

MANUAL CONCURSAL



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

Manual Concursal, III edición actualizada, julio 2016
Departamento de Derecho concursal bancario
Publicación dirigida por Mario Lopera Rodríguez

Introducción.

La Ley Concursal fue modificada en repetidas ocasiones durante los años 2014 y 2015. Varias de las modificaciones fueron menores pero al menos cinco de ellas introdujeron cambios relevantes, especialmente en el marco de la refinanciación, el convenio, la liquidación y la ejecución de garantías reales.

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 y está dirigido por un letrado que ha trabajado durante 25 años en una entidad financiera. Con el Manual se pretende resumir el actual marco concursal, principalmente en el ámbito de la refinanciación, el convenio, la liquidación y la ejecución de garantías reales.

Las próximas versiones de este manual se podrán obtener a través de nuestra [web corporativa](#) y probablemente se continúe publicando en [la web de El Economista](#), 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, la liquidación y la ejecución de garantías reales, tras las reformas concursales de 2014 y 2015, que favorecen la continuidad de la actividad empresarial-

Índice

Introducción.	2
Índice	3
1.- Antecedentes y objetivos de las reformas.	5
2.- La refinanciación pre-concursal.	8
2.1.- Comunicación previa de negociaciones (art. 5 bis LC).	8
2.2.- Acuerdo extrajudicial de pago: la segunda oportunidad	11
Antecedentes.....	11
Requisitos, efectos y procedimiento	11
Exoneración del pasivo insatisfecho.....	13
2.3.- Modalidades y requisitos de los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis LC). .	15
2.3.1.- Acuerdos colectivos.	15
2.3.2.- Acuerdos singulares.....	16
2.4.- Homologación de acuerdos de refinanciación (DA.4 ^a LC).	18
Requisitos.....	18
Valoración de las garantías.....	20
Contenido y extensión de efectos a acreedores disidentes y no participantes....	21
Financiación sindicada	23
Efectos de la homologación e impugnación.....	25
Efectos sobre deudores solidarios y fiadores.....	27
Creación de sociedades vehículo o SPV.....	28
Incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado.	29
⊙ - Esquema de las mayorías requeridas para la homologación.....	30
3.- Propuesta de convenio.	31
Contenido.....	31
Extensión subjetiva y garantes.	32
Valor de las garantías.	32
Quorum para constitución de la junta y aprobación de convenio.....	33
Modificación del convenio.....	36
Incumplimiento del convenio.....	37

○ - Esquema de las mayorías requeridas para aprobación del convenio.....	40
○ - Comparativa de mayorías en sede de refinanciación y convenio.....	41
4.- Fase de liquidación.....	42
Transmisión de unidades productivas.....	42
Contenido del plan de liquidación y cuestiones procesales.....	47
5.- Ejecución de garantías reales.....	52
Ejecución de bienes necesarios y no necesarios.....	52
Ejecución de prendas y nuevo redactado del art. 90.1.6º LC.....	52
Inicio de la ejecución separada y cobro del total acreditado.....	55
La subasta electrónica.....	57
6.- Calificación.....	59
7.- Miscelánea.....	61

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 el 28 de julio de 2015 la vigésimo-séptima reforma, tras la aprobación de la Ley 25/2015, que convalida 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.
- ✓ 30 de septiembre de 2014: 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.
- ✓ 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.
- ✓ 27 de febrero de 2015: el Gobierno aprueba el RDL 1/2015 para incorporar la “segunda oportunidad” en el ámbito de las personas físicas, sean o no comerciantes.
- ✓ 28 de julio de 2015: el Parlamento aprueba la Ley 25/2015, de convalidación del RDL 1/2015, con algunas correcciones y 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.

Según ha hecho público la consultora financiera Informa D&B a principios de junio, **los concursos declarados hasta finales de mayo de 2016 han disminuido un 22%** con respecto al mismo periodo de 2015.

Las microempresas han sido las más afectadas por los procesos concursales en mayo, pues representan casi el 83% del total. Las de pequeño tamaño suponen más del 14%, las medianas alrededor del 2% y las grandes empresas tan sólo un 0,5%.

En lo que va de año, las sociedades que han entrado en concurso sumaron 14.535 empleados y una facturación de casi 2.230 millones de euros, un 39% menos que las que iniciaron este proceso en 2015. Por su parte, las empresas afectadas por disoluciones empleaban a 39.755 personas y su cifra de negocio rondó los 9.950 millones de euros, frente a 8.260 millones el año pasado.

Cataluña lidera las cifras de concursos, pues ha registrado 402 desde enero y 86 en el mes de mayo, aunque también es la que más ha reducido sus números al restar 125 en comparación con el año pasado. Le siguen Valencia (325 concursos en el acumulado y 71 en mayo) y Madrid (275 y 49 respectivamente). El incremento acumulado más pronunciado respecto a 2015 ha tenido lugar en las Islas Canarias, que suma 27 procesos.

Desde enero, la construcción, el comercio y los servicios empresariales han sido los sectores peor parados en cuanto a concursos alcanzando 543, 444 y 237 respectivamente, el 62% del total entre los tres.

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 jurídicas 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. Cuando se solicita un acuerdo extrajudicial de pagos es el Registrador o Notario quien comunicará al Juzgado la apertura de negociaciones.

El Letrado de la Administración de Justicia (antes 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.

Cuando el deudor esté negociando un acuerdo de refinanciación con sus acreedores financieros, se entiende que se paralizan todas las ejecuciones sobre bienes necesarios, no únicamente las que lleven a cabo los acreedores financieros.

El art. 5 bis. 4.4ª LC dispone que tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la DA.4ª **sobre cualesquiera otros**

bienes o derechos del patrimonio del deudor (sean necesarios o no), siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51% pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

El Auto del Juzgado Mercantil nº 8 de Madrid de 28.04.15 paraliza las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, porque interpreta que las cláusulas de compensación de los contratos financieros constituyen derechos de retención (prohibidos por art. 59 bis LC) y que suponen una realización de depósitos con efecto de garantías, no encuadrables en el RDL 5/2005.

La ejecución de garantías financieras del RDL 5/2005 no debería verse afectada por el art. 5 bis LC, tal como ocurre en caso de declaración de concurso, pero también hay opiniones en sentido contrario.

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 reanudar 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.

Los acreedores con privilegio especial deben iniciar la demanda ejecutiva si pretenden mantener el derecho a la ejecución separada.

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 Letrado de la Administración de Justicia 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.

Si el Decreto no contiene los datos de las ejecuciones que se pretende paralizar, se deberá solicitar un complemento del mismo. En cuanto al carácter necesario de los bienes, en Barcelona no se precisa una lista exhaustiva de ellos, sino que basta con que el deudor manifieste que la ejecución se dirige contra bienes necesarios.

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 concurso**¹.

No obstante, no se ha pronunciado sobre el alzamiento de los embargos ya 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 de los Letrados de la Administración de Justicia 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 Letrado de la Administración de Justicia. 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 Letrado de la Administración de Justicia 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.- Acuerdo extrajudicial de pago: la segunda oportunidad

Antecedentes

El Gobierno aprobó el RDL 1/2015 con fecha 27 de febrero de 2015 para incorporar la **“segunda oportunidad” en el ámbito de las personas físicas**, ya sean o no comerciantes, y el 29 de julio de 2015 se publicó en el BOE la Ley 25/2015 de 28 de julio que lo convalidó con algunas correcciones y modificaciones.

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 (art. 1911 CC).

El Gobierno hizo un tímido intento para paliar esta disfunción 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.

*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.*

Requisitos, efectos y procedimiento

La persona física que se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, sea o no empresario, puede iniciar un procedimiento para obtener un AEP si su pasivo no supera los 5 millones de euros.

Las personas jurídicas que se encuentren en insolvencia también pueden tramitar un AEP, siempre y cuando, (i) en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no vaya a tener especial complejidad conforme a los parámetros del art. 190 LC, y (ii) que dispongan de bienes para hacer frente a los gastos del acuerdo.

No pueden iniciar un AEP los condenados en sentencia firme por ciertos delitos² en los últimos 10 años, ni las personas que dentro de los últimos 5 años hayan (i) alcanzado un AEP, (ii) obtenido la homologación un acuerdo de refinanciación o (iii) sido declaradas en concurso. Tampoco pueden acceder al AEP quienes estén negociando un acuerdo de refinanciación (art. 5 bis 1 LC) o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

El deudor debe presentar una solicitud ante Notario o Registrador Mercantil (entre otras posibilidades), en función de si es persona natural, jurídica o empresario, para el nombramiento de un mediador concursal.

En un plazo de 10 días desde la aceptación del cargo, el mediador deberá remitir un plan de pagos a los acreedores y convocarlos con un plazo mínimo de 20 días, a una reunión que se debe celebrar antes de que transcurran 2 meses desde la aceptación del cargo.

Los acreedores sin garantía real que no se hayan manifestado en un sentido u otro tras la convocatoria y la reunión, verán sus créditos calificados como subordinados en caso de que se declare el concurso consecutivo del deudor, por no aprobarse el AEP.

Esta medida supone un incentivo para la participación de los acreedores ordinarios en los AEP, junto con la medida que veremos a posteriori, consistente en la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso consecutivo, si el deudor ha intentado sin éxito un AEP.

Se incentiva la participación de los acreedores ordinarios en los AEP, con la subordinación de sus créditos si no participan, o con la exoneración de créditos a favor del concursado de buena fe en el concurso consecutivo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 235 LC, durante las negociaciones del AEP y con un plazo máximo de 3 meses (2 meses en caso de persona física no empresaria – art. 242 bis.1.8º LC), los acreedores que puedan verse afectados por el AEP:

- **No pueden iniciar ni continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra el deudor.**
- **Los acreedores con garantía real no pueden continuar la ejecución contra bienes o derechos necesarios del deudor ni contra su vivienda habitual, y únicamente**

² Delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

pueden iniciar la ejecución contra estos bienes o derechos necesarios, o contra la vivienda habitual, a los efectos del derecho de ejecución separada del art. 57.3 LC, pero acto seguido la ejecución quedará paralizada hasta que transcurran los 2 ó 3 meses.

- Verán suspendido el devengo de intereses conforme a lo dispuesto en el art. 59 LC.
- Podrán ejercitar las garantías personales de terceros si el crédito contra el deudor hubiera vencido.

En función de la onerosidad de las medidas que prevea el AEP, se precisa una mayoría del 60% o 75% para su aprobación (art. 238.1 LC). En el caso de acreedores con garantía real, los porcentajes ascienden al 65% y al 80% (art. 238 bis 3 LC).

Si no se aprueba el AEP, se abre el concurso consecutivo, que se registrá por lo dispuesto en la LC para el procedimiento abreviado, con las especialidades del art. 242 LC: (i) si la solicitud la efectúa el mediador o el deudor, deberán acompañar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación, (ii) el plazo de 2 años de la rescisoria concursal se cuenta desde la solicitud del deudor para nombramiento de mediador, etc.

El 29 de diciembre de 2015 se publicó en el BOE la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 232.2 LC.

*Formulario para
solicitar el inicio del
procedimiento para
alcanzar un AEP.*

El formulario normalizado tiene varios apartados para la (A) identificación del deudor, (B) concurrencia de las condiciones de acceso al procedimiento, (C) inventario de bienes y derechos y (D) listado de acreedores. El solicitante debe aportar cierta documentación como certificado de antecedentes penales, certificado de rentas, asistencia social, prestaciones o pensiones, nóminas, cuentas anuales, certificados bancarios de cuentas y capital mobiliario, certificado de dominio y cargas de bienes muebles, y escrituras de compraventa e hipoteca.

Exoneración del pasivo insatisfecho

Se pretende configurar un incentivo a la actividad profesional y empresarial de las personas físicas, sin necesidad de que tengan la condición de empresario, 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 requisitos³ puedan iniciar una nueva actividad y no se refugien en la economía sumergida.

Requisitos de buena fe, y de capacidad de pago, para obtener el beneficio de la exoneración.

La exoneración precisa que se haya liquidado el patrimonio de la persona física (o que se haya concluido el concurso por insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa), **que el deudor sea de buena fe, que atienda los créditos contra la masa, privilegiados, y que haya intentado un AEP. Si no reúne los requisitos para solicitar un AEP, debe abonar también el 25% de los ordinarios.**

El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de enero de 2016 inadmite a trámite la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho de una persona física, porque no había intentado previamente un AEP.

En cuanto a las personas físicas que no hayan iniciado el procedimiento del AEP por no reunir los requisitos del art. 231 LC, si no pueden satisfacer los créditos mencionados en el párrafo anterior con la liquidación concursal de sus bienes, se pueden someter a un plan de pagos durante cinco años para obtener una exoneración provisional de todos los créditos, excepto los públicos y por alimentos (art. 178 bis 5.1º LC).

El deudor debe presentar la solicitud de exoneración en un plazo de 15 días (art. 178 bis 2 en relación con el art. 152.3 y 181.2 LC) que se trasladará a los acreedores y a la AC, para posterior decisión del Juez del concurso.

Se establece 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, pues en función de ciertas actuaciones del deudor o de la mejora de su situación económica, puede volver a responder de las deudas exoneradas.

³ Conforme a los requisitos del nuevo art. 178 bis.3 de la LC: concurso fortuito (si es culpable con base en el art. 165.1.1º LC, que no se apreció dolo o culpa grave), ausencia de condena por ciertos delitos en los 10 años previos, que reuniendo los requisitos del art. 231 LC haya intentado un AEP, que haya satisfecho los créditos contra la masa, privilegiados, y si no hubiese intentado un AEP, el 25% de los ordinarios. Si no atiende los mencionados créditos, debe someterse a un plan de pagos durante 5 años, haber colaborado conforme al art. 42 LC, no haber obtenido el beneficio de la exoneración en los 10 años previos, no haber rechazado una oferta de empleo adecuada en los últimos 4 años, y acepte la publicidad de la exoneración en el Registro Público Concursal.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida (art. 178 bis.5.3º LC).

El acreedor mantiene sus derechos frente a terceros obligados.

El RDL 1/2015 estableció la posibilidad de que cualquier acreedor concursal pueda solicitar la **revocación del beneficio de la exoneración** del pasivo en ciertas circunstancias (art. 178 bis 7 LC). La Ley 25/2015 ha añadido que procede en caso de ocultación de bienes embargables del deudor, pero ha matizado que si mejora sustancialmente su situación económica, sólo podrá pretenderse la revocación si la mejora proviene de herencia, legado o donación, así como de juego de suerte, envite o azar, por lo que ya no procederá con motivo de su nueva actividad profesional o empresarial.

2.3.- 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.

2.3.1.- 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 significativa⁴ del crédito disponible⁵, o modificación o extinción de obligaciones.
- b. Quorum 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 ha suprimido 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 exclusivos efectos del quorum 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.**

2.3.2.- 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

⁴ Ampliación significativa puede ser un 10-20%, hasta un 30% en personas físicas, pero el legislador no introduce un % concreto por la dificultad que conlleva. La idea no es cuantitativa, es más bien cualitativa, para que esa “ampliación significativa” del crédito permita cumplir con un plan de viabilidad.

⁵ Crédito disponible: se presupone la existencia de un crédito, ampliable. También se puede conceder una nueva línea de crédito, más interesante para las entidades financieras, pues se pueden beneficiar por efecto del art. 84.2.11º LC (*fresh money*).

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.

2.4.- Homologación de acuerdos de refinanciación (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 de los acuerdos de refinanciación colectivos (art. 71 bis 1 LC) 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.

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

Requisitos.

Los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos del art. 71 bis 1 LC se excluyen del ámbito de la rescisoria concursal, y podrán ser homologados judicialmente para extender sus efectos a los acreedores disidentes o ausentes si han sido suscritos por el 51% del pasivo financiero.

Los requisitos para que el acuerdo pueda ser homologado son los siguientes:

- a. Quorum del 51% del pasivo financiero⁶, sin necesidad de obtener los 3/5 del pasivo (art. 71 bis 1.b.1º LC).
- b. Ampliación significativa⁷ del crédito disponible⁸, o modificación o extinción de obligaciones.

⁶ Se considera acreedor financiero al titular de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que esté o no sometido a supervisión financiera.

⁷ Ampliación significativa puede ser un 10-20%, hasta un 30% en personas físicas, pero el legislador no introduce un porcentaje concreto por la dificultad que conlleva. La idea no es cuantitativa, es más bien cualitativa, para que esa “ampliación significativa” del crédito permita cumplir con un plan de viabilidad.

- 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, conforme el acuerdo ha sido suscrito por las mayorías de pasivo financiero exigidas.
- e. Formalización en instrumento público.

No computan a efectos de quorum 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.

La LC no define el **concepto de “pasivo financiero”** y hay discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a su alcance en sede de homologación. En ocasiones se invoca la Norma 9⁹ del Plan General Contable, pero los acuerdos de refinanciación a homologar no comparten el espíritu del Plan General Contable, y una clara muestra es el primer pasivo financiero que figura en la letra b) de su norma 9:

“b) Pasivos financieros:

*Débitos por operaciones **comerciales**: proveedores y acreedores varios;”*

Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid (reuniones de 7 y 21 de noviembre de 2014) no aprecian razones para efectuar restricciones al concepto de pasivo financiero de la

⁸ Crédito disponible: se presupone la existencia de un crédito, ampliable. También se puede conceder una nueva línea de crédito, más interesante para las entidades financieras, pues se pueden beneficiar por efecto del art. 84.2.11⁹ LC (*fresh money*).

⁹ Norma 9 PGC - b) Pasivos financieros:

Débitos por operaciones comerciales: proveedores y acreedores varios;

Deudas con entidades de crédito;

Obligaciones y otros valores negociables emitidos: tales como bonos y pagarés;

Derivados con valoración desfavorable para la empresa: entre ellos, futuros, opciones, permutas financieras y compraventa de moneda extranjera a plazo;

Deudas con características especiales, y

Otros pasivos financieros: deudas con terceros, tales como los préstamos y créditos financieros recibidos de personas o empresas que no sean entidades de crédito incluidos los surgidos en la compra de activos no corrientes, fianzas y depósitos recibidos y desembolsos exigidos por terceros sobre participaciones.

referida norma 9, salvo las que propiamente ha hecho el legislador (DA.4ª.1.3º LC) al excluir los débitos por operaciones **comerciales**, los laborales y los de derecho público.

Tampoco está claro si **el 51% del pasivo financiero se refiere al pasivo financiero total de la deudora o únicamente al que queda afecto por el acuerdo de refinanciación**. Existen argumentos para mantener cada una de estas posturas, y ambas interpretaciones presentan ventajas e inconvenientes para el deudor, y por ende, para los acreedores.

Otra cuestión no resuelta la encontramos en las reglas que se deben aplicar para cifrar el importe del circulante, pues cuando existe circulante no dispuesto, tanto hay opiniones en el sentido de tomar el riesgo total asumido, como el importe realmente adeudado.

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 con base en las 9/10 partes del importe de la valoración¹⁰, 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.

¹⁰ Emitida por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. No es preciso efectuar nueva tasación si el valor ha sido determinado por experto independiente dentro de los 6 meses anteriores al inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación (DA.4ª.2 LC).

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 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.

Contenido y 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 ostenten garantías reales del deudor.

¿Los acuerdos de refinanciación a homologar pueden contener otros efectos o pactos al margen de los definidos en los apartados 3 y 4 de la DA.4ª LC?

No parece que haya inconveniente, con base en el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), pero resulta muy dudoso que dicho contenido se pueda extender a los disidentes y ausentes. El Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra de 13 de febrero de 2015, establece que únicamente se puede imponer a los disidentes el contenido de los apartados 3 y 4 de la DA.4ª LC.

En cuanto a estos contenidos atípicos, también surge la duda a nivel doctrinal y jurisprudencial en relación con su protección frente a la acción rescisoria concursal. Desde un punto de vista formal, atendiendo al art. 71 bis LC, no cabría su rescisión si el acuerdo ha cumplido los requisitos y además ha sido homologado judicialmente. Desde una perspectiva material, se podría cuestionar su carácter irrevocable si no resulta eficaz (ni siquiera teóricamente) para impulsar la viabilidad empresarial.

El legislador sólo quiere blindar frente a la rescisión concursal los acuerdos de refinanciación que cumplan con el objetivo del art. 71 bis LC, y a estos efectos resulta muy interesante contar con un informe de experto independiente que valore el plan de viabilidad. Este informe ya no es preceptivo, pero el Juzgado no sule esta labor, por falta de previsión normativa, además de la posible falta de formación para llevar a cabo esta función.

La DA.4ª.6 LC establece que cuando el Juez otorgue la homologación “...declarará la extensión de efectos que corresponda...”, pero vista la incertidumbre en cuanto a los efectos extensibles y conforme al criterio de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid (reuniones de 7 y 21 de noviembre de 2014), resulta muy conveniente que la solicitud de homologación detalle los efectos que se pretenden extender a los acreedores disidentes o ausentes.

Es conveniente detallar los efectos del acuerdo que se pretenden extender a disidentes y ausentes.

En Barcelona se ha homologado un acuerdo de refinanciación que contempla una espera diferente para firmantes y disidentes, con motivo de que los primeros aportaban *fresh money* a la deudora. Esta postura supone un segundo incentivo para los acreedores financieros que siguen inyectando tesorería, junto con la medida prevista en el art. 84.2.11º LC (el 50% del *fresh money* se calificará como crédito contra la masa si el deudor es declarado en concurso).

El Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Valencia de 8 de febrero de 2016 establece que, en cuanto afecta a la extensión de efectos a los acreedores disidentes o no participantes, un auto de homologación de un acuerdo de refinanciación tiene carácter constitutivo, no declarativo, y que por lo tanto, la extensión de efectos se produce con el auto de homologación, no con el acuerdo de refinanciación.

Otra cuestión que tampoco resulta pacífica es la posibilidad de que una empresa que esté cumpliendo un convenio suscriba un acuerdo de refinanciación. A priori no parece haber norma en contra de tal posibilidad, aunque también se puede entender que únicamente procedería en cuanto a los créditos no afectados por el convenio.

Financiación sindicada.

La Ley 9/2015 modificó 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 porcentaje 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)¹¹, y el mantenimiento de sus 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)¹².**

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 noviembre¹³. De esta forma se

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

¹¹ “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. ...”

¹² “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.”

¹³ 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

impiden las impugnaciones de los acreedores sindicados minoritarios, favoreciendo así el mantenimiento de las financiaciones sindicadas, con extensión de todos sus efectos a la totalidad de los partícipes, y evitando 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 sindicato y la posible impugnación de la homologación por parte de los acreedores minoritarios sindicados, habrá que esperar para confirmar si los Jueces y Magistrados de lo mercantil confieren este alcance a la reforma operada por la Ley 9/2015.

Efectos de la homologación e impugnación.

La Providencia de admisión a trámite de la solicitud de homologación supone la paralización de las ejecuciones hasta que se acuerde la homologación, y en principio, el *dies a quo* sería la fecha de presentación de la solicitud y el *dies ad quem* la fecha de firmeza de la homologación.

Resulta recomendable solicitar la paralización de todas las ejecuciones en la solicitud de homologación, para su incorporación a la Providencia inicial de admisión, y que el Auto de homologación ratifique su paralización. En principio, se paralizan todas las ejecuciones, excepto las de garantías financieras amparadas en el RDL 5/2005 conforme a lo dispuesto en la DA.1ª del RDL 11/2014¹⁴.

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.**"*

¹⁴ "Disposición adicional primera. Medidas de saneamiento en situaciones preconcursales.

A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación

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.

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

La desproporción del sacrificio se puede valorar desde diferentes perspectivas: (i) la situación en la que queda el acreedor disidente con respecto a su propia situación patrimonial, en relación con el sacrificio del deudor y sus posibilidades de pago, (ii) sus expectativas de recuperación del crédito en ausencia del acuerdo de refinanciación, y (iii) la posición en la que queda el disidente con respecto a los acreedores que se han adherido a la refinanciación. Se debe tratar de igual forma a los acreedores que se encuentren en la misma situación, y de forma desigual a los acreedores que ostenten diferentes rangos, ventajas o garantías.

del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento.

Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.”

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 que esté previsto legalmente pero los juzgados lo están permitiendo.

La carencia de un verdadero plan de viabilidad puede servir para fundamentar el sacrificio desproporcionado que la refinanciación exija a los acreedores disidentes o ausentes.

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

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. Algunos juzgados mercantiles de Madrid y otras capitales están indicando a pie de resolución que cabe la reposición, pero ninguno de Barcelona lo hace. Tiene difícil fundamento que reponga un tercero, pero puede entenderse que proceda en ciertos casos por parte del 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).

Efectos sobre deudores solidarios y fiadores.

Conforme a lo dispuesto en la DA.4ª.9 LC, los acreedores de pasivos financieros ausentes o disidentes que resulten 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.

Por lo tanto, los firmantes del acuerdo de refinanciación deberán pactar con los terceros obligados el mantenimiento de sus derechos para que no opere lo dispuesto en el art. 1851 CC¹⁵.

Resulta recomendable incorporar una cláusula en los contratos de financiación para limitar la liberación de los fiadores en escenarios pre-concursales y concursales. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 12 de mayo de 2009, ha reconocido la validez de estas cláusulas.

No obstante, y con independencia de lo anterior, las entidades financieras suelen suscribir una carta con los terceros obligados, para evitar dudas interpretativas y la posible nulidad de la cláusula contractual, en el caso de que los fiadores sean consumidores y se pueda calificar como cláusula abusiva.

Creación de sociedades vehículo o SPV¹⁶.

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.

¹⁵ Art. 1851 CC: “La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.”

¹⁶ Sociedad destinada en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación.

Incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado.

A diferencia de lo que acontece con los convenios (art. 140 LC) y los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 241.2 LC), la LC no aborda con precisión el escenario obligacional y procesal en caso de incumplimiento de un acuerdo de refinanciación homologado, ni contempla su posible modificación.

La DA.4ª 11 LC únicamente prevé la posibilidad de que el acuerdo sea incumplido por el deudor, sin hacer mención alguna a los posibles incumplimientos de los acreedores. Con anterioridad a las reformas concursales de 2014 y 2015 se negaba el **carácter ejecutivo del Auto de homologación del acuerdo**, pero la mención incorporada en la DA.4ª 10 LC “*En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado*” hace pensar que el Legislador ha querido dotar al deudor de un título ejecutivo contra los acreedores que incumplan.

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.

En este incidente se prevé **dar traslado al deudor y a los acreedores comparecidos**, pero los acreedores no comparecen normalmente en el procedimiento de homologación, salvo en casos de impugnación. Parece oportuno que el demandante incidental solicite que se notifique el procedimiento a los acreedores afectados por el acuerdo homologado que no hayan comparecido en el procedimiento de homologación.

Con base en su distinta naturaleza jurídica, en el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado juega un papel más relevante la **autonomía de la voluntad de las partes** que en el incumplimiento de un convenio. Tras la declaración de incumplimiento del acuerdo, los acreedores tanto pueden instar el concurso como iniciar las ejecuciones singulares. Y el apartado 3º de la DA.4ª 11 LC establece el marco legal aplicable, para el caso de que las partes no hayan **previsto la resolución como consecuencia del incumplimiento**.

Es decir, que la DA.4ª 11.3º LC establece el marco legal para la ejecución de garantías reales, para el caso de que las partes no hayan pactado que el incumplimiento acarrearía la resolución del acuerdo. La falta de resolución del acuerdo supone, entre otras cosas, el **mantenimiento de las quitas pactadas**, con las especialidades de la DA.4ª 11.3º LC para los acreedores con garantía real. A contrario sensu, en caso de resolución nos deberemos guiar por las reglas del art. 155.5 LC.

⊙ - 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 real¹⁷) que los suscriba:

Extensión de efectos a disidentes o no participantes, en la parte de sus créditos que exceda del valor de la garantía real (DA.4ª 3 LC)	
EFFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS
Inmunidad a la rescisión	51% pasivo financiero
Esperas de 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 NO exceda del valor de la garantía real (DA.4ª 4 LC)	
EFFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS
Inmunidad a la rescisión	51% pasivo financiero
Esperas de 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

¹⁷ 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 *quorum* del 65% y 80% de la DA.4ª 4 LC.

3.- Propuesta 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 y 100.3 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 de hasta 10 años.

No obstante lo anterior, el art. 100.2 LC autoriza la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o de determinadas unidades productivas. Los Magistrados de lo Mercantil de Navarra, en sus conclusiones de noviembre de 2015, han opinado por unanimidad que cabe la propuesta de enajenación de la totalidad de las UPs.

El actual redactado del art. 100.3 LC permite la **cesión en pago de bienes o derechos del concursado, y no sólo de los sujetos a privilegio especial, sino de bienes no sujetos a garantía real**, siempre y cuando no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, y hayan sido valorados conforme al art. 94.5 LC. Si los bienes que se pretende ceder no hubiesen sido valorados de inicio, quizá se podrían valorar a posteriori, permitiendo un incidente en caso de discrepancia con su valor de tasación. Este tipo de soluciones no son ajenas al procedimiento concursal cuando se trata de permitir la continuidad de la actividad empresarial o profesional, pues al mismo tiempo se satisface a los acreedores, siquiera parcialmente.

Extensión subjetiva y garantes.

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, financieros¹⁸ y resto¹⁹.

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).

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). Este artículo dispone que cuando vote a favor del convenio la mayoría precisa del sindicato, “... se entenderá que **los acreedores votan a favor del convenio...**”

Surgen dudas en cuanto al mantenimiento de derechos frente a garantes o avalistas (art. 135 LC) por parte de los acreedores sindicados disidentes que se han visto arrastrados por la mayoría. Los Magistrados de lo Mercantil de Navarra no se pusieron de acuerdo en este aspecto en sus conclusiones de noviembre de 2015.

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

*Importe privilegiado = valor actual de las garantías reales.
En garantías compartidas, se aplica el correspondiente porcentaje de cada acreedor sobre el valor total de las garantías reales.*

¹⁸ Se considera acreedor financiero al titular de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que esté o no sometido a supervisión financiera.

¹⁹ Principalmente comerciales.

las garantías que ostenten²⁰, 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”).

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 proindiviso** 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 costa²¹, 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.

Quorum 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 ordinario²².

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 *quorum* para constitución de la junta, y se especifica en el art. 124.2 LC que a efectos de *quorum* para aprobación del convenio, los acreedores con PE que voten a favor de la propuesta se considerarán incluidos en el pasivo ordinario.

²⁰ 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 seis meses anteriores a la declaración de concurso.

²¹ 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).

²² Son créditos ordinarios los que no sean calificados como privilegiados, subordinados, ni contra la masa.

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 *quorum* (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 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 LC²³.

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).

²³ 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 (calculado conforme al texto definitivo del informe de la AC), 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 cinco 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 si se han 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.

Parece que el criterio unánime de los Jueces de lo mercantil es que no se restituya a la AC en su cargo, por una cuestión de costes, y es el letrado de la deudora el que debe impulsar el procedimiento y encargarse de notificar al resto de los acreedores que no se hayan personado.

La normativa del convenio será de aplicación supletoria para todo lo que no se contemple en la DT.3ª de la Ley 9/2015, y con independencia de los años que hayan transcurrido desde la aprobación del convenio, el nuevo convenio que se apruebe podrá tener una duración de 10 años a contar desde la aprobación de su modificación.

Incumplimiento del convenio.

El art. 140 LC dispone que cualquier acreedor afectado por el incumplimiento del convenio puede solicitar al Juez del concurso que declare dicho incumplimiento. La solicitud se tramita por la vía del incidente concursal y la sentencia que recaiga es apelable.

La declaración de incumplimiento del convenio supone su resolución y por lo tanto desaparece la eficacia novatoria del art. 136 LC²⁴, que se produjo en el momento de la aprobación del convenio.

La SAP Barcelona de 08.10.15 (JUR\2015\269497) establece que cada uno de los plazos del convenio es una obligación autónoma y que por lo tanto basta con incumplir un plazo del convenio para que proceda su declaración de incumplimiento. El pago posterior por sí solo no enerva la acción ni convierte el incumplimiento en un mero retraso, especialmente si ya se han incumplido plazos posteriores y siguen impagados.

Si el deudor ha efectuado pagos parciales o totales a algunos acreedores ordinarios, sin respetar un criterio equitativo, el art. 162 LC²⁵ establece ciertas pautas a seguir pero los efectos de la rescisión del convenio no siempre resultan claros y pacíficos:

²⁴ Artículo 136. Eficacia novatoria.

Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

- En principio, el acreedor que ha cobrado parcialmente no debería cobrar en liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clase alcancen su mismo porcentaje de cobro.
- Si un acreedor ha cobrado la totalidad de lo que le correspondía en un convenio con quita, debe comparecer en la liquidación por el resto de su crédito, sin considerar los efectos de una quita que se ha rescindido.
- ¿Qué ocurre si el acreedor ha entregado saldo y finiquito al percibir el último cobro durante la vigencia del convenio? Para evitar la litigiosidad en estos casos, tal vez sería recomendable incluir una mención a la posible rescisión del convenio en el documento de saldo y finiquito.

La SAP Navarra de 19.10.15 (JUR\2015\280575) afirma que **no cabe el ejercicio de la acción de rescisión concursal con respecto a actos del deudor realizados tras la aprobación del convenio** hasta la posterior apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, porque no se cumple el requisito de los dos años anteriores a la declaración de concurso del art. 71.1 LC. Aunque cita jurisprudencia de Audiencias Provinciales a favor (SAP Barcelona, Sección 15ª, de 02.07.14) y en contra de su interpretación, se apoya en los arts. 137.2 y 162 LC, según los cuales hay otros mecanismos (incumplimiento de convenio, acción de reintegración de la masa) para atacar esos actos en lugar de la acción rescisoria concursal.

La Sentencia del JM.1 Mallorca de 3.02.16 establece que **el incumplimiento de convenio no se puede basar en un crédito con vocación de concursal que no figura en el concurso**. El acreedor no comunicó su crédito contingente y obtuvo sentencia favorable (por daños y perjuicios) tras la aprobación del convenio. Su crédito se debe atender tras los

²⁵ Artículo 162. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio.

1. Si a la liquidación le hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores.

2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente.

ordinarios y subordinados reconocidos en el concurso con base en los artículos 97 y 134 LC y jurisprudencia de las AP de Lleida, Barcelona y A Coruña:

- el crédito que enuncia la actora existe frente a la concursada y **no se ha extinguido por su no inclusión** en el listado de acreedores;
- es concursal pero no está calificado;
- queda afectado por el convenio aprobado en autos;
- la exigibilidad de la deuda, para los créditos concursales no reconocidos en el concurso, queda aplazada hasta el momento en que quede cumplido el convenio y por ende se proclame el cese de los efectos del concurso, y;
- el instante del incidente concursal, no puede exigir, vigente el convenio, el pago de su crédito, y por ende no puede solicitar la declaración de incumplimiento por este motivo.

⊕ - 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)	
EFFECTOS	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)	
EFFECTOS	MAYORÍAS REQUERIDAS²⁶
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	

²⁶ 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 *quorum* 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 ²⁷ SI > voto NO	-
Quita inferior al 20% sin espera				
Esperas, hasta 5 años	60% pf²⁸	65% pf	50% po	60% po
Conversión en PP a 5 años				
Quita hasta el 50%	-	-		
Esperas y PP hasta 10 años	75% pf	80% pf	65% po	75% po
Quitas sin límite				
Conversión en acciones y participaciones				
Cesión de bienes y/o derechos en pago de deuda				
Préstamos sindicados	75% pf	75% pf	75% po	75% pf

²⁷ po = pasivo ordinario

²⁸ pf = pasivo financiero

4.- Fase de liquidación.

Transmisión de unidades productivas.

La unidad productiva (“UP”) o rama de actividad, se puede definir como un conjunto de medios materiales y humanos, organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional, unidos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente, con un mínimo de cohesión e independencia del resto del patrimonio empresarial.

Hay diferentes opiniones a nivel jurisprudencial y doctrinal en cuanto a la necesaria existencia de trabajadores para configurar la UP. La mayoría parece decantarse por su carácter innecesario, apoyada en la idea de que son el concursado, la AC y el Juez del concurso quienes deben fijar el perímetro de la UP.

Con intención de facilitar el proceso de transmisión de UP, se ha ampliado el contenido del informe de la AC (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.

La AC debe valorar la empresa y las UP que la integran.

La venta de la UP se puede tramitar en diferentes fases del procedimiento concursal:

- Arts. 191 ter y 190.3 LC: en el momento de solicitar la declaración de concurso, el deudor puede presentar un plan de liquidación que contenga una oferta vinculante para compra de una UP. Este modo de proceder suele levantar ciertas sospechas porque el adquirente viene de la mano del deudor y se puede considerar fraudulento. Los Jueces de lo mercantil suelen conceder un plazo inicial al AC (antes de abrir la liquidación) para que entre en la empresa y efectúe un análisis preliminar de su situación y de la oferta de adquisición.
- Arts. 148 y 149 LC: la LC prioriza la venta de la UP frente a la venta individualizada de bienes, y ambos artículos prevén que el AC debe atender este criterio a la hora de elaborar el plan de liquidación.
- Art. 43.4 LC: la fase común sigue siendo la vía más utilizada para la de venta de UP. El AC suele presentar el plan para enajenación de la UP, del que se da traslado

a los representantes de los trabajadores, AEAT, TGSS, y a los acreedores privilegiados que forman parte de la UP.

- Art. 100.2.3º: en la propuesta de convenio también se puede prever la venta de la UP, que se registrará por lo dispuesto en el art. 146 bis LC.

En estos dos últimos casos, y conforme a lo estipulado en el art. 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital²⁹, se debería recabar la conformidad de la Junta de socios para la transmisión de activos esenciales de la compañía y así lo están solicitando algunos notarios al firmar la escritura de compraventa de la UP. No obstante, la mayoría de los Magistrados de lo Mercantil de Navarra, en sus conclusiones de noviembre de 2015, opinan que este artículo no es aplicable a una sociedad en concurso, especialmente en fase de liquidación o si su administración societaria tiene las facultades suspendidas, porque no tendría potestad para convocar la Junta General de socios.

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

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.

En el art. 149 LC (reglas legales y 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:**

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

- 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

²⁹ Artículo 160 LSC. Competencia de la junta.

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

f) La adquisición, **la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales**. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

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 separada**³⁰, 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).

El derecho de oposición se otorga únicamente al acreedor diligente (los que mantienen el derecho de ejecución separada). El legislador ha dispuesto que ese acreedor PE deberá consentir si además tiene un peso específico en la UP. Se trata de una doble condición impuesta al acreedor con PE para que pueda bloquear la transmisión de la UP: (i) derecho a ejecución separada y (ii) 75% de todos los acreedores PE de su misma clase.

¡ 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!

Hay quien opina que ese 75% se basa en los acreedores PE que tienen derecho a la ejecución separada, pero bajo este prisma, cualquier acreedor con PE minoritario podría vetar la transmisión de la UP.

Por ejemplo, si se transmite una UP sobre la que recaen créditos con PE por 100 M € de diferentes entidades financieras y sólo una de ellas mantiene el derecho de ejecución separada, con un crédito de 1 M €, según esta interpretación, se precisaría el consentimiento de este pequeño acreedor para vender la UP.

En línea con las reglas de las mayorías en sede de refinanciación y convenio, con un trato cada vez más desconsiderado hacia las minorías, creo que los jueces harán una interpretación más favorable a facilitar la transmisión de la UP, y precisarán que los acreedores PE que deben consentir, tengan el mayor peso específico posible en la UP.

- En las transmisiones con subsistencia de la garantía, con subrogación del adquirente, no será necesario el consentimiento del acreedor con PE, y el juez

³⁰ 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.

deberá velar por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

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.

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

En relación con las consecuencias que provoca la sucesión de empresa a efectos de créditos laborales y de administraciones públicas, **la TGSS sale reforzada con la actual modificación del art. 149.4 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.

El art. 42.1 de la Ley General Tributaria exonera de responsabilidad solidaria al adquirente de activos en un concurso de acreedores por deudas tributarias del concursado.

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. 149.4 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**, y para el resto de trabajadores, será la jurisdicción social la que deba pronunciarse en cada caso concreto.

Los Magistrados de lo mercantil de Barcelona se están dando por vencidos en su lucha a favor de la transmisión de UP sin que el adquirente se tenga que hacer cargo de los créditos laborales y de Seguridad Social:

- El Auto de 20 de julio de 2012 de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo estimó que los Jueces de lo mercantil no tienen competencia ante una derivación de responsabilidad solidaria por deudas de la transmitente de una UP a

cargo de la adquirente, pues ésta no está en concurso y a los acreedores concursales de aquella no les va a afectar lo que se decida.

- La STS de la Sala de lo Social de 29 de octubre de 2014 atribuye la competencia para la determinación de la subrogación de las cuotas de la Seguridad Social a la jurisdicción social.
- El Auto del TJUE de 28 de enero de 2015 dejó en manos de cada estado la regulación de la derivación de deudas en transmisiones de UP en sede concursal.
- El nuevo redactado del art. 149.4 LC impide al Juez de lo mercantil exonerar al adquirente de los créditos laborales y de Seguridad Social.

En vista de lo anterior, las últimas resoluciones en la materia acuerdan que el adquirente no se subroga en la parte que asume el Fogasa, pero no se pronuncian en cuanto al resto de créditos de Seguridad Social y trabajadores.

Un interesante Auto de 1 de diciembre de 2015 del JM.5 de Barcelona (JUR\2016\36504) razona que la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social cuando se transmite la UP en sede concursal, se debe limitar a los contratos o relaciones laborales en vigor, con base en las Directivas 2001/23/CE y 80/987/CE del Consejo, así como en el Auto del TJUE de 28 de enero de 2015. No obstante, vista la STS de la Sala Social de 29 de octubre de 2014 y las conclusiones de los Magistrados especialistas mercantiles de los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, ya no cabe plantear esta cuestión en sede mercantil y el Juez del Concurso no debe pronunciarse sobre esta cuestión en el auto de autorización de venta de la UP.

En cuanto a la ejecución de la transmisión de la UP, el Juez de lo mercantil no acuerda la cancelación de las cargas que gravan bienes que forman parte de la UP hasta que no se le aporta la correspondiente escritura pública que acredite que se ha llevado a cabo la operación, pues en ocasiones se autoriza la transmisión pero no se hace efectiva.

El Auto del JM.6 Madrid de 22.05.15 establece que los bienes de la concursada en **arrendamiento financiero** que formen parte de la UP quedan sujetos al régimen de cesión obligatoria contractual. En cuanto a los bienes no afectos o excluidos de la UP, cuya realización no permita el arrendador, se le deben devolver con la consiguiente degradación de

*Arrendamiento financiero:
el adquirente subrogado
no tiene que pagar las
cuotas impagadas,
únicamente las futuras.*

su crédito PE a ordinario y subordinado. El Magistrado entiende que **el adquirente de la UP que se subroga en un arrendamiento financiero sólo debe pagar las cuotas desde que se produce la entrega posesoria, no las cuotas anteriores que estuviesen impagadas.**

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de julio de 2014, rechaza que el comprador determine la distribución del precio ofrecido por la adquisición de una UP. Se debe partir de los valores del inventario, para distribuir el precio de la UP entre los acreedores en proporción al valor que se le haya asignado a cada uno de los bienes.

El Auto del JM.5 Barcelona de 23 de marzo de 2015, deniega la venta de una UP y emplaza al único ofertante para que mejore su oferta. Resulta interesante el análisis de las consecuencias de la venta de la UP para los acreedores con PE y el concepto del “precio obtenido”:

- El art. 149.1.3ª.a) LC (aplicable tanto en ausencia de PL como en lo no regulado por éste) regula la transmisión de la UP sin subsistencia de la carga hipotecaria, y establece que corresponde a los acreedores PE la parte proporcional del precio obtenido, equivalente al valor del bien hipotecado respecto del valor global de la UP.
- En cuanto al concepto de “precio obtenido”, el Magistrado entiende que se debe realizar una interpretación extensa y atender a toda la prestación en sentido económico a que el adquirente se obliga a cambio de la UP, ya sea mediante desembolso o asunción de deudas, renunciaciones a créditos, etc.

Contenido del plan de liquidación y cuestiones procesales.

La AC elabora el plan de liquidación que debe presentar en el Juzgado en un plazo de 15 días desde la apertura de la fase de liquidación. Los bienes y derechos de la masa activa del concurso se deben intentar vender de forma unitaria, con mantenimiento de la actividad empresarial o industrial y de los puestos de trabajo. Si la venta unitaria no es posible o resulta menos ventajosa que la venta separada o por lotes, se debe llevar a cabo ésta última.

En un plazo de otros 15 días, el deudor y los acreedores concursales (no los interesados ni los acreedores contra la masa) pueden realizar observaciones o propuestas de modificación. El Juez debería resolver tras este segundo plazo de 15 días, pero en la práctica, suele dar traslado a la AC para que se pronuncie sobre las alegaciones de los acreedores concursales.

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).

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 15% del activo para atender a los acreedores que puedan obtener pronunciamientos favorables en segunda instancia.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013** establece lo siguiente en su FD 9: ***“El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el art. 155 LC.”***

Y en la misma línea se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016**, sobre **los efectos del Auto que aprueba un plan de liquidación, cuando contiene medidas contrarias a la LC**. En este caso, se pretendía obligar al acreedor PE a quedarse una finca por el 80% de la valoración, aunque dicho importe fuese superior a su crédito, y el Juez del concurso hubiese dictado una resolución en contra de las pretensiones de la AC.

El TS mantiene el criterio de 1ª y 2ª instancia en contra de la demanda de la AC, pues entiende que no se está conculcando una resolución judicial firme, sino que **se están constatando los límites del PL**, haciendo una interpretación de su contenido conforme a las normas legales que debía respetar, pues estas normas operan al margen de las disposiciones del PL.

Los derechos del acreedor PE no se extinguen aunque no presenten observaciones al plan de liquidación. No puede pretenderse por la vía de hecho, que un PL tenga que llevarse a efecto necesariamente cuando no se ajusta a la legalidad. El art. 149.2.2º LC (*Reglas legales de liquidación*) dispone que para la transmisión de bienes afectos a PE se aplicará lo dispuesto en el art. 155.4 LC.

El auto que aprueba el PL no produce eficacia de cosa juzgada respecto del contenido del PL aprobado. En caso de que se suscite un incidente, la sentencia que lo resuelva tendrá eficacia de cosa juzgada en relación con las partes del incidente y el objeto de la controversia.

El TS desestima de demanda sobre declaración de error judicial, porque esta figura precisa una resolución manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o arbitraria, y entiende que las resoluciones judiciales controvertidas por la AC en este supuesto son, como mucho, discutibles.

La plusvalía municipal y el IBI no deben ir a cargo del adquirente.

La SAP Barcelona de 11 de febrero de 2015, dispone que el acreedor con PE no debe asumir la plusvalía aunque la concursada carezca de tesorería. Este impuesto debe ser atendido conforme a los arts. 106 TRLHL y 17.5 LGT, el criterio de la Dirección General de Tributos y la jurisprudencia, pues en caso contrario, el acreedor con PE soportaría un tributo sin posibilidad de repercutirlo. En el mismo sentido se pronuncia el AAP Castellón de 29 de mayo de 2015 en cuanto a la plusvalía municipal, incluyendo también el IBI.

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 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.**

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

El acreedor con PE suele quedar dispensado de la consignación para participar en la subasta y hasta fechas recientes no se le permitía ceder el remate a un tercero, porque no se le considera ejecutante. No obstante, en contra de las conclusiones de los Jueces y Letrados de los Juzgados mercantiles de Barcelona de febrero de 2016, **en algunos planes**

de liquidación se venía permitiendo al adjudicatario ceder el remate a tercero, por ser beneficioso para el proceso de venta.

El precio del remate se suele destinar a pagar al acreedor con PE por el orden establecido en el art. 692.1 LEC en sede de ejecución hipotecaria (principal, intereses y costas) en lugar del dispuesto en el art. 1173 CC (intereses y principal), y en los arts. 654.3 y 672.1 LEC para la subasta de bienes muebles e inmuebles (intereses ordinarios, principal, intereses de mora y costas). La utilización de uno u otro criterio puede ser relevante cuando existen varios bienes afectos al mismo crédito con PE.

Conforme al art. 155.3.2º, para repartir el precio obtenido de la transmisión de un bien con varias hipotecas, se debe respetar el rango registral de los diversos acreedores con privilegio especial sobre el mismo.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de julio de 2014, establece que el art. 155 contiene reglas de pago que se han de respetar, y reglas o sistemas de enajenación sobre las que puede prevalecer el plan de liquidación. Por tanto, cuando se venda un bien de forma aislada o una UP, sólo cuando el acreedor hipotecario de primer rango esté totalmente saldado, podrá distribuirse el improbable remanente entre los acreedores de peor rango.

Por su parte, el Auto de 14 de marzo de 2016 del Juzgado Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca (Concurso nº 99/2013) autoriza una dación en pago al acreedor con PE de primer rango, y además de disponer la cancelación de los embargos que pesan sobre las fincas a transmitir, **ordena la cancelación de varias hipotecas de entidades financieras y organismos públicos de rango posterior**. La solicitud de autorización se presentó por la entidad financiera y la AC de forma conjunta, con respeto al contenido del plan de liquidación y al precio de tasación, dando vista al resto de partes personadas para que pudiesen alegar cuanto estimasen oportuno.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 16 de marzo de 2016 se pronuncia en el mismo sentido que el Auto anterior, estimando necesaria la notificación o audiencia a las entidades financieras titulares de las hipotecas a cancelar.

La Audiencia Provincial de Pontevedra (Auto de 18 de septiembre de 2015), **para el caso de subasta concursal desierta, permite al acreedor PE hacer uso de las facultades del art. 671 LEC, pero si no lo hace, autoriza la cancelación de la hipoteca** sin necesidad de esperar a los 20 años del art. 148 LH. Lo justifica por el interés del concurso, para evitar que se sigan generando créditos contra la masa y para cumplir con lo prescrito en la LC en cuanto a no alargar la fase de liquidación. Defiende la donación o abandono del bien como un incentivo para que el acreedor PE participe en la liquidación. Dispone que la venta directa y la cesión en pago o para pago son alternativas a la subasta, pero no mecanismos subsidiarios.

5.- Ejecución de garantías reales.

Ejecución de bienes necesarios y no necesarios

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 trascurra **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.

Si el Juez del concurso determina que los bienes son necesarios, la ejecución separada se puede iniciar o reanudar en el momento procesal oportuno (arts. 56 y 57 LC) frente al propio Juez del concurso, con tramitación en pieza separada, salvo que se haya aprobado un convenio, en cuyo caso se debe acudir al juzgado de primera instancia.

Si el acreedor con garantía real tiene derecho a la ejecución separada, pero el plan de liquidación prevé la realización de los mismos bienes afectos a su privilegio, es conveniente hacer alegaciones (Auto del JM.6 de Madrid de 14.04.15) al plan de liquidación para excluir dichos bienes de su perímetro.

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.

Ejecución de prendas y nuevo redactado del art. 90.1.6º LC

En relación con las **prendas y las cesiones de crédito en garantía**, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 2014, se ha pronunciado a favor del mantenimiento de la prenda de una entidad financiera sobre los saldos presentes y futuros de una cuenta bancaria de la concursada, pese a considerarlos créditos futuros impropios

Las prendas y cesiones de crédito surten efectos en sede concursal bajo ciertas circunstancias y requisitos.

(determinables sin necesidad de nuevo acuerdo), amparándose en el art. 90.1.6º LC y el RDL 5/2005. En la misma línea, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de julio de 2015, equipara la cesión de crédito de rentas al descuento, y aplicando por analogía las sentencias del Tribunal Supremo sobre el descuento (el descontatario tiene derecho a cobrar de los librados con preferencia al concursado y sus acreedores, y además mantiene la acción de regreso contra el descontante), acuerda que todas las rentas de alquiler corresponden a la entidad financiera, aunque el deudor esté en concurso. Entiende que las rentas cedidas son un patrimonio separado, porque se ha cedido el crédito de la concursada en garantía de un préstamo hipotecario, y por lo tanto la cesionaria conserva el derecho a percibir las rentas que se vayan generando.

En línea con la jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior, el Legislador ha modificado el art. 90.1.6º LC mediante la **Ley 40/2015, de 1 de octubre**, de Régimen Jurídico del Sector Público, para **clarificar los requisitos de la prenda sobre créditos en sede concursal**:

“1. Son créditos con privilegio especial:

...

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Se ha modificado el art. 90.1.6º LC para aclarar los requisitos de la prenda de créditos en sede concursal.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.

c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el

artículo 261.3³¹ del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

Este nuevo redactado del art. 90.1.6º LC entró en vigor a partir del 22 de octubre de 2015, pues la Disposición Final Decimoctava estableció su entrada en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, que se produjo el día 2 de octubre de 2015.

No hay disposición transitoria que especifique la aplicación de la modificación de la LC, y se podría entender que únicamente debería afectar a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor. No obstante, dado que se trata de una aclaración del anterior redactado defectuoso, en línea con lo interpretado por la jurisprudencia y la doctrina, entiendo que cabe defender su aplicación en los concursos en los que no haya transcurrido el plazo de impugnación del listado de acreedores del Informe provisional de la AC ex art. 74 LC.

Se fomenta la prenda ordinaria de créditos futuros, pues si se formaliza sin desplazamiento precisa inscripción.

A efectos procesales de ejecución bilateral al margen del concurso, la prenda que no cumpla los requisitos para ser considerada una garantía financiera al amparo del RDL 5/2005, debe estar otorgada en documento público, con los requisitos formales y materiales de su normativa específica.

A partir del 22 de octubre de 2015 y a **efectos concursales**, la prenda de **créditos** no precisa documento público, sino sólo fecha fehaciente (que se puede obtener de otras formas, p.e. presentando el contrato en Hacienda). No obstante, en el caso de prenda de **créditos futuros** sí que resulta preceptiva su formalización en documento público, y además, si se trata de una prenda sin desplazamiento (de créditos futuros), se debe inscribir en el registro público competente.

³¹ “Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 271 y 288, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 254 y 256, sólo podrán pignorar en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el “Boletín Oficial del Estado” o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.”

Inicio de la ejecución separada y cobro del total acreditado

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.

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).

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.

La Ley 9/2015 añadió un apartado 5 al art. 155 LC³², 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).

³² Artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial.

5. En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso.

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.**”*

En sede de **incumplimiento de acuerdos de refinanciación homologados**, la DA.4ª 11.3º LC establece el marco legal para la ejecución de garantías reales, para el caso de que las partes no hayan pactado que el incumplimiento acarreará la resolución del acuerdo. A contrario sensu, en caso de resolución nos deberemos guiar por las reglas del art. 155.5 LC.

El Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona ha dictado un Auto de fecha 3 de noviembre de 2015, en el que interpreta que el art. 155.5 LC únicamente opera cuando la realización del bien se realiza separadamente, fuera del concurso.

A favor de esta interpretación tenemos (i) el verbo utilizado por el Legislador en el art. 155.5 LC *“... el acreedor privilegiado **hará suyo** el montante resultante de la realización...”*, y (ii) el apartado III.13º de la Ley 9/2015 transcrito anteriormente *“...fuera del concurso...”*, aunque no podemos olvidar que los preámbulos de las leyes o exposiciones de motivos no tienen carácter normativo, únicamente interpretativo de la norma.

Sin embargo, (i) en el apartado IV.5º del mismo preámbulo se indica que *“... **no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución.**”*, (ii) la última frase del apartado 2 del art. 155 LC y especialmente su apartado 3, remiten al régimen del art. 155.5 LC sin distinción alguna entre ejecución concursal o separada, y menciona expresamente su aplicabilidad para la enajenación **dentro del concurso**, y (iii) en el propio art. 155.5 LC se dispone su aplicación a los supuestos de enajenación de bienes previstos en los apartados anteriores del art. 155 LC.

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.

Una vez **aprobado un convenio** que no afecte a un acreedor con PE, puede operar la **compensación entre un crédito PE y una transferencia** que el deudor reciba en la cuenta bancaria que mantiene abierta en la entidad financiera que ostenta el crédito con PE (SAP Barcelona de 24.07.15). El art. 133.2 LC establece el cese de los efectos de la declaración de concurso desde la eficacia del convenio, y por lo tanto no resulta aplicable el art. 58 LC que prohíbe la compensación. Esta interpretación abre una nueva puerta al acreedor con PE, que puede cobrar su crédito por vías diferentes a la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignorados.

La subasta electrónica

Con fecha 10 de febrero de 2016, Los Magistrados y Letrados judiciales de los Juzgados mercantiles de Barcelona han adoptado unas conclusiones sobre la adaptación del plan de liquidación a la subasta electrónica, con motivo de la modificación de la LEC que instauró la subasta online a partir de octubre de 2015.

Se sugieren a los AC unas pautas para la elaboración del plan de liquidación y se les facilita un modelo de escrito para la solicitud de la subasta telemática. De dichas pautas podemos extraer información relevante para los acreedores con PE:

- El precio o tipo a efectos de subasta será el valor del bien o derecho fijado en el inventario de la masa activa.
- El acreedor con PE, en las observaciones al plan de liquidación o en el plazo de firmeza del Decreto que anuncia la subasta, debe manifestar al Juzgado si solicita el alta como acreedor con PE en el Portal de Subastas del BOE (exención de consignación), indicando los datos de la persona que pujará en su nombre. **No puede ceder remate** pero puede designar la sociedad inmobiliaria vinculada como tercero que ostente la condición de acreedor con PE para exención de consignación. En este caso, **no podrá pujar hasta que pujan un tercero.**

El acreedor con PE debe decidir entre la dispensa de consignación o la facultad de pujar en solitario.

- Si no solicita el alta como acreedor con PE y renuncia al beneficio de la exención de consignación, **podrá pujar en solitario** y el 5% consignado le será devuelto.
- No se permite al acreedor con PE solicitar la adjudicación en caso de subasta desierta, porque pudo participar en la subasta, pero podrá participar en la siguiente fase de venta directa del bien.

6.- 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.

Posible 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.

Si se abre calificación por incumplimiento del convenio, se pueden juzgar todas las conductas si antes no se abrió la calificación. Si ya se calificó antes, ante incumplimiento sólo se puede calificar por hechos posteriores a los enjuiciados (incumplimiento y posible responsabilidad por déficit concursal). La responsabilidad por déficit concursal del art. 172 bis no procede cuando se aprueba un convenio, únicamente en sede de liquidación.

El art. 172.2.3º LC regula los daños directos derivados de la conducta que ha supuesto la calificación de culpabilidad, y el art. 172 bis LC la responsabilidad por daños indirectos, por provocar o agravar la insolvencia, incidiendo en que los acreedores no hayan podido cobrar todo o parte de sus créditos. Se debe determinar en qué medida se ha agravado la

insolvencia si queremos obtener una condena por déficit debido al retraso en la declaración. No obstante, no debemos olvidar que el hecho de que haya retraso en la solicitud de concurso ya presupone que había insolvencia, y en consecuencia no se puede condenar al déficit por su generación, sólo por la agravación. El AC debe especificar en qué medida se ha agravado la insolvencia por el retraso en la solicitud de concurso para que proceda la condena por el déficit concursal.

En cuanto a la posibilidad de **alcanzar una transacción en la fase de calificación**, el Juzgado Mercantil nº 3 de Vigo se ha pronunciado de forma favorable mediante Auto de 7 de mayo de 2015. Entiende que se trata más bien de una renuncia a la acción (art. 20 LC) que de una transacción (art. 19 LC), que no infringe lo dispuesto en los arts. 1810 a 1814 del Código Civil, y que el interés público está a salvo con la conformidad del Ministerio Fiscal.

Transacción en fase de calificación a instancias de la AC y el MF.

El Juzgado Mercantil nº 2 de Murcia ha ido un paso más allá en la homologación de un acuerdo en sede de calificación, pues mediante Auto de 30 de octubre de 2015 ha manifestado que **la oposición del Ministerio Fiscal es infundada** y ha homologado la transacción acordada entre la AC, la concursada y su Administrador societario. En contra de lo preceptuado en el art. 172.2.2º LC, y pese al reconocimiento de culpabilidad del Administrador societario, establece que la inhabilitación sólo surtirá efecto en caso de incumplimiento del convenio.

La solución no está mal pensada si se pretende incentivar al Administrador societario para que consiga el cumplimiento del convenio, pero a cambio se permite a un administrador culpable que durante años administre la concursada y otras compañías. La LC prevé que se pueda autorizar al inhabilitado para que siga al frente de la concursada durante la fase de cumplimiento de convenio, pero no que se sujete la inhabilitación a una condición suspensiva.

7.- Miscelánea.

A efectos de dotaciones de las entidades financieras, la DA.1ª del RDL 4/2014 encomendó al Banco de España que estableciera criterios para clasificar como “riesgo normal” las operaciones reestructuradas conforme al art. 71 bis o DA.4ª de la LC. La Comisión Ejecutiva del Banco de España dio cumplimiento a este mandato en fecha 18 de marzo de 2014, estableciendo unos criterios homogéneos relativos a la aplicación de lo dispuesto en su Circular 4/2004:

- En relación con el tratamiento contable de los importes debidos tras un acuerdo de refinanciación de los regulados en el artículo 71 bis y en la DA.4ª LC, de acuerdo con los criterios contenidos en el Anejo IX de la Circular 4/2004 del Banco de España y teniendo en cuenta las nuevas posibilidades que ofrece el RDL 4/2014, aquellos deberán ser clasificados como riesgo normal en la medida en que existan elementos objetivos que permitan concluir que resulta probable la recuperación de los importes debidos tras el acuerdo de refinanciación. Para ello, será especialmente relevante valorar el efecto que las quitas o conversiones de deuda en capital incorporadas a los acuerdos vayan a tener sobre las posibilidades de recuperación del importe debido, teniendo en cuenta los planes de negocio del sujeto obligado al pago.
- Por otra parte, cuando exista evidencia de la insuficiencia de flujos de efectivo futuros necesarios para hacer frente a los compromisos asumidos tras el acuerdo de refinanciación, las entidades clasificarán las operaciones anteriores como riesgo distinto del normal. Sin embargo, cuando desaparezcan las causas que motivaron esa clasificación, se permitirá la reclasificación posterior de estas operaciones a una mejor categoría de riesgo.”

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.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.

Este documento ofrece al usuario directrices generales y opiniones sobre temas legales de carácter informativo. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.

Sobre el autor: Mario Lopera es abogado, responsable del área de Derecho concursal y procesal bancario de Marimón Abogados. Con experiencia profesional en Banca, donde trabajó más de 25 años, Mario es experto en la defensa de los créditos titularidad de los acreedores financieros, en la reestructuración y liquidación de créditos sindicados, nacionales e internacionales, así como en la transmisión de unidades productivas en sede concursal.