Nueva modificación, en este caso sustancial, de la Ley Concursal aprobada por Ley 38/2011 de 10 de Octubre pero ¿se ha conseguido algo o, cuanto menos, permitirá que se obtenga en el futuro? En mi opinión estamos todavía muy lejos de que la referida sirva para solventar los enormes problemas que genera la crisis económica, fundamentalmente a la pequeña y mediana empresa española, y sobre todo familiar, pues el legislador parece pensar solo en las otras empresas que, como todos sabemos, no son muy conocidas por nuestros lares aragoneses.

Es cierto que se contienen muchas modificaciones pero no dejan de ser meramente formales y de escaso calado a la situación que todos conocemos pues, de nuevo, se reproducen los “blindajes” de las instituciones financieras hasta el extremo de dejar a su arbitrio “su sacrificio” en los acuerdos previos de refinanciación con los deudores y, cómo no, los privilegios de la administración pública.

Dos son las regulaciones a las que esta modificación dedica esfuerzo, una de mejora –o pretende serlo- de los acuerdos de refinanciación y otra nueva cual resulta el “fresh money”.

Los acuerdos de refinanciación que ya aparecían en el RDL 3/2009 de 27 de Marzo como la solución extrajudicial al inconveniente del concurso de acreedores y que en la práctica no fueron eficaces o eficientes -si obviamos la práctica de presentar esa comunicación al Juzgado de lo Mercantil competente y evitar de este modo la solicitud por cualquier acreedor del concurso necesario- son complementados y mejorados pero sin conseguir su fin último que no es otro que aparecer como vehículo de lo que todos están reclamando y que tan bien funcionan en otras legislaciones cual es el concurso extrajudicial.

Pero de nuevo no se ha introducido ese concurso extrajudicial y, la verdad es que no entiendo por qué, pues con él se evitarían precisamente los efectos que la comunicación del inicio de los acuerdos de refinanciación produce: la ejecución de las garantías, la desconfianza de los proveedores, clientes y trabajadores abocando a la compañía al concurso, en estas condiciones, en liquidación.

Pero más a más esa refinanciación vuelve a quedar en manos de las instituciones financieras no firmantes del acuerdo pues pueden impugnarlo en atención a la *“valoración de la desproporción del sacrificio*” lo que ya denota su complejidad práctica y no despeja la duda en los quórum necesarios para su adopción sobre la concurrencia de los acreedores que en el concurso serían subordinados, única circunstancia que nos da una salida en contadas ocasiones a los abogados de la concursada.

La segunda novedad parece un claro “brindis al sol” pues se reconoce como crédito contra la masa “*el cincuenta por ciento de los créditos que supongan ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marcho de un acuerdo de refinanciación*” pero sólo lo es de su mitad y además en el último puesto de los mismos que establece el artículo 84, por lo que el tiempo evidenciará su ineficacia.

Ahora no es objeto de esta reflexión profundizar en todo ello sino destacar las novedades más significativas de la modificación de esa Ley Concursal, lo que paso a hacer a continuación.

Felizmente se regula la solicitud de concurso sin masa condicionando su admisión a que puedan plantearse acciones de reintegración y a que pueda ser calificado como culpable; y la no apertura de la pieza de calificación si el concurso se presenta con un convenio anticipado aprobado por los acreedores, que de algún modo parece equipararse al convenio extrajudicial pero sin los efectos suspensivos necesarios.

Los plazos se reducen –incluso el subsanatorio al tiempo de presentar el concurso fijado en cinco días se mantiene, dejando claro que sólo cabe uno, lo que en la práctica no se adapta a las necesidades reales de este tipo de mercado-, las comunicaciones se facilitan telepáticamente y la intervención de la administración concursal se refuerza en su relación con los acreedores responsabilizándose de algún modo de evitar incidentes impugnatorios.

También parece una oportunidad claramente demandada la regulación de los concursos conexos y la acumulación; pero no que se invierta el sujeto pasivo en el impuesto sobre el valor añadido en las transmisiones de bienes en empresas concursadas ya que –nuevamente- blinda a las administraciones públicas y limita la “financiación” temporal que a las concursadas le podía suponer mensual o trimestralmente.

La figura del administrador concursal se refuerza en lo que interesa a los abogados en tres sentidos: permitiendo la designación de sociedades “*en la que integre, al menos, una abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas*” aunque garantizando la independencia debida con los auditores; la vuelta a la designación del administrador representante de los acreedores “*de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe*”; y, en la necesaria intervención de letrado en los incidentes que interponga la administración concursal, que tendrá su importancia en los supuestos de designación de un solo administrador concursal que no tenga la condición de letrado.

Otras cuestiones introducidas, mejoradas o completadas en la reforma son las siguientes:

a)     el alzamiento de los embargos trabados en bienes afectos y necesarios para la actividad (salvo los administrativos, claro está);

b)     la suspensión de “*las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles*”;

*c)* la posibilidad de que la administración concursal altere el pago de los créditos contra la masa a su vencimiento cuando “*presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa”;*

d)     la apertura de la fase de convenio o de liquidación sin esperar a la resolución de los incidentes si las impugnaciones no suponen más del 20% de las valoraciones realizadas en el informe por la administración concursal;

e)     la imposición de las costas en los incidentes según el criterio del vencimiento, salvo “*serias dudas de hecho o de derecho*”;

f)        la tramitación preferente de los recursos de apelación planteados sobre incidentes concursales;

g)     la creación del Registro Público Concursal; y

h)      la conocida por todos situación de las Sociedades Deportivas.

He dejado para el final, como destacadas, tres modificaciones que entiendo mejor separar por creerlas más importantes que las anteriores:

A)      las acciones de reintegración se aclaran lo suficiente para entender entre todas ellas a las que vencieran tras la declaración del concurso;

B)      la culpabilidad y sus consecuencias, por el contrario, no quedan tan claras pues se determinan consecuencias diferentes: los daños y los perjuicios y la cobertura del déficit patrimonial que aún siendo para supuestos diferentes entiendo que mejor hubiera sido uniformarlas; y

C)     la presentación del convenio en los procedimientos abreviados en los cinco días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal que va a limitar –si no impedir- su presentación en condiciones pues, en primer término no se habrá podido estudiar el informe referido y, en segundo lugar, negociar con los acreedores.

Finalmente, y aunque la Ley en general entra en vigor el primero de enero de 2012, no debe ignorarse que hay importantes modificaciones que ya están en vigor: los acuerdos de refinanciación (artículo 5º bis); la solicitud por otro legitimado del concurso y su acumulación (artículo 15); las acciones de reintegración excluidas en los apartados 6 y 7 del artículo 71º; el fresh money (artículos 84º.2 y 91º.6) y la homologación de los acuerdos de refinancición pretendiendo dar cobertura inmediata a los problemas pero no consiguiéndolo ni mucho menos, generando problemas interpretativos y de derecho aplicable que no hacen más que entorpecer el proceso concursal.

Fdo. José Pajares

Presidente de la Comisión de Insolvencia de la UIA.