

Comentario a la Reforma Concursal del Real Decreto Ley 11/2014

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La reforma aparecida en el BOE del sábado 6 de septiembre plantea problemas sistemáticos y de fondo que no pueden ser tratados en esta nota, con la que se pretende orientar a los operadores en las reglas y problemas que prima facie sugiere la lectura de la norma. Evidentemente, hay que esperar nuevos productos legislativos, de ajuste de la presente reforma con la que se introdujo por el RD 4/2014.

1. Valor de las garantías reales.

Se introducen, en primer lugar, previsiones análogas (con alguna variación de ajuste) a las de la DA 4ª LC (en redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014) relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. Para ello se modifican los artículos 90 y 94.5 de la Ley Concursal.

- a) Para obtener el valor de una garantía se deduce del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien.
- b) También se reduce dicho valor razonable en un diez por ciento, por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.

Explicación Exposición Motivos. *"De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores,*

del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales (...). También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje".

Comentario I. *Pero lo primero siempre ha sido así. Una cosa es que un crédito esté dotado de "garantía real" y otro que sea un crédito privilegiado. Para lo segundo siempre fue preciso que el valor de la garantía cubriera el crédito en determinada medida, y en esa medida sola el crédito era privilegiado. Es una simple operación de avalúo que no introdujo el RDL 4/2014. Por eso, el nuevo art. 90.3, introducido por el RDL 11/2014, es una norma superflua.*

Comentario II. *Si la deducción del 10% obedece a esta ratio, no podrá aplicarse a aquellas garantías que sean absolutamente líquidas y que sólo sufran costes despreciables en ejecución. Por ejemplo, las garantías sobre dinero bajo control del acreedor y sobre instrumentos financieros negociables en un*

mercado regulado o en un sistema multilateral. No necesariamente se trata en este caso de una garantía financiera, exceptuada del sistema concursal ordinario.

Comentario III. *"El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza" (art. 90.3, nuevo). Pero entonces ¿tendrá que ser comunicado ya con este carácter – siquiera como contingente- o se trata de una operación de ajuste de la lista de acreedores que se practica de oficio?*

Comentario IV. *A diferencia de lo dispuesto en la regla 2 de la DA 4ª (¡que no se modifica!), para el cálculo del valor de las garantías no hará falta informe de experto independiente "cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo". Además de ser una regla lógica, acentúa la importancia de las garantías que recaen directa o indirectamente sobre efectivo. Obsérvese que la regla no se aplica a los "créditos en dinero".*

2. Cómputo del quorum y derechos de voto en la junta de acreedores.

El RD Ley atribuye derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían, como son los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso (exceptuando a los que tengan una vinculación especial con el deudor). Hasta ahora sólo se les reconocía derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o (a partir de 2012) cuando se tratase de entidades financieras sujetas a supervisión.

Explicación de la Exposición de Motivos. *"La prevención que existía anteriormente respecto a estos acreedores es que dicha adquisición podía esconder algún tipo de fraude que se quería desincentivar mediante la privación del derecho de voto. Pero el fraude no puede estar en adquirir algo (en este caso un derecho de crédito) a un precio menor que aquél por el que se pretenda vender o realizar, puesto que esto es al fin y al cabo lo propio de la actividad económica de mercado. El verdadero problema estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores. Por ello se reforma no solamente el*

artículo 122 sino también el 93 para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor que, por esta razón, tendrán la condición de acreedores subordinados y carecerán en consecuencia de voto en la junta de acreedores".

De modo digno de nota, ni esta justificación ni esta restricción han pasado en todos sus términos al texto articulado, que se limita (nuevo art. 122) a declarar: "No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso". No se recoge ninguna mención a las adquisiciones "defraudatorias" concertadas con el deudor.

Comentario I. *La justificación de la Exp. de Motivos (repito, no reflejada enteramente luego en el texto articulado) sería correcta. La práctica de la compra masiva al descuento ha sido universal, y los redactores de la LC/2003 creyeron erróneamente que se trata de una perversión propia del sistema de "suspensión de pagos". Hemos tardado 11 años en corregir ese error. También de esta forma tiene que corregirse la jurisprudencia que viene condenando como fraude o abuso la adquisición de créditos concursales al descuento para conseguir un acuerdo "favorable". La solución adoptada es también buena para los acreedores cedentes, que pueden liquidar su posición concursal "por su valor real" sin esperar dilaciones ni mayores costes de liquidación.*

Comentario II. *Hay una carencia de lógica en el nuevo art. 122, como si, efectivamente, al final se hubiera producido por inadvertencia un lapsus entre la Exposición de Motivos y el texto articulado. Si la persona especialmente relacionada ha adquirido "su" crédito directamente del concursado después de la declaración de concurso, no se tratará de un crédito concursal, sino postconcurzal, que no puede, como tal, subordinarse. Otra cosa es que se haya adquirido "el" crédito concursal por cesión de un tercero que a su vez no es un acreedor subordinado. La norma cierra el paso a las (normalmente fraudulentas) sociedades Fénix, que salen a la luz con los mismos perros y distintos collares. ¿Pero siempre será fraudulenta una operación de esta clase?*

3. Contenido del convenio.

Se introducen previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 100 LC. Al igual que se hizo en la DA 4ª en sede de acuerdos homologados preconcursales, los acuerdos de aumento de capital requeridos cuando se trate de capitalización se adoptarán con las mismas mayorías previstas en dicha disposición adicional. También se efectúa una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas. Además se facilita la cesión en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos.

- a) Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores si los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos (art. 100.3 in fine).

Comentario. *Será preciso entonces reconducir el concepto de bien "necesario" al de bien "afecto". Todos los bienes son "necesarios", incluso los inmuebles no afectos, si se pueden monetarizar. No se podrá autorizar la cesión a un acreedor distinto del titular de la garantía real, si la hubiere, con subsistencia de ésta. ¿Qué ocurre si se "impone" a un acreedor por acuerdo una dación en pago de un bien afecto? La norma no permite cesiones para pago (con mandato de venta al acreedor).*

- b) Al margen del convenio y como regla supletoria de liquidación a falta de Plan, el nuevo art. 148.5 prevé que salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155. Curiosamente, se introduce

también en el art. 100.2 la restricción de que, respecto de créditos públicos, no cabe acordar contenidos alternativos distintos de la espera y la quita. Lo que permite dudar de la seriedad del propósito del legislador a la hora de producir una ley como la presente.

Comentario. *Observemos la diferente expresión de apartados 1 y 3 in fine del art. 100. ¿Los créditos públicos no pueden verse sujetos de ninguna manera a contenidos alternativos o simplemente no puede obligarse ("imponerse") este contenido alternativo sin acuerdo de la Administración acreedora? La LC no "prohíbe" (pero acaso sí otras leyes) que las Administraciones Públicas acepten quitas u otros contenidos del convenio, sólo las protege de la heteroeficacia del acuerdo ajeno.*

- c) La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones alternativas, se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original (art. 100.2).

Comentario I. *Repárese que en este caso los distintos "contenidos" del convenio se imponen con la simple mayoría ordinaria del convenio del nuevo art. 124.*

Comentario II. *Dentro de una "clase" (art. 94.5) de acreedores privilegiados, el convenio no puede introducir medidas diversas.*

- d) No se puede imponer la conversión en créditos participativos de los créditos laborales ni los públicos (art. 124.1 a).

4. Quitas, esperas, sindicatos.

Se modifica lo relativo a las votaciones y mayorías en el convenio y a la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias. Se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio (quitas del 50 por ciento y esperas de cinco años)

pero para superar dichos límites se exige una mayoría reforzada del 65 por ciento. Se introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los convenios pre-concursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75 por ciento (artículo 121.4).

- a) En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes (art. 121. 4)

Comentario. *Muy importante la aclaración final, porque viene a colmar una laguna de la DA 4ª. No sólo se "arrastra" el voto disidente para el cómputo de la mayoría correspondiente, sino que se entiende a todos los efectos que los acreedores sindicados renuentes consienten, y, por tanto, no conservarán incólumes sus garantías contra terceros garantes. Para que el arrastre funcione sólo se requiere que en general el convenio se apruebe por la mayoría correspondiente. Si no se aprueba, el arrastre en el sindicato carece de eficacia.*

5. Preliminar a arts. 124, 134 y DT 3ª: el ámbito subjetivo del convenio.

Uno. *Para que sea eficaz y vinculante respecto de acreedores ordinarios, basta que el acuerdo obtenga las mayorías de art. 124. Si hubiera también acreedores con privilegio especial, y se intentara su afectación, pero no se obtuvieran las mayorías de art. 134, el convenio subsistirá, parcialmente, afectando a acreedores ordinarios.*

Dos. *Puede ocurrir también la situación inversa. No se obtienen las mayorías para vincular a ordinarios al contenido del convenio, pero sí para vincular a todas, alguna o algunas de las "clases" de acreedores privilegiados. El convenio valdrá para tales clases. Por lo tanto, para vincular a acreedores con privilegio no es preciso que se reúnan las dobles mayorías, es*

decir, las de 124 más las de 134. Es cierto que el art. 124.2 podía hacer pensar que es preciso en todo caso la vinculación de los ordinarios. Pero no creo que sea éste el propósito de este precepto.

Tres. *Dentro de los acreedores ordinarios no hay "clases". Si el convenio ha de valer, deberá valer frente a todos, o no habrá convenio que afecte a ninguno de ellos.*

Cuatro. *Lo mismo puede decirse en el "convenio novado" de la DT 3ª. Puede novarse para toda la categoría de acreedores (salvo contra la masa), puede novarse para todos los acreedores ordinarios (sujetos al viejo convenio y nuevos ordinarios posteriores: por ejemplo, los "privilegiados" en la medida no cubierta por el "valor de la garantía"), puede novarse para los ordinarios y una o varias clases de privilegiados, o sólo para clases de privilegiados, esto es, para sujetos que no estaban ni siquiera sujetos al primer convenio.*

Cinco. *Mientras que el grupo de acreedores ordinarios no se habla de clases en el art. 124, respecto de los acreedores con privilegio, se vota por clases en el art. 134. El precepto debe entenderse en sus justos términos. Sólo forman parte de la clase (de cada una de las cuatro clases) en el art. 134 los titulares de créditos de la categoría correspondiente (vgr. laborales) y que además se encuentren privilegiados. Los créditos laborales o financieras, etc no privilegiados no forman parte de la clase de créditos laborales, financieros, etc. De hecho, pueden existir cien acreedores financieros, pero sólo habrá un miembro de la clase si sólo uno de aquellos acreedores dispone de privilegio especial.*

6. Acreedores con privilegio especial y sumisión al concurso.

Se introduce una previsión novedosa (nuevo artículo 134.3), que tiene precedente en el Real Decreto-ley 4/2014, sobre la posibilidad de arrastre de créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas (60 y 75%), *el que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase.* Al efecto se distinguen cuatro clases de acreedores con privilegio especial o general (los acreedores ordinarios no se agrupan en "clases"), cada uno

de los cuales "reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso", según la Exp. de Motivos. En primer lugar, los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales) (art. 94.5.2º).

Justificación de la Exposición de Motivos.

"Lo amplio de las mayorías cualificadas exigidas implica necesariamente que se trate de acuerdos fundamentados y acordes con la realidad del concursado y de sus acreedores. Piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores (según los casos) acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor parte posible del crédito pendiente, dichas medidas habrán de ser tanto más duras si el 40 o 25 por ciento restante de los acreedores, respectivamente, no resultan vinculados por el acuerdo mayoritario. Parece que lo cualificado de las mayorías y el hecho de que cada uno acordará para sí mismo el menor de los sacrificios posibles es garantía suficiente de que los acuerdos no se adoptarán con la finalidad de lesionar los intereses de estos acreedores. Esta imposibilidad de lesión se ve reforzada por el establecimiento de las cuatro clases de acreedores antes citadas de manera que en ningún caso podrán imaginarse concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o los públicos que, por su naturaleza, merecen una especial tutela".

Comentario. Fuera de los financieros (entre los que se incluirían los créditos de entidades de arrendamiento financiero), los únicos acreedores profesionales con garantía real, y no simple privilegio de cobro, son los suministradores de bienes bajo reserva de dominio; supuesto marginal en nuestro sistema, por diversas razones que no procede ahora contar. Los privilegiados generales sujetos al art. 134 serán sólo las partes del crédito respectivo que goce de dicho privilegio.

a) El art. 94.5 extiende al convenio concursal las reglas de "cálculo de valor de las garantías" que se contenían en el texto vigente del RD Ley 4/2014, sin modificación apreciable.

b) Según el art. 134.3, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase, según definición del artículo 94.2:a) Del 60 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a).b) Del 75 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b).

Comentario. La Exposición de Motivos introduce la distinción por clases como un reconocimiento de lo que ya se hace en Derecho comparado. Y es cierto, pero no lo es que cada género de acreedor (laboral, financiero, etc) constituya incondicionalmente una clase. La clase no se determina por la cualidad del crédito, sino por la naturaleza de la garantía. Un acreedor financiero con una cesión de crédito futuro en garantía y otro con una hipoteca de primer rango no pertenecen a la misma clase. Es contrafáctica la elucidación que hace la Exposición de que dentro de cada clase serán parejos sacrificios y expectativas. De hecho, en buena lógica, cada acreedor con garantía real (salvo, quizá los miembros de un sindicato) constituiría una clase independiente. Como mucho, una clase debería estar compuesta, en términos del art. 149 (que se refiere a otra cosa) de "acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase".

c) En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase (art. 134.3).

Comentario. Esta regla sólo tendría sentido si la naturaleza de cada garantía fuera la misma. El "valor actual" de un crédito futuro pignorado o de un establecimiento mercantil hipotecado está sujeto a una mayor tasa de depreciación temporal que el valor actual de instrumentos financieros cotizados o inmuebles. Sólo ficticiamente – como opera este legislador- puede sostenerse que estos diversos acreedores financieros enumerados forman parte de la misma clase.

d) Con buena lógica, se modifica ahora el art. 155.2 LC: la administración concursal sólo puede optar por el pago puntual de

los créditos sujetos a garantías reales hasta la medida del valor de la garantía, pues en lo demás se trata de acreedores no privilegiados, que no pueden cobrar por medio de este procedimiento extraordinario.

- e) En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase.

Comentario. *Debería haberse suprimido todo trato diferencial de los acreedores con privilegio general en la fase de convenio. Tales privilegios sólo deberían hacerse significativos en fase de liquidación, como prioridades del pago colectivo. Más aún, si no fuera por la omnímoda presencia de la Administración pública acreedora con privilegio general, los créditos con privilegio general deberían estar ordinariamente sometidos a convenio, y cobrar con preferencia sólo en fase de liquidación.*

- f) Según el art. 140.4, La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. Al igual que en el apartado 11 de la DA 4ª "y con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía" (EM), se establece que si, llegado el caso, el acreedor con privilegio (que hubiera votado a favor de un convenio o se hubiera visto arrastrado por él) tiene que ejecutar la garantía, lo que puede hacer con independencia de la apertura de la fase de liquidación, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario.

Comentario. *Existe una diferencia importante entre este precepto y el apartado 11 de la DA 4ª, pues el primero no prevé el caso en que lo obtenido en ejecución sea inferior al montante del crédito originario, pero mayor o menor que la cifra que resulte de la quita aprobada en el convenio. Repárese que el acreedor con garantía ejecuta separadamente en caso de incumplimiento, sin que sea preciso que sea judicialmente declarado y convertido en resolución. Respecto de la ejecución en fase de liquidación, habrá de respetarse lo dispuesto en el art. 57.3 LC. El art. 140.4 in fine plantea otras dificultades que aquí no se discutirán.*

7. Especialidades de la transmisión de unidades productivas.

A tenor del 146 bis, introducido ahora, en caso de transmisión de unidades productivas se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Comentario I. *La enajenación de unidades productivas se venía realizando en fase común conforme al art. 43.3, que confirma el RD Ley 11/2014, con reenvío a las reglas del art. 146 bis, que es un precepto nuevo, y en fase de convenio, para lo que al presente se reforma el art. 100.2 III. Por su ubicación, el art. 146 bis es una norma de liquidación, pero se encuentra separada de las normas específicas de enajenación de unidades productivas de los arts. 148 y 149. Esta dispersión no tiene sentido. Curiosamente, en materia de contratos y obligaciones laborales subsistentes, el art. 43.3 se remite al art. 146 bis, pero no al 149.2, creando una laguna innecesaria.*

Comentario II. *¿Cómo se puede imponer la cesión de un contrato intuitu personae sin el consentimiento de la contraparte o de contratos con cláusula de confidencialidad o con cláusula de "cambio de control"? ¿Y si, como es habitual, las personas físicas propietarias de la empresa quebrada habían prestado garantías personales o reales? Dice la norma "cuya resolución no hubiese sido solicitada": ¿antes del concurso, durante el concurso o en la fase de liquidación? ¿Con independencia de que se dieran las condiciones de los arts. 61 y 62 LC? Los contratos de licencia de propiedad industrial son especialmente notorios en esta clase.*

- a) También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

- b) Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa.

Comentario. *Es decir, las responsabilidades laborales del art. 44 ET no pueden ser excluidas ni por el adquirente ni por resolución judicial. En realidad, esta salvedad traiciona el sentido y propósito de la reforma, pues son estas deudas preexistentes las que de verdad resultan problemáticas. También es problemático que no se haya hecho mención al art. 44 ET en el art. 149.2, que queda inalterado.*

- c) La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2. La exclusión descrita no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

Comentario. *Lo segundo es evidente y justo. Lo primero no, porque la contraparte ha de mantener los contratos subsistentes y subrogados sin poder ejercitar la resolución por incumplimiento de deudas anteriores a la subrogación, que evidentemente el concursado cedente no pagará. Una vez más, la excepción laboral.*

8. Reglas supletorias de liquidación.

Las reformas introducidas en el art. 149 no de sustancia, y el problema interpretativo y pragmático principal, a saber, las reglas relativas a los efectos laborales de la sucesión de empresa no han sido modificadas.

- a) La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta

quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal.

Comentario. *Para acudir a una forma alternativa a la subasta ya no será precisa que ésta quede desierta. Es lógico, pues las enajenaciones en fase común (art. 43) se venían haciendo sin subasta ni sumisión a las reglas del procedimiento de apremio*

- b) Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4, salvo que estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, en cuyo caso se estará a las siguientes reglas:

Comentario. *Lo relevante de la novedad introducida es que los bienes sujetos a garantía real pueden enajenarse dentro del complejo o unidad productiva del que forman parte, y no tiene el acreedor un derecho incondicional a realizarlos separadamente conforme al art. 155.4 o que se liquiden de forma separada. El tema había sido finalmente resuelto así por el TS, si se respetaban ciertas garantías. Pero se trata de una norma de liquidación colectiva, y el principio de arrastre no se aplicará a la ejecución especial separada – sin liquidación– ni se impondrá en la venta no liquidatoria de unidades productivas.*

Regla 1ª. Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida. Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del

artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza. Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

Comentario. Compleja norma que seguramente se saldrá con un menoscabo adicional para los acreedores con garantía. ¿Por qué la parte "proporcional", dado que no estamos hablando de magnitudes homogéneas, y la garantía puede afectar a un activo singular o a la entera unidad productiva? Al acreedor ha de pagársele de este precio conjunto como poco lo que él podría acreditar que sería el precio del activo con la ejecución separada de la garantía (menos la franquicia del 10%). Es un absurdo que estas cuestiones tengan que decidirse por el voto del 75% del pasivo garantizado perteneciente a la clase de acreedores privilegiados, que no tienen en común, ni siquiera como clase, el tipo de activo afecto (¿o se refiere la norma únicamente a las garantías uniformes de acreedores sindicados?). Obsérvese que no se trata sólo del 75% de la clase, sino del 75% de los acreedores, de esa clase, que tengan derecho de ejecución separada. Por otro lado, ¿será posible que al acreedor se le prive de la posibilidad de ejecución separada cuando sí dispone del derecho a esta ejecución separada por los arts. 56 y 57? ¿Incluso cuando ésta se reanudó conforme al art. 57?

Regla 2ª. Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

Comentario I. Reproduce en términos aproximados el art. 155.3 LC, pero la nueva norma (que debería haber derogado el art. 155.3) limita el supuesto de subsistencia de la garantía a la enajenación en liquidación, y aclara que no será necesario el consentimiento del acreedor a esta novación subjetiva de la deuda. El nuevo art. 149.3 especifica que esta garantía no podrá (lógicamente) ser cancelada por el juez en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de bien afecto. La medida, a pesar de su apariencia, no es muy drástica,

ya que poco valor debe tener como deudor un sujeto que se encuentra en esta fase de concurso liquidatorio. En último extremo, con el viejo y con el nuevo deudor, el acreedor con garantía sólo recibe en esta liquidación el valor de su garantía: todo lo que no pueda cobrar, ahora o antes, de la cosa, es crédito ordinario, sin valor. La norma presupone que la subrogación deuditoria es posible todavía, es decir, que el crédito no esté vencido conforme al plazo original. Si la cosa no es así, y tampoco cabe la rehabilitación, no cabe subrogación, pues no está en poder del juez imponer una modificación objetiva al crédito. Obsérvese que en este caso de subrogación, el cesionario sí se subroga en las deudas preexistentes, frente al art. 146 bis apartado 4.

Comentario II. El adquirente se "subroga en la obligación del deudor", no sólo en la parte de ésta que merezca la condición de privilegio especial por estar cubierta por el "valor" de la garantía determinado conforme al art. 94.5.

Regla 3ª. En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la siguiente información: a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta. c) Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías. d) Incidencia de la oferta sobre los trabajadores. Si la transmisión se realizase mediante enajenación directa, el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido descrito en esta regla. No obstante, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 10 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

Comentario. *¿Y por qué no se aplican estas reglas igualmente a la venta de unidad productiva de arts. 43.3 y 146 bis?*

9. Nuevas clases de acreedores subordinados por especial relación con el concursado.

En el concurso de persona física pasan a ostentar también la condición de acreedor especialmente relacionado, además de las tres clases históricas (parientes):

- a) Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.
- b) Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.
- c) Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

Comentario. *Pero es discutible que esta subordinación no deba limitarse a créditos "por préstamos o actos de análoga finalidad", en el sentido del art. 92.5º, que no ha sido actualizado a los nuevos casos.*

En el concurso de persona jurídica, se equiparan a los "socios" el resto de las personas físicas que estén especialmente relacionadas con los socios.

10. Modificación de convenios concursales incumplidos

La DT 3ª de este RD Ley introduce una balsa de salvación para muchas empresas en concurso, con convenio aprobado, pero de cumplimiento impracticable, que, con la regulación existente hasta ahora estarían abocadas a la fase de liquidación, conforme al art. 140.4 LC. La norma nueva abre la posibilidad de una novación, de una "refinanciación", del convenio existente.

Pasamos a examinar el contenido relevante de la norma

- a) En caso de incumplimiento del convenio en los dos años siguientes a la entrada en vigor de este RD Ley, el deudor o los

acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por este RD Ley. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación.

Comentario I. *¿Y por qué sólo los que se incumplan en los dos años después de la entrada en vigor de RDL 11/2014? ¿Por qué no los que ya estuvieran incumplidos? ¿También se aplica a los incumplimientos continuados, pre y post RD L 11/2014? ¿Qué sentido tiene haber hecho de esta norma una disposición "transitoria" y no una regla estable?*

Comentario II. *Pero no se podrá solicitar la alteración material del convenio por la vía de una refinanciación homologada de la DA 4ª. Ni ahora ni para el futuro, parece. Pero ninguna norma impone la imposibilidad de "refinanciar" la refinanciación homologada de DA 4ª, sin el límite temporal de esta DT 3ª.*

Comentario III. *La solicitud de los acreedores ya debe contar con el 30% para ser admitida a trámite. El 30% exigible no cambia en función de cuál sea la medida que se quiere aprobar y la mayoría que ésta exija. En cualquier caso la cuestión es poco importante, porque el concursado tiene legitimación individual, y él es el primer interesado en la novación. No se exige la presentación en la propuesta de un plan de viabilidad ni informe de auditor ni experto.*

Comentario IV. *¿Y si antes de la presentación de la solicitud se ha solicitado por un acreedor resolución por incumplimiento del convenio o se ha pedido una ejecución por el 140.4 in fine, o por un acreedor con privilegio general (que no estaba sujeto al convenio original) o por un acreedor contra la masa?.*

Comentario V. *La novación sólo puede ser de la clase de los contenidos admitidos como contenido del convenio en los arts. 100 y 124.*

Comentario VI. *El "incumplimiento" habrá de producirse entre 2014 y 2016. ¿Pero cuándo precluye la posibilidad de presentar este nuevo convenio? ¿Y por qué no aún abierta la fase de liquidación?*

- b) De la solicitud se dará traslado, según los casos, al deudor y a los acreedores que

no la hubieran formulado para que en el plazo de diez días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta.

Comentario. *¿Quién confecciona la lista de acreedores para este nuevo convenio? ¡¡El deudor!!.*

- c) Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo: a) En el caso de acreedores ordinarios: 1º. El 60 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.a). 2º. El 75 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.b). b) En el caso de acreedores privilegiados: 1º. El 65 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 1º anterior. 2º El 80 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2, para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 2º anterior.

Comentario I. *Obsérvese que las mayorías requeridas no son las mismas para supuestos equivalentes en arts. 124, 134, DA 4ª y esta DT 3ª.*

Comentario II. *El quorum está compuesto también por acreedores que o bien antes no estaban sujetos al convenio original o bien ni siquiera eran acreedores concursales. Los acreedores del tiempo intermedio que no sean acreedores contra la masa también componen el quorum y pueden ser afectados. Pero no se puede degradar por vía de novación el estatuto de acreedores contra la masa. Y esta divergencia de status creará problemas, evidentemente. Son acreedores del tiempo intermedio los contingentes ya realizados y los otrora "garantizados" en la parte de su crédito no cubierto por el valor de la garantía. El crédito por intereses en el tiempo intermedio también es susceptible de estar sujeto al nuevo convenio.*

Comentario III. *¿Por qué iban a aceptar los miembros de una clase que no estaba sujeta al primer convenio?, ¿qué incentivos tienen para consentir? La norma no permite "cram down" la oposición de una clase cuando no se ha conseguido la mayoría, aunque dicha*

clase no sea negativamente afectada por la reforma.

Comentario IV. *Como ya se ha dicho, cabe una novación que afecte sólo (pero a todos, también a los "nuevos") acreedores ordinarios, o a éstos y una o varias clases de privilegiados, o sólo a una o varias clases de privilegiados, siempre con las correspondientes mayorías. Puede producirse entonces el caso (i) de un acreedor del tipo A (privilegiado) que sea disidente dentro de su clase pero se le imponga el voto mayoritario de esta clase, cuando resulta que los acreedores ordinarios están reclamando la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del viejo convenio.*

Comentario V. *Forzosamente, hay que admitir resoluciones parciales del convenio y liquidación concursales también parciales.*

Comentario VI. *El acuerdo no requiere ser igual para todas las clases, salvo que, para todas las afectadas (cfr. Comentario IV) ha de incluirse como poco una quita y una espera – o mantener la existente-, sin perjuicio de las opciones alternativas. Se trata de otra consecuencia negativa del rigor originario, y mantenido, del art. 100.*

Comentario VII. *Supongamos que el deudor o los acreedores proponentes no quieren modificar el convenio histórico que afecta a los ordinarios y limitarse a un "nuevo" convenio para una o varias clases de privilegiados. De éstos hay que sacar a los acreedores con garantía por la parte del crédito no cubierta por el valor de la garantía. ¿Habrán de votar éstos el primer convenio? No, la sentencia aprobatoria del primer convenio produjo cosa juzgada. Los nuevos acreedores que vayan sujetándose a ese convenio no provocan nuevos quorum ni nuevas votaciones.*

- d) El juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de 10 días. Solo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado.

Comentario I. *Se trata de sentencia, no de auto. No es posible una "impugnación" como la de la regla 7 de la DA 4ª. Pero ha de regir el trámite y motivos de oposición de los arts. 128, 129, 130, 131 LC y de ahí la necesidad*

de que la resolución judicial deba ser sentencia. La jurisprudencia existente está dividida sobre si cabe una "nulidad parcial" del convenio, y las mismas consideraciones valen en el presente caso.

Comentario II. A diferencia de los acuerdos de refinanciación homologados, no cabe oposición fundada en "sacrificio desproporcionado" de una clase o de un grupo de acreedores.

- e) Si se aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados.

Comentario I. ¿Se aplica la regla del 75% de los préstamos sindicados con privilegio especial (art. 121.4), a efectos de privar a los discrepantes de garantía que eventualmente tuvieran contra filiales conforme art. 135 LC? Parece que sí.

Comentario II. ¿Es posible una tercera y sucesivas novaciones de convenios sucesivamente incumplidos? El carácter transitorio de la norma hace irreal esta pregunta en la mayoría de los casos, pero no en todos.

Comentario III. ¿Qué convenio o convenios se resuelve cuando se incumple la novación?

Parece que todo el convenio, con su novación (cfr. art. 140.4º in fine), y se retorna al estado originario previo al primer convenio.

Comentario IV. La conducta del deudor y personas relevantes en el tiempo entre convenios, y eventual apertura de la fase de liquidación, es relevante a efectos de la calificación del concurso culpable por el art. 164.1 LC.

Comentario V. Los acreedores disidentes en este segundo acuerdo conservarán las garantías que tenían contra terceros que hubieren garantizado el cumplimiento del convenio por el deudor.

- f) Lo previsto en esta disposición no será aplicable a los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas en este precepto.

Comentario. Que pueden pedir la declaración de resolución del convenio anterior, y hacer imposible la operación de salvamento, por abrir fase de liquidación. La exclusión de acreedores públicos desmiente que deban votar todas las clases, porque esta clase no vota. Una nueva prueba de que el Gobierno está dispuesto a hacer solidaridad empresarial pero no a costa de los bolsillos propios.