

Notas de Actualidad

Reforma de la Ley Concursal: Principales Novedades

Departamento de Derecho Procesal. Area Concursal
31 de marzo de 2009

I. Objeto de la presente Nota.

El pasado viernes 27 de marzo de 2009 se aprobó por Consejo de Ministros, el Real Decreto Ley 3/2009 de "Medidas Urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica" el cual, ha sido publicado en el día de hoy en el Boletín Oficial del Estado.

A través de la presente Nota de Actualidad exponemos sucintamente y con carácter preliminar, las novedades más significativas de la nueva regulación desde el punto de vista de Derecho Concursal.

II. Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación.

1) Definición de acuerdo de refinanciación:

Se añade a la Ley Concursal una nueva Disposición Adicional, la cuarta, la cual en su apartado primero define los Acuerdos de refinanciación en los siguientes términos:

"A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo."

Es decir, la nueva disposición considera un acuerdo de refinanciación no solo a aquel en el que se produce la ampliación significativa del crédito, sino que se incluyen también aquellos otros que se limitan a la ampliación de plazo. En todo caso será precisa la existencia de un plan de viabilidad que avale la continuidad de la actividad del deudor.

2) Excepción a la rescisión prevista en el art. 71.1 de la Ley Concursal.

El apartado 2) de la Disposición Adicional Cuarta dispone:

"2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías

constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos 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 del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

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.

En consecuencia, si concurren los requisitos expuestos, el acuerdo de refinanciación será inatacable. No obstante lo anterior, queda a salvo la impugnación de los demás acuerdos de refinanciación si bien, solo estará legitimada para ello la administración concursal.

La legitimación para emprender la acción de reintegración de aquellos otros negocios jurídicos llevados a cabo por el concursado de forma aislada no se modifica y, en consecuencia, corresponderá a la administración concursal si bien, con carácter subsidiario, también podrían ser ejercidas por los acreedores si los primeros no formulan la acción después de dos meses de ser requeridos por los acreedores en tal sentido.

3) Entrada en vigor de esta modificación.

El apartado del Real Decreto Ley referido a los acuerdos de refinanciación será aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de la entrada en vigor de la nueva normativa (1 de abril de 2009), así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplimenten los requisitos establecidos en su apartado segundo.

A sensu contrario, a aquellos acuerdos de refinanciación que no hayan seguido los requisitos establecidos en el Real Decreto Ley, les serán de aplicación los requisitos generales de la acción de reintegración tal y como se encontraban en el texto original de la Ley Concursal.

III. Modificaciones referidas al convenio de acreedores.

Las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística correspondientes al ejercicio 2008 han puesto de manifiesto la escasa o nula utilización por los deudores de la propuesta anticipada de convenio. A modo de ejemplo, en Madrid no se presentó ni un solo concurso de acreedores con una propuesta anticipada de convenio en todo el ejercicio 2008.

Quizás por el escaso interés que despertaba para los acreedores, es por lo que el legislador ha decidido impulsarla, fomentando la presentación de las propuestas anticipadas de convenio con un doble propósito: (i) agilizar los trámites del procedimiento concursal y (ii) lograr que un mayor número de empresas queden a salvo de la liquidación.

Destacamos los aspectos más relevantes de la reforma a este respecto:

Se añade un apartado 3 en el art. 5 de la Ley Concursal del siguiente tenor:

“El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.”

Con esta medida el legislador pretende proteger, acertadamente a nuestro juicio, a los deudores que se encuentran en proceso de negociación de su deuda con las entidades de crédito y principales proveedores. De acuerdo con la misma, el deudor logra un plazo de hasta seis meses para preparar el concurso voluntario con propuesta anticipada evitando de este modo la presentación por un tercero (generalmente, pequeño acreedor) de un

concurso necesario, escenario éste, temido siempre por los empresarios por las consecuencias negativas que comporta (suspensión de las facultades del órgano de administración a favor de la administración concursal).

Esa propuesta anticipada de convenio se podrá presentar siempre que el deudor;

- (i) no haya sido condenado, en sentencia firme, por delito contra el patrimonio, , contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio y,
- (ii) no haya incumplido la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil.

La propuesta anticipada de convenio podrá presentarse junto con la solicitud de declaración de concurso siempre que vaya acompañada de firma de acreedores, de cualquier naturaleza, que representen la décima parte del pasivo. Este porcentaje de adhesiones es sensiblemente inferior al exigido hasta ahora (10%) y además, no se exige que la naturaleza de los créditos de los acreedores adheridos sea privilegiada y ordinaria sino que se permite la adhesión de cualquier acreedor.

IV. Impulso del procedimiento abreviado.

El Real Decreto Ley 3/2009 contempla la modificación del art. 190 de la Ley Concursal al disponer lo siguiente:

“(...) El juez aplicará un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros (...)”

Las principales características del procedimiento abreviado, son las siguientes:

- (i) Un solo administrador concursal: Que podrá ser abogado o economista.
- (ii) Reducción de plazos a la mitad en todos los previstos en la Ley Concursal para el concurso ordinario.

Esta medida, que si bien es positiva porque agiliza los plazos y la tramitación de los concursos, es a nuestro juicio arriesgada dado que deja en manos de un solo administrador concursal importantes decisiones que podrán afectar a empresas en crisis con un pasivo de hasta 10 Millones de Euros.

V. Reconocimiento y subordinación de créditos.

- 1) Se añade un segundo párrafo en el art. 87.2 de la Ley Concursal a fin de contemplar, como créditos contingentes hasta su cuantificación, los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación e inspección. Una vez determinados tendrán el carácter que les corresponda pese a que la comunicación del crédito sea tardía.
- 2) Modificación del art. 87.6 LC.

Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, existió un debate sobre este precepto. Así, mientras que una corriente entendía que pese a que las consecuencias del art. 87.6 de la Ley Concursal son muy duras, la “literalidad” del precepto no permite otra interpretación que la que trae consigo la degradación a la categoría de subordinado del crédito del que es titular el acreedor principal, si el mismo fuera ordinario o privilegiado, cuando está garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con el deudor (“dura lex, sed lex”), otros entendían que una interpretación del precepto basada en diversos criterios (fundamentalmente el sistemático y el finalista) permitía afirmar que tal degradación sólo se producía cuando el garante pagaba al acreedor y se subrogaba en su posición en el concurso.

El Real Decreto Ley modifica el art. 87.6 LC el cual, queda redactado así:

“6. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.”

- 3) Se incluye una nueva categoría de crédito subordinado para aquellos acreedores que, previo informe de la administración concursal, dificulten u obstaculicen el cumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas.
- 4) Se modifica el art. 93.2.1º y con ello la definición de socio, en lo que afecta a la catalogación como de personas especialmente relacionadas con el concursado, en el sentido de que además de tener que ser titular del 5% del capital social (sociedad cotizada) o del 10% (en caso de sociedad no cotizada), habrá de tener la referida condición de socio al momento del nacimiento del derecho de crédito, precisión ésta que se introduce en el Real Decreto Ley.

VI. Otras novedades significativas.

Al margen de las anteriormente expuestas, el Real Decreto Ley presenta otro tipo de novedades que apuntamos brevemente a continuación:

- 1) Se favorece la publicidad del concurso en un Registro Público Concursal (de acceso a través de Internet).
- 2) Supresión del coste de las distintas publicaciones en el BOE.
- 3) Reducción de los honorarios de la administración concursal.
- 4) Creación de un fondo (que se dotará por los administradores concursales, de la retribución que éstos perciban en los concursos que resulten designados) para atender la retribución de los administradores concursales de aquellos concursos sin masa suficiente para atender sus honorarios.
- 5) Salvo casos excepcionales, se suprime la vista ante el Juez referida a la impugnación del informe de los administradores concursales por los acreedores, lo que agilizará la tramitación de la fase común del concurso.
- 6) La determinación de que la actividad desarrollada por una empresa en concurso pueda tener especial transcendencia para la economía, que permitirá exceder los límites máximos de quita (50%) y espera (5 años) recaerá en el Juez Mercantil. De este modo se elimina la previsión legal existente hasta la fecha que exigía un informe emitido por la Administración competente.
- 7) Si el número de acreedores supera el número de 300, se permitirá la tramitación escrita del convenio, lo cual supone la vuelta al sistema que ya preveía la antigua suspensión de pagos.

- 8) Se permite al deudor proponer una propuesta de liquidación anticipada en orden a agilizar este proceso y que los activos no sufran una depreciación por el transcurso del tiempo.

- 9) Se aclaran dudas que existían en la actualidad respecto al momento a partir del cual comienza a computarse el plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores. A este respecto y como venía interpretándose, se distingue entre partes personadas (en cuyo caso, el plazo comienza desde la notificación) y partes no personadas (en cuyo caso el plazo no comienza hasta que se lleve a efecto la última publicación (Registro Público Concursal o tablón de anuncios el Juzgado).

- 10) En el supuesto de que sea precisa la autorización judicial (bien porque la Ley así lo disponga o porque lo entienda conveniente la administración concursal), el Auto que dicte el Juez Mercantil, una vez conferido traslado de la solicitud a todas las partes por diez días, solo podrá ser objeto de recurso de reposición. Es decir, se elimina la posibilidad de plantear un incidente concursal al respecto como hasta ahora preveía la Ley Concursal.

- 11) Para evitar la paralización de los expedientes de regulación de empleo en tramitación se permite su continuación en tanto no se declare el concurso de la empresa. Además, se permite la extinción de las relaciones laborales desde dicha declaración, con vistas a que los trabajadores puedan cobrar las prestaciones por desempleo.

VII. Entrada en vigor.

La entrada en vigor del Real Decreto Ley tendrá lugar mañana, día 1 de abril de 2009.

No obstante lo anterior, en la práctica totalidad de los aspectos que son objeto de reforma, el texto del Real Decreto Ley prevé disposiciones transitorias que detallan en qué medida el real Decreto afecta a los procedimientos concursales en curso, como así lo hemos expuesto en el apartado referido a la refinanciación de deuda.