

NUEVA REFORMA DE LA FASE PRECONCURSAL EN EL DECRETO-LEY 4/2014, DE 7 DE MARZO

José Ignacio Atienza López

Secretario Judicial

EXTRACTO

La necesidad de impedir la destrucción de empresas insolventes como consecuencia de la liquidación concursal ha llevado al Gobierno a precipitar la cuarta reforma de la fase preconcursal por medio del reciente Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo; las medidas adoptadas van encaminadas a suprimir las rigideces de que adolecían los acuerdos de refinanciación, reduciendo el porcentaje de pasivo necesario para su consecución, suprimiendo la necesidad de informe de experto independiente, e implicando a los acreedores con garantía real en la consecución del acuerdo, unido a una nueva extensión de efectos a los acreedores disidentes y a los no firmantes del acuerdo. Además de las medidas para la fase preconcursal, se adoptan otras de menor calado para la concursal.

Palabras claves: fase preconcursal, acuerdos de refinanciación y experto independiente.

Fecha de entrada: 14-03-2014 / Fecha de aceptación: 17-03-2014

NEW REFORM OF PRE-BANKRUPTCY PHASE, IN THE DECREE-LAW 4/2014 OF 7 MARCH

José Ignacio Atienza López

ABSTRACT

The need to prevent the destruction of insolvent companies as a result of the bankruptcy liquidation, has led the government to precipitate the fourth reform pre-bankruptcy phase through the recent Royal Decree-Law 4/2014 of March 7, the measures taken are aimed to remove the rigidities that suffered refinancing agreements, reducing the percentage of liability necessary for that purpose, eliminating the need for independent expert report, and involving secured creditors in reaching the agreement, together with a new extension effects to non-signatories of the agreement and dissenting creditors. In addition to measures for pre-bankruptcy phase, adopting other more minor for bankruptcy.

Keywords: pre-bankruptcy phase, refinancing agreements and independent expert.

Sumario

1. Introducción
2. Modificaciones operadas en la comunicación previa de negociaciones del artículo 5 bis de la Ley Concursal
3. Extinción y mantenimiento del experto independiente
4. Los nuevos acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis de la Ley Concursal
 - 4.1. Acuerdos refinanciadores del nuevo artículo 71 bis de la Ley Concursal
 - 4.2. Acuerdos refinanciadores de la nueva disposición adicional cuarta
5. El régimen transitorio de los nuevos ingresos de tesorería

1. INTRODUCCIÓN

Cuando ni siquiera ha empezado a tomar forma la aplicación de la reforma concursal previa operada por la Ley de Emprendedores 14/2013, creadora del acuerdo extrajudicial de pagos como nueva institución preconcursal, el Gobierno nos sorprende con otra nueva reforma por medio de un decreto-ley (vigente desde el 9 de marzo de 2014), dada la extraordinaria y urgente necesidad que se justifica, según el Ejecutivo, en la evitación de que queden condenadas al fracaso multitud de operaciones (ignoramos de dónde obtiene el legislador los datos de esa multitud), o que, de no hacerse con esta urgencia, no se llegarán a plantear (modalidad de decreto-ley preventivo de constitucionalidad cuestionable).

Claramente esta reforma recae sobre los acuerdos de refinanciación, al objeto de subsanar determinadas rigideces de la normativa hoy vigente, que recordemos nace con la Ley 38/2011, reforma concursal nacida al final de la legislatura pasada con otro partido en el Gobierno. Tampoco estaría de más exigir al Gobierno el reconocimiento de que gran parte de estas rigideces nacen de las dispares interpretaciones realizadas por nuestros jueces de lo Mercantil a la hora de interpretar los contenidos de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (LC) tal y como quedó redactada. Así pues, la reforma no es sino una mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, para evitar las limitaciones del potencial contenido de los acuerdos incrementando la eficacia y seguridad jurídica precisa, a la hora de acometer reestructuraciones financieras de la empresa. Y siempre, eso sí, con las miras puestas en impedir que las operaciones preconcursales puedan ser rescindidas por medio de las acciones de reintegración concursales, si se llega a concurso y si el acuerdo cumple con todos los requisitos legales.

2. MODIFICACIONES OPERADAS EN LA COMUNICACIÓN PREVIA DE NEGOCIACIONES DEL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LEY CONCURSAL

La creación del artículo 5 bis de la LC por la Ley 38/2011 tenía por finalidad dotar al deudor y acreedores de un plus de tiempo sobre el concedido de dos meses en el artículo 5 de la de la LC, para poder negociar sin verse intimidados por las posibles peticiones de los acreedores necesarios. Esta filosofía se mantiene intacta en la nueva redacción sin que se aumente el plazo

de tiempo de negociación, pero ahora se acaba con el agravio comparativo que respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago venían padeciendo los acuerdos de refinanciación, en referencia a la paralización de ejecuciones que como efecto causaba esa comunicación, que sí se estipulaba respecto de aquellos en detrimento y agravio de estos.

Esta era una cuestión largamente reclamada por los operadores jurídicos que veían la dificultad de llegar a un acuerdo de refinanciación mientras las ejecuciones seguían sustanciándose y, de alguna manera, «bombardeando» (si se nos permite) el posible acuerdo. Pese a ello, el legislador nunca adoptó esta medida, si bien la redacción dada al artículo 235 de la LC en relación con los acuerdos de pago recientes forzaba ya la situación para crear el mismo efecto para los de refinanciación. Así pues, la simple comunicación del deudor indicando que ha iniciado negociaciones encaminadas a alcanzar el acuerdo refinanciador (de cualquier modalidad) provocará el efecto de impedir la iniciación de ejecuciones judiciales si afectan a bienes precisos para continuar la actividad empresarial; este mismo efecto causará respecto de las ejecuciones cuyos ejecutantes sean acreedores financieros de la disposición adicional cuarta, pero añadiendo para ellos la obligación de acreditar que un 51 % de pasivo apoya el inicio de esas negociaciones. Igualmente, el efecto será el mismo respecto de la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas.

Preocupa la falta de concreción respecto de quién habrá de determinar si los bienes son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor o no, lo que origina un cierto vacío que se nos antoja esencial en este punto.

Se introduce igualmente como novedad la posibilidad de que el deudor que comunica ese inicio de negociaciones, pueda impedir la publicidad de este extremo en el Registro Público Concursal con su simple petición de que el juzgado no lo publique por pretender el deudor el carácter reservado de la comunicación. Debe observarse que la simple petición del deudor que permitiría mantener en secreto esa comunicación de negociaciones es vinculante para el órgano, con lo cual sospechamos que una gran mayoría de deudores van a acudir a este instrumento como forma de que sus proveedores y clientes ignoren la situación de insolvencia en fase preconcursal, para que continúen siendo sus clientes y proveedores. Es evidente que la introducción de esta novedad tiene un motivo encomiable, el cual es combatir el estigma social y empresarial que nace para un deudor desde el momento en que está en insolvencia y comunica que está negociando; pero el hecho de que los deudores puedan acudir a este elemento del carácter reservado de forma masiva puede tener consecuencias negativas hoy difíciles de calibrar.

Por otro lado, en el acuerdo extrajudicial de pagos, esa comunicación al Juzgado de lo Mercantil la realiza el notario o el registrador mercantil correspondiente una vez que haya tomado posesión el mediador concursal (art. 5 bis LC), y por ello esta pretensión del deudor de que se mantenga reservado y sin publicidad alguna el inicio de negociaciones entendemos que deberá gestionarse por el deudor ante ese notario o registrador. Ahora bien, el artículo 233.3 de la LC señala para este tipo de acuerdos, además, que este inicio también se publicita en otros entes: registros públicos de bienes, Registro Civil y demás registros públicos que corresponda. ¿Esta petición del deudor de ausencia de publicidad del inicio de negociaciones del nuevo artículo 5 bis.3, párrafo

segundo, también se extenderá a la comunicación a realizar a todos estos registros? No hallamos respuesta tampoco a ello.

Por lo demás, el artículo 5 bis de la LC sigue amparando los mismos fenómenos preconcursales que hasta ahora, es decir, las negociaciones para lograr acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago, solicitudes de homologación judicial o la obtención de adhesiones para propuestas anticipadas de convenio.

3. EXTINCIÓN Y MANTENIMIENTO DEL EXPERTO INDEPENDIENTE

En un ejercicio de efímera legislación y cuando el procedimiento de nombramiento del experto independiente por el registrador mercantil acababa de ser regulado en el artículo 71 bis de la LC, y sin que sea posible su aplicación a caso alguno, el legislador suprime por completo el procedimiento regulado hace apenas cuatro meses en la Ley 14/2013, y decide suprimir el procedimiento y extinguir el requisito del experto independiente como preceptivo que nació en marzo de 2009, y sustituirlo por una simple certificación del auditor de cuentas para que acredite la concurrencia de las mayorías exigidas.

Ahora bien, el nombramiento del experto independiente pasa a ser una opción a la que las partes pueden acudir voluntariamente al amparo del apartado 4 del nuevo artículo 71 bis, y con el mismo contenido que antes tenía como preceptivo. No se comprende que ese experto haya de ser designado por el registrador mercantil si ahora es un trámite no preceptivo; ¿por qué las partes no pueden nombrar su propio experto y ha de serles impuesto? ¿A través de qué procedimiento se designa a este experto si se ha derogado el anterior y efímero procedimiento? ¿Volverá el registrador mercantil a su prudente arbitrio? No hay respuestas a nada de ello.

4. LOS NUEVOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DEL ARTÍCULO 71 BIS DE LA LEY CONCURSAL

En esencia la reforma sigue diferenciando entre los acuerdos de refinanciación sin homologación judicial (nuevo art. 71 bis) y aquellos otros que mantienen la posibilidad de homologación (disp. adic. 4.^a).

4.1. ACUERDOS REFINANCIADORES DEL NUEVO ARTÍCULO 71 BIS DE LA LEY CONCURSAL

Respecto de los primeros se diferencian dos modalidades: los del apartado primero, que en esencia son los mismos que existían en el antiguo artículo 71.6, y una nueva modalidad en el

apartado segundo del precepto que se comenta. Me permito pedir la atención del lector sobre el inicio en la redacción de las dos modalidades; observemos que el apartado 1 del nuevo artículo 71 bis dice «no serán rescindibles los ACUERDOS», mientras que el apartado 2 reza «tampoco serán rescindibles aquellos ACTOS». Esta distinción de palabras no es casual ni inocente.

Los acuerdos refinanciadores del apartado primero mantienen su naturaleza de acuerdo-marco de los cuales van a derivar negocios, actos, pagos o garantías como operaciones individuales que habrán de consistir en ampliaciones de crédito o novaciones de las obligaciones en los mismos términos que ya se regulaban con anterioridad. La única diferencia es la que ya antes hemos aludido consistente en la sustitución del informe del experto independiente por una mera certificación del auditor de cuentas del deudor que habrá de contener solo un juicio de suficiencia sobre el pasivo de tres quintos adherido para aprobar el acuerdo. El resto de requisitos se mantienen intactos, incluido el hecho de que sea un acuerdo refinanciador que en ningún caso va a tener control judicial alguno fuera del concurso ya que la única posibilidad de ser impugnado se encuentra en el artículo 72.2, que mantiene la legitimación activa única de la administración concursal y nunca la subsidiaria de los acreedores.

La novedad realmente se introduce en un nuevo apartado segundo del artículo 71 bis en el cual se acogen una serie de actos u operaciones previos al concurso que han de formar parte de un acuerdo refinanciador, el cual no puede quedar incardinado en el apartado primero del mismo precepto por no haber sido capaz de cumplir sus requisitos, sobre todo el del 60% de pasivo adherido, que se nos antoja el más difícil de lograr. Estos nuevos acuerdos refinanciadores tienen como gran novedad el hecho de constituir actos no rescindibles aunque no hayan conseguido la cobertura que proporciona la adhesión de los acreedores, con tal de que cumplan cinco requisitos que damos aquí por reproducidos, pero que han de ser cumplidos todos ellos. No es fácil adivinar el denominador común de todos estos requisitos exigidos en el apartado segundo del nuevo artículo 71 bis, pero en la medida en que sigue regulándose esta materia como directamente vinculada a la reintegración concursal, sospechamos que el legislador ha pretendido fijar unos criterios legales que interpreten legalmente lo que el artículo 71 denomina como «actos perjudiciales para la masa activa». Es decir, aquellas operaciones que no han podido salir adelante como acuerdos refinanciadores sin homologación judicial, al no conseguir el suficiente pasivo, pueden seguir estando seguras ante la rescisión concursal para el futuro concurso de acreedores, pues no serán rescindibles si cumplen esos criterios legales que en principio deberían ser más sencillos de conseguir que la adhesiones de los acreedores. Se trata de un instrumento que permite al hoy insolvente, pero que quiere evitar el concurso, poder realizar operaciones que le saquen de su insolvencia pero que al cumplir con unos criterios permitan confiar en él a su refinanciador.

No cabe la impugnación judicial, ni ninguna otra por parte de los acreedores que no formen parte del 60% del pasivo adherido, fuera del concurso con lo cual creo evidente que, si los acreedores disidentes no lo pueden impugnar, es porque el acuerdo refinanciador no les afecta, y pueden, al transcurrir el plazo legal, plantear el concurso necesario si consideran que pueden demostrar alguna de las insolvencias del artículo 2.4 de la LC, aunque recordemos la dificultad que tendrán para demostrar una insolvencia respecto de alguien que se acaba de refinanciar.

Nos sigue pareciendo muy contradictorio que se mantenga en la LC la posibilidad de que la administración concursal pueda plantear acciones de reintegración como legitimado activo único contra los acuerdos refinanciadores del artículo 71 bis de la LC cuando en este precepto se afirma que son operaciones no rescindibles. Es un instrumento de inseguridad jurídica que continua obstaculizando las opciones de refinanciación, pues si son actos no rescindibles por cumplir unos requisitos legales y ya esos requisitos son controlados por el auditor de cuentas o en su caso por el experto independiente, no tiene sentido seguir manteniendo en los potenciales refinanciadores el temor a las acciones posteriores dentro del concurso.

4.2. ACUERDOS REFINANCIADORES DE LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

Se trata de los llamados acuerdos refinanciadores con homologación judicial. Se mantiene que el único posible solicitante de la homologación será el deudor y se mantiene la competencia del Juez de lo Mercantil que fuera competente para la declaración de concurso como aquel que puede homologar. Sin embargo, se producen novedosos cambios en el tipo de acuerdos homologables y en los efectos que la homologación causa respecto de diferentes acreedores, además de que se suaviza el carácter intocable de las garantías reales. Sintetizamos la nueva redacción en los siguientes puntos:

- El acuerdo susceptible de homologación deberá cumplir como requisitos tres de ellos: que consistan en una ampliación del crédito o en una modificación o extinción de obligaciones en los términos del artículo 71 bis, que se acompañe la certificación del auditor de cuentas del deudor y en tercer lugar que se formalice en instrumento público.
- Los acreedores imprescindibles para lograr este acuerdo continúan siendo los titulares de pasivos financieros y la mayoría necesaria para lograrlo vuelve a ser reducida del 55 al 51 %.
- Desaparece la posibilidad de que en el seno del concurso de acreedores se ejerciten acciones de rescisión ni siquiera por la administración concursal, extremo novedoso que sí supone un gran avance a la hora de dar confianza a los acreedores refinanciadores. No obstante, se mantiene la posibilidad de que esa administración inicie otras acciones de impugnación que únicamente ya podrán ser las que ahora aparecen en el apartado 6 del artículo 71.
- Se define legalmente el concepto de acreedores financieros, dejando concretada la exclusión de los que no lo son, así como el papel de los préstamos sindicados y la situación en que quedan los acreedores comerciales, los de derecho público y los demás acreedores.
- Al objeto de extender los efectos del acuerdo homologado, también ahora a los acreedores con garantía real, y a la vista de las resoluciones judiciales contradic-

torias en esta materia, se estipula en el apartado segundo de la disposición una nueva redacción partiendo de que no todos los acreedores con garantía real son de la misma condición, y además diferenciando entre la parte de deuda que realmente está cubierta por la garantía y la otra parte que no lo está, anticipando de alguna manera aquello que podría suceder en una futura liquidación concursal, pero en fase de concurso. La parte de deuda no cubierta por la garantía ha de recibir el mismo tratamiento que los acreedores sin garantía real.

- En conexión con el punto precedente, se establece el concepto de «valor razonable» proyectando ese concepto sobre los valores mobiliarios, los inmuebles y resto de bienes.
- Los efectos que se extienden a los acreedores no firmantes o disidentes ya no solo recaerán sobre las esperas (con plazo superior o inferior en función del porcentaje de pasivo financiero adherido al acuerdo), sino también sobre las quitas (sin límite). Se regula también la opción de que el acreedor opte por una conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.
- Desde el punto de vista del procedimiento, la admisión a trámite se realizará por el juez, no por el secretario judicial, y el acuerdo de la paralización de ejecuciones será preceptivo para el juez. La homologación judicial se otorgará automáticamente en cuanto se hayan cumplido los requisitos que ya el auditor de cuentas del deudor certifique, declarándose igualmente de forma automática la extensión de efectos pactada.
- El incidente de impugnación de la homologación promovido por parte de los acreedores disidentes o no firmantes queda sin reformas en los motivos tasados de la impugnación manteniéndose el concepto de sacrificio desproporcionado como en la previa normativa.
- Lo acordado en el artículo 240.1 de la LC respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago, en relación con los levantamientos de embargos sobre bienes como consecuencia de la consecución del acuerdo, se explicitan ahora en idéntico sentido en el apartado décimo de la disposición adicional cuarta de la LC.

5. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LOS NUEVOS INGRESOS DE TESORERÍA

Finalmente, la presente reforma de la fase preconcursal modifica el régimen del denominado dinero fresco que se introdujo con la Ley 38/2011, en el sentido de que los nuevos ingresos de tesorería obtenidos en el marco de cualquier acuerdo de refinanciación en su totalidad serán crédito contra la masa, para todos aquellos acuerdos desde el 9 de marzo de 2014 hasta el 9 de marzo de 2016. Esta reforma, que solo tiene carácter transitorio, venía siendo ya demandada pero con carácter definitivo, pues la anterior normativa, y que volverá a estar vigente desde la última

fecha indicada, solo daba naturaleza de crédito contra la masa al 50% de dicho nuevo ingreso de tesorería, lo cual era una medida poco atractiva para los potenciales refinanciadores ya que el otro 50% solo tendría consideración de crédito con privilegio general.

Igualmente, y solo para esos mismos dos años, se aplica el mismo régimen aun cuando el nuevo ingreso obtenido proceda de financiación interna y no de financiación externa.