

**LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL OPERADA POR LA LEY
38/2011, DE 10 DE OCTUBRE.**

El pasado 11 de octubre se publicó en el BOE la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entrará en vigor con carácter general el próximo 1 de enero de 2012. Aunque no se trata de una reforma radical de la misma, si realiza importantes modificaciones con las que se pretende corregir errores pasados y colmar las lagunas de la actual regulación.

El deterioro de la situación económica ha llevado a muchas empresas a una situación de insolvencia. Sin embargo, la legislación concursal vigente ha sido incapaz de aportar soluciones reales a los deudores y acreedores y de alcanzar su finalidad más importante: la conservación de la actividad empresarial del concursado. Por esta razón, uno de los propósitos de la reforma que ahora se lleva a cabo, es acabar con la idea tradicional de que el concurso es sinónimo de liquidación de la empresa (una concepción muy arraigada en nuestro derecho y que la Ley de 2003 no logró cambiar, ni siquiera con el esfuerzo que se realizó con la posterior aprobación del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal).

Así pues, la reforma nace con el objetivo básico de dotar a la Ley Concursal de mecanismos más ágiles y que generen mayor seguridad jurídica en los deudores y acreedores, regulando nuevas vías alternativas al concurso que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial.

De todas las modificaciones que se introducen con la Ley 38/2011 en el sistema concursal, entendemos que las de mayor trascendencia son las que se enumeran a continuación:

1. Acuerdos de refinanciación y tratamiento del dinero nuevo

Como hemos mencionado anteriormente, la ley Concursal ha puesto de manifiesto su incapacidad para ofrecer soluciones reales a los problemas de las empresas con dificultades económicas. Consciente de esta situación, el legislador ha entendido que el mercado demandaba medios para evitar el concurso y no sufrir el deterioro de valor que supone este procedimiento para los activos de la empresa, así como los altos costes que conlleva.

De este modo, la reforma profundiza en las alternativas al concurso, los denominados institutos preconcursales, tratando de regular verdaderos

instrumentos legales alternativos al procedimiento concursal, que favorezcan la negociación de acuerdos para solventar los problemas económicos y eviten la desaparición de la actividad empresarial.

Los acuerdos de refinanciación ya fueron introducidos por el Real Decreto Ley 3/2009 por medio de la Disposición Adicional 4^a, no obstante, ahora la Ley 38/2011 los regula en su artículo 71.6, clarificando y especificando su contenido y alcance. Las modificaciones que se realizan en relación con estos acuerdos de refinanciación afectan principalmente a algunos problemas detectados en la práctica por la aplicación de las normas preexistentes, así como al tratamiento, en un potencial procedimiento concursal, del dinero nuevo concedido por los acreedores en virtud de un acuerdo preconcursal de refinanciación, negociado extrajudicialmente.

En virtud del citado precepto, no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo, y que con anterioridad a la declaración del concurso se den los siguientes requisitos:

- a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil.
- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Además, la Ley 38/2011 introduce la posibilidad de homologación judicial para determinados acuerdos de refinanciación. Los requisitos y el procedimiento para la homologación se recogen en la Disposición Adicional cuarta de la Ley. Conforme a la misma, los acuerdos de refinanciación alcanzados en los términos establecidos en el artículo 71.6, podrán homologarse judicialmente siempre que hayan sido suscritos por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de su adopción. De este modo, la homologación supondrá que la espera pactada por las entidades financieras que los suscriban, se extiende a las restantes entidades financieras acreedoras no partícipes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

La reforma, además de regular medios para evitar el concurso, se propone dotar de mayor seguridad jurídica la refinanciación puesto que, en la situación

económica actual, los bancos necesitan un alto grado de confianza para llevar a cabo financiaciones reales.

Para ello, la ley regula el llamado privilegio del dinero nuevo, mediante la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también ofrecer un mecanismo protector de ese «dinero nuevo» que contribuye a la continuidad de su actividad. Así pues, la nueva Ley recoge en la enumeración de los créditos que tienen la consideración de créditos contra la masa a el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6. .

2. Mejora del régimen de liquidación y regulación de un verdadero Procedimiento Abreviado

A) La reforma concursal pretende que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores, al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio.

La anticipación de la liquidación representa una importante novedad: se estructura de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que hace innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. La Ley 38/2011 permite que el deudor presente un plan de liquidación desde el inicio del procedimiento concursal por medio de una solicitud de concurso voluntario a la que se acompañe una oferta vinculante, previamente negociada, para la compra del negocio del deudor. Para tal caso, el Juez estará obligado a seguir el procedimiento abreviado y a abrir inmediatamente la fase de liquidación.

B) Además, se reforma en su integridad el procedimiento abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar, tales como la situación de la empresa en crisis, el número de trabajadores, las negociaciones que la empresa pudiera haber iniciado para su venta o la modificación estructural de la sociedad deudora.

En fin, la solución rápida y económica del concurso trata de conseguirse ofreciendo al deudor el incentivo consistente en no formar la sección de calificación si alcanza con sus acreedores un convenio anticipado, siempre que no sea especialmente gravoso.

Con todo lo anterior, se pretende que los procedimientos más sencillos no tengan que asumir el coste y la duración del procedimiento ordinario, en concreto aquellos concursos con pasivo inferior a cinco millones de euros, concursos de menos de 50 acreedores y los concursos de particulares.

C) Por otro lado, las modificaciones procesales alcanzan también al incidente concursal, que restringe aún más la posibilidad de celebrar una vista, como reflejo de la opción preferente de una tramitación escrita más rápida.

En definitiva, la reforma que se lleva a cabo con la Ley 38/2011, en lo relativo al procedimiento concursal, introduce, como hemos visto, las siguientes novedades:

- La anticipación de la liquidación: se facilita la apertura de esta fase, tramitando de manera rápida los concursos en los que el deudor solicita la liquidación en los primeros momentos.
- Una regulación de un verdadero concurso abreviado, con soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias.
- Ofrece soluciones específicas en la fase común y en el convenio, para evitar la formación de la sección de calificación.
- La tramitación más rápida del incidente concursal, con preferencia de la tramitación escrita sobre la celebración de vista.
- Se mejora el régimen de la publicidad registral del concurso.

3. La profesionalización de la administración concursal.

Consciente de la importancia del papel que juegan los administradores concursales, la ley busca una mayor profesionalización de la administración concursal, reforzando los requisitos exigidos para ser nombrado administrador concursal, permitiendo una mejor valoración por el juez del concurso de la experiencia y formación específica para el desempeño del cargo.

Se establece como regla general que las administraciones concursales estén compuestas de un único miembro, tratando de buscar una simplificación con repercusión clara en el funcionamiento de la administración, en su toma de decisiones, así como el ahorro de costes.

La segunda novedad en esta materia, es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia.

Estas dos medidas tan fundamentales para la configuración de la administración concursal se combinan, no obstante, con la previsión de que en los concursos de especial trascendencia, definidos en la Ley, tenga también presencia un acreedor significativo, condición que puede ostentar también la representación de los trabajadores, a lo que se añade la posibilidad de

designar en calidad de acreedor a una Administración en cualquier supuesto en que concurra una causa de interés público.

4. Otras modificaciones

Concursos conexos

La ley 38/2011 legitima expresamente a los administradores de la sociedad deudora para que soliciten la declaración de concurso de un grupo de sociedades. Los acreedores también están legitimados para pedir la declaración de concurso de varios de sus deudores, si éstos pertenecen al mismo grupo de sociedades.

Además, si se declara por separado el concurso de dos o más sociedades de un grupo, cualquiera de los deudores o de los administradores concursales podrá solicitar que un solo Juez conozca de todos ellos.

En consecuencia, se producen mejoras procesales al regular expresamente la coordinación de estos concursos permitiendo un administrador concursal común, dejando la consolidación de activos y pasivos sólo para supuestos de confusión de patrimonios, facilitando los llamados convenios vinculados y remitiéndose en todo caso al Código de Comercio en cuanto a la definición de grupo.

Protección de los trabajadores

En relación al ámbito laboral, cabe destacar la incorporación de una regulación expresa sobre la subrogación legal del FOGASA en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores en el marco del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

En el enjuiciamiento de las cuestiones laborales sometidas al proceso concursal, deben tenerse en cuenta de manera prioritaria los principios inspiradores de la rama social del Derecho. A este respecto, la Ley 38/2011 introduce modificaciones en el procedimiento judicial de regulación de empleo para evitar tanto conflictos con la jurisdicción social y la autoridad laboral, y se modifican los sujetos legitimados para la tramitación del ERE concursal, el periodo de consultas, la resolución del ERE concursal, las resoluciones contractuales por voluntad del trabajador durante el concurso, la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, la impugnación del auto del juez concursal, así como la consideración como suspensión colectiva a la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

Por último, con esta reforma se resuelven las dudas jurídicas que existían sobre la calificación de los créditos salariales e indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral como créditos contra la masa.

Madrid, Noviembre de 2011