

Manual Concursal



Marco legal vigente tras las reformas de 2014 y 2015.
Una visión práctica sobre la refinanciación, el convenio y la liquidación.

Mario Lopera Rodríguez

MARIMÓN
— ABOGADOS —

Introducción.

La Ley Concursal ha sido modificada 7 veces en 14 meses (marzo de 2014 a mayo de 2015). Dos de las modificaciones han sido menores pero cinco de ellas han introducido cambios relevantes, especialmente en el marco de la refinanciación, el convenio y la liquidación.

La dificultad de la materia regulada se ha puesto de manifiesto en la doctrina y jurisprudencia que ha surgido tras cada modificación legal. El legislador, consciente de la inseguridad jurídica que ha ocasionado en el ámbito concursal con tanta modificación acompañada de sus correspondientes disposiciones transitorias, ha autorizado al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido, incluyendo la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos.

El presente trabajo está concebido con un enfoque práctico por un letrado que ha trabajado durante 25 años en una entidad financiera, y pretende resumir el actual marco concursal, principalmente en el ámbito de la refinanciación, el convenio y la liquidación.

Las nuevas versiones de este manual se podrán obtener a través de nuestra web corporativa (www.marimon-abogados.com), con su actualización conforme a las próximas reformas legales y la incorporación de los criterios jurisprudenciales que vayan surgiendo.

-Marco legal en el ámbito de la refinanciación, el convenio y la liquidación, tras las reformas concursales de 2014 y 2015, que favorecen la continuidad de la actividad empresarial-

Contenido

Introducción.	1
1.- Antecedentes y objetivos de las reformas.	3
2.- La refinanciación pre-concursal.	5
2.1.- Comunicación previa de negociaciones (art. 5 bis LC).	5
2.2.- Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis LC).	7
2.2.1.- Acuerdos colectivos.	7
2.2.2.- Acuerdos singulares.	8
2.3.- Homologación de acuerdos colectivos (DA.4ª LC).	9
Requisitos.	9
Valoración de las garantías.	10
Extensión de efectos a acreedores disidentes y no participantes.	11
Financiación sindicada.	12
Efectos de la homologación e impugnación.	14
Creación de sociedades vehículo o SPV.	16
⊙ - Esquema de las mayorías requeridas para la homologación.	17
3.- Modificaciones en materia de convenio.	18
Contenido.	18
Extensión subjetiva.	18
Valor de las garantías.	19
Quórum para constitución de la junta y aprobación de convenio.	20
Modificación del convenio.	22
⊙ - Esquema de las mayorías requeridas para aprobación del convenio.	23
⊙ - Comparativa de mayorías en sede de refinanciación y convenio.	24
4.- Modificaciones en materia de liquidación.	25
5.- Ejecución de garantías reales.	28
6.- La segunda oportunidad.	30
7.- Calificación.	32
8.- Miscelánea.	33

1.- Antecedentes y objetivos de las reformas.

El Parlamento aprobó el 25 de mayo de 2015 la vigésimo-sexta modificación de la Ley Concursal (en adelante “LC”) mediante la Ley 9/2015, y es de esperar que en los próximos meses se tramite y apruebe la vigésimo-séptima reforma, con base en el proyecto de ley procedente del RDL 1/2015 de 27 de febrero.

Asimismo, en la DF.8ª de la Ley 9/2015, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido de la LC antes del 28 de mayo de 2016, con la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos.

Las reformas concursales de los últimos años por parte del Gobierno y el Parlamento han sido las siguientes:

- ✓ Años 2012 y 2013: se llevaron a cabo reformas legales en materia de deuda hipotecaria para adquisición de vivienda habitual, y de apoyo a los emprendedores.
- ✓ 7 de marzo de 2014: el Gobierno aprueba el RDL 4/2014 sobre medidas de refinanciación y reestructuración empresarial, para impulsar las soluciones pre-concursales de los deudores con tensiones de tesorería o insolventes.
- ✓ 30 de septiembre de 2014: el Parlamento aprueba la Ley 17/2014, que convalida las medidas adoptadas por el RDL 4/2014, ampliando su contenido para regular el estatuto jurídico de la Administración concursal.
- ✓ 27 de febrero de 2015: el Gobierno aprueba el RDL 1/2015 para incorporar la “segunda oportunidad” en el ámbito de las personas físicas, ya sean o no comerciantes.
- ✓ 5 de septiembre de 2014: el Gobierno aprueba el RDL 11/2014 de medidas urgentes en materia concursal, trasladando al procedimiento concursal las medidas adoptadas seis meses antes para el marco pre-concursal.
- ✓ 25 de mayo de 2015: el Parlamento aprueba la Ley 9/2015, que convalida las medidas adoptadas por el RDL 11/2014 con algunas modificaciones.

La LC tiene dos objetivos principales: la satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial y profesional. Debido principalmente a la prolongada situación de crisis, y pese a las continuas reformas que han pretendido facilitar la financiación a las empresas en situación pre-concursal y concursal, la LC no estaba consiguiendo sus objetivos, pero tanto el Gobierno como el Parlamento siguen aprobando enmiendas de la LC para mejorar los resultados de su aplicación.

Las reformas concursales facilitan las soluciones de continuidad empresarial en el marco pre-concursal y concursal

En marzo de 2014 el Gobierno adoptó medidas en el marco pre-concursal (convalidadas por el Congreso en septiembre de 2014) para facilitar las refinanciaciones y reestructuraciones de empresas viables que atraviesen situaciones de iliquidez, y a principios de septiembre ha extendido estas medidas al procedimiento concursal (convalidadas por el Congreso en mayo de 2015), para favorecer la aprobación de convenios, y en su defecto, la transmisión de unidades productivas (en adelante “UP”) en fase de liquidación.

2.- La refinanciación pre-concursal.

2.1.- Comunicación previa de negociaciones (art. 5 bis LC).

La LC impone a las personas naturales y a los legales representantes de las personas físicas la obligación de solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 2 meses desde que conocen su situación de insolvencia.

No obstante, la misma LC permite una actuación previa, y el deudor tiene la posibilidad de comunicar al Juzgado mercantil que está en situación de insolvencia, pero que está negociando un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis 1 o en la Disposición Adicional Cuarta (en adelante “**DA.4ª**”) de la LC, o una propuesta anticipada de convenio.

El Secretario judicial publicará la situación del deudor en el Registro Público Concursal, salvo que el deudor haya solicitado el carácter reservado de su comunicación. La comunicación del deudor no precisa justificación documental y éste puede revocar el carácter reservado en cualquier momento.

Desde la fecha de la comunicación al Juzgado, el deudor dispone de un plazo de 3 meses para negociar, y de 1 mes adicional para solicitar el concurso si no ha suscrito el acuerdo de refinanciación que le haya permitido superar su situación de insolvencia.

Durante las respectivas negociaciones, no se permite el inicio de ejecuciones judiciales ni extrajudiciales contra bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y se suspenderán las que se estuviesen tramitando. Los créditos de derecho público constituyen la excepción a estas dos previsiones.

5 bis para un acuerdo colectivo de refinanciación, homologado o no, o para una propuesta anticipada de convenio

Sin perjuicio de lo anterior, el art. 5 bis 4.5º LC permite el inicio de la ejecución de la garantía real sobre un bien necesario durante la tramitación del art. 5 bis LC. Dicha ejecución quedará paralizada durante los 3 meses del procedimiento del art. 5 bis LC, pero a los efectos del art. 57.3 LC, permitirá iniciar la ejecución separada durante el futuro procedimiento concursal, y en el supuesto del art. 149.1.3º.a.2º LC, oponerse a la venta de la UP por precio inferior al valor de la garantía.

En la comunicación prevista en el art. 5 bis LC, el deudor debe indicar las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio y las que recaen sobre bienes que considera necesarios

para la continuidad de su actividad. En el Decreto del Secretario judicial constarán dichas ejecuciones y los bienes necesarios, y su presentación ante el juzgado que conozca la ejecución bastará para su suspensión, salvo que se trate de créditos de derecho público.

Ante los diferentes pronunciamientos que se han producido en alguna audiencia provincial, pero especialmente en juzgados de primera instancia y en juzgados de lo mercantil, la Ley 9/2015 ha aclarado que en caso de controversia, la competencia para pronunciarse sobre el carácter necesario de los bienes del deudor corresponde al juez competente para conocer del concurso¹.

No obstante, no se ha pronunciado sobre el alzamiento de los embargos trabados sobre los bienes necesarios, y cuando dichos bienes sean saldos bancarios, devoluciones tributarias, créditos contra terceros, o cualquier otro activo líquido, el deudor podrá suspender la ejecución pero no siempre conseguirá la libre disposición de los bienes necesarios para continuar con su actividad ordinaria.

Los juicios cambiarios tienen una naturaleza híbrida (con una primera fase declarativa en caso de oposición y directamente ejecutiva en su ausencia), y permiten el embargo preventivo desde la admisión a trámite de la demanda (sin esperar al requerimiento de pago y notificación).

5 bis: 3 meses para sortear ejecuciones judiciales y extrajudiciales sobre bienes necesarios. ¿Y los cambiarios?

Un sector del secretariado judicial interpreta que los juicios cambiarios no se ven afectados por el art. 5 bis LC, y son reticentes a suspenderlos y alzar los embargos, por lo que se seguirán produciendo distorsiones entre la finalidad de esta norma concursal y la tutela de los demandantes cambiarios, en cuanto al alcance de la suspensión

del juicio cambiario y el alzamiento del embargo para que el deudor pueda disponer libremente de sus bienes. El plazo de 3 meses del art. 5 bis LC es muy breve para el deudor, y cualquier controversia de este tipo le priva de la disposición de bienes necesarios como los saldos de sus cuentas bancarias.

¹ La comunicación prevista en el art. 5 bis de la LC la realiza el deudor y la provee el Secretario judicial. No está prevista la personación de sus acreedores, y el deudor puede solicitar su carácter reservado (ausencia de publicación en el Registro Público Concursal), por lo que cabe esperar que el plazo para recurrir el Decreto del Secretario judicial del Juzgado de lo Mercantil ante el Juez competente para conocer el concurso, computará desde que el deudor aporte el Decreto al procedimiento ejecutivo que se siga en su contra y solicite su suspensión, con su consiguiente notificación al acreedor demandante.

2.2.- Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis LC).

Con relación al fresh money que se aporte al deudor como consecuencia de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y DA.4ª en relación con el art. 84.2.11º LC), el 50% de su importe será considerado como un crédito contra la masa en caso de futuro concurso del deudor.

Acuerdos colectivos homologables y acuerdos singulares poco utilizables

2.2.1.- Acuerdos colectivos.

Las refinanciaciones llevadas a cabo por el deudor que cumplan los siguientes requisitos no serán rescindibles en un futuro concurso del deudor:

- a. Ampliación significativa del crédito disponible, o modificación o extinción de obligaciones.
- b. Quórum de 3/5 del pasivo.
- c. Plan de viabilidad para continuación de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo (3 años).
- d. Se suprime la necesaria intervención del experto independiente (aunque deudor o acreedores podrán solicitar su nombramiento – art. 71 bis 4 LC – y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 165.4 LC en sede de calificación), y en su lugar se exige la expedición de un certificado por parte del auditor de cuentas, conforme el acuerdo ha sido suscrito por las mayorías de pasivo exigidas.
- e. Formalización en instrumento público.

A los efectos del quórum de 3/5 del pasivo, la Ley 9/2015 ha modificado el art. 71 bis 1.b)1º LC con relación a los acreedores sindicados: cuando vote a favor el 75% (o una mayoría inferior establecida en la financiación sindicada), se entenderá que todos los partícipes han suscrito el acuerdo de refinanciación.

2.2.2.- Acuerdos singulares.

También serán irrevocables los actos que no reúnan los requisitos anteriores, pero que cumplan otra serie de condicionantes para demostrar que suponen una verdadera refinanciación con vocación de continuidad empresarial:

- a. Que incrementen la previa proporción de activo sobre pasivo.
- 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 no exceda de los 9/10 del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el valor neto en base a las 9/10 partes del importe de la valoración independiente, descontando el valor de las posibles cargas preferentes.
- d. Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de 1/3 al aplicable a la deuda previa.
- e. Que se cumplan todas las condiciones anteriores en el momento de formalizar el acuerdo en instrumento público.

2.3.- Homologación de acuerdos colectivos (DA.4ª LC).

Al contrario de lo que está ocurriendo con los acuerdos singulares de refinanciación (cuyos requisitos han condicionado su escasa utilización), la homologación de acuerdos colectivos está en auge, pues además del blindaje del acuerdo frente a la acción rescisoria concursal, permite la extensión de ciertos efectos que más adelante se detallarán (DA.4ª 3 y 4 LC) a los acreedores financieros disidentes o no participantes en la refinanciación, incluso aunque ostenten garantías reales.

Tras las últimas reformas, el Juez mercantil se limita a verificar si se cumplen los requisitos formales para su admisión a trámite, y en un breve plazo suele emitir el Auto de homologación con extensión de efectos, sin posibilidad de valorar el posible sacrificio desproporcionado que el acuerdo pueda ocasionar a los disidentes o no participantes.

Requisitos.

Los acuerdos que cumplan los siguientes requisitos (DA.4ª.1 LC en relación con el art. 71 bis 1 LC) podrán ser homologados judicialmente y no serán rescindibles en el futuro concurso del deudor:

- a. Quórum del 51% del pasivo financiero², sin necesidad de obtener los 3/5 del pasivo.
- b. Ampliación significativa del crédito disponible, o modificación o extinción de obligaciones.
- c. Plan de viabilidad para la continuación de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo (3 años).
- d. Se suprime la necesaria intervención del experto independiente (aunque deudor o acreedores podrán solicitar su nombramiento – art. 71 bis 4 LC – y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 165.4 LC en sede de calificación), y en su lugar se exige la expedición de un certificado por parte del auditor de cuentas,

*Homologación exprés
para “pasar el rodillo”
sobre los acreedores
financieros minoritarios*

² Se considera acreedor financiero al titular de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que esté o no sometido a supervisión financiera. No obstante, la LC no define el concepto de “pasivo financiero” y hay discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a su alcance en sede de homologación.

conforme el acuerdo ha sido suscrito por las mayorías de pasivo financiero exigidas.

e. Formalización en instrumento público.

No computan a efectos de quórum los pasivos de (i) personas especialmente relacionadas con el deudor (en adelante “**PERD**”), (ii) acreedores por operaciones comerciales, (iii) acreedores por créditos laborales, ni (iv) acreedores de derecho público.

Valoración de las garantías.

Se establecen los parámetros para valorar las garantías reales (DA.4ª.2 LC), a efectos de determinar su valor real, evitando así que acreedores con garantías reales de escaso o nulo valor, puedan quedar al margen de la extensión de los efectos de los acuerdos colectivos. Se entiende por valor de las garantías el valor neto en base a las 9/10 partes del importe de la valoración³, descontando el valor de las posibles cargas preferentes (hipotecas, gastos de urbanización, etc.).

*Valor garantía = 9/10 importe tasación – valor cargas previas.
Debe ser > que 0 y < que el importe del crédito y de la responsabilidad real máxima*

Es decir, si somos titulares de un crédito hipotecario de 13 M €, la garantía hipotecaria se valora actualmente por 10 M €, y tiene una hipoteca previa por 2 M €, seremos considerados como acreedores con garantía real por importe de 7 M € [(9/10 de 10) – 2 = 9 – 2 = 7] y acreedores sin garantía real por importe de 6 M € (13 – 7 = 6).

En cuanto al valor de las garantías, la Ley 9/2015 ha establecido que además de no poder ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente, tampoco podrá ser superior al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.

Conforme a lo dispuesto en la DA.4ª.11 LC, cualquier acreedor podrá denunciar ante el Juez del concurso el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado (cuyo procedimiento se tramitará por los cauces del incidente concursal), y una vez declarado dicho incumplimiento por el Juez, los acreedores con garantías reales podrán iniciar la

³ Emitida por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, o por un experto independiente, dentro de los 6 meses anteriores al inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación (DA.4ª.2 LC).

ejecución hipotecaria para cobrar el importe total acreditado, sin las limitaciones impuestas por el apartado 2 de la DA.4ª LC.

O sea, que en este supuesto, todo el crédito del banco hipotecante será considerado con garantía real y podrá percibir la totalidad de los importes que se obtengan en el procedimiento de ejecución hipotecaria, como sucede en cualquier ejecución hipotecaria bilateral, sin que le resulte aplicable la limitación impuesta por el mecanismo de valoración de garantías previsto en la DA.4ª.2 LC.

Extensión de efectos a acreedores disidentes y no participantes.

Cuando el acuerdo ha sido suscrito por el 60% del pasivo financiero, se extienden sus efectos a los acreedores financieros disidentes y no participantes, por la parte de sus créditos sin garantía real, en cuanto a (i) esperas y (ii) conversión de deuda en préstamos participativos, sin exceder de 5 años en ambos casos.

Estos efectos se extenderán a los acreedores financieros disidentes y no participantes con garantía real, cuando se alcance la mayoría del 65%, calculada en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas.

Cuando el acuerdo ha sido suscrito por el 75% del pasivo financiero, se amplían también los efectos a los acreedores financieros disidentes y no participantes, por la parte de sus créditos sin garantía real, con (i) esperas que pueden llegar a los 10 años, (ii) quitas sin límite, (iii) conversión de deuda en acciones o participaciones de la deudora, (iv) conversión de deuda en préstamos participativos hasta los 10 años, y (v) la cesión de bienes o derechos en pago de deuda.

Estos efectos se extenderán a los acreedores financieros disidentes y no participantes con garantía real, cuando se alcance la mayoría del 80%, calculada en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas.

La homologación extiende los efectos de la refinanciación a los minoritarios disidentes, aunque tengan garantías reales del deudor

Financiación sindicada.

La Ley 9/2015 ha modificado las consecuencias que ocasiona el voto mayoritario del sindicato sobre la minoría de partícipes. Hasta ahora se valoraba a los únicos efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, pero a partir del 27 de mayo de 2015, cuando la mayoría del sindicato (75% o un % inferior si así está pactado en el propio acuerdo) suscriba el acuerdo de refinanciación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sindicados lo han suscrito, y en consecuencia, se verán afectados por la totalidad de los pactos del nuevo contrato de financiación sindicada, sin necesidad de que se les extiendan los efectos previstos en los apartados 3 y 4 de la DA.4ª LC.

DA.4ª 1.4º hasta Ley 9/2015:

*“A los efectos del **cómputo de las mayorías** necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la **extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes**, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.”*

DA.4ª 1.4º desde Ley 9/2015:

*“En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que **la totalidad** de los acreedores sujetos a dicho acuerdo **suscriben** el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.”*

DA.4ª 7 LC: *“Dentro de los quince días siguientes a la publicación [del Auto que apruebe la homologación], los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. ...”*

Las consecuencias de esta modificación tienen especial trascendencia, pues cabe entender que los acreedores sindicados disidentes o no participantes no estarán legitimados para impugnar la homologación (DA.4ª.7 LC)⁴, y el mantenimiento de sus

⁴ “7. Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. ...”

derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (DA.4ª.9 LC)⁵.

En cuanto afecta a la financiación sindicada en el marco de la homologación, el nuevo redactado de la DA.4ª 1.4º LC difiere del anterior y del que mantienen el art. 121.4.3º LC en sede de convenio (en relación con el cómputo de mayorías y la extensión de efectos), y el art. 71 bis 1 b) 1º LC en sede de acuerdos colectivos de refinanciación (únicamente en relación con el cómputo de mayorías).

La supresión intencionada en la DA.4ª 1.4º LC de “a los efectos del cómputo de mayorías y la extensión de efectos” y el añadido de que “se entiende que la totalidad de los acreedores sindicados suscriben el acuerdo” cambian el sentido de la norma y las conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, de 7 y 21 de noviembre⁶. De esta forma se impiden las impugnaciones de los acreedores

Los acreedores sindicados minoritarios se verán afectados por todos los pactos del acuerdo de refinanciación homologado.

sindicados minoritarios, favoreciendo así el mantenimiento de las financiaciones sindicadas, con extensión de todos sus efectos a la totalidad de los partícipes, y evitando

⁵ “9. Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.”

⁶ Página 8 – Cuestión: “4º.- Los acreedores que formen parte de un acuerdo sindicado y a los que se imponga la adhesión al acuerdo de refinanciación por integrarse en la minoría del 25% que no respalda el mismo, ¿se consideran parte del acuerdo o únicamente obligados por el mismo? ¿Tienen legitimación para deducir impugnación de la homologación en los términos del punto 7 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal?”

Página 9 – Decisión unánime: “En conclusión, salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75% de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de 10 años, pero la mayoría que lo respalda -un 60% del pasivo financiero total- sólo permite la extensión de una espera de 5 años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato); y puediendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado.”

que por efecto de la homologación tengan que pervivir dos acuerdos sindicados paralelos que compartan las mismas garantías.

Ante la disparidad de criterios que había hasta el momento en cuanto a los efectos del voto del sindicado y la posible impugnación de la homologación por parte de los acreedores minoritarios sindicados, habrá que esperar para confirmar si los Jueces de lo mercantil confieren este alcance a la reforma operada por la Ley 9/2015.

Efectos de la homologación e impugnación.

Con relación al fresh money que se aporte al deudor como consecuencia de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis y DA.4ª en relación con el art. 84.2.11º LC), el 50% de su importe será considerado como un crédito contra la masa en caso de futuro concurso del deudor.

El Juez homologa sin considerar el posible sacrificio desproporcionado para los acreedores minoritarios. Serán estos quienes deban impugnar para demostrarlo.

Si se cumplen los requisitos formales de la DA.4ª 1 LC, el Juez deberá homologar el acuerdo sin entrar a valorar el posible sacrificio desproporcionado que pueda provocar a los acreedores financieros no participantes o disidentes con el acuerdo, quienes podrán defender sus derechos por la vía de la impugnación del Auto que acuerde la homologación (DA.4ª 7 LC).

La homologación suele abarcar la totalidad de los pactos del acuerdo suscrito entre el deudor y sus acreedores financieros, pero algunos juzgados de lo mercantil han dejado al margen de la homologación algunos pactos que han considerado ajenos al acuerdo de refinanciación.

Los motivos para impugnar la homologación (DA.4ª.7 LC) son tasados y su resolución no tiene acceso a la segunda instancia: (i) concurrencia de los porcentajes exigidos en la DA.4ª LC y (ii) carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Comparecencia de acreedores minoritarios y posible recurso de reposición contra el Auto de homologación.

Los acreedores financieros contrarios a la refinanciación pueden comparecer mediante procurador en el procedimiento de homologación (tras la providencia de admisión a trámite de la solicitud y antes de que se dicte el auto de homologación), para hacer

alegaciones sobre las cuestiones formales, intentando llamar la atención del Juez sobre ciertos aspectos de la solicitud de homologación. No es un trámite previsto legalmente pero los juzgados lo están permitiendo.

Tampoco hay unanimidad en la práctica forense en cuanto a la posibilidad de recurrir en reposición el auto de homologación, especialmente cuando no se interpone por el deudor.

En ejecución de la homologación, el Juez podrá decretar la cancelación de embargos que provengan de créditos afectos por el acuerdo de refinanciación (DA.4ª.10 LC).

El deudor no puede solicitar una nueva homologación hasta que transcurra un año desde la anterior (DA.4ª.12 LC). No obstante, la Disposición transitoria segunda de la Ley 9/2015 dispensa de esta limitación a los deudores que hubiesen celebrado acuerdos de refinanciación homologados durante el año anterior a la entrada en vigor de dicha Ley, el 27 de mayo de 2015.

El acuerdo homologado no podrá ser objeto de rescisión concursal, y para el resto de acciones de impugnación sólo está legitimada la Administración concursal (DA.4ª.13 LC).

La impugnación de la homologación no tiene acceso a la segunda instancia e impide el futuro ejercicio de la acción rescisoria concursal.

En caso de incumplimiento del acuerdo, los acreedores no pueden actuar unilateralmente contra el deudor (DA.4ª 11 LC), y cualquiera de ellos debe iniciar un incidente concursal ante el Juez que otorgó la homologación para que se decrete su incumplimiento y se pueda interesar la declaración de concurso, o el inicio/reanudación de las ejecuciones singulares.

Creación de sociedades vehículo o SPV⁷.

La financiación a favor de una SPV puede resultar conveniente en ciertas circunstancias, para evitar el efecto arrastre por parte del resto de prestamistas de la deudora. Si financiamos una SPV podemos ostentar una posición mayoritaria que nos permita superar los umbrales de las mayorías indicadas anteriormente.

Existe la posibilidad de que se puedan producir fusiones de compañías que frustren las expectativas del acreedor financiero que ha conseguido separar el objeto de su financiación de la matriz, pero no es lo habitual y el acreedor tiene ciertos mecanismos legales a su alcance para intentar impedirlo o mitigar sus efectos.

La posible creación de SPV es una cuestión que se debe analizar en cada supuesto concreto, para sopesar posibles ventajas e inconvenientes, y puede ser más recomendable para financiadores extranjeros minoritarios que pretendan evitar verse arrastrados por las decisiones de las entidades financieras mayoritarias.

⁷ Sociedad destinada en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación.

⊙ - Esquema de las mayorías requeridas para la homologación.

Cuadro sobre la extensión de los efectos de los acuerdos financieros homologados judicialmente, en función del porcentaje de pasivo financiero (sin y con garantía real⁸) que los suscriba:

Extensión de efectos a disidentes o no participantes, en la parte de sus créditos que <u>exceda</u> del valor de la garantía real (DA.4ª 3 LC)	
EFFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS
Inmunidad a la rescisión	51% pasivo financiero
Esperas hasta 5 años	60% pasivo financiero
Conversión en préstamos participativos a 5 años	
Esperas y préstamos participativos hasta 10 años	75% pasivo financiero
Quitas sin límite	
Conversión en acciones y participaciones	
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda	
Préstamos sindicados (todos los efectos)	75% pasivo financiero

Extensión de efectos a disidentes o no participantes, en la parte de sus créditos que <u>NO</u> exceda del valor de la garantía real (DA.4ª 4 LC)	
EFFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS
Inmunidad a la rescisión	51% pasivo financiero
Esperas hasta 5 años	65% pasivo financiero
Conversión en préstamos participativos a 5 años	
Esperas y préstamos participativos hasta 10 años	80% pasivo financiero
Quitas sin límite	
Conversión en acciones y participaciones	
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda	
Préstamos sindicados (todos los efectos)	75% pasivo financiero

⁸ Esta mayoría de acreedores con garantía real, se calcula en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas conforme a la **DA.4ª 2 LC**. Ejemplo: créditos de 5 M € con garantías hipotecarias y prendarias sobre bienes del deudor. Los bienes hipotecados y pignorados se valoran por 3 M € → los créditos cubiertos por el valor de la garantía real se contabilizan por 3 M € en lugar de 5 M €, y sobre estos 3 M € se aplicarán los quórums del 65% y 80% de la DA.4ª 4 LC.

3.- Modificaciones en materia de convenio.

Contenido.

Se ha modificado el art. 100 LC que regula el contenido de la propuesta de convenio, para suprimir el límite general a la quita del 50% y extender la espera hasta los 10 años, siempre y cuando se alcance una mayoría reforzada del 65% del pasivo ordinario.

Se permite que se incorporen a la fase de convenio una serie de posibilidades (art. 100.2 LC) que el RDL 4/2014 incorporó en el marco pre-concursal: conversión de créditos en diversas modalidades de participación/financiación social (salvo para acreedores públicos y laborales), cesión de bienes en pago de créditos y enajenación de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

Sigue vigente la prohibición del “convenio de liquidación” (art. 100.3 LC), pues si se trata de liquidar los bienes del deudor para pagar a los acreedores, hasta donde alcance, el escenario debe ser el contemplado para la fase de liquidación (arts. 142 a 162 LC).

El convenio estándar permite quitas sin límite y esperas hasta 10 años.

Extensión subjetiva.

A los efectos de la extensión subjetiva del convenio, mediante la modificación del art. 94.2 LC y la incorporación de un apartado 3 en el art. 134 LC, se establecen cuatro clases de acreedores privilegiados generales y especiales: laborales, públicos, financieros⁹ y resto¹⁰.

El convenio vincula a los acreedores privilegiados si votan ciertas mayorías de su misma clase.

Los acreedores con privilegio especial o general, sólo quedarán vinculados por el contenido del convenio, cuando vote a su favor el 60% o 75% de su misma clase (art. 134.3 LC).

⁹ Se considera acreedor financiero al titular de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que esté o no sometido a supervisión financiera.

¹⁰ Principalmente comerciales.

En cuanto a la financiación sindicada, se requerirá una mayoría del 75% de los partícipes (salvo que el contrato de sindicación contemple un porcentaje inferior) para computar el voto favorable del sindicato y vincular a los acreedores no participantes o disidentes (art. 121.4.3º LC).

Valor de las garantías.

Sendos añadidos en los arts. 90.3 y 94.5 LC racionalizan la obtención del importe de los créditos con privilegio especial (en adelante “PE”), adaptándolos al valor real de las garantías que ostenten¹¹, para diferenciar la cuantía del crédito que debe considerarse privilegiada, del importe que exceda el valor de la garantía, que será calificado como corresponda (principalmente ordinario) por la Administración concursal (en adelante “AC”).

*Importe privilegiado =
valor actual de las
garantías reales.*

*En garantías
compartidas, se aplica el
correspondiente % de
cada acreedor sobre el
valor total de las
garantías reales.*

Si un crédito tiene varias garantías reales se debe sumar el valor de cada una de ellas para obtener el valor total de sus garantías, y para el caso de garantías constituidas pro indiviso a favor de varios acreedores, se debe aplicar al valor total de la garantía la proporción que corresponda a cada acreedor (art. 94.5 LC).

El acreedor con PE puede solicitar, a su costa¹², una tasación contradictoria si se siente perjudicado por el valor de tasación otorgado a los bienes objeto de su garantía, así como en caso de que concurren nuevas circunstancias que puedan modificar significativamente el valor razonable de los bienes, y solicitar a la AC la modificación del inventario y la lista de acreedores, por las vías de los arts. 95.1, 96.2 y 3 o 97 bis LC.

¹¹ Valor a obtener conforme estipula el nuevo apartado 5 del art. 94 LC, que hace referencia a los 9/10 del valor razonable una vez deducidas las posibles cargas previas, y los métodos de valoración de cada tipo de activo, en la línea que introdujo el RDL 4/2014. La valoración de los bienes inmuebles deberá ser emitida por una tasadora homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, dentro de los 12 meses anteriores a la declaración de concurso. Para bienes muebles basta el informe de un experto independiente emitido dentro de los 6 meses anteriores a la declaración de concurso.

¹² El resto de informes y valoraciones no solicitados por los acreedores será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la AC (art. 94.5 LC).

Quórum para constitución de la junta y aprobación de convenio.

La Ley 9/2015 ha modificado el art. 116.4 LC para facilitar la constitución de la junta de acreedores. Hasta mayo de 2015 únicamente se entendía constituida la junta con la concurrencia de acreedores que ostentasen la mitad del pasivo ordinario¹³.

Al mismo tiempo, se ha suprimido el primer apartado del art. 123 LC, que establecía que los acreedores con PE no computaban a efectos de quórum para constitución de la junta, y se especifica en el art. 124.2 LC que a efectos de quórum para aprobación del convenio, los acreedores con PE que voten a favor de la propuesta se considerarán incluidos en el pasivo ordinario.

Por lo tanto, a partir del 27 de mayo de 2015, la junta puede quedar constituida con el 50% del pasivo ordinario, o en su defecto, con el 50% del pasivo que pudiera resultar afectado por el convenio, con exclusión de los acreedores subordinados. Se excluyen los acreedores subordinados del cómputo del quórum (siempre se ven afectados por el convenio y su derecho de cobro surge tras el cobro de los ordinarios) porque suelen ser PERD y su voto distorsionaría el juego de la mayoría de los acreedores ajenos a la concursada.

Los acreedores privilegiados computan a efectos de constitución de la Junta y votación del convenio. También los cesionarios de créditos que no sean personas especialmente relacionadas con el deudor.

Se fomenta la existencia del mercado de créditos concursales (en consideración a los inversores interesados en adquirir este tipo de créditos) mediante la modificación del art. 122 LC (acreedores sin derecho a voto), para que ostenten derecho de voto los cesionarios de créditos cuya adquisición se haya producido tras la declaración de concurso, salvo cuando se trate de PERD, y a la vez, con la intención de evitar fraudes, se amplía el listado de PERD en el art. 93 LC.

El nuevo redactado de los arts. 90.3 y 94.5 LC supone un incremento del pasivo ordinario en detrimento del PE, y se fomenta la participación de los acreedores financieros, que se verán afectados en mayor medida por el convenio.

Los acreedores financieros podrán verse vinculados por las disposiciones del convenio en cuanto al importe de sus créditos ordinarios o no amparado por la garantía real, e incluso

¹³ Son créditos ordinarios los que no sean calificados como privilegiados, subordinados ni contra la masa.

en cuanto a sus créditos con PE si se alcanzan porcentajes del 60% o 75% del pasivo con PE de su misma clase (arts. 134.3 y 94.2 LC), en función de la onerosidad de las medidas que incorpore el convenio, conforme a los nuevos apartados a) y b) del art. 124.1 LC.

Para la aprobación del convenio se precisan las siguientes mayorías:

- 50% del pasivo ordinario cuando se trate de quitas no superiores al 50%, esperas no superiores a 5 años, o conversión de deuda en préstamos participativos con duración de hasta 5 años.

Para que dichas medidas afecten a los créditos con PE se precisa el **60% de los acreedores con PE** de cada una de las cuatro clases de acreedores con PE (laborales, públicos, financieros y resto). El convenio puede afectar a una, varias o ninguna de las cuatro clases, en función de las mayorías obtenidas dentro de cada una de ellas.

- 65% para esperas de entre 5 y 10 años, quitas superiores al 50%, o conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el art. 100 LC¹⁴.

Para que dichas medidas afecten a los créditos con PE se precisa el **75% de los acreedores con PE** de cada una de las cuatro clases de acreedores con PE (laborales, públicos, financieros y resto).

La propuesta de convenio con una espera de hasta 3 años, sin quita, o una quita inferior al 20%, sin espera, sólo precisa el voto favorable de pasivo superior al voto en contra (art. 124.1.a)2º LC).

¹⁴ Propositiones alternativas que incluyan ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona determinada.

La propuesta de convenio podrá incluir la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94 LC, sea igual o inferior al crédito que se extingue.

Modificación del convenio.

Desde la promulgación de la LC se han aprobado pocos convenios, y en los últimos años nos estamos encontrando con el incumplimiento de gran parte de ellos. La LC no prevé la posible modificación del convenio, pero la DT3ª de la Ley 9/2015 establece la posibilidad, durante un periodo de dos años, y a instancias del deudor o de acreedores que representen el 30% del pasivo total actual, de solicitar la modificación del convenio y evitar que se abra la fase de liquidación, para que se puedan aplicar al convenio las medidas incorporadas por la Ley 9/2015.

Esta figura se había intentado poner en práctica por diversos e ingeniosos mecanismos, pero la LC no permitía su aprobación con efectos vinculantes para acreedores que no votasen a favor de la modificación. La modificación del convenio sólo era posible si un grupo suficiente de acreedores estaba dispuesto a sacrificar su posición crediticia (mediante quita, espera, etc.), mientras que para otros acreedores se mantenían los términos del convenio inicial.

Se incorpora el “convenio del convenio”, para intentar su modificación antes de su incumplimiento.

El Juzgado debe trasladar la solicitud al deudor y al resto de los acreedores (según quienes hayan sido los solicitantes), para que puedan oponerse durante 5 días con motivo de las circunstancias que hayan hecho variar el importe o calificación actuales de los créditos reconocidos en la lista definitiva de acreedores. Las partes que se opongan pueden solicitar la suspensión del plazo para su aceptación u oposición a la modificación del convenio. Este incidente se resuelve mediante sentencia que no tiene acceso a la segunda instancia.

La aprobación de la modificación del convenio precisa el voto favorable del 60% de los acreedores ordinarios (65% de los acreedores con PE) para adoptar las medidas previstas en el art. 124.1.a) LC, y del 75% de los acreedores ordinarios (80% de los acreedores con PE) para adoptar las medidas previstas en el art. 124.1.b) LC. Los acreedores públicos no se verán afectados por la modificación del convenio, y quedan excluidos del cómputo y de las mayorías previstas en la DT.3ª de la Ley 9/2015.

El Juez debe dictar sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio, en función de que se hayan obtenido o no los porcentajes precisos para aprobar los términos del convenio. En caso afirmativo, se extienden los efectos del convenio a los acreedores ordinarios y subordinados, así como a los PE cuya clase haya alcanzado la mayoría precisa. En caso de denegación se declara el incumplimiento del convenio y se debe abrir la fase de liquidación.

⊙ - Esquema de las mayorías requeridas para aprobación del convenio.

Cuadros sobre los efectos de la aprobación del convenio, en función de la clase de pasivo y porcentaje que los suscriba:

VINCULACIÓN DE ACREEDORES <u>ORDINARIOS</u> Y SUBORDINADOS (134.1 LC)	
EFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS
Esperas hasta 3 años sin quita	Voto favorable de pasivo superior al voto en contra
Quita inferior al 20% sin espera	
Quita hasta el 50%	50% del pasivo ordinario
Esperas hasta 5 años	
Conversión en préstamos participativos a 5 años	
Esperas y préstamos participativos hasta 10 años	65% del pasivo ordinario
Quitas sin límite	
Conversión en acciones y participaciones	
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda	
Partícipes en préstamos sindicados	75% del pasivo ordinario

VINCULACIÓN DE ACREEDORES CON <u>PRIVILEGIO ESPECIAL</u> (134.3 LC)	
EFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS ¹⁵
Quita hasta el 50%	60% de los acreedores financieros con PE
Esperas hasta 5 años	
Conversión en préstamos participativos a 5 años	
Esperas y préstamos participativos hasta 10 años	75% de los acreedores financieros con PE
Quitas sin límite	
Conversión en acciones y participaciones	
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda	
Partícipes en préstamos sindicados	

¹⁵ Esta mayoría de acreedores con garantía real, se calcula en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas conforme al **art. 94.5 LC**. Ejemplo: créditos por 5 M € con garantías hipotecarias/prendarias sobre bienes del concursado. Los bienes hipotecados/pignorados se valoran por 3 M € → los créditos cubiertos por el valor de la garantía real se contabilizan por 3 M €, y sobre estos 3 M € se aplicarán los quórums del 60% y 75% del art. 134.3 LC.

⊙ - Comparativa de mayorías en sede de refinanciación y convenio.

MAYORÍAS REQUERIDAS EN SEDE DE HOMOLOGACIÓN Y DE CONVENIO				
	Homologación		Convenio	
	Ordinario	Privilegiado	Ordinario	Privilegiado
EFFECTOS				
Esperas hasta 3 años sin quita			Voto po ¹⁶	
Quita inferior al 20% sin espera	-	-	SI > voto NO	-
Esperas hasta 5 años				
Conversión en PP a 5 años	60% pf¹⁷	65% pf	50% po	60% po
Quita hasta el 50%	-	-		
Esperas y PP hasta 10 años				
Quitas sin límite				
Conversión en acciones y participaciones	75% pf	80% pf	65% po	75% po
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda				
Préstamos sindicados	75% pf	75% pf	75% po	75% pf

¹⁶ po = pasivo ordinario

¹⁷ pf = pasivo financiero

4.- Modificaciones en materia de liquidación.

Con intención de facilitar el proceso de transmisión de UP, se ha ampliado el contenido del informe de la Administración concursal (art. 75.2.5º LC), que debe contener una valoración de la empresa en su conjunto y de las UP que la integran, bajo la hipótesis de continuidad de la actividad empresarial y liquidación. Esta nueva valoración conjunta facilitará el proceso de transmisión de UP y el reparto del importe que se obtenga entre los acreedores con PE y el resto.

El nuevo art. 146 bis LC establece la subrogación del adquirente de la UP en los contratos y licencias administrativas, sin necesidad de consentimiento de la otra parte, cuando dichos contratos estén afectos a la continuidad de la actividad y no se hubiese solicitado su resolución.

El plan de liquidación podrá prever la cesión de bienes o derechos en pago o para pago, salvo para los acreedores públicos (art. 148.5 LC).

Transmisión de UP con subrogación forzosa de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad.

Se introduce un apartado sexto en el art. 148 LC, que desautoriza la jurisprudencia que ha venido a entender que no caben recursos de apelación frente a los actos de liquidación. El juez podrá retener hasta un 10% del activo para atender a los acreedores que puedan obtener pronunciamientos favorables en segunda instancia.

Reparto del importe obtenido de la venta de la UP conforme a criterios jurisprudenciales.

En cambio, en el art. 149 LC (reglas legales supletorias para la liquidación) se incorpora el criterio de la jurisprudencia en cuanto al importe que corresponde a los acreedores con PE, cuando se transmite una UP que incluye el bien sujeto a su privilegio:

- En las transmisiones sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores con PE la parte proporcional del precio obtenido, equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto del valor global de la UP transmitida. El consentimiento de los acreedores con PE será necesario si el precio obtenido no alcanza el valor de la garantía, únicamente por parte de los acreedores con PE que tengan derecho de ejecución separada¹⁸,

¹⁸ Si el acreedor con PE no ha iniciado la ejecución antes de la apertura de la liquidación (art. 57.3 LC), ha perdido su derecho a la ejecución separada y por lo tanto no puede oponerse a la venta de la UP aunque el precio no alcance el valor de su garantía.

que además deberán representar el 75% del pasivo con PE, y pertenecer a la misma clase (conforme a la clasificación en cuatro clases del nuevo art. 94.2 LC).

- En las transmisiones con subsistencia de la garantía, con subrogación del adquirente, no será necesario el consentimiento del acreedor con PE, y el juez deberá velar por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

iii El acreedor con PE que no tenga derecho a ejecución separada no podrá oponerse a la venta de la UP aunque el precio no alcance el valor de su garantía !!!

Se regula el contenido de la oferta de adquisición en la nueva regla 4ª del art. 149.1 LC, para que contenga una partida de financiación transitoria de la UP, una correcta identificación del oferente, delimitación precisa del perímetro de la adquisición, garantías aportadas, posible subrogación en cargas e incidencia sobre los trabajadores.

Con relación al alcance y contenido del art. 149.2 LC (sucesión de empresa a efectos de créditos laborales y de administraciones públicas), la TGSS sale reforzada con la actual modificación del art. 149.2 LC, pues se añade que por defecto, la transmisión de la UP supondrá una sucesión de empresa, tanto a efectos laborales como de Seguridad Social.

Mejora la regulación de la venta de UP, pero la TGSS sale reforzada, en contra del criterio mantenido hasta ahora por la jurisprudencia.

Salvo que se trate de una PERD, el adquirente no se subrogará en las deudas concursales o contra la masa del deudor, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 LC (subrogación en deudas laborales y de Seguridad Social), salvo que el Juez exima al adquirente de subrogarse en las deudas laborales que asuma el FOGASA).

Hasta ahora únicamente se mencionaban los efectos laborales y la jurisprudencia mayoritaria ha venido eximiendo al adquirente a los efectos de Seguridad Social, pero a partir de esta modificación, se entiende que opera la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en cuanto a los trabajadores que formen parte de la UP que se transmita.

El art. 84.4 LC dispone que, una vez abierta la fase de liquidación, pueden iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de

En fase de liquidación, el TS evita que (especialmente las administraciones públicas) inicien ejecuciones para el cobro de sus créditos contra la masa.

12 de diciembre de 2014 interpreta que dichas ejecuciones vulnerarían el principio de la par conditio y el carácter universal de la liquidación concursal, y establece que no proceden las ejecuciones judiciales ni administrativas contra el patrimonio del deudor para el cobro de créditos contra la masa.

5.- Ejecución de garantías reales.

El art. 56 LC dispone que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

Cuando los bienes no sean necesarios, se debe solicitar tal declaración al Juez del concurso para poder iniciar o reanudar la ejecución real ante el correspondiente juzgado de primera instancia.

Por su parte, el art. 57.2 LC establece que una vez iniciada o reanudada la ejecución real sobre bienes necesarios, no podrá ser suspendida por razón de vicisitudes propias del concurso. Esta norma entraña una posible contradicción con la extensión de efectos de un convenio (art. 134.3 LC) que se aprobase transcurrido un año desde la declaración de concurso, pues por un lado se establece la inmunidad de la ejecución hipotecaria separada, y por otro se posibilita la extensión de efectos del convenio a los acreedores con garantía real. No obstante, es un escenario poco probable, pues tras las últimas reformas concursales, los convenios, en general, se deberán tramitar con algo más de agilidad, y se deben alcanzar mayorías del 60 o 75% del pasivo financiero con PE para que el convenio afecte a estos acreedores.

Transcurrido un año desde la declaración de concurso, se debe iniciar la ejecución real de bienes necesarios para evitar el sometimiento al plan de liquidación y a la venta de la UP sin precio mínimo.

Se ha añadido un inciso en el art. 56 LC para permitir la ejecución de las acciones o participaciones de una SPV, siempre y cuando la separación entre la facultad de disposición y la facultad de uso y disfrute, permita al acreedor realizar el bien sin perjuicio de la conservación por parte del deudor de título suficiente (aunque sea meramente obligacional) para continuar con la explotación del activo.

El RDL 11/2014 estableció que en caso de incumplimiento de convenio, el acreedor con PE que hubiese quedado vinculado por el mismo, podrá iniciar o continuar la ejecución separada para cobrar su crédito hasta una cuantía que no exceda de su "deuda originaria" (art. 140.4.2º LC).

La Ley 9/2015 ha añadido un apartado 5 al art. 155 LC, para que independientemente del modo de realización de los bienes afectos a privilegio especial, el acreedor con PE pueda

cobrar su deuda originaria, con el límite de la correspondiente garantía hipotecaria/prendaria, porque el importe que exceda de la garantía real máxima debe ir a la masa del concurso (arts. 674.2.2º y 692.1 de la LEC).

Conforme al apartado III.13º del Preámbulo de la Ley 9/2015, las medidas introducidas en la LC en cuanto al valor de las garantías no implican alteración de las garantías registradas ni de las reglas establecidas para su ejecución fuera del concurso, y en el apartado IV.5º del mismo preámbulo, se establece que *“En coherencia con las modificaciones introducidas en el artículo 140.4, se modifica el artículo 155 para establecer que cuando se ejecuten bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial, el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario. De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución.”*

Pese al nuevo criterio para la cuantificación de los créditos PE a efectos de confeccionar la lista de acreedores, el producto de la venta de los bienes afectos al PE se seguirá aplicando al acreedor con PE.

Se ha modificado el art. 568 de la LEC, para impedir el despacho de ejecución contra bienes necesarios para la continuidad de la actividad, no sólo cuando se ha declarado el concurso, sino también cuando se ha efectuado la comunicación del art. 5 bis LC. La ejecución de una garantía real sobre un bien necesario durante la tramitación del 5 bis LC tendrá los efectos del art. 57.3 LC, que permitirá iniciar la ejecución separada durante el futuro procedimiento concursal, y en el supuesto del art. 149.1.3º.a.2º LC, oponerse a la venta de la UP por precio inferior al valor de la garantía.

6.- La segunda oportunidad

Siguiendo con la línea de los impulsivos RDL a los que nos tiene acostumbrados últimamente el Gobierno en materia concursal, y mientras se estaba tramitando como proyecto de ley el RDL 11/2014, a finales de febrero de 2015 nos sorprendió con la aprobación de la esperada segunda oportunidad para las personas físicas, sin necesidad de que tengan la condición de empresario.

Se pretende configurar un incentivo a la actividad profesional y empresarial de las personas físicas, con base en la modulación de la responsabilidad patrimonial ilimitada del art. 1911 del CC, para fomentar que los deudores “de buena fe” que cumplan ciertos requisitos¹⁹ puedan iniciar una nueva actividad y no se refugien en la economía sumergida.

Esta figura existe desde hace tiempo en otros países de nuestro entorno y se ha revelado como favorecedora de la actividad económica. En nuestro caso, la LC contempla la liquidación concursal y extinción de las personas jurídicas, pero privaba a las personas físicas de esta posibilidad, y tras la liquidación de todo su patrimonio se veían condenadas a seguir respondiendo de las deudas con todos sus bienes futuros.

*Emprendedores II:
2ª oportunidad para personas físicas, empresarios o no, pero con excesivos requisitos, manteniendo los privilegios de las administraciones públicas, y con plazos muy largos de provisionalidad.*

El Gobierno hizo un tímido intento para paliar esta defunción con la Ley de Apoyo a los Emprendedores de 2013, incorporando los acuerdos extrajudiciales de pago (en adelante “AEP”), pero fue tan exigente con los requisitos, que su utilización ha sido testimonial. Mediante el RDL 1/2015 se flexibilizan tímidamente el contenido y efectos de los AEP y se incorpora un pretendido novedoso mecanismo de segunda oportunidad, consistente en la exoneración de deudas en el marco del procedimiento concursal.

La exoneración precisa que se haya liquidado el patrimonio de la persona física, que sea de buena fe, que atienda los créditos contra la masa, privilegiados, y si no ha intentado un AEP, el 25% de los ordinarios. Alternativamente, si no puede satisfacer los créditos anteriores, si se somete a un plan de pagos durante 5 años, podrá obtener una

¹⁹ Conforme a los requisitos del nuevo art. 178 bis.3 de la LC: concurso fortuito, ausencia de condena por ciertos delitos en los 10 años previos, que haya intentado un AEP, que no haya rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad, etc.

exoneración provisional de todos los créditos, excepto los públicos, por alimentos, contra la masa y privilegiados generales.

El deudor debe presentar la solicitud de exoneración y se trasladará a los acreedores y a la Administración concursal, para posterior decisión del Juez del concurso. No obstante, se incorporan toda una serie de condiciones y requisitos para alcanzar la exoneración, que le confieren un carácter de permanente provisionalidad, durante un plazo de al menos cinco años (se excluye la exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos en algunos casos), pues en función de ciertas actuaciones del deudor o de la mejora de su situación económica, puede volver a responder de las deudas exoneradas.

7.- Calificación.

La incorporación de un nuevo párrafo en el art. 93.2 LC excluye del concepto de PERD a los acreedores que hayan capitalizado créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis o DA.4ª LC, de un AEP o de un convenio, y exime de responsabilidad como administradores de hecho a estos mismos acreedores, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad, salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esa condición.

Possible responsabilidad de los socios en sede de calificación, y ausencia de esta sección cuando se apruebe un convenio no gravoso.

El art. 172 bis 1 LC incluye por primera vez en nuestro derecho la posible responsabilidad de los socios en sede de calificación, si se han negado sin causa razonable a capitalizar sus créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos del nuevo art. 165.4º LC, acreditado con informe de experto independiente.

Se han restringido los supuestos en los que se abre la fase de calificación cuando se aprueba un convenio no gravoso, pues conforme al nuevo redactado del art. 167 LC, bastará con que se apruebe un convenio con quita inferior a 1/3 o espera inferior a 3 años para los acreedores de una sola de las cuatro clases que ha establecido el art. 94.2 LC (laborales, públicos, financieros y resto), salvo que resulte incumplido.

8.- Miscelánea.

A efectos de dotaciones de las entidades financieras, se ha encomendado al Banco de España que establezca criterios para clasificar como “riesgo normal” las operaciones reestructuradas conforme al art. 71 bis o DA.4ª de la LC.

Se ha modificado la Ley del Impuesto de Sociedades, estableciendo la ausencia de tributación en capitalizaciones de deudas y rentas derivadas de quitas y esperas. Asimismo, se amplía la exención en la Ley del ITP y AJD para los acuerdos de refinanciación.

La nueva disposición adicional segunda ter LC desarrolla el contenido del art. 67 LC (Contratos con Administraciones públicas) y concreta el régimen especial aplicable a los concursos de concesionarias de obras y servicios públicos, así como a las contratistas de las administraciones públicas, que quedan sometidos a la legislación sobre contratación pública.

La DA.1ª del RDL 11/2014 y de la Ley 9/2015 otorgan la consideración de medidas de saneamiento, a los efectos del RDL 5/2005, a las actuaciones que se deriven de la aplicación del art. 5 bis y DA.4ª LC.

En la DA.2ª de la Ley 9/2015 se prevé crear en un plazo de 9 meses, un portal telemático (a semejanza del creado por el Departamento de Industria de la Generalitat de Catalunya y otras webs privadas), para dar publicidad a las empresas concursadas que se encuentren en fase de liquidación con UP susceptibles de enajenación.

La DF.3ª, apartándose totalmente del título y objetivo del RDL 11/2014 y la Ley 9/2015, modifica el art. 695.4.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para adaptarlo a las exigencias de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014²⁰. A partir de ahora se permitirá al deudor ejecutado en un procedimiento hipotecario, apelar el auto que desestime su oposición, cuando ésta se base en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. La DT4ª establece que este nuevo régimen se aplicará a todo procedimiento de ejecución hipotecaria en el que no se haya alcanzado la puesta en posesión del inmueble al adquirente, y se concede a los ejecutados un plazo preclusivo de dos meses para formular recurso de apelación.

²⁰ Hasta ahora, contra el auto que resolvía la oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituyese el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, únicamente se permitía la apelación por parte del ejecutante.

La DF.2ª modifica la Ley 9/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito, para establecer que los créditos cedidos a la SAREB se tendrán en cuenta a los efectos del cómputo de las mayorías indicadas en la DA.4ª LC, aunque la SAREB tuviera la condición de PERD.

Mario Lopera Rodríguez

MARIMÓN ABOGADOS, S.L.P.

Barcelona, a 16 de julio de 2015

Este documento ofrece al usuario directrices generales y opiniones sobre temas legales de carácter informativo, sin intención de sustituir el asesoramiento específico para cada caso concreto.