

ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL
LAST AMENDMENTS TO SPANISH INSOLVENCY ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 621-636.

Fecha entrega: 22/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

RAFAEL NEBOT SEGUÍ
Letrado del Banco de España
rafel.nebot@bde.es

RESUMEN: Las últimas reformas de la Ley Concursal van encaminadas a lograr la continuidad de empresas viables desde un punto de vista operativo, pero que no lo son desde una perspectiva financiera, ya que la pervivencia de las empresas favorece el mantenimiento de los puestos de trabajo directos e indirectos, el cumplimiento de las expectativas de un mayor número de acreedores y, en definitiva, al conjunto de la economía. Con la referida finalidad, la reforma introducida por la Ley 17/2014 (procedente del RDL 4/2014) se centra, principalmente, en incentivar la firma de acuerdos de refinanciación y la adopción de medidas preconcursales, para evitar el concurso y/o la liquidación, protegiendo así a los acreedores firmantes, ampliando la tipología de acuerdos a adoptar y estableciendo un nuevo régimen de mayorías, y nuevas reglas de adopción de acuerdos y de extensión de sus efectos, así como, determinando la forma de valorar las garantías. Por otro lado, el RDL 11/2014 se centra en la fase común, en el convenio y en la fase de liquidación, trasladando múltiples premisas introducidas por el RDL 4/2014 para los acuerdos de refinanciación, al convenio concursal y estableciendo un régimen específico favorecedor de la venta de unidades productivas.

PALABRAS CLAVE: acreedores financieros, conversión de deuda en capital, garantías reales, institutos preconcursales, Ley 17/2014, Ley Concursal, mecanismos de reestructuración y refinanciación de deuda, Real Decreto-ley 4/2014, Real Decreto-ley 11/2014, transmisión de unidad productiva.

ABSTRACT: Recent amendments to the Spanish Insolvency Act are aimed at ensuring the continuity of viable companies from an operational point of view, but not from a financial perspective, since they favour maintaining direct and indirect jobs and meeting the expectations of a greater number of creditors and, ultimately, the whole economy. With the abovementioned purpose, the changes introduced by Act 17/2014 (deriving from RDA 4/2014) primarily focus on promoting the execution of refinancing agreements and the adoption of pre-insolvency measures (protecting signatory creditors, widening the types of decisions to be taken and establishing a new majorities system, new rules on the adoption and cramdown of resolutions, as well as the valuation of security) to avoid insolvency proceedings and/or company liquidation. While RDA 11/2014 focuses on the common stage, the composition with creditors and the liquidation stage (transposing a number of premises introduced by RDA 4/2014 for refinancing agreements to the composition with creditors, thereby establishing a specific regime conducive to the sale of productive units).

KEY WORDS: financial creditors, conversion of debt into capital, real securities, pre-bankruptcy proceedings, Act 17/2014, Insolvency Act, debt restructuring and refinancing proceedings, Royal Decree Act 4/2014, Royal Decree Act 11/2014, transfer of productive unit.

1. La Ley Concursal, promulgada el 9 de julio de 2003 y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (en adelante, la “LC”), se ha modificado, en sus diez años de vigencia, hasta en veintitrés ocasiones, incluyendo las últimas y recientes reformas operadas a) por el “Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal” (actualmente, tramitándose Proyecto de Ley de trasposición del mismo, que podría incluir alguna modificación respecto del texto del RDL), y b) por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial (procedente del “Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo”). No obstante, dejando de lado las reformas menores o procedimentales, de entre las múltiples reformas, únicamente, tres han sido de gran calado, teniendo lugar todas ellas con posterioridad al inicio de la crisis financiero-económica global (2007), debido a la constatación de la ineficacia de la norma, para hacer frente a la nueva realidad económico-empresarial.

2. Las tres reformas de la LC más relevantes, desde el punto de vista concursal sustantivo, son:

a) la operada por el Real Decreto-ley núm. 3/2009, de 27 de marzo, “medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”, que, tal y como establece su exposición de motivos (“EM”), pretendía permitir “a los agentes económicos contar con un procedimiento concursal menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados, así como generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores”, y que, entre otros, mediante la introducción de la disposición adicional cuarta, estableció un régimen de protección frente a la rescisión de los acuerdos de refinanciación previos a la situación concursal, para fomentar el incremento de la firma de los mismos;

b) la Ley núm. 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que, en su EM, establece que: “el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, y que, a tal fin, la ley profundizaba en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación; y

c) las de los Reales Decretos-ley 4 (que culminó en la Ley 17/2014) y 11 de 2014 (tramitándose como Proyecto de Ley), que son objeto de comentario en el presente artículo.

3. El derecho concursal español, a diferencia del derecho concursal estadounidense (“Bankruptcy Act”), desde sus orígenes previos a la LC y, posteriormente, en la propia

LC, estuvo pensado para regular el equitativo reparto de pérdidas entre los distintos acreedores, regido, por tanto, bajo el principio “par conditio creditorum”, esto es, en la protección máxima de los intereses de los acreedores, en lugar de dar un mayor protagonismo a los institutos concursales o acuerdos de refinanciación o reestructuración, para evitar el concurso, o en las medidas para lograr, como objetivo prioritario, la viabilidad de la empresa afectada. No obstante, tras la entrada en escena de la crisis económica global, el legislador ha constatado que más del noventa por ciento de las empresas concursadas han terminado y acaban en liquidación, con las consecuencias negativas que de ello se derivan, por ejemplo: incremento del número de desempleados (hasta alcanzar tasas superiores al 25 por ciento, que duplican la tasa de desempleo media europea), pérdida del tejido empresarial e industrial, pérdida de competitividad de nuestras empresas e impagos a acreedores.

Considerando cuanto antecede, las últimas reformas, que son objeto de comentario (RDL 4 y 11 de 2014 y la operada por la Ley 17/2014), han ido encaminadas, principalmente, a garantizar o incrementar la subsistencia de las empresas viables desde un punto de vista operativo, mediante la introducción de medidas que permitan el saneamiento de las mismas desde el punto de vista financiero, respetando las expectativas de los acreedores. A su vez, se han introducido “medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad” (tal y como se indica en la EM de RDL 11/2014). Se trata, en definitiva, según reza la referida EM, de: “facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”.

Parece loable la intención del legislador, aunque hubiera sido preferible haber acometido reformas, en el sentido apuntado, con mayor antelación, ya que se han destruido más de medio millón de empresas desde que se iniciara la crisis, con las graves consecuencias que ello conlleva, principalmente, por lo que respecta al incremento de la tasa de desempleo y, consecuentemente, a la pérdida de poder adquisitivo y a su efecto negativo en el consumo o demanda interna, así como por el incremento de la tasa de morosidad de las entidades financieras y, por tanto, la reducción del volumen de créditos otorgados por las mismas. A continuación realizaré una descripción genérica de las novedades introducidas en las últimas reformas, excediendo del objeto del presente artículo la descripción detallada y minuciosa de todas y cada una de las reformas practicadas.

4. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre (que entró en vigor el 2 de octubre de 2014), por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial (procedente del “Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo), tal y como se indica en su EM, tiene como principal objetivo sanear las empresas inviables desde un punto de vista financiero, pero que son viables desde el punto de vista operativo, como alternativa a la liquidación de las mismas, que es lo que ha venido ocurriendo en más del noventa por ciento de las empresas, desde la promulgación de la LC.

Con el objetivo reseñado, las principales novedades de la Ley 17/2014 son las medidas encaminadas a favorecer el saneamiento de las empresas en una fase pre-concursal, a través de facilitar la firma de acuerdos de refinanciación, por ejemplo: fomentando las conversiones de deuda en capital, estableciendo nuevas reglas acerca del régimen de quitas y esperas y sobre la extensión de efectos de los acuerdos adoptados. La Ley distingue entre los acuerdos de refinanciación cuya mayoría exigida lo es respecto de todos los acreedores (art. 71 bis LC), comerciales y financieros, de aquellos que la exigen respecto de los acreedores financieros, que podrán homologarse judicialmente (Disp. Adic. 4ª LC). Al margen del anterior objetivo, la Ley introduce novedades importantes en el estatuto jurídico de la administración concursal, modificando sus normas de composición y de designación.

4.1. Como formalidad previa, para lograr un entorno de seguridad para el deudor, que permita negociar con mayor tranquilidad la firma de los referidos acuerdos de refinanciación, se introducen novedades respecto de los efectos que produce la comunicación por el deudor, al juzgado competente, del inicio de negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis LC): se introduce la obligación de publicar la comunicación recibida en el Registro Público Concursal, salvo que por el deudor se solicite el carácter reservado de la comunicación. Ahora, se traslada el efecto que produce la declaración de concurso sobre las ejecuciones sobre bienes o derechos del concursado a la comunicación, por tanto, ésta impide que puedan iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales (estas últimas no se incluían en el RDL 4/2014, pero han sido añadidas por la Ley 17/2014) sobre bienes y derechos (éstos últimos incluidos también por la Ley 17/2014) y se suspenderán las que estén en tramitación. Los mismos efectos se producirán respecto de las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros (de la Disp. Adic. 4ª LC), siempre que un porcentaje superior al 51 por ciento haya apoyado el inicio de las negociaciones, comprometiéndose a no iniciar o continuar las ejecuciones (acuerdo “stand still”). Quedan excluidos de lo anterior los procedimientos que afecten a créditos de derecho público. Los acreedores (todos) con garantía real podrán iniciar sus ejecuciones, pero quedarán suspendidas hasta que no transcurran los plazos establecidos en el precepto, siendo el plazo máximo de cuatro meses, desde la comunicación. Se introduce la prohibición de formular más de una comunicación en un plazo de un año.

Con la novedad introducida, los deudores gozan de más tranquilidad durante los cuatro meses (como máximo), de los que disponen para negociar con acreedores, ya que, además de prevenir que cualquier tercero pueda instar la solicitud de la declaración de concurso (como ya ocurría antes, en virtud del art. 15.3 LC), se impedirán o suspenderá, en cada caso, las ejecuciones.

4.2. Por lo que respecta a las novedades en el estatuto de la administración concursal. Se modifica el art. 27 LC, relativo a las “condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales”, se opta por una mayor profesionalización y especialización

de los miembros de la administración concursal, pudiéndose incluso llegar a exigir la superación de pruebas o cursos; se crea un Registro Público Concursal, en el que deberán inscribir todas aquellas personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se exijan. En cuanto al sistema de nombramiento de los administradores concursales, se pretende dotar de mayor transparencia y homogeneidad al mismo, que buena falta hace, si se observa como han venido realizándose las designaciones de administradores desde la promulgación de la LC. Se aplaza la regulación de su funcionamiento al reglamento que se promulgue. Las listas de administradores a designar serán las que figuren en el Registro referido, debiendo cumplir los candidatos inscritos los requisitos que se exijan reglamentariamente, pudiendo discriminarse en cuanto a las exigencias, atendiendo a las dimensiones del concurso en cuestión. Se pretende que el nombramiento se produzca de forma automática, atendiendo al turno correlativo que corresponda, según la lista, salvo la primera designación que se realizará por sorteo. Sin embargo, como suele ser habitual, no ha podido el legislador resistirse a seguir con la clásica tradición española de otorgar la última palabra al juez, concediéndole un margen de discrecionalidad (aunque la norma exige “motivación” de la decisión), para, en aquellos casos en los que lo estime necesario, pueda designar, atendiendo al gran tamaño del concurso, a un administrador distinto de aquel al que le correspondiera por turno. Entiendo que hubiera sido más transparente y garante de independencia el establecer reglamentariamente requisitos distintos, para ser administrador de concursos de gran tamaño y, estando todos los administradores de la lista igualmente capacitados, establecer dicho nombramiento por turnos de forma imperativa. Por tanto, deberemos esperar al desarrollo reglamentario (como establece el art. 27.4 LC), para analizar las condiciones para clasificar el concurso en atención al tamaño del concurso y los requisitos para formar parte del listado de administradores concursales.

Se modifica el art. 198.1 LC, creando una nueva sección en el Registro Público Concursal, en la que se incluirán los administradores concursales y auxiliares que cumplan los requisitos reglamentarios, para ser nombrados atendiendo al tamaño de los concursos, los separados y los inhabilitados.

Como excepción al nombramiento de un único administrador concursal, para el caso de que el concurso implique una causa de interés público, el juez podrá designar como segundo administrador concursal a una administración pública o entidad de derecho público. Por tanto, se pretende que en las inmensa mayoría de los supuestos, la administración concursal esté integrada por un único miembro.

En determinados concursos con características especiales, como aquellos en los que la concursada fuera una entidad de crédito, será al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (“FROB”) a quien corresponda proponer los administradores a nombrar y el juez competente quien elija.

Se recopilan, en un nuevo art. 33 LC, a efectos clarificadores, las funciones que los administradores concursales tienen atribuidas en la LC, pero que se encontraban dispersas en distintos preceptos.

Se modifica el art. 34 (no obstante, como reza la disp. transit. 2ª, no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, en un plazo máximo de seis meses), relativo a la retribución de los administradores. Según la EM de la Ley 17/2014, “se pretende asegurar que la remuneración de la administración concursal tenga en cuenta la calidad y los resultados del trabajo. De este modo, se persigue que el arancel no solo sea un mecanismo de retribución, sino también un mecanismo de incentivos”. Ahora, se determinará el arancel aplicable, que debe aprobarse reglamentariamente, al número de acreedores del concurso y al tamaño del concurso. Se condiciona el devengo de la retribución al cumplimiento de las funciones de los administradores concursales, reseñadas en el mencionado art. 33 LC (la EM lo denomina “principio de eficiencia”), otorgándose potestad al juez para reducir la remuneración inicial por incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de sus funciones. No obstante, se establecen motivos tasados en los que “en todo caso” debería reducirse la remuneración (por ejemplo, incumplimiento en la comunicación de información a los acreedores o demora en un plazo superior al 50 por ciento), pero, nuevamente, siguiendo la tradición española, se vuelve a indicar que: “salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva en contrario”, esto es, que, al final, el juez decide a su criterio “motivado”, con la inseguridad jurídica que ello genera. Se elimina el informe previo de la administración concursal para fijar su propia retribución. En aras a otorgar mayor transparencia, se publicará en el Registro Público Concursal el auto por el que modifique la retribución.

En cuanto al régimen de separación de administradores (art. 37 LC) se introducen dos novedades a) se trata de objetivar las causas de separación, pero, desafortunadamente, se vuelve a recurrir a las reglas del: “en todo caso” y “salvo que el juez resuelva en contrario”, no obstante, se establece una causa objetiva consistente en un error, acreditado mediante resolución a favor del impugnante, cometido en la formación del inventario de la lista de bienes o de acreedores que suponga un 20 por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores, respectivamente; y b) ahora, la separación de un representante persona física de una persona jurídica implicará la separación de la persona jurídica como administrador concursal (cuestión distinta es la separación a la que se refiere el art. 38.2 LC, ya que podría producirse un cese del representante por voluntad de la persona jurídica o por fallecimiento de éste).

4.3. Dejando ya las reformas sobre el estatuto de la administración concursal, novedad relevante es la introducida en el art. 56 LC, relativo a la “paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas”. Lo establecido en el art. 55 LC para la suspensión de las ejecuciones singulares no resulta de aplicación para los acreedores con garantías real, tal y como establece el art. 55.4 LC, por ello, debe estar al régimen especial, que ahora se ve modificado. Con la reforma del art. 56 LC, se sustituye la condición de “bienes afectos” a la actividad profesional del concursado, como condición activadora del impedimento o suspensión, en cada caso, de la ejecución de los bienes sobre los que recae una garantía real, por la condición de “bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad”. La cuestión no es baladí, ya

que todos los bienes necesarios son bienes afectos, pero no todos los bienes afectos a una actividad empresarial son bienes necesarios para la continuidad de la referida actividad, por ende, se amplía el abanico de bienes para poder reestructurar la deuda de la sociedad, logrando un mayor equilibrio entre las expectativas de los acreedores y las necesidades del concursado. La LC distingue, ahora, entre las distintas facultades que integran el derecho de propiedad, pudiendo decretarse que se enajene un bien, pero que el derecho de uso o disfrute sobre el bien siga permaneciendo en poder del concursado, por considerarse ello esencial para la continuidad de la actividad empresarial.

Conviene recordar que las paralizaciones o suspensiones es posible que tengan su origen en la comunicación del inicio de las negociaciones, tal y como establece el reformado art. 5 bis LC.

4.4. Centrándonos en el grueso de la reforma, una de las novedades más relevantes, de entre las introducidas por la Ley, es la relativa al régimen de las acciones de reintegración respecto de los acuerdos de refinanciación, contenido en el art. 71 bis LC en su integridad, ya que se ha suprimido el apartado 6º del art. 71 LC, para regular todas las acciones de reintegración en el citado art. 71 bis LC.

Tras la reforma, ya no será necesaria la emisión de un informe de experto independiente para que no sean rescindibles los acuerdos de refinanciación ni sus garantías, siempre que, en líneas generales: a) se amplíe de manera significativa el crédito disponible (podría haberse aprovechado la reforma para objetivar este requisito) o se retrase el plazo de vencimiento, respondiendo a un plan de viabilidad; b) el acuerdo haya sido suscrito por, al menos, tres quintos del pasivo; c) el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público; y, d) certificado de auditor. Ahora, se sustituye la exigencia, para los acuerdos que cumplan las condiciones referidas arriba, del informe de experto independiente por la emisión de una certificación por auditor de cuentas independiente, acreditando el cumplimiento del porcentaje del pasivo exigido. A su vez, se amplían los acuerdos de refinanciación no rescindibles, además de los citados, a todos aquellos en los que se cumplan todas las siguientes condiciones, al tiempo de suscripción del acuerdo, no exigiendo éstos ni informe de experto ni certificación del auditor ni mayoría determinada: “a) que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa; b) que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; c) que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes sea inferior al 90 por ciento de la deuda pendiente a favor de los mismos y a la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo (especial relevancia tiene la forma de determinar el valor de las garantías, que se establece en la Disp. Adic. 4ª LC, que es objeto de comentario más adelante); d) que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente del acuerdo a favor de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; e) que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público, con justificación expresa de la motivación del mismo.

Respecto del informe de expertos (art.71 bis 4 LC), se abre, ahora, la posibilidad de que tanto el deudor como lo acreedores puedan solicitar su nombramiento, para valorar, en términos generales: el carácter razonable, el plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías.

Respecto de todos los acuerdos de refinanciación referidos, llamados “no rescindibles”, aunque quizá deberían denominarse de “rescisión limitada a la administración concursal”, se establece que únicamente podrá ejercitarse acción de rescisión o impugnación, por parte de la administración concursal (esto no es novedad), pudiendo fundarse la acción en cuestión, únicamente, en el incumplimiento de las condiciones que deben reunir los acuerdos (art. 72.2 LC) y que han sido citadas, en términos generales. A su vez, tal y como reza la EM, los acuerdos, al no ser rescindibles, no estarán sometidos a las presunciones de perjudicar a la masa activa, de los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, aún cuando impliquen actos de disposición de activo.

Más adelante, analizaré las novedades introducidas en la Disp. Adic. 4ª LC, en relación con la homologación de determinados acuerdos de refinanciación, distintos a los acuerdos “no rescindibles” referidos, pero que también puede gozar del mismo privilegio sin tener que alcanzar una mayoría de tres quintos del pasivo y respecto de los cuales cobra mayor relevancia el informe de experto independiente.

4.5. Con el mismo propósito de promover los acuerdos de refinanciación, se modifica: a) el art. 92.5º LC, a los efectos de excepcionar la calificación de persona especialmente relacionada con el deudor y, por ende, de la subordinación de su crédito, a aquellos acreedores que hubieran devenido socios de la concursada como consecuencia de la conversión de deuda en capital social, en ejecución de un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC; y, b) el art. 93.2.2º LC, para establecer una presunción *iuris tantum* de no consideración de los acreedores, que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC como administradores de hecho, para dificultar que sus créditos puedan ser considerados subordinados.

4.6. También, con el mismo objetivo mencionado, se potencia la firma de acuerdos de refinanciación: a) estableciendo una presunción de concurso culpable para el caso de que el deudor, sus administradores o liquidadores se hubieran opuesto “sin causa razonable” a la capitalización de créditos o de emisión de instrumentos convertibles impidiendo la firma de acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC (art. 165.4º LC). Se establece como presunción (no se especifica si *iuris tantum* o *iuris et de iure*), para considerar que la oposición no responde a “causa razonable”, que el informe de experto independiente (que pueden solicitar el deudor y los acreedores voluntariamente) así lo determine. En todo caso, deberá reconocerse un derecho de adquisición preferente para el resto de socios, para considerar el concurso culpable por la oposición a la conversión o a la emisión, según se trate, salvo transmisión por el acreedor a favor de

sociedades de su grupo o a sociedad de tenencia de valores; b) considerando como posibles personas afectadas por la calificación de culpabilidad del concurso a los socios que se hubieran negado a la capitalización de deuda o a la emisión de instrumentos convertibles, excluyendo la aplicación de la presunción de culpabilidad apuntada arriba a aquellos administradores que hubieran propuesto la recapitalización (art. 172.2.1º LC); y, c) se amplía, también respecto de los socios que se hubieran negado, la posible condena en caso de reapertura de la sección de calificación, por el inicio de la fase de liquidación, a la cobertura total o parcial del déficit concursal.

4.7. Junto con la reforma del art. 71 bis LC, la novedad más relevante introducida es la profunda modificación del régimen de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, recogido en la Disp. Adic. 4ª LC, cuya finalidad, principal, es la extensión de sus efectos a los “acreedores de pasivos financieros” que no hayan aprobado el acuerdo, lo que no ocurre con los acuerdos del art. 71 bis LC “per se”, aunque podrían homologarse en los términos establecidos en la Disp. Adic. 4ª, siempre que cumplieran los requisitos.

Se rebaja del 55 al 51 el porcentaje de mayoría de voto, de acreedores titulares de créditos financieros, exigido para la homologación del acuerdo. Ahora computan todos los acreedores con pasivos financieros (que no incluyen a los acreedores por créditos laborales, comerciales ni a los de pasivos de derechos público), antes únicamente las entidades financieras sometidas a supervisión (art. 94.2 LC, tras redacción del RDL 11/2014, que viene a recoger lo antedicho). Podrán homologarse los acuerdos de refinanciación que: a) se suscriban por el 51 por ciento de los pasivos financieros; b) se amplíe de manera significativa el crédito disponible o se retrase el plazo de vencimiento, respondiendo a un plan de viabilidad; c) se emita certificado del auditor acreditando la suficiencia de la mayoría; y, d) el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público. No se exige aquí la mayoría de tres quintos, sino la del 51 por ciento de los pasivos financieros, no obstante, el acuerdo podrá ser adoptado por acreedores no financieros, pero no se tendrán en cuenta a efectos de cómputo de voto. En el caso de los préstamos sindicados se establece una mayoría máxima (el acuerdo de sindicación podrá rebajarla) del 75 por ciento del sindicato para entenderse aprobado el acuerdo a homologar y la extensión de sus efectos a los disidentes o no participantes.

Novedad especialmente relevante es el régimen de valoración de las garantías reales que se introduce, estableciéndose, en términos generales: a) una limitación mínima de cero y máxima del valor del crédito del acreedor; b) que el valor equivaldrá al 90 por ciento del valor razonable del bien (cuya definición se establece en el nuevo texto de la disposición en función del tipo de bien, por ejemplo, para inmuebles el valor será el determinado por sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España), al que habrán de deducirse las cargas preferentes que graven el bien; y, c) reglas para el caso de que el bien se ofrezca en garantías de más de un acreedor (no obstante, nada se indica respecto a la posibilidad de que haya varios informes de experto o de tasaciones sobre un mismo bien, solicitados por los distintos acreedores).

Otro aspecto introducido, de especial trascendencia, es el relativo a la novación del régimen de extensión de efectos del acuerdo de refinanciación homologado a los acreedores financieros que no hayan suscrito el acuerdo o haya mostrado disconformidad (siendo esto último de difícil interpretación sin entenderlo en el mismo sentido que la no firma del acuerdo). Como novedad más destacable, antes de la reforma, únicamente, se contemplaba la opción de extender una quita pactada con un máximo de tres años, ahora, se prevé la extensión de efectos del acuerdo homologado, incluyendo quitas, esperas, conversiones de deuda (en acciones, participaciones o préstamos participativos) o la cesión de bienes o derechos en pago de deudas, en función del porcentaje del pasivo financiero que hubiera votado a favor de acuerdo y atendiendo a si el crédito (que no el acreedor) en cuestión goza de garantía real o no y, en su caso, a que el importe del crédito garantizado con garantía real exceda o no del valor de la misma.

Los créditos que no gocen de garantía real o, para los que la tengan, en la parte que exceda del valor de la garantía, se extenderá el acuerdo de refinanciación: a) cuando suscriba el acuerdo, al menos, el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas y/o conversiones de deuda en préstamos participativos de hasta cinco años; b) cuando suscriba el acuerdo el 75 por ciento del pasivo financiero, las esperas de entre 5 y 10 años, las quitas (sin limitación, salvo desproporcionadas), la conversión de deuda en acciones o participaciones (siempre que se adopte el acuerdo de ampliación de capital con las mayorías reforzadas de la Ley de Sociedades de Capital y se otorgue a los disidentes el derecho a optar por una quita equivalente al importe nominal más, en su caso, la prima de emisión, de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir), la conversión de deuda en préstamos participativos, obligaciones convertibles u otros instrumentos financieros por un plazo de entre 5 y 10 años, y la cesión de bienes o derechos en pago de deuda.

Para los créditos que gocen de garantía real, por la parte que no exceda del valor de la garantía, se elevan los porcentajes referidos en el párrafo anterior del 60 al 65 y del 75 al 80 por ciento, respectivamente.

La competencia para solicitar la homologación corresponde al deudor o a cualquier acreedor que hubiera suscrito el acuerdo de refinanciación (esta atribución ha sido introducida por la Ley 17/2014 respecto del RDL 4/2014, que, únicamente, se la atribuía al deudor). Cumpliéndose todos los requisitos, el juez otorgará la homologación y declarará la extensión.

Por último, se establece que no serán objeto de rescisión los acuerdos homologados (a diferencia de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC que únicamente son rescindibles por la administración concursal), quedando a salvo las demás acciones de impugnación (art. 72.2 LC).

4.8. Para terminar con el análisis de la Ley 17/2014, indicar que la parte final de la misma establece, entre otras, las siguientes medidas que, aunque no modifiquen la LC, es

interesante remarcar, como favorables para la adopción de acuerdos de refinanciación o reestructuración son las siguientes: a) en la Disp. Adic. 1ª se otorga mandato al Banco de España para que, en el plazo de un mes, establezca los criterios homogéneos para la clasificación de riesgo normal (esencial a efectos del porcentaje de provisión aplicable por la entidad financiera) de las operaciones refinanciadas o reestructuradas por los acuerdos homologados; b) en la Disp. Adic. 2ª, se establece que para “incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital; esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos”; c) en la Disp. Adic. 3ª se otorga un mandato al Gobierno para que elabore un código de buenas prácticas junto con las entidades de crédito, de reestructuración de deuda empresarial para empresas viables; d) en las Disp. Finales 2ª y 3ª se establecen medidas fiscales favorables a la firma de operaciones de refinanciación, como la ausencia de tributación en la capitalización de deudas (con alguna excepción), el diferimiento de la consideración de quitas y esperas como ingreso en el Impuesto de Sociedades, condicionándolo a los gastos financieros que se vayan registrando en el futuro, y la exención de atribución en TPO-AJD.

5. El RDL 11/2014 (que entró en vigor el 7 de septiembre de 2014), tramitándose actualmente como proyecto de ley, con plazo de enmiendas ampliado, a fecha del presente artículo, hasta el 30 de octubre de 2014 (por tanto, pudiendo ser modificado el texto del RDL), se centra en la fase común, principalmente, en el convenio de acreedores, y en la fase de liquidación, a diferencia de la Ley 17/2014, que presta mayor atención a la fase previa al concurso. Las novedades más relevantes se refieren a la valoración de las garantías de los acreedores, al régimen de extensión del convenio y a fomentar las vías de liquidación de la sociedad, de forma que permitan una continuación de la actividad empresarial, aunque sea en manos de un tercero, de lo que el legislador denomina “unidad productiva”. El RDL extiende algunas de las premisas novedades introducidas para los acuerdos de refinanciación homologables, por la Ley 17/2014, al convenio concursal. A su vez, se adoptan medidas para incentivar la transmisión del negocio del concursado o alguna rama de actividad.

En el presente artículo se realiza una descripción genérica de las reformas introducidas, no siendo objeto de análisis exhaustivo todas y cada una de las reformas introducidas por el RDL, aplazándose el mismo a la promulgación de la Ley que, actualmente, se está tramitando.

5.1. Las novedades más relevantes introducidas por el RDL 11/2014, en cuanto al convenio concursal son las siguientes:

Se introducen previsiones análogas a las de la Disp. Adic. 4ª LC, relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. En el art. 90.3 LC, se establece que el privilegio especial de los créditos garantizados sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía, determinándose el valor en los términos expuestos en el apartado 4.7 anterior. Por ello, se introduce el nuevo apartado 5º del art. 94 LC, en el que se establece la obligación de expresar el valor de las garantías, junto con la identificación del acreedor y de cada uno de los créditos que gocen de privilegio especial y se determina el modo de valoración (ahora traído el régimen de valoración de la Dips. Adic. 4ª LC al art. 94.5º LC). Ahora los acreedores se deberán clasificar, en el listado, como acreedores: laborales, públicos, financieros y el resto (art. 94.2 LC).

Se amplían los supuestos de consideración de persona especialmente relacionada (art. 93.1. 1º y 2º LC), principalmente, a aquellas personas jurídicas controladas por el concursado (y las de su grupo) y sus administradores y otras empresas relacionadas con éstos. Se extiende a las personas especialmente vinculadas a los socios la calificación de éstos respecto de la persona jurídica de la que son socios y a efectos de cómputo del porcentaje del capital social, ahora, también se computa la participación indirecta.

En relación con el contenido de la propuesta de convenio (art. 100 LC), se eliminan los límites máximos del 50 por ciento para quitas y los 5 años de esperas, para los créditos ordinarios, y se incluyen como proposiciones alternativas (no aplicables a los acreedores públicos) como la conversión de créditos en obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier instrumento financiero de rango. Se refleja la obligatoriedad de que el acuerdo de ampliación de capital por conversión de crédito se adopte con las mayorías reforzadas exigidas por la Ley de Sociedades de Capital. Las proposiciones de venta de unidad productiva se registrarán por su régimen específico (art. 146 bis LC). Se elimina la referencia a la obligación del los créditos, en los términos del convenio, por parte del adquirente de la actividad empresarial. En la propuesta de convenio podrá incluirse la cesión en pago de deudas de bienes y derechos, siempre que no se trate de bienes o derechos necesarios para continuar la actividad empresarial y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito a extinguir (en caso de ser superior, el exceso pasará a formar parte de la masa activa).

Otro cambio relevante es la ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían (por otro lado, no tendrán derecho de voto las personas especialmente vinculadas a los acreedores subordinados). En préstamos sindicados, se establece una mayoría del 75 por ciento del sindicato (o inferior, si así se pacta en el contrato de sindicación) para determinar el sentido del voto del sindicato, para computar las mayorías y para arrastrar a los acreedores disidentes (art. 121.4 LC).

Se modifica notablemente el régimen de mayorías exigidas para la aprobación de la propuesta (art. 124 LC), dependiendo ahora la mayoría exigida del contenido del acuerdo, estableciéndose las siguientes mayorías: a) del 50 por ciento del pasivo ordinario, para quitas de hasta el 50 por ciento y esperas y conversiones de deuda en préstamos

participativos por plazo de hasta 5 años; b) del 65 por ciento del pasivo ordinario, para quitas sin limitación y esperas y conversiones de deuda en préstamos participativos por plazo de entre 5 y 10 años, también para las cesiones en pago de deuda de bienes o derechos; y c) se mantiene la mayoría simple para esperas y quitas inferiores a 3 años y 20 por ciento, respectivamente.

Finalmente se introduce (en el art. 134 LC) una previsión novedosa sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía, en los siguientes términos: a) con privilegio general: cuando se apruebe el convenio con mayorías del 60 por ciento de las garantías aceptantes respecto del valor total de las garantías, y b) con privilegio especial: del 70 por ciento en función del pasivo aceptante sobre el pasivo total de cada clase.

5.2. En relación con las medidas encaminadas a facilitar la transmisión del negocio o alguna de las distintas ramas de actividad, se introducen algunas modificaciones como que la administración concursal en su informe, además de valorar el conjunto, deba distinguir, en la valoración de la empresa, entre las distintas unidades productivas (art.75.2.5º LC) y, en caso de venta de unidades productivas, se establece un régimen específico (146 bis LC), que resultaría aplicable en la fase común, en el convenio y en la fase de liquidación. Las principales características del régimen establecido para la transmisión de unidades productivas son las siguientes: a) la cesión automática y forzosa (sin consentimiento de la contraparte en las relaciones sinalagmáticas) de derechos y obligaciones derivados de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad (salvo solicitud en contrario aceptada), también de los contratos administrativos; b) cesión automática (salvo solicitud en contrario del adquirente) de licencias y autorizaciones (exige no cambiar de instalaciones); c) el adquirente no se subroga en la obligación de pago de los créditos pendientes, salvo asunción voluntaria, salvo que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el concursado y/o que exista disposición legal en contra (por ejemplo, en caso de sucesión de empresa, pudiendo ser reclamados al adquirente determinados créditos laborales).

5.3. En lo que respecta a liquidación, se modifican determinados preceptos de la LC con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. La finalidad, según reza la EM, es garantizar al máximo la continuación de la actividad empresarial facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Se admite la inclusión en el plan de liquidación de la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de deuda y se habilita al juez para que retenga hasta un 10 por ciento de la masa activa, para pagar a determinados acreedores que hubieran impugnado el plan, estimándose sus recursos (art. 158.5º y 6º LC). Ahora, se faculta al juez para acordar la venta de la unidad productiva por enajenación directa o por entidad especializada, frente a la subasta, cuando lo estime más conveniente (art. 149 LC), antes, únicamente, podía hacerlo tras una subasta desierta.

Respecto de la venta de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (garantía real), se establecen las siguientes precisiones, en atención a que la transmisión lleve consigo la subsistencia de la garantía o no: a) en caso de no subsistencia: corresponderá a los acreedores el valor de la venta proporcionalmente, sin requerirse su consentimiento; para el caso de que el precio de venta sea inferior al valor de la garantía, el 75 por ciento de los acreedores que tenga derecho de ejecución separada y sean de la misma clase deberán consentir; y b) en caso de subsistencia: no será necesario el consentimiento, debiendo velar el juez por la solvencia del adquirente.

Finalmente, se establecen de forma exhaustiva los requisitos que deberá contener la oferta de compra de la unidad productiva, otorgándose la facultad al juez de elegir una oferta de precio inferior (en no más del 10 por ciento), siempre que considere que garantiza en mayor medida la viabilidad de la empresa en liquidación (art. 149.5 LC).

6. La aplicación de la normativa concursal renovada nos permitirá comprobar si las reformas analizadas han sido eficaces o no, para lograr la continuidad de un mayor número de compañías en situación de desequilibrio patrimonial o, al menos, de sus unidades productivas o ramas de actividad. Las reformas deberían favorecer la voluntad de las entidades financieras y acreedores para firmar acuerdos de refinanciación y fomentar la inversión en sociedades viables desde el punto de vista operativo a través, por ejemplo, del mecanismo de conversión de deuda en capital, pudiendo incluso ser un balón de oxígeno para las entidades financieras poder proponer un acuerdo de refinanciación o propuesta de convenio que acompañe una oferta de cesión de créditos a favor de un tercer adquirente con conversión inmediata de deuda en capital, negociando el potencial comprador directamente con los acreedores financieros y no con el deudor.

