

**MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 22/2003,
CONCURSAL, POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2014,
POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES EN
MATERIA DE REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN
DE DEUDA EMPRESARIAL**

Paula Carazo Alcántara

*Abogada de Insesa Concursal Abogados, SL
Mediadora*

EXTRACTO

Se ofrecen en este artículo las modificaciones en la Ley 22/2003 introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2014 y se estructura en dos apartados lógicos: el primero recoge las modificaciones en los artículos 5 bis y 71 bis y en la disposición adicional cuarta, y el segundo, el resto de los artículos modificados.

La reforma se centra en «la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación»; en este sentido, ha supuesto un cambio absoluto, no exento de polémica desde el mismo momento de su entrada en vigor, cuestionándose diversos aspectos de su contenido, tanto desde el punto de vista formal, como desde su posible aplicación práctica.

Son demasiadas las reformas que la Ley 22/2003 ha sufrido sin que acabemos de tener una Ley Concursal homogénea. Va siendo hora de que los remiendos que se han ido haciendo y la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la ley se transformen en un texto que recoja las ventajas que se pretenden conseguir y que se concrete su contenido paliando, en la medida de lo posible, la ingente cantidad de interpretaciones, a veces contradictorias, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia.

Palabras claves: acuerdos de refinanciación, homologación judicial, plan de viabilidad, marco preconcursal, bienes necesarios y causa razonable.

Fecha de entrada: 09-04-2014 / Fecha de aceptación: 12-05-2014

AMENDMENTS MADE TO THE LAW 22/2003, INSOLVENCY PROCEEDINGS, BY THE ROYAL DECREE 4/2014, BY MEANS OF WHICH URGENT MEASURES ARE ADOPTED CONCERNING THE REFINANCING AND RESTRUCTURING OF CORPORATE DEBT

Paula Carazo Alcántara

ABSTRACT

In this article, the amendments made to the Law 22/2003 on behalf of the Royal Decree 4/2014 are presented and structured into two logical sections: the first presents the amendments made to Articles 5 bis and 71 bis and in the additional fourth and the second covers the remaining Articles that have been amended.

The reform is centred on “the improvement of the legal framework for pre-insolvency proceedings for refinancing agreements”; in this sense, it has meant a complete change, not exempt from controversy from the very moment that it came into force, questioning diverse aspects of its content, both from a formal point of view and considering its possible practical application.

The Law 22/2003 has already undergone a great many reforms and yet we still do not have a homogeneous law for insolvency proceedings. It is high time that the constant patching up and the accumulated experience, ever since the coming into force of the Law, are turned into a text that brings together the advantages that are expected to be achieved and that its content is focused, to the greatest possible extent, on reducing the effect of the enormous number of interpretations, which are sometimes contradictory, as far as both the doctrine and jurisprudence are concerned.

Keywords: refinancing agreements, judicial homologation, feasibility plan, framework for pre-insolvency proceedings, necessary goods and reasonable cause.

Sumario

- I. Introducción
- II. Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- III. Contenido y análisis de las modificaciones
 - III.1. Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos
 - III.2. Artículo 71 bis. Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación
 - III.3. Disposición adicional cuarta. Homologación de los acuerdos de refinanciación
- IV. Resto de modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2014
 - IV.1. Régimen transitorio
 - IV.2. Entrada en vigor

I. INTRODUCCIÓN

No se han acabado aún los ecos de las últimas modificaciones de la Ley Concursal (en adelante, LC) introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, modifica nuevamente la Ley 22/2003.

Espero que se me sepa disculpar si me equivoco, pero, salvo error, van diecinueve modificaciones desde que la LC vio la luz allá por los primeros días de julio de 2003 (si cuando el lector tenga en sus manos estas líneas el número no ha crecido).

El objetivo de este artículo no va más allá de intentar poner de manifiesto las nuevas modificaciones acaecidas, que en algunos casos suponen una modificación sobre otra modificación reciente. Tiempo habrá para que la doctrina y la jurisprudencia aclaren las dudas interpretativas que seguro ya están surgiendo. Algunas de las modificaciones habidas dan para, por sí solas, escribir un artículo con más extensión que el presente, pero como he comentado, el objetivo es otro.

Sin embargo, no me resisto a realizar una primera reflexión inicial. El presente real decreto-ley, que entró en vigor el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (8 de marzo de 2014), comienza en su exposición de motivos diciendo que:

«Con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o "desapalancamiento"».

¡Esto se dice seis años después del comienzo de la actual crisis! Si es tan evidente y se espera que sus efectos sean los deseados, la pregunta parece obvia, ¿por qué no se adoptaron antes estas medidas? Creo que en la mente de todos está la respuesta y que sin tardar demasiado se manifestará con todo su esplendor.

II. MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

El Real Decreto-Ley 4/2014 simplemente ha necesitado un artículo único para modificar la Ley 22/2003.

Mediante el siguiente cuadro se indican las modificaciones efectuadas, que posteriormente se irán comentando.

Artículo 5 bis	Comunicación de negociaciones y efectos (se modifica entero)
Artículo 28	Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (se modifica el apartado 6)
Artículo 56	Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas (se modifica entero)
Artículo 71	Acción de reintegración (se suprime el apartado 6 y el apartado 7 pasa a ser el apartado 6)
Artículo 71 bis	Se modifica entero, pasando a denominarse: «Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación»
Artículo 72	Legitimación y procedimiento (se modifica el apartado 2)
Artículo 84	Créditos concursales y créditos contra la masa (se modifica el apartado 2.11. ^o)
Artículo 92	Créditos subordinados (se modifica el número 5. ^o)
Artículo 93	Personas especialmente relacionadas con el concursado (se modifica el apartado 2, número 2. ^o)
Artículo 165	Presunciones de dolo o culpa grave (se añade un número 4. ^o)
Artículo 172	Sentencia de calificación (se modifica el apartado 2, número 1. ^o)
Artículo 172 bis	Responsabilidad concursal (se modifica el apartado 1)
Disposición adicional cuarta	Homologación de los acuerdos de refinanciación (se modifica completamente)

Estas modificaciones, en lo que nos interesa, se ven complementadas por lo dispuesto en las disposiciones adicionales primera («Tratamiento de las operaciones refinanciadas o reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación») y segunda («Vigencia del régimen de los nuevos ingresos de tesorería») del real decreto-ley y a las que me referiré en la medida que afecten a los correspondientes artículos de la LC.

III. CONTENIDO Y ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES

Una vez indicadas en el apartado anterior las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 4/2014, procede detenerse en el estudio individual de cada una de ellas.

III.1. ARTÍCULO 5 BIS. COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES Y EFECTOS

La modificación producida en este artículo ha sido completa y, desde mi punto de vista, acertada. Se ha cambiado hasta la denominación del artículo que con anterioridad se nominaba «Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud del concurso». La eliminación parcial obedece al nuevo contenido del artículo.

Veamos cuál es su contenido:

1. La comunicación al juzgado de que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada del convenio es facultativa del deudor.

Lógicamente, la comunicación la realizan el registrador mercantil o el notario en el caso de que se haya solicitado un acuerdo extrajudicial de pagos.

Como se observa, no hay obligación de justificar el haber iniciado negociaciones. Esto siempre ha sido así y considero que alguna medida debería haberse adoptado, ya que en numerosas ocasiones la inacción del deudor es total y la solicitud del 5 bis se realiza a los únicos efectos de ganar un tiempo que no se aprovecha en nada concreto.

2. Los plazos no han variado:

- a) Momento de formalizar la comunicación: en cualquier momento pero antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5.1 de la LC (dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera haber conocido el deudor su estado de insolvencia).

Una vez formulada la comunicación, al deudor se le exige del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

- b) El plazo máximo para alcanzar el acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la tramitación de una propuesta anticipada de convenio es de tres meses desde la comunicación.
- c) Si, dentro de los tres meses indicados, no se alcanza el acuerdo de refinanciación, o el acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias, el deudor deberá presentar la declaración de concurso dentro del mes siguiente hábil, a menos que la insolvencia haya desaparecido o haya solicitado el concurso el mediador concursal.

3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución con el fin de dejar constancia de la comunicación presentada. Lógicamente, como he indicado anteriormente, si estamos ante un acuerdo extrajudicial de pagos, la comunicación la harán el registrador mercantil o el notario.

En este punto, se produce una novedad que elimina un efecto enormemente negativo que venía produciéndose con anterioridad: «el efecto anuncio». El real decreto-ley da al deudor la posibilidad de solicitar expresamente el carácter reservado de la comunicación de negociaciones teniendo como consecuencia que en este caso no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

Otro aspecto que quiero destacar es la práctica (equivocada) que se viene dando en algunos deudores a la hora de solicitar el concurso. Realizada la comunicación del 5 bis y una vez transcurridos los tres meses indicados en este artículo, se solicitaba el concurso pero tomando como fecha la del decreto del secretario judicial por el que dejaba constancia de la comunicación. En este tema, la Ley 22/2003 siempre ha sido muy clara: los tres meses se cuentan desde la comunicación, no desde la resolución que deje constancia de la comunicación ni desde la fecha de publicación en el Registro Público Concursal.

4. Hasta aquí, salvo lo indicado respecto a la posibilidad de solicitar el carácter reservado de la comunicación, no ha habido modificaciones. El verdadero cambio se produce con lo indicado en el artículo 5 bis.4 y que se expone a continuación.

La presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones o de acuerdo extrajudicial de pagos tiene los siguientes efectos:

- a) No podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

El límite temporal va desde la fecha de la comunicación hasta que se consiga el objetivo de la misma dentro de los tres meses indicados.

A pesar de que nos detendremos en este aspecto al analizar el artículo 56 de la LC, quiero resaltar el subrayado, es decir, el carácter de bienes necesarios para la continuidad de la actividad, no el de bienes afectos.

Como he dicho, volveré con posterioridad sobre este tema.

- b) Las ejecuciones que están en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación.

Hay que destacar que en este caso no suspenderá las ejecuciones la mera presentación de la solicitud sellada, sino la resolución del secretario judicial dejando constancia de la misma.

- c) Tampoco podrán iniciarse o en su caso quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 % de los pasivos financieros ha apoyado expresamente el inicio de las negociaciones, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocien.

Sobre este punto se reincide en el análisis de la disposición adicional cuarta.

- d) Los acreedores con garantías reales pueden ejercitar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no transcurran los tres meses ya citados.
- e) Como es habitual, quedan excluidos de lo que se acaba de indicar anteriormente los procedimientos de ejecución que tengan su origen en créditos de derecho público.

Por último, se ha incluido en el apartado 6 de este artículo una previsión que se echaba en falta, y es que «formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año».

Con el fin de proporcionar una mejor comprensión expositiva, se desarrollan a continuación el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta para concluir el presente artículo con el resto de las modificaciones introducidas.

III.2. ARTÍCULO 71 BIS. RÉGIMEN ESPECIAL DE DETERMINADOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

El real decreto-ley sistematiza, con acierto, el contenido de las acciones de reintegración, dedicándoles en exclusiva el artículo 71 de la LC y pasando el contenido del antiguo artículo 71.6 de la LC al actual artículo 71 bis de la LC añadiendo un nuevo supuesto de no rescindibilidad. Veamos, pues, su contenido.

III.2.1. Artículo 71 bis.1

Este apartado 1 recoge el contenido del antiguo artículo 71.6 incluyendo ahora la extinción de sus obligaciones y eliminando la necesidad del informe del experto independiente sustituyéndolo por certificación del auditor.

Nos indica este primer apartado que «no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos [...] y las garantías constituidas en ejecución de los mismos» cuando en virtud de estos se proceda al menos a:

a) La ampliación significativa del crédito disponible.

O a la modificación o extinción (esto es nuevo) de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que cumpla una serie de condiciones previas a la declaración del concurso a los que luego me referiré.

Como se observa, nada se dice de qué se entiende por «ampliación significativa del crédito disponible», aunque, como ya he apuntado, se incluye no solo la «modificación» de sus obligaciones, sino que también su «extinción», en la que, como bien se dice en el preámbulo del real decreto-ley, «están incluidas», tal y como se ha venido reconociendo en numerosos pronunciamientos judiciales, las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago.

La presente norma tampoco dice nada sobre qué debe entenderse por el «corto» y «medio» plazo. Nada habría costado definir a los efectos de la Ley 22/2003 qué se entiende por ellos. Como veremos posteriormente, la disposición adicional cuarta incluye conceptos que desarrolla para dejarlos perfectamente aclarados; nada habría impedido hacer lo mismo en estos.

Haciendo uso del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, el corto plazo es hasta un año y lo que excede se considera largo plazo; es decir, no existe en contabilidad el medio plazo. Luego, ¿qué horizonte temporal ha de abarcar el plan de viabilidad? En sintonía con el artículo 6 de la LC y lo que en la práctica se está aplicando, parece lógico que debe hacerse una estimación mínima de tres años con unos estados financieros previsionales controlados con una periodicidad lógica con el fin de ir corrigiendo desviaciones.

b) Lo hasta ahora indicado son los requisitos para que los acuerdos de refinanciación no sean rescindibles, pero además de lo visto se exige que con anterioridad a la declaración de concurso se cumplan las siguientes condiciones:

- b₁ Que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintas partes del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

Cuando se dice «del pasivo del deudor» quiere decir justamente eso, todo el pasivo del deudor, sea de la naturaleza que sea, públicos, privados, financieros, no financieros, vinculados o no (salvo en empresas del grupo, donde el porcentaje se calcula tanto en base individual como en base consolidada, excluyendo los préstamos y créditos recíprocos).

- b₂ Que se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para aceptar el acuerdo. De no existir, será el auditor nombrado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor. En caso de grupo, será el de la sociedad dominante.

Como se ha comentado ya, se elimina la necesidad del informe del experto independiente, sustituyéndolo por la certificación del auditor. A tal efecto hay que indicar que, si la sociedad está obligada a auditarse, no hay problema, será el auditor nombrado en junta general. Si no tiene obligación de auditarse y ha nombrado auditor, el nombramiento debe estar inscrito en el Registro Mercantil, ya que si no carece de eficacia tal nombramiento a los efectos que estamos considerando.

- b₃ Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Obsérvese que solo se exige la formalización en instrumento público, sin que nada se diga respecto al régimen de publicidad. Este tipo de acuerdos y sus documentos unidos dentro del ámbito del artículo 71 bis.1 no son inscribibles en el Registro Mercantil, luego parece lógica la ausencia de previsión publicitaria.

Hasta aquí, salvo las modificaciones comentadas, es prácticamente la traducción literal del antiguo artículo 71.6 de la LC. El apartado 71 bis.2 es totalmente nuevo y viene a dar una oportunidad adicional de no rescindibilidad a aquellos actos que realizados con anterioridad a la declaración del concurso no puedan acogerse a las condiciones indicadas en el apartado anterior. Para ello deben cumplir TODAS las condiciones siguientes:

- Que incrementen la proporción del activo sobre pasivo previa.
Esto puede lograrse mediante, por ejemplo, una ampliación de capital dineraria o no dineraria, o mediante una capitalización de créditos.
- Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.

Esta condición parte de la existencia de un fondo de maniobra negativo en la empresa. En algunos casos esto no tiene por qué ser así, ya que podría tener ya un fondo de maniobra positivo a pesar de su situación de iliquidez y, por lo tanto, cumplir a priori la condición impuesta.

- Que las garantías aportadas a los acreedores intervinientes no excedan de nueve décimas partes del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo.

Esta condición ha de ser bienvenida en cualquier caso, ya que es habitual que las garantías otorgadas sobrepasen el valor de la deuda, incluso aunque las correcciones valorativas realizadas por la situación económica actual hayan reducido el valor de las mismas.

La disposición adicional cuarta, en el apartado 2, indica que se entenderá por «valor de la garantía real» el resultante de deducir de las nueve décimas partes del valor razonable del bien sobre el que está constituida dicha garantía las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

También define la disposición adicional cuarta el concepto de valor razonable del que se hablará posteriormente.

- Que el tipo de interés aplicable a la deuda resultante del acuerdo de refinanciación no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

Bueno, esta condición se podría haber afinado un poco más. Lo que nos viene a decir es que el tipo de interés que se fije en los acuerdos de refinanciación puede llegar a incrementarse en un 33,33% respecto al que existía previamente. Creo que es dar pie a una negociación con un límite que los acreedores sabrán aprovechar. Es probable que el legislador, en este caso, no esté integrado por economista alguno, ¿o sí?

- Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público, haciendo constar expresamente las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados.

Las cinco condiciones que acabo de indicar deberán cumplirse en el momento de elevarse a público el documento donde se recojan estos acuerdos.

Por último, tal y como ya hemos indicado, se elimina la obligatoriedad del informe del experto independiente. No obstante, el artículo 71 bis.4 deja abierta la opción de que tanto el deudor como los acreedores puedan solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre:

- El carácter razonable y realizable del plan de viabilidad.
- La proporcionalidad de las garantías.
- Las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable.

Lógicamente, el nombramiento del experto corresponderá al registrador mercantil.

Los acuerdos comentados y recogidos en este artículo 71 bis son susceptibles de impugnación en los términos indicados en el artículo 72.2

de la LC, que veremos posteriormente. Este artículo legitima exclusivamente a la Administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y demás acciones de impugnación que puedan plantearse.

III.3. DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los acuerdos de refinanciación que vamos a ver podrían denominarse «Acuerdos de refinanciación particulares», ya que este tipo de acuerdos con homologación judicial se diferencian de los que acabamos de analizar en el artículo 71 bis de la LC en que los acreedores intervinientes, a efectos del cálculo del porcentaje legal exigido, son única y exclusivamente los «pasivos financieros».

Analicemos, pues, la disposición adicional cuarta con el detenimiento que merecen sus trece apartados.

A. Definiciones previas

Antes de meternos de lleno en la homologación, es conveniente que tengamos clara una serie de conceptos que la propia disposición adicional establece a los efectos de esta disposición:

- «Pasivos financieros».

Son acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén sometidos o no a supervisión financiera.

Quedan excluidos, pues, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

- «Valor razonable»:

a) Valores mobiliarios.

En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado oficial o en otro mercado regulado, el valor razonable será el precio medio ponderado del último trimestre anterior a la fecha de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación.

El precio medio ponderado será el que figure en la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) Bienes inmuebles.

En el caso de bienes inmuebles, el valor razonable es el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

Este informe no será necesario cuando dicho valor hubiere sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones.

c) Otros bienes distintos a los anteriores.

En estos casos, el valor razonable es el resultante de informe emitido por experto independiente.

Es de aplicación lo indicado anteriormente respecto a informes realizados dentro de los seis meses.

Lógicamente, si hay nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, debe aportarse un nuevo informe.

La designación del experto independiente en los dos supuestos anteriores corresponde al registrador mercantil del domicilio del deudor (art. 71 bis.4 LC).

d) Valor de la garantía real.

Se entiende por este valor el resultante de deducir de las nueve décimas partes del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes lo indicado en el párrafo anterior, sin que el valor conjunto de las garantías pueda exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en pro indiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el pro indiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

B. Tipos de acuerdos de refinanciación homologables judicialmente

B.1. Regla general.

La disposición adicional cuarta 1 indica que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que cumpla las siguientes condiciones:

- 1.^a Que haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros.
- 2.^a Que reúnan en el momento de la adopción las siguientes condiciones:
 - La del artículo 71 bis.1 a): «Ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de sus obligaciones...».
 - La del artículo 71 bis.1 b) 2.º: «Certificación del auditor».
 - La del artículo 71 bis.1 b) 3.º: «Que el acuerdo se formalice en escritura pública».

Es importante destacar, en consecuencia, que, para homologar judicialmente el acuerdo de refinanciación, el mismo ha de reunir también las condiciones del artículo 71 bis.1, salvo las mayorías que son distintas, tal y como ya se ha visto.

La disposición adicional cuarta en su primer apartado realiza tres precisiones importantes:

- 1.^a En el cómputo del 51% no se tienen en cuenta los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al artículo 93.2 de la LC.
- 2.^a En el caso de préstamos sindicados se entiende que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo cuando voten a favor al menos el 75% del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas de la sindicalización establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.
- 3.^a Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a los efectos del cálculo de las mayorías indicadas.

Igualmente, las personas especialmente relacionadas con el deudor del artículo 93.2 de la LC podrán quedar afectadas por la homologación.

B.2. Reglas especiales.

Vistas las condiciones que deben darse para que un acuerdo de refinanciación pueda ser homologado, la disposición objeto de nuestro análisis se detiene a los efectos que el acuerdo de refinanciación, a través de la homologación, tiene sobre los pasivos financieros que no han suscrito el acuerdo.

Veamos las distintas situaciones que se presentan:

- B.2.1. Pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real.

Por la homologación judicial se les extenderán los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito al menos por el 60% del pasivo financiero:

- Las esperas no superiores a 5 años.
- La conversión de la deuda en préstamos participativos en el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito al menos por el 75% del pasivo financiero:

- Las esperas con un plazo de entre 5 y 10 años.
- Las quitas que se hayan pactado.
- La conversión de deuda en acciones o participaciones de la deudora.

En este caso, los acreedores podrán optar por una quita equivalente al nominal y prima de emisión o asunción de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir.

- La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de entre 5 y 10 años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.
- La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

B.2.2. Pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real.

Se extenderán por la homologación judicial los efectos indicados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

B.2.3. 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 aquellos. (disp. adic. 4.ª 9).

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.

C. Competencia y tramitación de la homologación

C.1. Competencia.

La competencia para conocer de esta homologación corresponde al juez de lo mercantil que en su caso fuera competente para la declaración del concurso. En mi opinión, la intervención del juez de lo mercantil no implica en absoluto que estos acuerdos sean acuerdos judiciales; la homologación implicará la intervención del juez, y esta a su vez traerá consigo los efectos indicados, pero los acuerdos han sido tomados entre las partes.

C.2. Tramitación:

1. Solicitud.

La formula el deudor y se acompañará de los siguientes documentos:

- Acuerdo de refinanciación adoptado.
- Certificación del auditor.
- Informes emitidos, en su caso, por expertos independientes designados según lo dispuesto en el artículo 71 bis.4.
- Certificación del acuerdo de aumento de capital, en su caso.
- Certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta disposición adicional, en su caso.

2. Admisión a trámite.

Le corresponderá al juez, que una vez examinada la solicitud de homologación:

- Dictará providencia admitiéndola a trámite.
- Declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

3. Publicidad.

El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el juzgado mercantil donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

4. Decisión de homologación.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta disposición adicional cuarta y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas.

5. Publicidad de la homologación judicial.

La resolución por la que se apruebe la homologación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará en el Registro Público Concursal y en el BOE.

6. Impugnación de la homologación judicial.

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

Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a:

- La falta de concurrencia de los porcentajes exigidos para lo homologación.
- La valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

7. Sentencia que resuelve la impugnación.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal.

La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de la homologación.

8. Fecha a partir de la cual se producen los efectos de la homologación.
Los efectos de la homologación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el BOE.
9. Cancelación de embargos.
En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.
10. Incumplimiento del acuerdo por el deudor.
En este caso, cualquier acreedor, adherido o no al acuerdo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento.
11. Efectos del incumplimiento.
Declarado el incumplimiento:
 - Los acreedores podrán instar la declaración del concurso,
 - o iniciar las ejecuciones singulares.
12. Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.
13. No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

IV. RESTO DE MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2014

Como ya se ha indicado con anterioridad, a continuación se exponen el resto de las modificaciones que, en algunos casos, son una mera consecuencia de lo hasta aquí expuesto.

La exposición se hará respetando el orden numérico de los artículos o disposiciones modificados.

A. Artículo 28.6 de la LC

Este apartado queda exactamente como estaba, salvo que la referencia a los acuerdos de refinanciación se hace respecto, lógicamente, del artículo 71 bis.4.

Aprovechando este real decreto-ley, se podría haber «limpiado» un poco la Ley 22/2003. Por ejemplo, en este mismo artículo, en su apartado 1 se hace referencia al artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, artículo que fue derogado en 2011 por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto requerido de la Ley de Auditoría de Cuentas. Nada habría costado eliminar tal referencia.

B. Artículo 56 de la LC

La modificación de este artículo consiste en que se elimina cualquier referencia a «bienes afectos a la actividad» dejando únicamente el concepto de «bienes necesarios para la continuación de la actividad».

Esta modificación supone la eliminación de un concepto que se había ido ampliando con cada concurso. ¿Qué se consideraban bienes afectos a la actividad?

En cualquier caso ahora solo se ha de atender a la cuestión de ¿qué es un bien necesario para la actividad? La nueva redacción de este artículo aclara lo siguiente acerca de lo que no es necesario:

«En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad, las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación...».

C. Artículo 71 de la LC

Se suprime el apartado 6 (ya que ha sido «enviado» al artículo 71 bis) y el apartado 7 pasa a ser el apartado 6.

D. Artículo 72.2 de la LC

La modificación de este apartado es doble:

1. Se elimina la referencia al artículo 71.6 y se sustituye por la del 71 bis.
2. Incluye en este mismo apartado que: «La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento».

E. Artículos 84.2.11.^o y 91.6.^a de la LC y disposición adicional segunda

La única modificación es la sustitución de la referencia al artículo 71.6 por el artículo 71 bis y disposición adicional cuarta.

La misma modificación cabe para el artículo 91.6º, es decir, cambio de la referencia al 71.6 por el 71 bis.

Los dos artículos, en los apartados indicados, se ven afectados temporalmente por la disposición adicional segunda, «Vigencia del régimen de los nuevos ingresos de tesorería», en los siguientes términos:

1. Hasta el 9 de marzo de 2016 (durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley) no es de aplicación el régimen contenido en los artículos 84.2.11º y 91.6º.
2. El régimen a aplicar durante estos dos años es el siguiente:
 - Son créditos contra la masa el 100% de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*) y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta.
 - Lo anterior también es de aplicación a los créditos concedidos en dichos acuerdos por el deudor o por personas especialmente relacionadas que supongan nuevos ingresos de tesorería, salvo los realizados a través de una ampliación de capital.
 - Los intereses devengados por el *fresh money* tendrán la calificación de créditos subordinados (art. 92.3.º LC).
 - En caso de liquidación, también serán créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 de la LC.
3. Transcurrido un plazo de dos años a contar desde la fecha de concesión de los créditos indicados, se aplica el artículo 84.2.11.º de la LC con su actual redacción.

F. Artículo 92.5

Se añade un párrafo adicional en el sentido de no considerar personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de calificación de créditos a los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta.

G. Artículo 93.2.2.º de la LC

La modificación consiste en que se introduce en este apartado una presunción *iuris tantum* al indicar que: «Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de

hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad».

H. Artículo 165.4 de la LC

Dentro de las presunciones de dolo o culpa grave se añade un número 4, presumiendo la existencia de los mismos, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta.

Para evitar interpretaciones, el nuevo número aclara cuándo se presume que la capitalización obedece a una causa razonable, indicando que esto ocurre cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 bis 4.

I. Artículo 172.2.1.º de la LC

Se amplían las personas que puedan ser afectadas por la calificación «los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo».

Se añade a continuación que la presunción que hemos visto anteriormente del artículo 165.4 no resulta de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando esta fuera posteriormente rechazada por los socios.

J. Artículo 162 bis.1

La nueva redacción de este apartado conserva la redacción anterior pero amplía la responsabilidad concursal a «los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.4».

Se añade además para todos, una línea y media fundamental, al concretar que esto es así «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

IV.1. RÉGIMEN TRANSITORIO

Se establece un régimen transitorio (disp. trans. única del Real Decreto-Ley 4/2014) en el sentido de los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley, se

estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la LC; resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor si el deudor hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, o salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, con la redacción dada por el presente real decreto-ley.

IV.2. ENTRADA EN VIGOR

El Real Decreto-Ley 4/2014 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 9 de marzo de 2014.