

CONCLUSIONES DE LA
REUNIÓN DE MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID
EN FECHAS 7 Y 21 DE NOVIEMBRE DE 2014
SOBRE
UNIFICACIÓN DE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS REFORMAS
DE LA LEY CONCURSAL OPERADAS POR EL REAL DECRETO-
LEY 11/2014 Y LA LEY 17/2014

SUMARIO: Previo. I.- Cuestiones relativas al artículo 5 bis de la Ley Concursal. II.- Cuestiones relativas a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal. III.- Cuestiones relativas al artículo 71 bis de la Ley Concursal. IV.- Cuestiones relativas al convenio concursal. V.- Cuestiones relativas a la subordinación de créditos. VI.- Cuestiones relativas a la calificación del concurso. VII.- Cuestiones relativas a la venta de la unidad productiva en cualquier fase del concurso. VIII.- Cuestiones relativas a la liquidación.

PREVIO. En las reuniones de unificación de criterios celebradas en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 por la mayor parte de los Jueces Mercantiles de Madrid, once en total (con la participación posterior de los restantes), se ha tratado de adoptar unos criterios comunes sobre algunas de las cuestiones más conflictivas que pueden surgir en la aplicación de la Ley Concursal tras las reformas que han sido introducidas por las disposiciones aludidas en el título del presente documento.

No se trata de acuerdos cerrados, ni de decisiones vinculantes que puedan condicionar ninguna resolución judicial, sino de una primera aproximación a los criterios con los que enfrentarse a los problemas prácticos de posible aparición que han sido detectados hasta el momento. Tampoco se pretende abordar cuestiones de especial calado dogmático o doctrinal, sino sólo ofrecer unas pautas interpretativas frente a cuestiones dudosas, principalmente de índole práctica y de funcionamiento. El objetivo no es, por otra parte, agotar la totalidad de los problemas que de la aplicación de las citadas normas pueden derivarse, labor que debe confiarse a los estudios científicos o doctrinales que en el futuro puedan publicarse sobre estas materias.

Se expresan únicamente los criterios, sin una exposición completa o razonada extensa, lo cual sería propio de otro tipo de documento, salvo en algún punto conflictivo, ya que el fin de la reunión no es tanto profundizar en los argumentos en liza respecto de cada cuestión, sino fijar (al menos provisionalmente) posiciones comunes que garanticen, en la medida de lo posible, una homogeneidad en el tratamiento judicial y una seguridad jurídica para los operadores que actúan en esta plaza. Carecen de cualquier otro valor o pretensión. Son, en resumidas cuentas, un posicionamiento provisorio frente a los problemas derivados de los cambios normativos introducidos en las reformas concursales de 2014, cuyo análisis en

abstracto por los Jueces Mercantiles se ha querido compartir con todos los demás profesionales dedicados a esta jurisdicción con el exclusivo propósito de que puedan efectuar pronósticos fiables al diseñar sus estrategias procesales.

Tienen un mero **valor aproximativo** al problema, son **claudicantes**, en tanto los tribunales superiores no formen criterio al respecto, en cuyo caso habrá que estar a lo que se decida; y **no son vinculantes**, ya que en cada resolución judicial se dispondrá lo que exija la justicia del caso concreto. Esta última puede justificar apartarse del criterio ahora adoptado en atención al conjunto de circunstancias que en el supuesto enjuiciado estén presentes.

I.- CUESTIONES RELATIVAS AL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LEY CONCURSAL.

1º.- ¿A qué órgano compete acordar la suspensión de la ejecución dirigida contra los bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor?

Debe partirse de la evolución legislativa que ha experimentado esta norma, inicialmente contenida en el artículo 5.3 de la Ley Concursal y ahora recogida en el artículo 5 bis, que en todas las redacciones, a partir de de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha dejado al margen la intervención del Juez Mercantil, para encomendar su tramitación de modo exclusivo al Secretario Judicial. Se intuye que en esta regulación se ha pretendido evitar valoraciones por la autoridad judicial sobre la procedencia de la comunicación, lo que generó problemas en su primera aplicación. En este contexto, ni es asumible la adopción de una decisión por el Juez Mercantil sobre la suspensión carente de soporte legal, ni es dable aceptar que esa decisión pueda adoptarla el Secretario Judicial, al que se ha sustraído tras la reforma la competencia para la paralización de las ejecuciones singulares derivada de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación. Por todo ello, no cabe otra respuesta que la de entender que la suspensión de las ejecuciones afectadas será competencia del Juzgado que conozca de la misma, tanto por respeto a las normas de competencia funcional contenidas en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como por así disponerlo el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción vigente.

(UNANIMIDAD)

2º.- ¿A qué órgano compete declarar que determinados bienes, objeto de ejecución, son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor?

De nuevo se reproduce el problema generado por el total desplazamiento de la intervención judicial que se da en la redacción de la norma. No obstante, se desprende de la Ley Concursal un cierto principio según el cual el Juez del concurso, o el llamado a serlo, ostenta una mejor posición valorativa para determinar la necesidad del bien respecto de la concreta actividad económica del deudor, como así resulta del artículo 55.5 de la Ley Concursal, lo que debería ser armonizado con las previsiones procesales del expediente del artículo 5 bis.

La solución que se juzga más aconsejable es que el deudor promotor de la comunicación del artículo 5 bis indique en su escrito inicial cuáles son las ejecuciones que se siguen frente a su patrimonio y que recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. En esos términos debería reflejarse en el Decreto por el cual el Secretario Judicial tenga por efectuada la comunicación en el expediente, debiendo acordarse, con apoyo en el artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, notificar dicha resolución procesal a los ejecutantes en los correspondientes procedimientos ejecutivos. Si estos últimos disienten de esa consideración, podrán recurrir la resolución del Secretario judicial del Juzgado de lo Mercantil mediante recurso de revisión, lo que trasladará el pronunciamiento sobre la necesidad de los bienes de manera concentrada al conocimiento del Juez llamado a serlo del concurso. Cualquier otra solución que no confíe a este último la decisión sobre el carácter necesario de los bienes y las restantes circunstancias que pueden justificar la suspensión (el carácter de acreedor financiero del ejecutante o la concurrencia del porcentaje mínimo exigido en el inicio de la negociación), puede provocar que ejecuciones idénticas sean suspendidas en unos Juzgados sí y en otros no; una aplicación desigual que no puede entenderse que haya sido querida por el Legislador.

(UNANIMIDAD)

3º.- ¿Alcanza el efecto de paralización de ejecuciones sobre bienes necesarios del deudor que realiza la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal a la efectividad de una medida cautelar acordada contra el patrimonio del deudor?

En principio, la redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal no alude, en su tenor literal, a la efectividad de las medidas cautelares acordadas sobre el patrimonio del deudor: el texto literal de la norma únicamente se refiere a las ejecuciones. Si se analiza en profundidad la cuestión, se advertirá que la efectividad de una medida cautelar es cosa distinta de la ejecución contra el patrimonio del deudor, especialmente cuando esta última tiene como finalidad realizar sus bienes y derechos al objeto de hacer pago con ellos al ejecutante de la deuda reconocida en un título ejecutivo. Ello debería llevar en principio a pensar que la mera efectividad de una medida cautelar no puede quedar comprendida en la paralización de las ejecuciones judiciales de bienes o derechos, pues única y exclusivamente está preordenada a garantizar la tutela de fondo que se pide. Ahora bien, si por el contenido de la concreta medida cautelar interesada, como por ejemplo un depósito de bienes o una retención de pagos, la ejecución de la misma recae sobre bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en unos términos que impidan su continuación, debe entenderse que la misma quedará sometida al efecto suspensivo del artículo 5 bis de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

3º.- En el supuesto del párrafo segundo apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal, ¿la paralización de las ejecuciones promovidas por acreedores

financieros opera en todo caso, aún cuando no se trate de una negociación para obtener un acuerdo de la Disposición Adicional 4ª? ¿O sólo opera cuando se está negociando precisamente para esa clase de refinanciación?

La redacción de dicho artículo 5 bis 4 párrafo 2º de la Ley Concursal no es clara, ya que se refiere subjetivamente a la paralización de las ejecuciones de acreedores titulares de pasivos financieros, pero habla luego, objetivamente de un acuerdo de refinanciación, sin delimitar a cuál se refiere de los recogidos en el primer inciso del mencionado artículo 5 bis de la Ley Concursal, que alude indistintamente a las refinanciaciones del artículo 71 bis 1 y de la Disposición Adicional 4ª.

Debe entenderse que la paralización de ejecuciones se refiere sólo al supuesto en que se esté negociando una refinanciación de las previstas en la Disposición Adicional 4ª, ya que la referencia a un cierto porcentaje de pasivo *financiero* la liga con aquella institución y no con la regulada en el artículo 71 bis 1 de la Ley Concursal, para la cual no se precisa que la mayoría de pasivo concurrente sea de carácter financiero. Ello se entiende sin perjuicio de admitir las extremas dificultades de fiscalizar, a partir de las meras manifestaciones del deudor, cuándo se está ante uno u otro caso.

(UNANIMIDAD)

4º.- En el supuesto en que se esté negociando una refinanciación del artículo 71 bis 1 de la Ley Concursal o de la Disposición Adicional 4ª y así se exprese en la comunicación, o bien sea deducible del resto de elementos obrantes en el expediente, ¿cuándo expira el término de paralización de las ejecuciones singulares? Habida cuenta de que, si la refinanciación tiene éxito, se habrá removido la situación de insolvencia y no será procedente la solicitud de concurso, no existiendo ningún acto ulterior de comunicación del deudor al Juzgado (o bien, en el caso de la homologación judicial del acuerdo, no imponiendo la Ley plazo alguno para iniciar la instancia) se plantea la cuestión de si la paralización expira al tercer mes desde la comunicación, al término del mes adicional o se prolonga indefinidamente, ante la ausencia de un límite expreso en la norma.

La paralización de las ejecuciones en los supuestos en los que el procedimiento negociador no haya de venir seguido de una solicitud de concurso (como acontece cuando se ha obtenido la adhesión necesaria a una propuesta anticipada de convenio), tendrá una duración máxima de tres meses, pues carece de sentido añadir el mes adicional necesario para la solicitud de concurso.

(UNANIMIDAD)

II.- CUESTIONES RELATIVAS A LAS REFINANCIACIONES HOMOLOGABLES JUDICIALMENTE DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª DE LA LEY CONCURSAL

1º.- A los efectos de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, ¿qué deberá entenderse por “acreedores con garantía real”? ¿Es el concepto de “garantía real” coextensivo con el de “acreedor con privilegio especial” en los términos del artículo 90 de la Ley Concursal? En particular, ¿debe considerarse acreedor con garantía real al arrendador financiero?

La doctrina más autorizada ha coincidido durante la vigencia de la Ley Concursal en que la expresión “garantía real”, utilizada reiteradamente en dicha disposición, no es un concepto técnico interno del derecho español que tenga un significado legal preciso. La misma doctrina ha venido afirmando que dicho concepto no puede considerarse coextensivo con el concepto de acreedor privilegiado en los términos del artículo 90 de la Ley Concursal, llamando la atención sobre el hecho de que, en este último precepto, figuran acreedores especialmente privilegiados cuyo derecho no está amparado, en sentido propio, por una garantía real. Esos mismos autores concluyen que, de entre los distintos supuestos enunciados en el artículo 90 de la Ley Concursal, puede hablarse propiamente de garantías reales por ejemplo en el caso de la hipoteca, la prenda, la hipoteca naval, la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento o la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles. En cambio, el arrendamiento financiero no podría conceptuarse como una garantía real a partir de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 28/1998. En el mismo sentido, tampoco la anticresis tendría reconocido en el Código civil una especial reipersecutoriedad ni un privilegio ejecutivo, por lo que no podría identificarse con la categoría considerada; razonamiento que sería igualmente predicable del derecho de retención. En una dirección parecida, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, cuyas modificaciones han sido introducidas con leves retoques en la Ley 17/2014, algunos comentaristas han planteado que, basándose en un concepto dogmático estricto, no debería considerarse acreedor con garantía real a los efectos de la Disposición Adicional 4ª al arrendador financiero de bienes inmuebles ni al titular de créditos refaccionarios inscritos.

Interpretando conjuntamente el sentido, objeto y fin de las dos reformas de 2014, se llega a la conclusión de que los cambios legales han pretendido instituir, para el acreedor privilegiado y para el acreedor con garantía real, dentro y fuera del concurso, una disciplina uniforme de sumisión al principio de la mayoría de sus iguales. Dado que en ambos casos el acreedor con privilegio especial o garantía real puede ser objeto de igual agresión en su posición jurídica a través del efecto de

“arrastre” hacia lo pactado por sus homólogos en un acuerdo de refinanciación o en un convenio, la idea prevalente es que la situación de concurso no pueda instituir diferencias en cuanto a la situación de inmunidad que beneficia a un mismo acreedor fuera y dentro del concurso, que empuje a promover su declaración. En otras palabras, no parece justificado que exista ninguna disimetría entre la posición de los acreedores con garantía real o privilegio especial dentro y fuera del concurso.

En ese sentido y aun admitiendo que podría ser una cuestión fuertemente controvertida, concluimos que el concepto de acreedor con privilegio especial y con garantía real de los artículos 90 y Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal debe ser interpretado de manera coincidente; siendo esta decisión además la única que dota de seguridad jurídica a las reglas sobre mayorías establecidas en la Disposición Adicional 4ª, que en otro caso quedarían sujetas a sesudas discusiones civilistas sobre la naturaleza o esencia de derechos heterogéneos, lo cual está más allá del alcance de la labor del auditor que certifica las mayorías en la solicitud de homologación.

En consecuencia, concluimos que a los efectos de la homologación de acuerdos de refinanciación, se considera que es titular de una garantía todo aquel acreedor que en el concurso sería calificado como acreedor con privilegio especial en los términos del artículo 90 de la Ley Concursal y en la misma cuantía que lo sería en el concurso.

(MAYORIA DE 8 VOTOS)

Debe entenderse que la declaración de concurso crea una cierta singularidad jurídica en las relaciones patrimoniales, lo que justifica en ciertos supuestos la especialidad en el tratamiento legal intraconcursal de algunas instituciones, como ocurre precisamente con el caso del arrendamiento financiero. Y precisamente por este tratamiento singular intraconcursal, contrario al general, ha existido una controversia jurisprudencial sobre la consideración del crédito del acreedor financiero como privilegiado especial, hasta la STS de 25 de marzo de 2014 que alumbró las dudas sobre dicho tratamiento.

Si ello es así dentro del concurso, cuando se esté ante una negociación de un acuerdo de refinanciación de los previstos en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, no se habrá producido todavía la singularidad que genera la declaración de concurso, por lo que deberán entenderse operativos, con toda plenitud, los principios esenciales del Derecho común. Y según éste, es un elemento básico para el derecho real de garantía el rasgo de recaer sobre cosa ajena, característica que no se da en el supuesto del arrendamiento financiero (precisamente es esto lo que genera parte de la controversia sobre su naturaleza concursal). Nunca la doctrina ha asimilado la posición jurídica del arrendador financiero a la de un acreedor con garantía real, ni hay norma aplicable que los equipare en un escenario

extraconcursal. Debe pues rechazarse la consideración del tratamiento como tal al amparo de la DA 4ª.

(MINORÍA DE 2 VOTOS)

2º.- A los efectos de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, ¿la definición de los acreedores de pasivos financieros como “titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera” incluye exclusivamente los contratos de financiación?

No se aprecian razones para efectuar ninguna restricción respecto del concepto de pasivo financiero utilizado en la norma 9ª del Plan General Contable basado en la NIC 39, salvo las que propiamente hace el Legislador al excluir los débitos por operaciones comerciales, que en la normativa contable sí estarían expresamente incluidos. Consideramos que esta interpretación favorece la seguridad jurídica, pues permite aplicar de manera cierta las reglas de cómputo de mayorías basándose en la contabilidad del deudor y sin necesidad de analizar, una a una, la exacta naturaleza como “contrato de financiación” (atípica en nuestro Derecho) de la relación jurídica. Interpretación que, en aras de la exhaustividad, debe significarse que no santifica la corrección de la contabilidad del deudor, que en casos extremos podría llegar a fiscalizarse.

(UNANIMIDAD)

3º.- ¿Pueden verse afectados por el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente los titulares de garantías financieras?

No a partir del Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre. Aunque antes de esta última reforma la cuestión podría considerarse controvertida, la Disposición adicional primera de esa disposición de urgencia establece que:

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 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.

Esta precisión viene a significar que la posición del acreedor con garantía financiera es igualmente inmune dentro y fuera del concurso, por lo que el pasivo con garantía financiera computará para el volumen total del pasivo financiero (ninguna

disposición expresamente lo excluye, como sí hace en relación con el pasivo de personas especialmente relacionadas) y los titulares de las garantías financieras que se adhieran también serán tenidos en cuenta respectivamente a los efectos de las mayorías de pasivo financiero total y con garantía que en la Disposición Adicional 4ª se exigen. Sin embargo, los titulares de pasivos con garantía financiera no podrán verse afectados contra su voluntad por lo pactado en los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

(UNANIMIDAD)

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

La cuestión era altamente dudosa en el régimen establecido en el Real Decreto-ley 4/2014 anterior a la Ley 17/2014. En el cuarto párrafo del primer inciso de la Disposición Adicional 4ª se establecía que:

En caso de préstamos sindicados, se entenderá que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última

En los términos en los que estaba redactada la norma, la disposición no sólo parecía establecer una regla de cómputo de pasivo a efectos de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, sino instituir una auténtica disposición imperativa o limitativa de la autonomía de la voluntad en el funcionamiento de los préstamos sindicados. La consecuencia sería que el 25% del pasivo disidente en un préstamo sindicado en que la mayoría votase a favor de un acuerdo de refinanciación, no sólo se *computaría* como adherido al mismo, sino que habría de considerarse a todos los efectos *adherido* al mismo.

Sin embargo también podía defenderse que la regla contenida en la Disposición Adicional 4ª sobre mayorías en el seno de las operaciones sindicadas únicamente debía aplicarse a los efectos del cómputo del porcentaje básico favorable que se exige para la homologación del acuerdo de refinanciación, sin poderse identificar con la voluntaria adhesión del acreedor disidente en el seno del préstamo sindicado al contenido de lo pactado. Ello significaría: a) que la extensión de efectos del acuerdo de refinanciación a dicho acreedor estaría supeditada a la concurrencia de

las mayorías de los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional 4ª (esto es, aunque la totalidad del sindicato se compute a efectos de la mayoría del 51% necesaria para la homologación, los disidentes en el seno del préstamo sindicado no estarían vinculados por el acuerdo salvo que el apoyo del pasivo financiero rebasara el umbral del 60%: para este último porcentaje se suscitaría entonces la duda de si el sindicato computaría en su integridad o con exclusión de los disidentes en el seno del mismo); y b) que el acreedor disidente en el seno del préstamo sindicado mantendría el derecho de oposición frente a la homologación. Esta hermenéutica podría basarse en la distinción que se hacía en los párrafos 3 y 4 de la Disposición Adicional 4ª entre los acreedores afectados por el acuerdo que no lo suscriben y los que muestran su disconformidad, deduciéndose que esta última categoría únicamente podría venir referida a los acreedores integrados en un préstamo sindicado que por imperativo legal se tienen por adheridos.

El Legislador parece haber querido despejar las dudas en el artículo único apartado 23 de la Ley 17/2014 a favor de esta segunda interpretación, al modificar el tenor del precepto diciendo:

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.

La adición de la proposición subrayada únicamente puede justificarse como una validación de la segunda de las teorías expuestas. 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 pudiendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado.

(UNANIMIDAD)

5º.- ¿Es posible homologar un acuerdo de refinanciación con la finalidad de extender los efectos del acuerdo alcanzado por el 75% de un préstamo

sindicado al 25% disidente, si no concurre el 51% del pasivo financiero total? Y si concurre el 51% pero no concurre el 60%/75% del pasivo financiero total, ¿habrá extensión de efectos a los acreedores disidentes dentro del sindicado?

En cuanto a la primera cuestión, la respuesta debe ser negativa. La concurrencia de una mayoría de pasivo del 51 % es una exigencia absoluta. En cuanto a la segunda cuestión, dado que el Legislador ha aclarado que la regla es de mero cómputo de pasivo a efectos de homologación y extensión de efectos, hay que considerar que el pasivo disidente en el seno del acuerdo sindicado computa a efectos de alcanzar los umbrales del 60-75%, pero su parte disidente no queda vinculada por el acuerdo de refinanciación si no se alcanzan tales mayorías.

(UNANIMIDAD)

6º.- Cuando en el segundo párrafo del inciso 1 de la Disposición Adicional 4ª se establece que “no se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta Disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93”, ¿debe entenderse que sí se incluyen en el cómputo los créditos de las personas especialmente relacionadas del apartado 1 del artículo 93 cuando el deudor refinanciado sea una persona física?

La *ratio legis* del precepto induce a pensar que, para las personas físicas refinanciadas, también quedan excluidos del cómputo las personas especialmente relacionadas del apartado 1 del artículo 93. Aunque no sea ni mucho menos el supuesto más frecuente, es ciertamente posible que una persona física acuda a una refinanciación que haya de poder homologarse judicialmente y en tal sentido se aprecia absoluta identidad de razón para excluir a las personas especialmente relacionadas con ella conforme al primer inciso del artículo 93, igual que acontece en el caso de las personas jurídicas a tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del mismo precepto.

(UNANIMIDAD)

7º.- En las refinanciaciones de grupo para las que se pida la homologación judicial, ¿en el cómputo de las mayorías previstas en la Disposición Adicional 4ª deberá aplicarse la regla del artículo 71 bis 1 b) 1º “en el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo”?

Esa regla no es de aplicación en las refinanciaciones homologables judicialmente. El Legislador ha desvinculado totalmente las mayorías impuestas en ambos preceptos, al ser distintas las finalidades que cumple el respaldo del pasivo en cada una de ellas. A los efectos de la Disposición Adicional 4ª, únicamente habrán de computarse las mayorías que en este último precepto se establecen y conforme a las reglas que en el mismo se especifican, sin acudir al artículo 71 bis de la Ley concursal. Por lo demás, el distinto ámbito subjetivo al cual resulta aplicable cada norma (el de la Disposición Adicional 4ª exclusivamente a los acreedores financieros), justifica esa diferencia.

(UNANIMIDAD)

8º.- ¿Es posible la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación que cuente con el respaldo de una mayoría del 65% de los acreedores con garantía real que no supongan el 51% del pasivo financiero total?

No es posible. La exigencia para la homologación de una mayoría del 51% es insoslayable. Habida cuenta del efecto de irrevocabilidad absoluta que con la homologación se consigue y de la desaparición de elementos garantistas como la imperatividad del informe del experto independiente, no es posible aceptar que mayorías específicas, incluso muy elevadas, de pasivo exclusivamente garantizado permitan obtener una homologación, si de forma simultánea el respaldo no viene dado por la mayoría del 51% de la totalidad del pasivo financiero.

(UNANIMIDAD)

9º.- ¿Es posible la extensión de efectos a los acreedores con garantía real si concurre una mayoría del 65% de dicha clase de acreedores, sin que haya extensión de efectos a los acreedores sin garantía real, por no reunirse la mayoría mínima del 60% de dicha clase de acreedores?

Al margen de la incoherencia que pueda ofrecer el resultado, técnicamente es posible, ya que la Ley diferencia totalmente las exigencias para la extensión de efectos a ambas clases de pasivo.

(UNANIMIDAD)

10º.- ¿Debe detraerse del cómputo del 60/75% del pasivo financiero aludido en los apartados a) y b) del apartado 3 de la Disposición Adicional 4ª al pasivo con garantía real?

No debe detraerse. El pasivo con garantía real computa a efectos de obtener la mayoría genérica del 60/75% del pasivo financiero total para obtener los efectos

básicos de extensión a los acreedores sin garantía y únicamente si se obtienen las mayorías específicas del 65/80% de los acreedores financieros con garantía real podrá activarse la extensión del acuerdo a esta última categoría de acreedores disidentes y ausentes. La norma no exige la formación separada de esos dos niveles de acuerdo, a modo de asambleas o juntas especiales y diferenciadas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los acreedores con garantía real concurren con su voto en la mayoría general del pasivo financiero, lo aprueben y logren ciertas extensiones de efectos al pasivo financiero sin garantía, no alcanzándose luego la mayoría necesaria entre sus iguales para la aplicación de esas mismas medidas (quitas, esperas...) a los de su categoría, lo que podría ser valorado, no obstante, en la impugnación con apoyo en el sacrificio desproporcionado.

(MAYORÍA de 10 votos)

Si bien es aceptable la conclusión de la mayoría, se juzga conveniente aclarar la conclusión anterior matizando que al no existir dos asambleas o juntas especiales (la de los acreedores financieros sin garantías reales y la de los acreedores financiero con garantías reales), se produce una única votación u obtención de consentimientos, de modo que no puede el acreedor con garantía real expresar dos pareceres diferentes, sino uno únicamente, y de tal modo no es posible la aceptación de la refinanciación como acreedor financiero sin garantía, y simultáneamente oponerse a su extensión de efectos al crédito garantizado.

(MINORÍA de 1 voto)

11º.- Cuando el apartado 6 de la Disposición Adicional 4ª señala que el Juez al otorgar la homologación “declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto”, ¿precisa ello que la parte que pida la homologación aclare qué efectos han de ser extendidos a los acreedores disidentes y ausentes? ¿Puede el Juez Mercantil conceder efectos distintos de los expresamente pedidos por la parte? ¿Puede el Juez Mercantil, si no concurre la mayoría necesaria para la extensión de los efectos más amplios sobre los créditos, conceder la extensión de efectos para la que sí concorra la mayoría necesaria?

En cuanto a la primera cuestión, es preciso que la parte que pida la homologación especifique los efectos de extensión que interesa sean declarados en la resolución judicial que se dicte, sin que sean admisibles pretensiones imprecisas como “que se declare la extensión de efectos que en Derecho proceda” o similares (este tipo de imprecisiones habría de ser objeto de subsanación por la vía del artículo 231 LEC). El Juez Mercantil no concederá de oficio extensiones de efectos más amplios que los que las propias partes soliciten, incluso aunque advierta que concurren las

mayorías para ello. Por otra parte, los efectos a extender serán los que propiamente deriven del tenor del mismo acuerdo, que se concederán o no a partir de la acreditación de las mayorías que para ello se precisen, sin que el Juez pueda alterar el contenido de lo pactado, imponiendo la extensión de efectos distintos de los que en el propio acuerdo se establezcan para los créditos, a partir de la constatación de que lo respalda una mayoría que habría podido obtener la extensión de tales efectos de menor alcance a disidentes o ausentes de cualquier categoría de acreedores.

(UNANIMIDAD)

12º.- ¿Es posible controvertir la clasificación de los acreedores a efectos de su inclusión en el cómputo dentro del motivo de impugnación de la homologación de la refinanciación referida a “la concurrencia de los porcentajes exigidos”?

Efectivamente, puede controvertirse justamente en ese trámite, no pudiendo plantearse fuera del concurso ningún otro incidente que permita discernir si determinados acreedores deben o no ser computados a efectos de la homologación o extensión de efectos del acuerdo de refinanciación.

(UNANIMIDAD)

13º.- ¿Es posible la revisión ante el Juez del concurso de la concurrencia de los requisitos necesarios para la homologación de un acuerdo de refinanciación con carácter previo a instar su rescisión, en términos análogos a lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley Concursal? ¿Cuáles son las acciones de impugnación aludidas en la segunda frase del párrafo 13 de la Disposición Adicional 4ª?

El blindaje que otorgue la resolución que conceda la homologación del acuerdo de refinanciación no puede ser revisado posteriormente, salvo en los estrictos términos que la propia Disposición Adicional 4ª se prevén para la impugnación de la homologación. Precluido el trámite o fracasada la impugnación frente a la homologación, ya no cabrá ninguna ulterior revisión: el acuerdo obtendrá la inmunidad absoluta frente a las acciones rescisorias concursales establecido en el inciso 13 de la Disposición Adicional 4ª y el Juez del concurso no podrá volver sobre esa misma cuestión. Con fundamento y contenido diferente, podrán ejercitarse las acciones de nulidad o anulabilidad contractual, ya previstas en el 71.6 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

14º.- Suponiendo que la totalidad del pasivo financiero de un deudor menos una parte ínfima (por ejemplo: un 2%) sea un acuerdo sindicado y que este último imponga la unanimidad de sus integrantes para su modificación o cualquier mayoría superior a las exigidas en la Disposición Adicional 4ª para obtener la extensión de sus efectos a disidentes o ausentes (un 80 o un 90% de pasivo, por ejemplo), ¿cabe entender que los restantes integrantes del sindicato no pueden refinanciar y homologar esa refinanciación si no concurre como mínimo el 75% del sindicato?

Cuando el pasivo absolutamente mayoritario sea un acuerdo sindicado, parece que los integrantes podrán refinanciar e imponer esa refinanciación al disidente en el seno del sindicato concurriendo la mayoría del 60 % del pasivo financiero total en función del contenido de la refinanciación y sin que sea de aplicación la imperativa regla del 75% del sindicato. Por otra parte, la regla especial para acuerdos sindicados parece constreñir su aplicación a los casos de concurrencia del sindicato con otros pasivos ajenos al mismo, por lo que cuando exista un único pasivo sindicado, el 60% del mismo ya permitirá la extensión de los efectos de espera de cinco años.

(MAYORIA)

15º.- Si dentro del crédito sindicado no se alcanza el 75% de consenso favorable a la refinanciación, ¿se entiende que todo el sindicato rechaza la adhesión al acuerdo? Si no es así, ¿pueden los acreedores del sindicato votar separadamente en dicho acuerdo de refinanciación?

Desde luego, la norma de la sindicación es de arrastre positivo, no negativo. Es decir, lo que se establece es que de alcanzar dicho porcentaje se entiende que todo el crédito sindicado vota a favor de la propuesta de acuerdo, pero no que en caso de no llegar al 75% se entienda lo contrario: que el 100% del pasivo de este sindicato rechaza el mismo. En tal caso, siempre con respeto a las especiales dificultades que puede presentar la estructuración concreta de cada crédito sindicado, los acreedores integrados en dicho acuerdo podrán votar individualmente en la propuesta del acuerdo de refinanciación.

(UNANIMIDAD)

III.- CUESTIONES RELATIVAS AL BLINDAJE DE LAS REFINANCIACIONES DEL ARTÍCULO 71 BIS DE LA LEY CONCURSAL FRENTE A LAS ACCIONES RESCISORIAS

1º.- A los efectos del cómputo de la mayoría del artículo 71 bis 1 b 1º de la Ley Concursal, ¿es de aplicación analógica la regla que para los acuerdos sindicados se contempla en el párrafo 4 del inciso 1 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal?

No es de aplicación. El Legislador ha desvinculado completamente las reglas de cómputo de las mayorías en ambas categorías de acuerdos al apreciar que el sentido, objeto y fin de las dos disposiciones son distintos. *A fortiori*, ha especificado que la adhesión de los disidentes en el sindicato es una *fictio legis* a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para obtener los distintos efectos que se contemplan en la Disposición Adicional 4ª. En consecuencia, esa misma regla no es de aplicación en el marco del artículo 71 bis.

(UNANIMIDAD)

2º.- Cualquier operación de pasivo por la que se amplíe el crédito disponible a un deudor o bien se modifiquen o extingan sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, que se haya celebrado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y que no cumpla los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 71 bis, ¿deberá considerarse por esta única razón un acto perjudicial para la masa activa y en consecuencia susceptible de rescisión concursal?

No. El Legislador instituye en el artículo 71 bis 2 un “puerto seguro” para que puedan acogerse al mismo los refinanciadores que estén en disposición de cumplir las exigencias materiales y formales que en el mismo se establecen sin contar con el respaldo de una mayoría de pasivo global en los términos exigidos por el primer inciso de la norma. En consecuencia, únicamente si concurre el elemento identificador que el segundo inciso apartado e) establece (“que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores”) cabrá analizar la irrevocabilidad del acuerdo bajo el prisma del segundo inciso del artículo 71 bis. Cualquier otra refinanciación distinta se regirá en

cuanto a su rescisión concursal por las previsiones generales del artículo 71 de la Ley Concursal, incluyendo las presunciones de perjuicio de sus apartados 2 y 3, sin que judicialmente haya de inferirse la constatación del perjuicio de la infracción de cualquiera de las reglas del segundo inciso del artículo 71 bis 2.

(UNANIMIDAD)

3º.- ¿Es posible la petición de designación de experto independiente para las refinanciaciones del artículo 71 bis 2 de la Ley Concursal?

A pesar de que el cuarto inciso del artículo 71 bis de la Ley Concursal no parece haber sido debidamente adaptado al cambio legal y a la postergación del informe del experto al rango de aditamento meramente potestativo sin incidencia en la irrevocabilidad u homologabilidad del acuerdo, lo cierto es que el mantenimiento de la delimitación del perímetro del objeto de su examen, incluyendo el análisis sobre “el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad” invitan a pensar que únicamente justifica la petición de experto la negociación de un acuerdo de refinanciación del primer inciso del artículo 71 bis. Por consiguiente, la petición de designación de experto para acuerdos sin mayoría de pasivo acogidos al segundo inciso del artículo 71 bis debería rechazarse, salvo que sea precisa con otros fines.

(UNANIMIDAD)

4º.- ¿Qué efectos tiene, respecto de la rescisión de una refinanciación de las reguladas en el artículo 71 bis de la Ley Concursal, que se hubiera pedido por el deudor o los acreedores un informe de un experto independiente y que el mismo resulte desfavorable, o bien contuviera reservas o limitaciones no evaluadas por los firmantes del acuerdo? ¿Cabe aplicar analógicamente la regla que otorga prevalencia al criterio de la mayoría de informes, en caso de ser varios los emitidos, conforme al artículo 165.4º de la Ley Concursal?

Como ya se ha apuntado, la constancia de uno o varios informes de experto independiente desfavorables (o conteniendo reservas o limitaciones sin valorar), así como la de una mayoría de los mismos, carecerá de efectos automáticos respecto de la rescisión del acuerdo de refinanciación. Si concurren las exigencias imperativamente impuestas en el primer inciso del artículo 71 bis de la Ley Concursal, el acuerdo estará blindado frente a las acciones rescisorias concursales, sin que el informe del experto añada ninguna incertidumbre al respecto. Si la Administración concursal pudiera sin embargo justificar que el acuerdo de refinanciación no cumple con todas las exigencias que se contemplan en el artículo 71 bis 1 de la Ley Concursal, desaparecería el blindaje del acuerdo y en ese caso el informe del experto independiente podría merecer el mismo valor que los informes de peritos o expertos en cualquier procedimiento civil, siempre que cumplan las

exigencias formales que en la legislación procesal se establezcan, para su libre valoración en cuanto al perjuicio.

(UNANIMIDAD)

5º.- Cuando el artículo 72.2 de la Ley Concursal dispone que “la acción rescisoria solo (sic) podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento”, ¿debe interpretarse que si la Administración concursal deduce una acción rescisoria contra un acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis de la Ley Concursal únicamente debe acreditar la falta de concurrencia de los requisitos de este último precepto, pero no la existencia de perjuicio (recurriendo eventualmente a las presunciones de los artículos 71.2 y 71.3 de la Ley Concursal)?

La falta de concurrencia de los requisitos del artículo 71 bis únicamente hace desaparecer el blindaje externo frente a la acción rescisoria, pero no se puede identificar automáticamente con la existencia de perjuicio. La omisión de un requisito meramente formal, como el del artículo 71 bis 1 b) 3º (“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”) no supone que el acuerdo de refinanciación sea *per se* perjudicial y en tal sentido lo que deberá es acreditarse la existencia de perjuicio por quien interpone la demanda de reintegración, amparándose cuando proceda en las distintas presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal. En el mismo sentido, la ausencia de alguno de los requisitos formales del artículo 71 bis 1 no condiciona la validez del acuerdo desde el prisma de las otras acciones de impugnación previstas en el artículo 71.6 de la Ley Concursal, pues aquellos requisitos sirven sólo para activar el blindaje frente a la acción de reintegración concursal y no afectan a las exigencias que el Derecho común pueda imponer para el éxito de dichas acciones.

(UNANIMIDAD)

IV.- CUESTIONES RELATIVAS AL CONVENIO CONCURSAL

1.- CONTENIDO DEL CONVENIO (Artículo 100)

1.1.-La referencia que se hace en el artículo 100.2 de la Ley Concursal a la imposibilidad de imponer determinados contenidos alternativos a los acreedores públicos, ¿implica que es posible imponerlas al resto de acreedores o queda siempre a salvo el derecho de opción? De ser así, ¿sería de aplicación obligatoria el artículo 102 de la Ley Concursal, indicando la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de opción? En caso de no incluirla, ¿debería requerirse al proponente para subsanar ese defecto de forma?

En esta cuestión concurren graves dificultades interpretativas. El artículo 100.1 de la Ley Concursal recoge un contenido preceptivo, de quitas y esperas. En el artículo 100.2 se añade que "...podrá contener, además, proposiciones alternativas...", sin que quede claro si se trata de un contenido optativo para los acreedores conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Concursal, o se trata de un contenido alternativo en abstracto frente a otros contenidos posibles, que sin restricción pueden ser elegidos por el deudor o demás sujetos legitimados al elaborar su propuesta.

Como método de interpretación, resulta sugerente relacionar el texto reformado del apartado 2º del artículo 100 de la Ley Concursal con las disposiciones de las refinanciaciones homologables, pero lo cierto es que el inicio de tal apartado 2º del artículo 100 de la Ley Concursal no ha variado desde su inicial redacción en 2003, y no se ha defendido ni doctrinal ni jurisprudencialmente que la capitalización de deuda resulte imponible del mismo modo que lo son las quitas o esperas, sino como mera alternativa opcional que ofertar a la elección de los acreedores, una vez aprobado el convenio, en el sentido del artículo 102 de la Ley Concursal. Por ello, parece que debe entenderse que las medidas recogidas en el apartado 2º del artículo 100 de la Ley Concursal no resultan directamente imponibles vía convenio a los acreedores disidentes, sino que se debe articular en forma de alternativa electiva para ellos respecto de las quitas y esperas estipuladas como contenido esencial.

(MAYORIA de 8 votos)

La conclusión anterior no sólo choca con el tenor del artículo 100.2 de la Ley Concursal, donde se habla de la imposición de tales medidas, con la relevante salvedad de los acreedores públicos (esta salvedad parece evidenciar que se podrán imponer a los demás), sino que carece de sentido al conjugarlo con los artículos 124 y 134.3 de la Ley Concursal, donde se exigen unas mayorías particularmente reforzadas para obtener la extensión de esas medidas cualificadas de refinanciación del artículo 100.2 de la Ley Concursal. Esa regulación de mayorías cualificadas no tendría lógica si luego sólo se reconduce la cuestión a una opción del propio acreedor disidente en los términos del artículo 102 de la Ley

Concursal. Además, la interpretación de la imposición de tales medidas resulta más conforme con el signo y evolución legislativa del tratamiento de las refinanciaciones, concursales y extraconcursales.

(MINORÍA de 3 votos)

1.2.- Esta solución ¿es igualmente aplicable en los casos de cesión de bienes en pago o para pago a la que alude el artículo 100.3 in fine de la Ley Concursal?

Se ha de entender que dicha cesión en pago de bienes es imponible como parte del convenio a los acreedores disidentes, de modo forzoso, gozando de autonomía propia el artículo 100.3 respecto de los apartados precedentes. Y no sólo a los acreedores que cuenten con garantías reales sobre dichos bienes, que se sujetan como señala el precepto, a su propio régimen del artículo 155.4 de la Ley Concursal, sino a toda clase de acreedores, pero siempre y cuando los bienes a ceder en pago hubieran sido objeto de valoración conforme al artículo 94.5 de la Ley Concursal, en el momento procesal oportuno para ello. De no haberse realizado dicha valoración y constar la misma en el Informe de la Administración concursal, no podría imponerse esta medida.

(MAYORÍA)

No sólo debe coincidir con la afirmación de la mayoría en este punto, sino que dicha conclusión abona igual tratamiento en la posibilidad de imponer coactivamente las medidas del artículo 100.2 de la Ley Concursal, tal cual se defendió por la minoría en la cuestión anterior.

(MINORÍA)

1.3.- La supresión en el párrafo tercero del artículo 100.2 de la Ley Concursal de cualquier referencia, en caso de convenio de asunción, al pago por el asuntor de los créditos concursales, ¿implica la exclusión de facto de tal figura en nuestro derecho concursal?

Esta última conclusión no se impone: el convenio de asunción puede conllevar la asunción de pasivo y no sólo la continuidad de la actividad económica del deudor que es propia a la venta de unidad productiva materializada en el convenio. No hay prohibición legal alguna que impida en el régimen jurídico actual el convenio de asunción, ni debe entenderse que esta figura queda desplazada frente a la opción que pueda incluirse por los interesados de transmisión total o parcial de la unidad productiva en el convenio libre de cargas, en la forma prevenida por el artículo 146 *bis* de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

1.4.- La supresión de los límites a las quitas y esperas en el artículo 100.1 de la Ley Concursal, ¿comporta una derogación tácita del artículo 104.2 para la propuesta anticipada que sigue hablando de dichos límites?

Se trata de una descoordinación fruto de la urgencia con que ha sido dictada la legislación de reforma. De hecho, el tratamiento legal de la propuesta de convenio anticipado siempre fue más favorable en la cuestión de los límites objetivos de la propuesta, permitiendo eludir en ciertos supuestos los límites de quitas y esperas del convenio ordinario. Por ello ha de concluirse que lo dispuesto en cuanto a la supresión de los límites en la referencia de las quitas y esperas en el artículo 100.1 de la Ley Concursal es directamente aplicable al convenio anticipado del artículo 104.2 de la Ley Concursal, cuyo contenido podrá alcanzar las mismas quitas y esperas que las previstas en el artículo 124.

(UNANIMIDAD)

1.5.- Las mayorías establecidas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ¿son de aplicación igualmente a otros acuerdos que no sean de aumento de capital, pero sean instrumentales a la finalidad de la capitalización de deuda prevista como contenido del convenio (señaladamente, una operación acordeón que comporte reducción y aumento simultáneo de capital)? ¿El acreedor disidente mantiene el derecho de oposición a una operación de este tipo al amparo del artículo 334 de la Ley de Sociedades de Capital?

Cuando se trate de una operación acordeón, las mayorías societarias para adoptar los acuerdos de reducción y ampliación de capital se benefician de la alteración especial de los umbrales exigidos para su aprobación, conforme al párrafo 2º del artículo 100.2 de la Ley Concursal, con remisión a los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, la impugnación del acuerdo social correspondiente deberá sustanciarse en el procedimiento declarativo que corresponda, ajeno al concurso.

(UNANIMIDAD)

En cuanto a la vigencia del derecho de oposición de los acreedores, en el ámbito fijado en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, parece que el mismo debe decaer en su aplicabilidad, quedando sometida la posición jurídica del acreedor a la defensa que pueda tener frente a la aprobación del convenio concursal (oposición o apelación de la sentencia aprobatoria). Y ello porque carece de toda lógica someter la voluntad de los acreedores por obra de dicho convenio para luego otorgarles el derecho a actuar una posición de bloqueo en el Derecho de sociedades, máxime cuando la operación societaria es instrumental de la ejecución del convenio.

(MAYORÍA, sin conclusión alternativa de la minoría)

1.6.- En caso de respuesta afirmativa y para el supuesto de que dichas operaciones lleven aparejada una amortización no paritaria de acciones, ¿se mantiene la doble votación del artículo 338.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital?

Es un trámite de conformación de la voluntad societaria, en la Junta de socios, no vinculado a los efectos del convenio, por lo que debe ser mantenida la vigencia de

dicho requisito de obtención de una doble mayoría. Eso sí, también en tales dobles mayorías operará, para cada una de ellas, la rebaja de los umbrales para su aprobación prevista en el artículo 100.2 párrafo 2º de la Ley Concursal.

(MAYORÍA, sin conclusión alternativa de la minoría)

1.7.- La cesión en pago que se regula en el artículo 100.3 de la Ley Concursal ¿es una cesión *pro soluto* o liberatoria o se trata de una cesión *pro solvendo* del artículo 1.175 del Código Civil? En caso de que se acepte la primera opción, ¿quién deberá integrar la diferencia entre el valor razonable del bien y el valor de la deuda en la masa activa?

No cabe duda de que se trata de una cesión en pago y no para el pago, de modo que se extingue directamente el crédito en la cuantía del valor de los bienes cedidos. Y si por razón de la indivisibilidad del bien atribuido (por ejemplo: se adjudica una finca que vale 100 en pago de una deuda de 80), o por razones de lógica de las cosas, como unidades de distribución (por ejemplo: se adjudica un cargamento de mercaderías), existiese un sobrante, el acreedor que recibe los bienes deberá satisfacer a la masa en numerario líquido la diferencia, sin que ello pueda implicar situaciones abusivas, como la cesión fundada en el ánimo exclusivo de obtención de dicho derecho de compensación de la diferencia.

(UNANIMIDAD)

1.8.- ¿Puede admitirse la cesión en pago como único medio solutorio del convenio, o debe existir siempre una alternativa de pago en metálico?

Puede ser el único medio de pago previsto e impuesto si llega a aprobarse tal convenio. Eso sí, debe tenerse presente que, para ello, los bienes a ceder han tenido que ser valorados conforme a los métodos previstos en el artículo 94.5 de la Ley Concursal, ha de constar dicha valoración en el Informe de la Administración concursal, y no deben darse situaciones de abuso, como, en principio surgirían de la constitución de condominios por dicha cesión (por ejemplo: adjudicación de una finca que vale 300 en pago a tres acreedores por importe de 100 cada uno, como cuota de proindiviso del 33,33% del dominio).

(UNANIMIDAD)

2.- DERECHO DE VOTO (Artículos 121 y 122 de la Ley Concursal)

2.1.- En el caso de que voten a favor de la propuesta de convenio acreedores que representen menos del 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, ¿implica que queda rechazado por la totalidad de los acreedores que conforman dicho crédito sindicado? Por el contrario, ¿los acreedores quedarán liberados para votar individualmente en el sentido que consideren oportuno, computándose su voto sólo por el porcentaje de pasivo que representen?

Se debe aplicar en este punto el mismo régimen de cálculo formal de mayorías ya expuesto en el estudio de la adhesión de los créditos sindicados a los acuerdos de

refinanciación de la Disposición Adicional 4ª: cuando se alcanza el 75% se entiende que los disidentes también votan a favor del convenio, a todos los efectos. No obstante, el acreedor disidente conserva legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio. En la dirección opuesta, si no resulta alcanzado dicho 75%, los acreedores del crédito sindicado pueden votar individualmente para la conformación de las mayorías precisas para la aprobación del convenio; y si todo el pasivo estuviera constituido por un crédito sindicado, inusual en caso de concurso, no operaría la regla de cómputo de voto del sindicado, sino el régimen general de mayorías del artículo 124 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

2.2.- El acreedor integrado en un acuerdo sindicado que vota en contra del convenio pero cuyo voto no impide que se alcance la mayoría del 75 % del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, ¿mantiene sus derechos contra acreedores solidarios, garantes o avalistas en los términos previstos por el artículo 135 de la Ley Concursal?

Debe interpretarse que la ficción jurídica prevista para el cómputo del voto favorable del total del crédito sindicado no puede hacer desaparecer la real oposición del disidente minoritario, realidad que debe operar en la conservación de sus derechos frente a terceros garantes del deudor concursado, conforme al artículo 135.1 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

2.3.- Para reconocer el derecho de voto en Junta de acreedores a un acreedor que ha adquirido un crédito tras la declaración de concurso, ¿es necesario que se haya modificado la lista de acreedores con arreglo a lo establecido en el artículo 97 bis?

Debe operar el principio de realidad material de la titularidad del crédito transmitido, y no el reflejo formal en el texto definitivo, pese a la dicción literal del artículo 118.1 de la Ley Concursal, entendido éste como inclusión del derecho de crédito que da lugar al derecho de asistencia, sin perjuicio de la actualización de la identidad de su titular, que podría llevarse a efecto incluso en el momento mismo de conformación de la lista de asistentes a la Junta. Ello se entiende sin perjuicio de que puedan suscitarse cuestiones sobre dicha titularidad, a resolver provisionalmente por la presidencia de la Junta de acreedores, y posteriormente, si así se insta por parte legitimada, en la oposición a la aprobación judicial del convenio.

(UNANIMIDAD)

3.- MAYORÍAS EXIGIDAS PARA LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA

3.1.- ¿Qué ocurre si la mayoría obtenida, superior al 50% e inferior al 65%, no es suficiente para aceptar el contenido de la propuesta de convenio que, por ejemplo, supera los cinco años de espera o comporta una quita de más de la mitad del crédito? ¿Se entiende rechazada la propuesta o aceptada con contenido limitado?

Son varias las respuestas posibles que se manejan en este complejo problema:

1ª).- Los acreedores que hubieran votado a favor del convenio quedarán vinculados a las remisiones y aplazamientos de su contenido, y los que deban sufrir su extensión, como disidentes o ausentes, por una aprobación del mismo con voto favorable inferior al 65%, sólo quedarán sometidos al efecto extensivo de quitas de hasta el 50% y esperas de hasta 5 años. Esta postura se rechaza de plano, por no resultar coherente con los efectos propios de la aprobación de todo convenio concursal que los acreedores queden vinculados a contenidos distintos.

(RECHAZADA)

2ª).- El Juez debe aprobar el convenio con el efecto de las quitas y esperas limitados al 50% y a 5 años, respectivamente, ya que ello es lo que la mayoría de los acreedores ha expresado al aceptar esa solución continuativa con el voto favorable superior al 50% del pasivo ordinario e inferior al 65%. Por exponerlo gráficamente, sería como si los acreedores, reunidos en Junta, hubieran realizado una contraoferta al deudor sobre el contenido del convenio distinta del propuesto por éste, en los términos tácitamente reflejados en la mayoría obtenida. Tal deudor estaría entonces legitimado, frente al convenio aprobado por el Juez con aquel contenido limitado, para solicitar la liquidación, que se concederá sin más trámites, conforme prevé el artículo 128.3 de la Ley Concursal. Además, esta solución facilita la aprobación de convenios, de acuerdo con la voluntad de la ley de favorecerlos; y se ajusta a la dicción literal que resulta del artículo 128 de la Ley Concursal tras su reforma.

(UN VOTO)

3ª).- El convenio se entiende rechazado en su totalidad por la Junta de acreedores. Sólo existe una propuesta de convenio, con el contenido concreto que ha sido perfilado en dicha propuesta; y debe adoptarse o rechazarse en sus propios términos. Además, dicho contenido será coherente, en las medidas de salvamento propuestas (es decir, en cuanto al alcance de las quitas y esperas), con el plan de viabilidad que se haya elaborado rigurosamente. Lo que no es admisible es la aprobación de unas medidas distintas, no relacionadas con aquel plan de viabilidad. La propuesta de convenio debe ser seria, y dicha seriedad está relacionada con el principio de sometimiento de los acreedores al mínimo sacrificio indispensable para otorgar viabilidad a la actividad del deudor. Ello no sería conforme con admitir la tramitación de propuestas de máximos del deudor, dejando la rebaja a la aprobación por la Junta de acreedores con mayorías más discretas entre el 50 y el 65%. Por otra parte, los acreedores deben conocer la disyuntiva efectiva a la que se enfrentan con su decisión en Junta: o la aprobación del concreto convenio propuesto, o la liquidación concursal, ya que de otro modo se abriría la posibilidad a votaciones oportunistas, para rebajar aquellas propuestas de máximos. Finalmente, la posibilidad de que *a posteriori* el deudor pueda pedir la liquidación del concurso, para el caso de aprobación por el Juez del convenio con efectos rebajados respecto de los propuestos, se reserva en el artículo 128.3 de la Ley Concursal sólo al deudor que no hubiera propuesto el convenio, no a los demás casos. Ello determinaría *de facto* imponer al deudor un convenio que no ha proyectado,

probablemente porque las quitas y esperas inferiores no otorguen efectivas posibilidades de saneamiento de su actividad, convenio al que sólo podría escapar por su incumplimiento, enfrentándose entonces al juicio de calificación conforme a lo dispuesto en el artículo 164.2.3º de la Ley Concursal. La tesis de la contraoferta por los acreedores en el acto de la Junta no respeta ninguna de las exigencias formales de la propuesta de convenio del artículo 99 de la Ley Concursal; es decir, no existe en la denominada “contraoferta” propiamente propuesta de convenio alguna.

(10 VOTOS)

3.2.- ¿Es admisible la propuesta de convenio con contenido alternativo, de modo que si se alcanza una mayoría superior al 50%, e inferior al 65%, las quitas o esperas sean de hasta el 50% y 5 años, respectivamente, y si se obtiene una mayoría del 65% o superior, las quitas o esperas sean superiores?

No lo es. No se contienen opciones alternativas por las que los acreedores, una vez aprobado el convenio, puedan luego optar por uno u otro contenido, tal cual regula el artículo 102 de la Ley Concursal, sino que existen dos contenidos propuestos, de los que sólo se aplicaría uno, en función de la mayoría obtenida, lo que no tiene cabida en el citado artículo 102 de la Ley Concursal. Por otra parte, puede considerarse que la obtención de cierta mayoría en la Junta a celebrar es, en el momento de la presentación de la propuesta, un hecho futuro e incierto al que se someten los efectos y el alcance del convenio, por lo que puede reprocharse que está condicionado, y resulta por tanto inadmisibles en los términos previstos por el artículo 101.1 de la Ley Concursal. A mayor abundamiento, la interpretación que admite la posibilidad de propuestas subsidiarias o en cascada para el caso en que llegue a alcanzarse una u otra mayoría conduce a resultados absurdos y debe por tanto descartarse: pues no es siquiera imaginable que los acreedores decidan apoyar una primera propuesta con un sacrificio mayor a la que conocen se someterá en segundo lugar a su consideración, que es por tanto la única que de manera efectiva terminará siendo aceptada o rechazada. En consecuencia, lo procedente es presentar directamente la opción menos gravosa, si es que la misma resulta viable.

(UNANIMIDAD)

3.3.- A pesar de la dicción literal del artículo 124 de la Ley Concursal, ¿los acreedores laborales pueden aceptar expresamente alguna de las propuestas alternativas del artículo 100 de la Ley Concursal?

Partiendo de la opción mayoritariamente adoptada en estos acuerdos sobre la interpretación del nuevo artículo 100.2 de la Ley Concursal, a los acreedores públicos nunca les será de aplicación ninguna de las medidas especiales previstas como alternativas a las quitas y esperas en el convenio, de acuerdo con aquel precepto. En cambio, a los acreedores laborales les podrán ser aplicables, si las aceptan expresamente, pero no podrán sufrirlas como extensión de los efectos del convenio, si son disidentes o ausentes del mismo, de acuerdo con el artículo 124 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

3.4.- Tras la reforma, si el pasivo ordinario no alcanza el 50% de voto favorable, pero concurre la voluntad de aprobación del convenio por una importante mayoría de crédito privilegiado, por ejemplo un 80%, ¿podrá aprobarse el convenio propuesto?

Dado que la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014 sobre el artículo 124 de la Ley Concursal ha hecho desaparecer el párrafo que señalaba que “a los efectos del cómputo de las mayorías en cada votación, se considerarán incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta”; y que la norma del artículo 134.3 de la Ley Concursal, también de nuevo contenido, no es una regla de mayoría para la aprobación del convenio, sino para determinar cuándo se extienden sus efectos al crédito privilegiado, no existe ya posibilidad legal de aprobar aquella propuesta de convenio; y ello aún cuando el pasivo privilegiado que quisiera votar a favor supusiese además la mayor parte del pasivo total. Ello además bloquea la posibilidad de obtener convenios en los casos en los que todo el pasivo sea privilegiado.

Conviene hacer constar que esta consecuencia parece derivar de un error de técnica legislativa, pues el resultado ciertamente contradice la voluntad expresada del legislador de potenciar las soluciones continuativas de la actividad empresarial, incentivando la aprobación de convenios y la mayor extensión de sus efectos. Sin perjuicio de que pueda adoptarse antes o después una solución normativa a este problema, por vía de interpretación podría sostenerse que para aprobar el convenio en los supuestos señalados, sigue vigente el artículo 134.2 de la Ley Concursal, el cual dispone que “los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable”. Es evidente que dicho precepto estaba coordinado con la derogada redacción del artículo 124 último párrafo de la Ley Concursal, y que además quedaría ubicada en una norma de extensión de efectos, y no de aprobación del convenio; pero pese a ello, permite encontrar un apoyo legal, aunque sea mínimo, para sostener que se mantiene la regla de cómputo del pasivo privilegiado como ordinario a los efectos de la aprobación del convenio.

(MAYORÍA, sin propuesta alternativa de la minoría)

4.- EXTENSIÓN DE EFECTOS A LOS ACREEDORES PRIVILEGIADOS Y VALOR DE LAS GARANTÍAS

4.1.- ¿Qué se entiende por acreedores financieros a los efectos de su inclusión en alguno de los grupos a que se hace referencia en el artículo 94.2 de la Ley Concursal?

En esta pregunta se debe dar por reproducida la respuesta dada a esta misma cuestión en el análisis de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal recogida en las presentes conclusiones. Convendría únicamente especificar que dicha condición se determina por la titularidad, cualquiera que sea la condición jurídica del

sujeto titular, de un endeudamiento financiero, que debe reunir dicha naturaleza por el origen de la relación jurídica que da lugar a tal endeudamiento. Así, puede haber sujetos distintos de entidades financieras que, por ser titulares de tal clase de créditos, deban ser incluidos en esta *subclasificación* crediticia; y en cambio no se comprenderán en la misma aquellos créditos de origen comercial, que una vez vencidos, han sido dotados posteriormente de condiciones financieras de aplazamiento, periodificación e intereses, al no tener su origen en una relación genuinamente financiera.

(UNANIMIDAD)

4.2.- A efectos de fijar el valor de la garantía, ¿quién debe aportar los informes y documentos justificativos que exige el artículo 94.5 de la Ley Concursal?

La Administración concursal tiene una facultad de hacerse asesorar para valorar los bienes del activo por expertos independientes conforme a lo previsto en el artículo 83.1 de la Ley Concursal; sin embargo esa posibilidad constituye una mera potestad, no un deber. En el mismo sentido, el artículo 82.3 de la Ley Concursal determina que el avalúo de los bienes del inventario del Informe del artículo 75 de la Ley Concursal se realizará por dicha Administración concursal, lo que se entiende que habrá de verificarse con los datos de los que pueda disponer para ello y obren en el concurso, regla que rige para toda la elaboración del Informe.

Sentadas estas premisas, el artículo 86.1 de la Ley Concursal establece que el reconocimiento de los créditos comprenderá únicamente los que se hayan comunicado expresamente, los que resultaren de los libros y documentos del deudor o los que por cualquier otra razón constaren en el concurso. Del mismo modo que sólo puede reconocerse como crédito privilegiado especial el derecho real de garantía que haya sido oportunamente comunicado o conste de otro modo en el concurso, ahora la normativa concursal constriñe la cuantía del crédito privilegiado al importe del valor de la garantía que haya sido establecido, quedando excluido del privilegio el sobrante. Por consiguiente, si el valor de la garantía que sirve para establecer la parte del crédito con privilegio no consta ni en la comunicación de créditos ni de otro modo en el concurso, la consecuencia será que, aun concurriendo uno de los supuestos del artículo 90 de la Ley Concursal, el valor del crédito privilegiado debe estimarse que equivale a cero, procediendo el reconocimiento de la totalidad del crédito según su naturaleza (ordinario el principal y subordinado los intereses).

Aunque esta consecuencia parece extrema, debe subrayarse que no es sino el resultado de la omisión por parte del acreedor de una carga en su deber de comunicación, que impide a la Administración concursal dar valor a la garantía y con ello al privilegio especial. Por otra parte, la calificación provisional del crédito no es irreversible, ya que siempre quedará expedita la posibilidad de interponer un incidente de impugnación de la lista de acreedores con fundamento en el artículo 96 de la Ley Concursal, acompañando la necesaria tasación.

En otro orden de cosas, cuando el acreedor comunique su crédito, con la debida aportación de los documentos que acrediten la valoración de la garantía por los métodos admitidos en el artículo 94.5 de la Ley Concursal, la Administración

concurzal deberá reconocer el privilegio especial por ese valor acreditado, salvo que disponga en el concurso de otros documentos que también se ajusten a las exigencias de ese artículo 94.5, costeados por dicha Administración Concursal o por terceros, que arrojen un resultado distinto, en cuyo caso deberá bajo su responsabilidad elegir la tasación que le ofrezca mayores garantías. Nuevamente cabrá el incidente del artículo 96 de la Ley Concursal para dirimir cuál es la tasación (o tasaciones) que debe(n) descartarse por errónea(s), sin que pueda desvirtuarse el valor establecido por cualquiera de los métodos del artículo 94.5 de la Ley Concursal mediante una pericial económica de índole distinta.

Por último, es procedente aclarar que el artículo 94.5 de la Ley Concursal no establece que las tasaciones emitidas por sociedades de tasación homologadas e inscritas en el Registro Especial del Banco de España cuya antigüedad sea de más de seis meses no pueden ser utilizadas para determinar el valor de una garantía, sino que la tasación homologada deviene necesaria si el valor no hubiera sido determinado por experto independiente dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración de concurso, que es cosa distinta.

(UNANIMIDAD)

4.3.- En caso de alteración posterior de las circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, ¿quién debe aportar el nuevo informe del experto independiente?

De entrada ha de indicarse que la valoración de la garantía queda petrificada con los textos definitivos del Informe de la Administración concursal. Las “nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes” a las que se alude en el artículo 94.5 de la Ley Concursal, no son las fluctuaciones, a la baja o al alza, esperables de todo mercado de bienes por el transcurso del tiempo, incluso a veces de cuantía significativa, sino singularidades de carácter extraordinario que puedan alterar dichas valoraciones y que sobrevengan tras la emisión del Informe de la Administración concursal (por ejemplo, un cambio de calificación de un tipo de suelo, de rústico a urbanizable, la destrucción accidental de la edificación gravada o del vehículo sujeto a prenda, o circunstancias de alteración extraordinarias del valor de cotización de instrumentos financieros, como opas, etc.).

La iniciativa para dicha aportación de informe de experto independiente será de cualquiera de las partes interesadas, normalmente del acreedor privilegiado especial si es al alza, aunque también de otros acreedores o del deudor, si fuese a la baja y tal es su interés; o de la propia Administración concursal, si está en condiciones de costear dicho gasto en el concurso.

(UNANIMIDAD)

4.4.- En caso de que se trate de valores mobiliarios sometidos a cotización para el caso del supuesto anterior ¿se exige igualmente informe de experto independiente o basta con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate?

No, se debe entender que para tal supuesto lo que habrá que aportar es la certificación de la entidad rectora del mercado de cotización de que se trata que acredite la nueva valoración.

(UNANIMIDAD)

4.5.- ¿Es el mismo experto independiente el de la letra c) que el del párrafo 4º del artículo 94.5 de la Ley Concursal?

La Ley Concursal ha utilizado en numerosas ocasiones el término experto independiente para referirse a distintos profesionales, véanse por ejemplo los artículos 83.1 (donde la Administración elige discrecionalmente al que debe ser “independiente”), la Disposición Adicional 4ª, el artículo 71 bis.4 y ahora también el artículo 94.5 de la Ley Concursal. En unos casos parece referirse a peritos de valoración económica, y en otros al término más restringido y estricto de experto designado por el Registro Mercantil en un determinado momento.

Parece deducirse que en el apartado c) del artículo 94.5 de la Ley Concursal el Legislador se estaría refiriendo a peritos o técnicos en valoración, cuando se trata de calcular el valor razonable de bienes distintos de los de las letras anteriores, análogos a los que puedan emitir informes periciales en los procedimientos judiciales, incluso actuando a instancia de parte, conforme a lo dispuesto en los artículos 336 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cambio, cuando se refiere a ello en el párrafo 4º del artículo 94.5 de la Ley Concursal, se está refiriendo a los expertos independientes que puedan haber actuado y emitido informe en el marco de operaciones o negociaciones de refinanciación, esto es, el de los artículos 71 bis.4 y Disposición Adicional 4ª.2 de la Ley Concursal nombrado por el Registro Mercantil y cuyo informe no tenga una mayor antigüedad de seis meses. Esta interpretación además evita abusos en la preparación del concurso, para soslayar los métodos valorativos genuinos para cada clase de bienes.

(UNANIMIDAD)

4.6.- El acreedor privilegiado al que se le extienden los efectos del convenio en contra de su voluntad, ¿puede oponerse a la aprobación judicial del convenio? ¿Mantiene sus derechos contra acreedores solidarios, garantes o avalistas en los términos del artículo 135 de la Ley Concursal?

Aunque el artículo 134.3 de la Ley Concursal es sólo una norma de extensión de efectos del convenio, no propiamente de aprobación del mismo, se ha de entender que los acreedores privilegiados disidentes o ausentes que sufren dichos efectos por mor de dicha extensión están legitimados para oponerse a la aprobación del convenio, de acuerdo con el artículo 128.1 de la Ley Concursal. Y en cuanto a los efectos respecto de los garantes personales, estos acreedores privilegiados, a quienes se les aplican los efectos del convenio por extensión, conservarán los derechos contra dichos garantes en toda su amplitud, de acuerdo con lo recogido en el artículo 135.1 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

4.7.- ¿Cuál es el alcance del derecho de apropiación del acreedor privilegiado especial que sigue la ejecución individual frente a los bienes gravados, constante el concurso del deudor, pero de forma separada al proceso concursal?

Es cierto que la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014 no tiene por finalidad una reestructuración del mercado hipotecario, ni altera normas esenciales para ello, como el Código civil o la Ley Hipotecaria. Pero tampoco se transforma en la reforma la manera de arbitrar la concurrencia de créditos ante la insolvencia del deudor común ni su prelación en el cobro en el concurso. Resultaría deseable que el Legislador, en el futuro, abordase de forma más nítida el equilibrio entre ambas regulaciones.

Pese a las enormes dudas, parece que el acreedor que dispone de una garantía real y de un derecho de ejecución separada durante el concurso (derecho preservado en el marco de las previsiones recogidas en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), sigue siendo un acreedor concursal a todos los efectos, concurrente pues con los demás acreedores del deudor insolvente. Dentro de tal concurrencia, es la Ley Concursal la que delimita y pondera los derechos de unos y otros frente al patrimonio único e insuficiente del deudor común. Y conforme a tales equilibrios concurrenciales, la Ley Concursal establece que el derecho de apropiación del acreedor privilegiado especial, artículo 155.1 de la Ley Concursal, se concreta en la absoluta y exclusiva preferencia de cobro por el valor de la garantía, calculada conforme al artículo 94.5 de la Ley Concursal, y no por más. Y tal limitación, en aras de la conjugación de los intereses colectivos comprometidos en el concurso, opera durante toda la pendencia del procedimiento de insolvencia, hasta su archivo.

De este modo, si se sigue por ejemplo ejecución hipotecaria extramuros del concurso, por un crédito hipotecario cuyo importe asciende a 100, pero que ha sido clasificado en el concurso como privilegiado especial por 30 y ordinario por los restantes 70, y en la subasta hipotecaria se obtiene un precio de 45 por el bien, el acreedor privilegiado podrá apropiarse de 30, y los 15 restantes del precio de subasta deberán ser integrados en la masa activa del concurso.

Ello es así porque, pese a la potestad procesal de ejecución separada, ese acreedor sigue siendo un acreedor concursal, concurrente con los demás, y no goza de un derecho de apropiación con exclusión de los demás superior que aquel en que se le ha calculado el valor de su garantía. No pierde esa condición de acreedor concursal por la mera facultad procesal de ejecutar separadamente. Ese espíritu de delicado equilibrio entre los derechos entre los acreedores queda plasmado en el artículo 155.2 de la Ley Concursal, cuando la Administración concursal usa de la facultad de retener el bien y pagar el crédito contra la masa: lo satisfecho al acreedor privilegiado es el valor de la garantía y no más. La misma disposición, limitativa del derecho de apropiación del acreedor privilegiado, opera cuando se regula la venta de la unidad productiva a la que esté afecto el bien gravado, artículo 149.1.3ª de la Ley Concursal, donde de nuevo, su derecho exclusivo de cobro se

identifica con el valor de la garantía, y no más. Incluso, de forma tangencial a esta argumentación, pero valorable accesoriamente, cuando se admite la dación en pago en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, la extinción del crédito tiene lugar por el valor del bien atribuido, calculado precisamente conforme a las normas del artículo 94.5 de la Ley Concursal de la Ley Concursal

Es más, en el artículo 140.4 párrafo 2º de la Ley Concursal se establece cuándo (es decir, en qué supuesto), el acreedor privilegiado especial recupera todo el derecho de apropiación del producto de la subasta, hasta el máximo de su crédito, aún por encima del valor de la garantía: ello ocurre únicamente (advírtase que la norma aclara “en este caso”) cuando se produce un incumplimiento del convenio que afecta al acreedor privilegiado al que se extendieron los efectos del convenio incumplido, por lo que dicho derecho de apropiación no se da en otros casos. *En ese caso se justifica la extensión del derecho de apropiación del remate de la subasta del bien porque la ley ha renunciado a someter a mayores sacrificios a esos acreedores con privilegio especial, hasta entonces limitados por el valor de la garantía.*

(MAYORÍA de 9 votos)

5.- INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y MODIFICACIÓN DEL MISMO

5.1.- En el caso de ejecución de la garantía por el acreedor privilegiado afectado por el convenio ante el incumplimiento del mismo, ¿existe algún límite de plazo para la ejecución separada?

Debe quedar limitado hasta la aprobación del plan de liquidación, en cuyo momento decae el derecho de ejecución separada, artículo 57 de la Ley Concursal, y la realización se hará bajo las directrices de dicho plan.

(UNANIMIDAD)

5.2.- En el caso anterior, ¿opera el límite del valor de la garantía en orden a lo que puede percibir de la realización del bien?

Se ha de estar a lo expuesto en la cuestión del alcance del derecho de apropiación del remate de la subasta. En todo caso, si opera el supuesto del artículo 140.4 párrafo 2º de la Ley Concursal, el derecho a cobrarse se extiende a todo el precio del remate, aún cuando sea superior al valor de la garantía y con el límite del crédito hipotecario, siempre que se trate de uno de los acreedores que reúnan las condiciones previstas en tal precepto.

(UNANIMIDAD)

5.3.- En relación con el régimen transitorio de modificación de convenios incumplidos introducido por la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto-ley 11/2014, ¿puede el deudor adherirse voluntariamente a este procedimiento o es necesario un incumplimiento real y efectivo atribuible a una imposibilidad real de cumplimiento de las obligaciones solutorias (insolvencia)?

No es un cauce de elección voluntaria para el deudor, a fin de reformar o modificar las iniciales medidas incluidas en su convenio judicialmente aprobado, que tiene en principio que cumplirse. El supuesto de hecho que habilita esta posibilidad es el efectivo incumplimiento de dicho convenio que deriva de una incapacidad de pago, y siempre que no se incurra en fraude de ley por el deudor para abrir esta posibilidad.

(UNANIMIDAD)

5.4.- ¿El incumplimiento anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014 que no haya determinado todavía la apertura de la liquidación impide la aplicación de este sistema?

Pueden acogerse a la posibilidad recogida en la Disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley 11/2014 aquellos deudores cuyo convenio haya resultado incumplido antes de la entrada en vigor de esa norma, pero en cuyos concursos no haya sido aún abierta la liquidación (si se ha pedido su apertura, deberá renunciarse a dicha petición e iniciar el trámite de modificación).

(UNANIMIDAD)

5.5.- La mayoría del 30% del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento exigible para que los acreedores puedan presentar una propuesta de modificación, ¿se calcula sobre la base de los textos definitivos de la lista de acreedores o sobre el saldo vivo de la deuda, detrayendo los pagos realizados en caso de convenio parcialmente incumplido?

No tiene por qué atenderse al pasivo fijado en los textos definitivos, en caso de cumplimiento parcial del convenio, sino que tiene legitimación el 30% del pasivo concursal impagado y pendiente en la fecha de presentación de la propuesta de convenio.

(UNANIMIDAD)

5.6.- ¿Debería exigirse que a la propuesta de modificación se acompañe un plan de viabilidad, en orden a que el juez pueda tenerlo en cuenta en el momento de aprobar el convenio, tal y como exige el apartado 4º de la Disposición Transitoria 3ª?

Debe integrarse la norma con las previsiones generales sobre los requisitos formales de la propuesta de convenio, entre los que está la elaboración y aportación del plan de viabilidad, elemento de valoración para los acreedores y el juez, por lo que es exigible su presentación.

(UNANIMIDAD)

5.7.- Las mayorías exigidas para la aceptación de la propuesta de modificación por los acreedores, ¿se calcula sobre la base de los textos definitivos de la lista de acreedores o sobre el saldo vivo de la deuda, detrayendo los pagos realizados en caso de convenio parcialmente

incumplido? En este último caso, ¿quién realiza esos cálculos, dado que el administrador concursal cesó con la aprobación del convenio y el sistema no prevé su reposición en esta fase?

Aunque se ha juzgado oportuno relajar la exigencia del cómputo del 30% para la admisión de la propuesta de convenio (la interpretación favorable a la legitimación para modificar el convenio es en el fondo una interpretación *favor convenii*, ya que el escenario alternativo es la liquidación), para la aprobación parece que en cambio habrá de estarse necesariamente a los textos definitivos del Informe de la Administración concursal, ya que es la única constancia formal de la existencia de acreedores legitimados para el voto y clasificados concursalmente para dar lugar a la extensión de efectos. Además, se evita que pueda ser alterada la mayoría artificiosamente por el propio deudor: de adoptarse otra postura, mediante el pago selectivo a ciertos acreedores podría diluirse su derecho de voto, haciendo aumentar el peso relativo de los impagados que se conoce están a favor de la modificación. Se debe, no obstante, ser consciente de que con la postura aquí defendida se está, paradójicamente, concediendo derecho de voto a acreedores con crédito total o parcialmente extinguido que así habrían de considerarse en un escenario de posterior liquidación, véase el artículo 162 de la Ley Concursal. Cabe esperar, por último, que el Legislador, en el trámite de conversión del Real Decreto-ley 11/2014, aclare el problema que suscitan los textos definitivos no adaptados a las previsiones de la nueva normativa en cuanto a la limitación del crédito con privilegio especial al valor de la garantía de los bienes sobre los que recae.

(MAYORÍA de 9 votos)

En cuanto al cómputo de las mayorías necesarias en los términos empleados por esta disposición, deberá ser realizado por la dirección letrada del propio concursado, dado el cese de la Administración concursal; quedando luego sometida a la contradicción de los acreedores y el examen por parte del Juez.

(UNANIMIDAD)

5.8.- En caso de aceptación de la modificación por los acreedores ¿puede el Juez rechazarla de oficio por aplicación de los criterios del artículo 131 de la Ley Concursal?

Sí puede, aunque el control quedará restringido al examen de legalidad previsto en aquel precepto, sin que proceda ninguna valoración de oportunidad o justificación del sacrificio exigido.

(UNANIMIDAD)

5.9.- Como resultado de la aprobación de la propuesta de modificación, ¿es posible que se supere el límite de 10 años de espera del artículo 124 de la Ley Concursal, al sumar el ya transcurrido en el convenio incumplido con el que se imponga en la modificación?

Debe admitirse tal posibilidad como resultado de adicionar, *de facto*, las esperas previstas originariamente en el convenio aprobado y las de su posterior modificación

a tenor de la Disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley. Lo que no puede la propuesta modificativa de convenio es recoger por sí misma unos límites superiores a los del artículo 124 de la Ley Concursal. Ello además refuerza la idea de que, fuera del cauce estricto de la Disposición Transitoria 3ª, no es posible acudir a una propuesta modificativa de un convenio ya vigente, no sólo por su alegalidad, sino porque en tal supuesto se podrían infringir aquellos límites sin amparo legal alguno, en fraude de ley.

(UNANIMIDAD)

5.10.- ¿Sólo son admisibles las adhesiones a la modificación del convenio realizadas conforme al artículo 103 de la Ley Concursal?

La respuesta debe ser afirmativa: resultan aplicables todas las previsiones formales relativas a la tramitación del convenio concursal que sean conformes a la naturaleza de la modificación introducida por la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto-ley.

(UNANIMIDAD)

5.11.- ¿Es posible obtener la homologación judicial de una refinanciación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal cuando está vigente un convenio? ¿Cuál sería su conjugación con las novaciones individuales negociadas con ciertos acreedores de dicha clase?

No cabe duda de que tal posibilidad es admisible respecto de los acreedores financieros que no estén afectados por el convenio vigente (por ejemplo, acreedores contra la masa). Igualmente la homologación del acuerdo de refinanciación podría arrastrar a los acreedores con privilegio especial que se hubieran mantenido al margen del convenio. En cuanto a los acreedores concursales afectados, parece que también debe admitirse dicha posibilidad, siempre y cuando la homologación no suponga una extensión de efectos a acreedores disidentes de la refinanciación que contradiga las condiciones que el convenio haya establecido para ellos; ni *a sensu contrario* signifique una rebaja de los sacrificios asumidos o impuestos a los acreedores financieros en comparación con los acreedores no financieros, que no podrían verse afectados por el acuerdo de refinanciación homologado.

Si el deudor hubiera negociado individualmente con ciertos acreedores una novación de las condiciones financieras de su crédito, de la que resulten para el acreedor condiciones más gravosas que las fijadas en el acuerdo de refinanciación a homologar, se desprende que no debe suponer la homologación de tal acuerdo una rebaja de las condiciones asumidas individualmente.

(MAYORÍA)

V.- CUESTIONES RELATIVAS A LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS

1º.- Cuando el apartado 3º del artículo 93.2 de la Ley Concursal señala como requisito para la subordinación que “éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º” de dicho apartado, ¿se refiere a los socios comunes o también a las sociedades que formen parte del mismo grupo?

Se refiere exclusivamente al socio común a las sociedades del grupo, y no a las sociedades del grupo mismas, no sólo por lo que se desprende intuitivamente de la dicción literal del precepto, que emplea el determinante “éstos”, sino también por la lógica misma de la norma, ya que la delimitación de las sociedades del mismo grupo no se somete, ni en la Ley Concursal ni en el artículo 42 del Código de Comercio, a la exigencia de la participación relevante mínima exigida en el artículo 93.2.1º de la Ley Concursal, donde cabe admitir que sociedades que no participan de modo directo en aquellos porcentajes, una en el capital de la otra, conformen un grupo de sociedades a todos los efectos.

(UNANIMIDAD)

2º.- ¿Para la consideración de socio común, del artículo 93.2.3º de la Ley Concursal, es preciso que dicho socio tenga participación en todas las sociedades del grupo, o sólo en algunas de las que conforman el grupo?

La norma deja abierta la cuestión de cuándo concurre la consideración de socio común al grupo de sociedades, lo que ha llevado a la doctrina a plantear dudas sobre su alcance, incluso para dar aquí cabida al supuesto de sociedad multigrupo. En una interpretación rigurosa de la regla de postergación concursal de créditos, ha de entenderse que se ostenta la condición de socio común cuando se participa en el capital de todas y cada una de las sociedades del grupo; y en una, al menos, con el porcentaje relevante recogido en el artículo 93.2.1º de la Ley Concursal, la cual no será aquella de cuyo concurso se trate, pues en tal caso la tacha de subordinación derivaría precisamente de la condición de socio de participación relevante y no de la de socio común.

(UNANIMIDAD)

VI.- CUESTIONES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1º.- Cuando en la redacción del párrafo 2º del apartado 1º del artículo 167 de la Ley Concursal, se exime de la apertura de la sección de calificación por aprobación de convenio gravoso que no rebase los umbrales impuestos para todos o algunas clases de acreedores, ¿esas clases han de ser necesariamente las previstas en el artículo 94.2 de la Ley Concursal o puede mantenerse también que concurre la exención de la apertura cuando el trato lo es a favor de clases de acreedores individualizados por causas objetivas, como por ejemplo fecha del devengo del crédito, cuantía del mismo, o por el origen contractual, como créditos derivados de ciertos suministros, etc.?

Debe mantenerse un criterio amplio. Aunque con la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, se han introducido en el artículo 94.2 de la Ley Concursal aquellas subclases de acreedores privilegiados, y a ellos hace una particular referencia el artículo 167.1 párrafo 2º de la Ley Concursal, no parece excluida la posibilidad de que el trato del convenio más favorable pueda ser dispensado a otras clases o tipos de acreedores determinados por criterios objetivos distintos de aquellas subclases legales. El fin de la referencia en el artículo 167.1 párrafo 2º de la Ley Concursal no es alterar la interpretación que ya se venía haciendo de la improcedencia de abrir la sección de calificación en los supuestos ya contemplados, sino ampliar la exención de apertura de la calificación cuando el trato de favor es, precisamente, para ciertas subclases de acreedores privilegiados. Por supuesto, no se exime de la apertura de la calificación por tal causa legal cuando el trato convencional de favor se dispensa a clases acreedores que por su naturaleza no estuvieran ya afectos al convenio, como acreedores públicos por sus privilegios generales. Debe pues tratarse de clases de acreedores que sí estuvieran afectados por el convenio y a quienes se les dispense dicho trato menos gravoso.

(UNANIMIDAD)

2º.- De acuerdo con el tenor literal del artículo 165.4º de la Ley Concursal, ¿qué se entiende por frustrar la consecución de un acuerdo de refinanciación? ¿Se refiere al acuerdo ya logrado cuya ejecución se hace imposible, o abarca también la imposibilidad de alcanzar el acuerdo de refinanciación ante la negativa a aprobar la capitalización?

El supuesto de hecho contemplado en la norma podría darse en ambos supuestos, tanto si la consecución del acuerdo mismo aparece frustrada por la negativa a alcanzar el acuerdo de voluntades de capitalizar crédito, lo que requiere no obstante una particular carga de prueba sobre aquel extremo, como cuando tras alcanzarse el acuerdo, su ejecución se frustra por aquella negativa, más accesible en la acreditación probatoria. Y además, la negativa a la capitalización, que genera la frustración anterior, puede manifestarse intrasocietariamente, tanto por la negativa de los administradores sociales a someter a la Junta de socios el acuerdo de ampliación de capital, como por el rechazo por parte de la Junta de socios a la ampliación propuesta, ya que en ambos casos son comportamientos externamente imputables a la persona jurídica deudora.

(UNANIMIDAD)

3º.- Para integrar la presunción de que la capitalización responde a una causa razonable, en el artículo 165.4º de la Ley Concursal, ¿es necesario que el informe del experto independiente se pronuncie expresamente sobre dicha razonabilidad, o basta con que la misma pueda deducirse de los términos propios de su contenido, previsto en el artículo 71 bis.4 de la Ley Concursal?.

De entrada, debe tenerse presente que si no existe informe al respecto, no hay presunción de que la capitalización propuesta fuese razonable, a estos efectos de la calificación concursal, por lo que dicha cuestión deberá ser objeto de prueba en la sección de calificación, sin interferencia de presunción alguna. Tampoco existirá la presunción cuando concurren igual número de informes que sostengan la razonabilidad de la medida de capitalización que los que rechazan dicho carácter. En todo caso, para generar la presunción de razonabilidad a la que se refiere el precepto, es preciso que el informe contenga un pronunciamiento *ad hoc* sobre dicho juicio de razonabilidad de la capitalización concretamente propuesta, sin que pueda integrarse dicha presunción por deducciones de otros extremos típicos del informe del artículo 71 bis.4 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

4º.- En cuanto al párrafo 2º del artículo 165.4 de la Ley Concursal, y a la exclusión del derecho de adquisición preferente cuando se transmite a una sociedad *holding*, ¿debe ser ésta una entidad controlada por el acreedor transmitente de las participaciones sociales?

Debe partirse de la siguiente reflexión: en la excepción derivada de la transmisión al *holding*, parece que si la norma debe tener un efecto útil, la entidad adquirente deberá estar controlada por el acreedor que ha canjeado el capital (en otro caso, bastaría para sortear la protección del derecho de adquisición preferente de los socios que el comprador constituya un *holding ad hoc*). Si bien podría reprocharse a esta interpretación cierta incompatibilidad con el tenor literal de la norma, que alude a “cualquier entidad”, esa objeción podría superarse fácilmente interpretando que la citada referencia lo que pretende es englobar cualquier tipología societaria que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades, no excluir la exigencia de una vinculación entre la sociedad transmitente y la adquirente. En todo caso, si la compradora está controlada por el acreedor que ha canjeado el capital, formará parte de su grupo, por lo que la previsión se nos antoja igualmente superflua.

No obstante, por criterios de seguridad jurídica, debe mantenerse que el derecho de adquisición preferente puede ser excluido en la transmisión de las participaciones sociales a cualquier sociedad *holding*, controlada o no por el transmitente, siempre y cuando la operación no engendre un fraude de ley, derivado palmariamente del supuesto de constitución de dicha sociedad “ad hoc” para eludir aquel derecho de adquisición preferente de los socios.

(UNANIMIDAD)

5º.- ¿En qué momento del proceso de calificación se verifica la existencia de la presunción de razonabilidad de la capitalización por informe de experto independiente (o mayoría de informes coincidentes, en caso de existir una pluralidad de ellos), a fin de establecer las cargas probatorias de cada parte? ¿Existe una exigencia de aportar esos informes durante el proceso de negociación de la refinanciación?

Debe inicialmente precisarse que se ha utilizado en la formulación de la pregunta la expresión “carga probatoria” de modo impropio, al mero fin de resaltar más plásticamente dónde está la duda interpretativa del precepto, ya que dicha institución de la carga de la prueba, artículo 217 LEC, no tiene por finalidad fijar “ex ante” los extremos que cada parte debe probar en la *litis*, sino determinar “ex post” por el tribunal las consecuencias de la omisión de cierta actividad probatoria. El momento preclusivo para que dichos informes puedan generar la presunción de razonabilidad de la capitalización, y con ello a su vez, se establezca la presunción de culpabilidad concursal por negativa a capitalizar, es aquel en que se manifestó la negativa a capitalizar, ya sea por la oposición a proponerla por el órgano de administración, ya sea por el rechazo de la Junta de socios a admitirla. Es una carga de la parte que invoca dicha presunción de razonabilidad, generada por los informes, probar que fueron emitidos en tiempo hábil para generarla. No obstante, para generar dicha presunción, o combatirla, no es exigencia que el interesado aporte o revele los informes durante el proceso de negociación; y de hecho tales informes podrán ser aportados al incidente de calificación, sin perjuicio de la controversia sobre su fecha de emisión. En todo caso, será relevante para la valoración la fecha de nombramiento del experto independiente por el Registro Mercantil.

(UNANIMIDAD)

6º.- Cuando se delimita el círculo de sujetos afectados por la calificación, en el caso de los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización, ¿opera la misma presunción de razonabilidad de la capitalización prevista en el artículo 165.4º de la Ley Concursal?

Cada norma tiene una finalidad distinta. El artículo 165.4 de la Ley Concursal establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad concursal, mientras que el artículo 172.2.1º de la Ley Concursal tiene como finalidad delimitar el perímetro de sujetos afectados por la calificación. El propósito diferente que anima ambas normas, con un sentido altamente diferenciado, lleva a concluir que, aún cuando el legislador ha utilizado una misma expresión, “causa razonable” en ámbitos normativos tan distintos, el significado jurídico de la expresión debe ser conforme en cada caso con el objeto de la norma, y por tanto, gozar de una entidad distinta.

Así la causa razonable de la oposición del socio, como comportamiento propio suyo, servirá para situarle fuera de la esfera de personas afectadas por la calificación, en aquel concurso que ya habrá sido considerado culpable, por la presunción del artículo 165.4 de la Ley Concursal en atención al comportamiento imputable a la persona jurídica deudora. Por tanto, la existencia de informes que prediquen la razonabilidad de la capitalización, en sede valorativa del artículo 165.4 de la Ley

Concursal, y generen para la calificación de concurso la presunción de que la negativa *del deudor* era irrazonable, no alcanzan por sí solos a extender dicha presunción *al concreto socio*. En otras palabras, no hacen presumir que su negativa a la capitalización era también irrazonable, cuando debe ser juzgada su inclusión en la esfera de personas afectadas. Se abrirá, en este segundo paso del examen jurídico, esa cuestión a la prueba en el proceso contradictorio, y en particular el socio podrá realizar alegaciones personales que acrediten que su oposición a capitalizar era subjetivamente razonable, pese la presunción de irrazonabilidad inferida del informe del experto independiente en el ámbito del artículo 165.4 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

7º.- Cuando en la delimitación de los socios como personas afectas se previene que lo son en función del grado de contribución a la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo, ¿se permite por tal norma graduar el alcance final de su responsabilidad patrimonial, o es sólo una norma de delimitación de socios afectados y no afectados por la calificación?

La norma del artículo 172.2.1º de la Ley Concursal es de delimitación de la esfera de personas afectas y no de gradación de la responsabilidad de las mismas, a lo que se destina el artículo 172 bis de la Ley Concursal. Por tanto, es un juicio destinado a excluir o incluir al socio como persona afectada, con pleno alcance en ambos casos. La extensión de su responsabilidad, en su caso, pertenece a una valoración normativa ulterior. Lo que desde luego no es fácil es el juicio de contribución de cada socio a la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo, ni aún en el caso en que se traslade a este juicio la doctrina jurisprudencial del test de resistencia utilizado en sede de impugnación de acuerdos sociales (ténganse presentes los supuestos de sociedades con capital atomizado, de fijación de agrupación de acciones para obtener derecho de voto, etc. o bien supuestos numéricos de especial dificultad, como el de la sociedad que cuente con cuatro socios, dos de ellos con el 10% de capital cada uno, y dos con el 40% cada uno, donde ha votado a favor de la capitalización sólo uno de los socios que ostentan el 10%, y donde la supresión imaginaria del voto contrario de cada uno de los tres restantes puede conducir a hipótesis de valoración causal paradójicas). En todo caso, deberá considerarse relevante para esta valoración de imputación como persona afectada del socio tanto su voto en contra como su ausencia en la Junta de modo que impida su celebración.

(UNANIMIDAD)

8º.- Del 2º párrafo del artículo 172.2.1º de la Ley Concursal, ¿deriva una presunción de inclusión como persona afectada por la calificación en contra de los administradores que no hubieran recomendado la capitalización?

No, la norma tiene por finalidad establecer la presunción exonerativa contemplada explícitamente en la misma, pero no es posible deducir por el método interpretativo "a sensu contrario", la presunción legal opuesta. La presunción legal exige una norma que la establezca con claridad, artículo 385.1 LEC, sin que por vía

interpretativa pueda inferirse una presunción de sentido contrario a la recogida en el texto legal.

(UNANIMIDAD)

VII.- CUESTIONES RELATIVAS A LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN CUALQUIER FASE DEL CONCURSO

1º.- ¿El artículo 146 *bis* de la Ley Concursal resulta imperativo cualquiera que sea la forma de transmisión de la unidad productiva? ¿Se impone incluso al plan de liquidación, que pudiera aprobarse al amparo del artículo 148 de la Ley Concursal?

De acuerdo con lo recogido en las conclusiones del CONGRESO DE JUECES DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, celebrado en GRANADA en octubre de 2014, es una norma de efectos imperativos, que ha de aplicarse a toda venta de unidad productiva, incluidas las realizadas al amparo del artículo 43 de la Ley Concursal.

(UNANIMIDAD)

2º.- Cesión de contratos al adquirente: ¿debe el adquirente designar de forma precisa los contratos en los que se va a subrogar, artículo 149.4.b) de la Ley Concursal, o se subroga en los afectos a la continuidad de la actividad empresarial/profesional si no manifiesta lo contrario?

Debe especificarse concretamente en el trámite de aprobación judicial, mediante su enumeración identificativa o bien por remisión a la oferta de venta, los contratos que van a ser objeto de cesión al adquirente (en este punto, los Jueces Mercantiles de Madrid consideramos una praxis especialmente aconsejable, que suscribimos e incorporamos por referencia, las prevenciones recogidas en los Acuerdos de los Jueces Mercantiles y Secretarios Judiciales de Catalunya de 3 de julio de 2014, concretamente en el apartado “Las reglas básicas sobre el procedimiento de venta” regla 1ª “La identificación de la unidad productiva y su valoración”). Asimismo es preciso especificar respecto de los restantes contratos, si continúan vigentes de algún modo para el resto de la unidad productiva que no se enajene, o de otras unidades no enajenadas, o bien si se resuelven en interés del concurso. La falta de expresión sobre estos extremos, sin perjuicio de la crítica que pueda merecer tal omisión, determinará que se transmitan al adquirente todos los contratos vigentes que sirven exclusivamente a la unidad productiva enajenada, salvo expresa manifestación contraria al traspaso del adquirente.

(UNANIMIDAD)

3º.- ¿Qué ocurre con los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial/profesional cuya resolución hubiera sido solicitada previamente a la transmisión -*pendente litis*-?

La cesión *ope legis* de estos contratos no supone un saneamiento de situaciones de hecho que hubieran dado lugar al ejercicio de acciones de resolución o incumplimiento contractual y estuvieren pendientes de resolución judicial. Ello sin perjuicio de que pueda la Administración concursal actuar sus facultades especiales

de enervación o rehabilitación de contratos, artículos 62 y ss. de la Ley Concursal, antes de la cesión; así como de la posibilidad de desistir de la acción de resolución en interés del concurso (sin que la previa petición impida el traspaso del contrato).

(UNANIMIDAD)

4º.- En la mención “cuya resolución no hubiera sido solicitada”, ¿se está refiriendo exclusivamente a las acciones de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, o pueden entenderse comprendidas otras acciones previas a la declaración de concurso, como por ejemplo las acciones de desahucio preconcursales?

Incluye toda clase de acciones que puedan continuar pese a la declaración de concurso, en particular el desahucio, y siempre sin perjuicio de las facultades rehabilitadoras de los contratos de la Administración concursal.

(UNANIMIDAD)

5º.- Cabe la cesión de contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial/profesional cuya naturaleza sea “intuitu personae”? El límite del artículo 47 LM ¿es de aplicación en el caso del art. 146 bis de la Ley Concursal?

Debe diferenciarse. Si la facultad de denuncia unilateral del contrato por cambio de la contraparte contratante o incluso *ad nutum* (por ejemplo en el caso del artículo 25 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia) estuviera prevista en el régimen legal del contrato de que se trate, habrá que estar a la previsión del artículo 63.1 de la Ley Concursal, de modo que operará dicha facultad a favor del contratante que vea su relación jurídica cedida a pesar de la previsión del artículo 146 bis.

En el caso de que se trate de cláusulas contractuales de reserva de tal facultad, introducidas por la autonomía de la voluntad de las partes, aún con el fin de reservarse el control de ciertas condiciones especiales de una red de distribución de producto, no operará dicha limitación, y la cesión del artículo 146 bis de la Ley Concursal se impondrá forzosamente. Es cierto que cuando ello ocurra, un franquiciador podría verse por ejemplo expuesto a que se descompongan ciertos elementos esenciales para la imagen de la actividad de la que es cabecera, o la coherencia de su red de distribución, lo que puede resultar en particular gravoso si es especialmente selectiva (el caso paradigmático se daría en las redes de venta de productos de lujo); todo lo cual se trataba de evitar con aquellas cláusulas de control en la cesión de los contratos. Pero esta cuestión no es relevante para oponerse a la autorización de la enajenación de la unidad productiva y la cesión forzosa de los contratos, es un valor que en este ámbito no opera como regla de enjuiciamiento, donde se tienen en consideración otros extremos, puramente concursales. Será una vez autorizada la venta de la unidad productiva, consumada la misma, donde aquel empresario podrá ejercer entonces las acciones civiles pertinentes si, como resultado efectivo de la enajenación, por la cesión del contrato se ha terminado produciendo una dilución de su prestigio o imagen de actividad. Sólo quedan a salvo de dicha cesión de contratos *ope legis* los supuestos en los que se atiende a

la condición del contratante de modo inherente y esencial para la contratación, como (por ejemplo: la prestación de servicios médicos).

(MAYORÍA de 9 votos)

El concurso no tiene un efecto dinamizador del ordenamiento jurídico, y deben seguir rigiendo dentro de él las reglas esenciales de la contratación civil (en particular la regla *pacta sunt servanda* y el principio de que el contrato es ley entre las partes, salvo que medie una expresa e inequívoca previsión legal: artículo 61.3 de la Ley Concursal). Por ello, debería respetarse la vigencia de las cláusulas contractuales que reserven a uno de los contratantes la facultad unilateral de desistimiento por cambio de control de la persona del otro contratante, si además se justifica en necesidades objetivas de la empresa.

(MINORÍA, 2 votos)

6º.- Con carácter previo a la transmisión de la unidad productiva ¿debe acreditarse por el adquirente los requisitos del art 226 de la Ley de Contratos del Sector Público en el caso de los contratos administrativos?

Es preciso acreditar el cumplimiento de dichos requisitos antes de que se produzca efectivamente la transmisión de la unidad productiva y la cesión de los contratos vinculados a la misma.

(UNANIMIDAD)

7º.- ¿Opera la limitación prevista en el artículo 224.2 de la Ley de Contratos del Sector Público respecto de los contratos administrativos vinculados a la unidad productiva que se transmite?

Parece claro que la voluntad del Legislador es superar dicho límite con la nueva regulación de los efectos de la transmisión de la unidad productiva, por lo que tal limitación no opera cuando la cesión del contrato se realice dentro de la transmisión concursal de una unidad productiva.

(UNANIMIDAD)

8º.- Del tenor del artículo 146 bis parece deducirse que la cesión del contrato es obligatoria para el contratante *in bonis*, facultativa para el adquirente cesionario, pero ¿es obligatoria para el concursado? Y ¿para las personas especialmente relacionadas con el concursado?

La transmisión de la unidad productiva en el concurso es un acto liquidativo ejecutado por la Administración concursal, no una venta voluntaria de empresa por el deudor. Por tanto, la decisión sobre tales extremos no corresponde al deudor, a quien se le impone dicho acto de realización de su patrimonio, sino que corresponde en exclusiva a la Administración concursal. Excepción hecha, se entiende del caso en que la venta se lleve a efecto en fase común y bajo régimen de intervención de facultades (en este caso, el inicio del proceso de venta no habrá podido producirse sin el consentimiento del concursado, lo que presupone su

colaboración para la identificación del perímetro de la unidad productiva: una actitud obstruccionista carente de justificación podría motivar una decisión judicial de cambio de facultades y la fácil superación de esa oposición). Cuestión distinta es que la venta de una unidad productiva en fase común difícilmente puede seguirse viendo como un acto conservativo de la masa activa y no como un sucedáneo de la liquidación, anticipada al momento cronológico y procesal que le es propio.

(UNANIMIDAD)

9º.- ¿Qué ocurre con las garantías personales constituidas por terceros accesorias a las relaciones contractuales objeto de cesión?

El casuismo sobre tales extremos puede ser inabarcable, y también muy elevada la complejidad con la que pueden articularse dichas garantías. En principio, dado que la garantía personal es un derecho accesorio, se transmite con la cesión del contrato, que no es voluntaria, sino que opera por mandato legal con el acto liquidativo concursal consistente en la transmisión de la unidad productiva. Y ello aún cuando tales garantías fueran prestadas por personas especialmente relacionadas con el deudor concursado. Tampoco parece que pueda arbitrarse una decisión diferente para el caso en que con tal fianza o aval se hubiera constituido una contragarantía por parte del deudor, la cual quedará anclada al concurso, pese a que se rompa así la coherencia de la relación económica diseñada en su constitución.

(MAYORÍA de 8 votos)

10º.- El adquirente, ¿se subroga en el pasivo de Seguridad Social o puede quedar exonerado? ¿Cuáles son los efectos laborales aludidos por el artículo 149.2 de la Ley Concursal?

De acuerdo con las conclusiones del CONGRESO DE LA ESPECIALIDAD DE JUECES DE LO MERCANTIL, celebrado en GRANADA, en octubre de 2014, el juez del concurso delimitará el perímetro constituido por la unidad productiva que se pretenda enajenar, incluidos qué contratos laborales se transmiten con dicha unidad productiva, a los efectos de la sucesión de deudas laborales y de Seguridad Social impuestas por la norma. Es cierto que ya no cabe mantener la tesis exoneratoria por decisión judicial de las deudas de la TGSS conforme a la doctrina del asunto Llamas, dada la nueva redacción del artículo 149.2 de la Ley Concursal y del propio artículo 146 bis 4 párrafo 1º de la Ley Concursal, sea cual sea la vía de enajenación empleada. Pero dicha responsabilidad del adquirente quedará limitada a las deudas respecto de las relaciones laborales que efectivamente asuma, y no a todas las del establecimiento a las que haga referencia. Sobre esta última cuestión, habrá que estar además a la respuesta que el TJUE dé a la cuestión prejudicial planteada mediante Auto de 11 de diciembre de 2013 por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona en torno a la compatibilidad del régimen anterior al último cambio legal con la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Texto pertinente a efectos del EEE), así como con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los

derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

(UNANIMIDAD)

VIII.- CUESTIONES RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 148 de la Ley Concursal.

1º.- Cuando se dispone la retención del 10% de la masa activa para hacer frente al resultado de los “recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación”, ¿se retiene sólo numerario? ¿Sólo garantiza a los recurrentes de actos en liquidación, lo que excluiría, por ejemplo, impugnaciones de la lista de acreedores, cuando pese a ellas se continúe con la fase de liquidación? Si el recurso no tiene éxito o no se interpone, ¿se reparte lo retenido entre todos o sólo a los que apelaron?

Se trata exclusivamente de una retención en garantía de apelaciones que puedan admitirse, si proceden, contra actos de liquidación, y sólo contra ellos, y no contra otras incidencias procesales, las cuales contarán, en su caso, con sus propias previsiones, cuando así se han querido dotar por voluntad legal, (así por ejemplo en los artículos 97 ter, 87.4 y 96.4 de la Ley Concursal)

No podrá retenerse más que numerario, ninguna otra clase de bienes y derechos. Además, en ningún caso, dicha retención implicará una reserva patrimonial de destino a favor exclusivamente del acreedor que apela contra el acto de liquidación. Finalmente, el reparto se hará conforme a las normas concursales de gradación y orden de pagos, aplicables en cada supuesto.

(UNANIMIDAD)

2º.- En la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, salvo para los acreedores públicos. ¿Está obligado el acreedor a aceptar la cesión? ¿Con arreglo a qué valores ha de hacerse la cesión?

Esta cesión, a diferencia de la prevista en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, sólo puede operar para los acreedores privilegiados especiales, y con pleno respeto a las previsiones del artículo 155.4 de la Ley Concursal.

(MAYORÍA de 10 votos)

ALCANCE DEL ARTÍCULO 149 DE LA LEY CONCURSAL

3º.- ¿Se podrían aplicar las normas contenidas en las reglas legales supletorias del artículo 149.1.3ª de la Ley Concursal relativas a los bienes o derechos afectos a privilegios especiales sobre bienes incluidos en el establecimiento, explotación o unidad productiva que se enajena en su conjunto, a todos los supuestos en que se produzca esta enajenación (en particular por ejemplo, si se contempla en el plan de liquidación)?

Se trata de una norma de mínimos que recoge el trato que imperativamente se ha de dar a dichos acreedores cuando los bienes sobre los que recae la garantía están afectos a la unidad productiva que se transmite, y opera en cualquier vía procesal por la que se enajene la misma (incluyendo la venta articulada en el plan de

liquidación, a menos que el titular del privilegio accediera voluntariamente a una renuncia de mayor alcance de forma expresa o tácita, absteniéndose de impugnar las previsiones divergentes contenidas en el plan de liquidación).

(UNANIMIDAD)

4º.- ¿En qué momento se ha de proceder a la cancelación de cargas por la realización de los bienes del activo, cualquiera que sea su forma de realización?

Dejando al margen la posibilidad de cancelar embargos durante la fase común, que el artículo 55.3 de la Ley Concursal prevé ciñendo su aplicabilidad a la finalidad de facilitar la actividad económica del deudor, la cancelación se producirá con la aprobación del plan de liquidación, siempre y cuando se refieran exclusivamente a trabas derivadas de ejecuciones suspendidas por el concurso, incluso sobre embargos administrativos. La restricción recogida en el artículo 55.3 de la Ley Concursal se está refiriendo a la fase común, donde aún puede operar la dispensa ejecutiva del artículo 55.1 párrafo 2º de la Ley Concursal, pero no a la final liquidación concursal.

En cuanto a las cargas reales, fundamento de privilegios especiales, de conformidad con el artículo 149.3 de la Ley Concursal, la cancelación de las mismas por la realización concursal del bien se hará cuando se apruebe el remate o se autorice en firme la venta de los bienes, si tal autorización judicial constituye el último paso previo a la consumación de la enajenación.

(UNANIMIDAD)

5º.- Cuando en el supuesto del artículo 155.4 párrafo 2º de la Ley Concursal aparece la necesidad de aportar una tasación actualizada, emitida por una entidad homologada, ¿qué ocurre si dicha tasación valora el inmueble por un precio superior al que resultó de la aplicada para fijar el valor de la garantía de acuerdo con el artículo 94.5 de la Ley Concursal? ¿Se altera la extensión del derecho exclusivo y excluyente de cobro del acreedor privilegiado?

Tiene una finalidad distinta. La tasación del artículo 155.4 párrafo 2º de la Ley Concursal sirve para habilitar la posibilidad de realización del bien por ese concreto método y precio propuesto. Es un requisito necesario de acceso a esa vía de liquidación del bien. Pero la valoración de la garantía del acreedor privilegiado ha quedado petrificada en la emisión del informe de la Administración concursal conforme al valor que resulte de las reglas del artículo 94.5 de la Ley Concursal y no puede ser alterada ya en ese momento.

(UNANIMIDAD)

NOTA FINAL DE LOS AUTORES: Los Jueces Mercantiles de Madrid participantes en este trabajo desean dedicar el mismo a su compañero FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN, quien a día de hoy se encuentra de baja médica tras sufrir grave enfermedad durante el desempeño ordinario de su jornada de trabajo al frente del Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid, con el mejor deseo de una pronta recuperación.