 prevé la posibilidad de declarar **y tramitar de forma conjunta** los concursos **de sociedad del mismo grupo o en caso de confusión de patrimonios** así como que, con carácter excepcional, **se puedan consolidar patrimonios cuando resulte imposible o muy dificultoso identificar a quien pertenecen los activos o pasivos.**
- **Procedimientos declarativos.** Se estipula como excepción a la regla general, art. 51.1.2º, que se acumulen aquellos juicios en primera instancia por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada, contra sus administradores o liquidadores y contra los auditores.
- **Ejecuciones administrativas.** Se establece con carácter general la paralización de las mismas excepto aquellas en las que medie diligencia de embargo y los bienes sobre los

que recaiga no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

- **Ejecuciones con garantía real.** De acuerdo a la nueva rúbrica del artículo 56 se suspenderán las ejecuciones aunque se hayan publicado los anuncios de subasta. Por otro lado se asimila a las ejecuciones reales- en cuanto a la paralización de 1 año- las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos, con reserva de dominio inscrita, las cedidas en arrendamiento financiero y las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado.
- **Derecho de retención.** Quedará suspendido con la declaración de concurso cuando recaigan sobre bienes y derechos integrados en la masa activa excepto aquellas impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social según el bis adicionado al artículo 59.
- **Paralización de acciones.** La reforma concursal estipula que hasta la finalización del concurso no podrán iniciarse aquellas reclamaciones de los subcontratistas del concursado amparadas en la acción directa del artículo 1.597 del C.C. o aquellas dirigidas contra los administradores como que traigan causa en el incumplimiento de los deberes de disolución obligatoria. En caso de haberse iniciado con anterioridad se suspenderán.

V. Insinuación, reconocimiento y calificación de créditos

El legislador en referencia a los créditos ha querido implementar normas que por un lado pretenden:

- **Institucionalizar legalmente una práctica forense,** esto es, que las comunicaciones de crédito se realicen directamente al administrador concursal, a través de su despacho o por medios telemáticos.
- **Establecer un mecanismo con el que evitar incidentes concursales** según el cual se procede a **revisar conjuntamente el proyecto de inventario y listado de acreedores** con anterioridad a la presentación del informe dotando de contenido al artículo 95.1 que había sido dejado sin él desde la reforma de 2.009.
- **Establecer determinados criterios en la calificación de créditos que de acuerdo a la legislación anterior podía conducir a equívocos,** siendo los más destacados:
 - **Prenda de créditos futuros:** Será crédito privilegiado los créditos nacidos antes del concurso y los nacidos con posterioridad si lo hacen como consecuencia de la rehabilitación prevista en el artículo 68 LC.
 - **Créditos laborales.** Se ciñe el crédito contra la masa a los treinta últimos días de trabajo efectivo.
 - **Personas especialmente relacionadas.** Se redefine este concepto, considerando persona especialmente relacionada a las sociedades del mismo grupo y a los socios comunes, lo que supone no considerar personas especialmente relacionadas a aquellos socios que teniendo participación en empresas del grupo no ostente dicha condición en la concursada. Del mismo modo se excluyen de la subordinación determinados créditos laborales de las personas especialmente relacionadas.

VI. Reformas que persiguen agilizar el concurso

La reforma implementa reglas y normas que persiguen acelerar el procedimiento concursal ya sea limitando las prórrogas del informe de la administración concursal, acelerando el fin de la fase común:

- **Prórroga del informe.** La reforma circunscribe la prorrogarse del plazo del informe a que concurran circunstancias excepcionales o cuando el número de acreedores sea superior a dos mil.
- **Fin de la fase común.** Cuando las impugnaciones del informe de la administración concursal afecten a menos del 20% del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, por lo tanto se pretende la aprobación de un convenio o, en su caso, la liquidación sin aguardar a la que las impugnaciones sean resueltas por el juez con la consiguiente agilización y avance del procedimiento.

VII. Ámbito laboral

La reforma modifica sustanciosamente los artículos 8 y 64 de la LC:

- Atribuyendo la competencia exclusiva del Juez de lo Mercantil para la tramitación del ERE aunque este se hubiera iniciado ante la autoridad laboral con anterioridad a la declaración de concurso.
- Se incorpora de forma expresa la posibilidad de subrogación legal del FOGASA en las cantidades avanzadas a los trabajadores por cuenta del empresario, así como el criterio para el cálculo de indemnizaciones por extinción en el seno del concurso según lo que fije la legislación laboral.
- Se llevan a cabo modificaciones para adecuar la Ley Concursal a la reforma laboral en referencia a asuntos como la suspensión colectiva de trabajadores o traslados colectivos.
- Se resuelven las dudas interpretativas en orden a la participación de los representantes de los trabajadores, del FOGASA y lo relativo a los procedimientos y recursos en materia laboral.

VIII. El procedimiento abreviado.

Medida capital de la reforma concursal es la transformación que sufre el procedimiento abreviado. El legislador pretende potenciarlo sin ambages ampliando su ámbito de aplicación, desarrollando y pormenorizando su regulación y simplificando plazos con objeto de su rápida tramitación y terminación.

- **Ámbito de aplicación.** El juez podrá aplicarlo cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad, y en todo caso:
 - Si la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
 - Que la estimación inicial del pasivo o el activo no supere los cinco millones de euros.

- En caso de propuesta anticipada o no de convenio que consista en la transmisión íntegra de su activo y su pasivo o plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.
- **Fase común.** Se pretende acelerar su desarrollo, estableciendo la reforma las siguientes novedades:
 - El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.
 - Las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores se tramitarán en pieza separada, **sin incoar incidente**, lo que supone una innovación procesal de primer orden, dándosele traslado al administrador concursal por 10 días tras los cuales el administrador la incorporará a los textos definitivos, o si se opone, propondrá prueba y el procedimiento que se sustanciará por los trámites del juicio verbal, acumulándose y resueltas en una sola vista en caso de existir varias.
 - Se reduce el plazo para presentar convenio ordinario venciendo dicho término a 5 días después de la notificación del informe del administrador concursal. De no presentarse se abrirá de inmediato la fase de liquidación.
 - Se procede a una drástica reducción de los plazos (**nuevos artículos 191 bis y ter**) si las propuesta de convenio y liquidación, se acompaña a la solicitud de concurso, evaluando, en ambos casos, el administrador en el plazo de 10 días, reduciéndose los plazos de posibles adhesiones o no al convenio o de alegaciones en el caso del plan de liquidación y fijándose en ambos casos la posibilidad de que el juez requiera caución en el caso de que se impugne el convenio o la liquidación si dichas impugnaciones demoraran la aprobación del convenio o las operaciones de liquidación.

IX. Otra reformas de calado

Asimismo la reforma concursal tiene otras novedades que resultan de mención con respecto a la calificación del concurso, responsabilidad concursal, registro público concursal o futuros desarrollos normativos:

- **La calificación de los concursos.** Las principales novedades son, **artículo 167 párrafo 2º**, la extensión a los apoderados como posibles generadores del concurso culpable, o que no se forme la formación de la sección de calificación si el convenio establezca, **para todos los acreedores o para los de una o varias clases**, una quita inferior a un 1/3 del importe de sus créditos o una espera inferior a 3 años, salvo que resulte incumplido.
- **Responsabilidad concursal.** Responsabilidad introducida por la reforma por el nuevo **artículo 172 bis**, cuando la calificación se forme o reabra como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores y apoderados, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura del déficit. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la

condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

- **El registro público concursal.** Se produce una profunda reforme del Registro Público Concursal que dependerá del Ministerio de Justicia y que contará con dos secciones de edictos concursales, la primera y la segunda de de publicidad registral.
- **Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas (Disposición Adicional Bis).**En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición.
- Se modifican **tanto la Ley General Tributaria como la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.** La primera norma para coordinar la actividad de la Agencia Tributaria y la segunda para que en caso de entrega de bienes inmuebles tanto en la fase común, como consecuencia de la liquidación sea liquidado de acuerdo al mecanismo de inversión del sujeto pasivo.