

BROSETA



Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo,
por el que se adoptan medidas urgentes en materia de
refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Marzo 2014

Premio al **Equipo Europeo del Año en
Bancario y Financiero** por The Lawyer



CONTENIDO

Introducción

La comunicación previa de negociaciones (artículo 5 bis de la Ley Concursal)

El nuevo régimen de blindaje de los acuerdos de refinanciación (artículos 71 bis y 72.2 de la Ley Concursal)

El nuevo régimen de homologación de los acuerdos de refinanciación (Disposición Adicional Cuarta)

Novedades en materia de calificación de créditos

Privilegio del *fresh money*

Capitalización de créditos

Administración de hecho

Novedades en materia de calificación del concurso

Otros aspectos relevantes de la reforma

Introducción

El Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (el “RDL” o “RDL 4/2014”) supone un cambio profundo en el régimen español de las operaciones de refinanciación e incorpora algunas de las ideas y mecanismos de gestión extrajudicial de las situaciones de insolvencia que se han venido aplicando en los últimos años en los países de nuestro entorno y que han demostrado una eficacia relevante en el objetivo común de todos los interesados de mantenimiento de la actividad de las empresas en dificultades financieras y de maximizar el valor y capacidad de pago del deudor.

La reforma llevada a cabo por medio de dicho RDL supone, además, una evidente superación de determinados conceptos jurídicos profundamente arraigados en nuestra tradición jurídica, pero que, en el marco de situaciones complejas como suelen ser las situaciones preconcursales, suponían un lastre para la consecución de los objetivos antes mencionados.

El sistema establecido tras la reforma es muchísimo más ambicioso que el sistema anterior, que se conformaba con la extensión de los efectos de la espera a los acreedores disidentes y respetaba de un modo reverencial las garantías reales como un verdadero ámbito intocable sin el consentimiento expreso del acreedor garantizado. El nuevo sistema relativiza la posición de todos los acreedores y busca promover soluciones razonables que se decidan por la mayoría de los acreedores, impidiendo las posiciones de fuerza o veto de los acreedores con menor interés en cada caso, tan habituales en los procesos de refinanciación.

No obstante, el nuevo sistema es también mucho más complejo y, a la vista de las evidentes lagunas en determinados aspectos importantes del sistema, su aplicación práctica va a requerir de un notable esfuerzo por parte de los jueces en colmar esas lagunas y dictar resoluciones que tengan en cuenta el sentido económico, financiero y práctico de las soluciones que se plantean en estos procesos, teniendo siempre presentes las distintas posiciones de partida desde las que cada una de las propias entidades financieras abordan estos procesos.

La comunicación previa de negociaciones (artículo 5 bis de la Ley Concursal)

Hasta la reforma de la Ley Concursal (“LC”) por el RDL 4/2014, la comunicación del deudor al Juzgado manifestando que había iniciado negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio según el artículo 5 bis LC sólo tenía como efecto inmediato evitar la posibilidad de que cualquier acreedor solicitara el concurso necesario del deudor.

La reforma introduce una importante novedad dirigida a proteger la integridad del patrimonio del deudor mientras se mantienen dichas negociaciones. A tal fin, el nuevo artículo 5 bis establece que desde la presentación de la comunicación “no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que

resulten necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor” y las ejecuciones en curso “quedarán suspendidas”.

Dicha suspensión se mantendrá fundamentalmente hasta que:

- a) se formalice el acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis 1 (es decir, el acuerdo aprobado por más de 3/5 del pasivo) en cuyo caso la situación de insolvencia debe entenderse superada (aunque no necesariamente), o
- b) se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o
- c) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, o
- d) se haya declarado el concurso, y

en todo caso, como máximo, hasta que se cumpla el período de cuatro meses (tres meses de duración de las negociaciones más un mes de plazo para presentar la solicitud de concurso voluntario) desde la comunicación de negociaciones.

Es importante destacar que el criterio para determinar las ejecuciones afectadas por dicha limitación al inicio o continuación de los procedimientos ejecutivos es el de “necesidad para la continuidad de la actividad”, que es el mismo criterio que se aplicará a partir de ahora a la suspensión de ejecuciones de garantías reales dentro del concurso. Se trata de una cuestión de hecho que habrá que determinar en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del negocio del deudor.

También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación, lo cual habitualmente se acreditará mediante la carta de *stand still* con la que se suelen iniciar estos procesos de negociación.

Quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público.

El nuevo régimen de blindaje de los acuerdos de refinanciación (artículos 71 bis y 72.2 de la Ley Concursal)

Hasta la aprobación del RDL, el artículo 71.6 establecía un régimen de protección o blindaje de los acuerdos de refinanciación y de los negocios, actos, pagos y garantías constituidas en base a lo acordado en los mismos, siempre que dichos acuerdos de refinanciación cumplieren una serie de requisitos (ampliación significativa del crédito disponible o prórroga del vencimiento del crédito, plan

de viabilidad a corto y medio plazo, aprobación por mayoría cualificada de tres quintos del total del pasivo, informe favorable de experto independiente, instrumentación en documento público). Dicha protección consistía en que dichos acuerdos se declaraban no rescindibles en un eventual concurso posterior salvo a iniciativa de la administración concursal, por lo que los demás acreedores no podrían en ningún caso solicitar la rescisión de dichos acuerdos.

El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación busca facilitar la protección de los mismos, eliminando el requisito del informe de experto independiente. Se añade, no obstante, la certificación del auditor de cuentas para dar certeza al cumplimiento del requisito de la mayoría de tres quintos del pasivo. Puede decirse, por tanto, que cualquier acuerdo de refinanciación que amplíe el crédito disponible u otorgue una prórroga o aplazamiento de la amortización de la financiación en el marco de un plan de viabilidad del deudor a corto y medio plazo gozará de la protección del artículo 71 bis y, por tanto, las garantías y actos, contratos y pagos otorgados no serán rescindibles, si el mismo obtiene una mayoría de tres quintos del pasivo, certificada por el auditor de cuentas y se instrumenta el acuerdo en documento público. Y, además, se incluye una nueva categoría de acuerdos de refinanciación que, sin cumplir los requisitos anteriores, pueden beneficiarse de la protección o blindaje frente a las acciones de rescisión.

Por tanto, el nuevo RDL modifica profundamente el régimen de los acuerdos de refinanciación, siendo las principales novedades introducidas en este ámbito las siguientes:

- a) Se elimina el requisito de que el acuerdo de refinanciación haya sido informado favorablemente por un **experto independiente** designado por el registrador mercantil, aunque puede ser solicitada su designación a instancias del deudor o de cualquier acreedor.

Dicho informe ya no es, por tanto, necesario ni para conseguir el blindaje del artículo 71 bis ni para obtener la homologación judicial del mismo según lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta.

Sin embargo, el papel del informe del experto independiente, conforme a la nueva regulación legal, será importante en los siguientes escenarios:

- (i) Cuando se pretenda la capitalización de las deudas: cuando los socios del deudor se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta, se entenderá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4.
- (ii) Cuando se busque eximir de la obligación de oferta pública de adquisición: no será necesaria dispensa expresa de CNMV cuando el acuerdo de refinanciación haya sido homologado judicialmente y cuente con el informe favorable del experto independiente designado por el Registro Mercantil.

- b) Se introduce la necesidad de **certificación del auditor de cuentas** del deudor (o del designado por el registrador mercantil) sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo.
- c) Se introduce una **nueva categoría de acuerdo de refinanciación blindado**. Además del acuerdo de refinanciación blindado conocido hasta ahora (aprobado por 3/5 del pasivo) (el “**Acuerdo de Refinanciación General**”), el apartado 2 del artículo 71 bis introduce la posibilidad de blindar otros acuerdos de refinanciación que no cumplan los requisitos anteriores pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación (el “**Acuerdo de Refinanciación Especial**”):
- a) *“Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.*
 - b) *Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.*
 - c) *Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta.*
 - d) *Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.*
 - e) *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.”*

A la vista de la justificación de esta figura ofrecida en la Exposición de Motivos, los que hemos denominado Acuerdos de Refinanciación Especiales tratarían de dar cobertura también a acuerdos individuales o que, al menos, no cumplan el requisito de la mayoría anterior, siempre que resulten objetivamente favorables para la continuidad del negocio del deudor y su posición patrimonial. No obstante, los requisitos exigidos (especialmente los referidos en las letras a) y b)) resultan tan difíciles de cumplir en su literalidad en un escenario de dificultad económica del deudor que su aplicación puede ser muy limitada por lo que habrá que estar atento a la interpretación integradora que se hace de dicho precepto por los juzgados.

- d) Por último, el artículo 72.2 cierra el nuevo régimen previsto extendiendo la regulación ya prevista anteriormente a todos los acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71bis (tanto los Acuerdos de Refinanciación Generales como los Acuerdos de Refinanciación Especiales) y refuerza la protección señalando que la administración concursal (única legitimada para ejercitar la acción rescisoria frente a estos acuerdos de refinanciación) sólo podrá fundar su acción en el

incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, imponiendo la carga de la prueba a la administración concursal. En consecuencia, no cabrá el ejercicio de la acción rescisoria sobre la base del perjuicio de la masa activa.

El nuevo régimen de homologación de los acuerdos de refinanciación (Disposición Adicional Cuarta)

El anterior régimen de homologación de acuerdos de refinanciación estaba dirigido únicamente a las “entidades financieras” y pretendía extender a las disidentes únicamente los efectos de la “espera” pactada en un acuerdo de refinanciación que debía cumplir los requisitos para su blindaje frente a las acciones de rescisión excepto la mayoría de los tres quintos del pasivo. Además las “entidades financieras dotadas de garantía real” no podían quedar afectadas por la homologación del acuerdo de refinanciación.

La reforma llevada a cabo por el RDL trata de superar esas limitaciones en cuanto a los sujetos afectados y el objeto o efectos de la homologación, así como facilitar y agilizar, aún más, el procedimiento de homologación.

En primer lugar, en el **ámbito subjetivo**, la homologación no sólo podrá afectar a las “entidades financieras” sino a cualquier acreedor titular de “pasivos financieros” tanto si éstos gozan de garantía real o no, que no hubiese otorgado su consentimiento al acuerdo de refinanciación. También podrán quedar afectados por la homologación los acreedores especialmente relacionados con el deudor. Y, consecuentemente con su naturaleza no financiera, sólo quedan excluidos de la homologación los acreedores comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

El pasivo financiero se determina por la naturaleza de la obligación de la que deriva el crédito o deuda (endeudamiento financiero), al margen de la naturaleza del titular del crédito. En ese sentido el RDL establece que es irrelevante que el acreedor este o no sometido a supervisión prudencial. Por tanto, ya no puede decirse que la homologación judicial es una cuestión de “entidades financieras” sino de “financiadores”.

En segundo lugar, el RDL establece como homologables los acuerdos de refinanciación que cumplan todos los requisitos del artículo 71 bis 1 (los que hemos denominado Acuerdos de Refinanciación Generales) excepto la mayoría de tres quintos del pasivo, que no se exige. Por tanto, no son homologables los Acuerdos de Financiación Especiales. Sin embargo, para poder ser homologables deberán haber sido firmados por acreedores por pasivos financieros que representen al menos el **51 por ciento del pasivo financiero total**. En este sentido, se rebaja el listón para que el acuerdo pueda ser homologado (antes era el 55 por ciento y previamente había sido del 75 por ciento) pero, como indicamos a continuación, para que se produzca la extensión de los efectos del acuerdo a otros acreedores disidentes se exige un porcentaje distinto.

El RDL establece determinadas reglas para la determinación de dicha mayoría del 51 por ciento (se excluyen los pasivos de personas especialmente relacionadas con el deudor, los pasivos comerciales,

los pasivos de derecho público) debiéndose destacar la prevista para los **préstamos sindicados** puesto que establece una norma imperativa en relación con la votación sobre la adhesión o no a los acuerdos de refinanciación. Así, establece que en las operaciones de financiación sindicada se entenderá que han votado a favor de la suscripción del 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 el propio contrato prevea una mayoría inferior a tal efecto en cuyo caso aplicará ésta.

Por ello, aunque la firma del acuerdo de refinanciación suponga la novación de elementos de la financiación sindicada como tipo de interés, fecha de vencimiento, etc. que suelen requerir el acuerdo unánime de todas las entidades participantes, la nueva regulación viene a excepcionar dicha regulación en el caso de los acuerdo de refinanciación, de manera que se someterá a la decisión de la mayoría, que en ningún caso podrá ser superior al 75 por ciento del préstamo sindicado de que se trate.

En tercer lugar, y ya en el ámbito de los efectos de la homologación, cabe destacar que la homologación judicial produce los siguientes efectos:

- a) un **efecto de protección frente a acciones de rescisión** en caso de posterior concurso de acreedores: en este sentido, el acuerdo de refinanciación homologado no podrá ser rescindido ni siquiera a instancias de la administración concursal. Es decir, se entiende que si el juez ha homologado el acuerdo ya ha comprobado la concurrencia de los requisitos del mismo por lo que no procede someter de nuevo a decisión judicial la concurrencia o no de los requisitos para la homologación. No obstante, las demás posibles acciones de impugnación podrían ser ejercitadas por la administración concursal al igual que si se tratara de un acuerdo de refinanciación blindado según el artículo 71 bis.
- b) Un efecto de **cancelación de las ejecuciones singulares** contra el deudor por las deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.
- c) Un efecto de **extensión de efectos a los acreedores financieros disidentes**, dependiendo de los porcentajes de aprobación del acuerdo de refinanciación y, en el caso de los créditos con garantía real, del consenso dentro de la categoría de acreedores garantizados.

Mientras que los efectos indicados en las letras a) y b) anteriores se producen por la homologación para cualquier acuerdo homologable (al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros), sin embargo el efecto de extensión de los efectos a los acreedores disidentes requiere de mayorías reforzadas.

La determinación de la extensión de los efectos de la homologación a los acreedores disidentes se realiza en atención a la naturaleza de los créditos y a su cobertura efectiva por garantía real, y no en atención a la condición del acreedor. De esta forma, ya no se distingue entre acreedores con o sin garantía real, sino entre créditos, o la parte de los créditos, cubiertos efectivamente por la garantía real y los créditos, o la parte de los mismos, no cubiertos por el valor real de dicha garantía real.

En el caso de créditos que “no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real” el régimen de extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación dependerá de que el acuerdo de refinanciación haya sido suscrito por al menos el 60 por ciento del pasivo financiero o por al menos el 75 por ciento del mismo, según se describe en la siguiente tabla:

Efectos	Acuerdo de Refinanciación suscrito por 60%+ del pasivo financiero	Acuerdo de Refinanciación suscrito por 75%+ del pasivo financiero
Espera	Máximo 5 años	Máximo 10 años
Conversión en préstamos participativos	Máximo 5 años	Máximo 10 años
Conversión en obligaciones convertibles o préstamos subordinados o préstamos con intereses capitalizables	No	Si
Conversión en cualquier otro instrumento de rango, vencimiento o características distintas	No	Si
Quitas	No	Si
Conversión de deuda en capital social	No	Sí, pero el acreedor disidente tendrá la posibilidad de evitar la conversión aceptando una quita equivalente
Cesión de bienes en pago total o parcial	No	Sí

Es decir, en el caso de acuerdo de refinanciación aprobados al menos por el 60 por ciento del pasivo financiero se podrán extender a los acreedores disidentes los efectos de la espera (anteriormente bastaba el 55 por ciento) pero limitada a un máximo de 5 años y también podrá extenderse la conversión de créditos en créditos participativos por un plazo tampoco superior a 5 años.

En el caso de créditos con garantía real, por la parte de los mismos que no exceda del valor de la garantía real, se extenderán los efectos señalados en la tabla anterior que hubieran sido pactados en el AR, siempre que se hubieran obtenidos determinados consensos o mayorías dentro de la categoría de los créditos efectivamente garantizados. Dichas mayorías serán:

- a) Si se trata de espera o conversión de deuda en préstamo participativo por un máximo de 5 años, bastará el 65 por ciento;
- b) Si se trata del resto de medidas, será necesario una mayoría del 80%.

El cómputo de dichas mayorías será a buen seguro objeto de concreción en base a pronunciamientos judiciales por cuanto la terminología y sistema utilizados contrasta enormemente con la complejidad

de los paquetes de garantías establecidos habitualmente en operaciones de refinanciación complejas.

El valor de la garantía real será el resultado de la siguiente fórmula:

$$\text{Valor de la Garantía Real} = 9/10 \text{ del valor razonable del bien} - \text{Deudas preferentes sobre el mismo bien}$$

La norma establece criterios de valoración específicos para los valores mobiliarios cotizados (precio medio ponderado en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones) y los bienes inmuebles (informe emitido por sociedad de tasación homologada). Para el resto de bienes, se prevé su valoración mediante informe de experto independiente que deberá ser nombrado por el Registrador Mercantil y que aplicará las normas y principios generalmente reconocidos para cada tipo de bien.

Asimismo se establecen criterios para la determinación de dicho valor de la garantía real en los casos en que la garantía recaiga sobre varios bienes, y en los casos en que la garantía esté constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores. No se prevé el supuesto, tan habitual en las operaciones de refinanciación, en que la garantía real hipotecaria se constituye con el carácter de flotante a favor de varios acreedores pero sin identificación de cuotas de cotitularidad, ni los supuestos en que el objeto de la garantía es cambiante por naturaleza (prenda de derechos de crédito, saldo de la cuenta corriente, existencias, etc.).

Novedades en materia de calificación de créditos

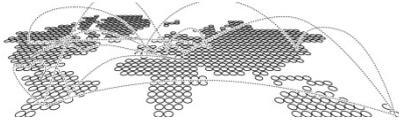
Privilegio del *fresh money*

Con carácter general, se mantiene la regulación del denominado privilegio del *fresh money*, esto es, el 50% de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, tendrán la consideración de créditos contra la masa.

No obstante, se introduce un régimen especial temporal durante los dos años siguientes en virtud del cual los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor del RDL, tendrán la consideración de créditos contra la masa hasta el importe íntegro del nuevo ingreso de tesorería.

En este plazo, resultará aplicable el siguiente régimen jurídico:

- 1) Tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor del real Decreto-ley, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería.
- 2) Esta clasificación también se aplicará a los créditos concedidos en dichos acuerdos de refinanciación por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas, que supongan



nuevos ingresos de tesorería, y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado. En ningún caso, tendrán la consideración de créditos contra la masa los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital.

- 3) Los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería a los que se refieren los números anteriores mantendrán su calificación como créditos subordinados.
- 4) En caso de liquidación, también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 de la Ley Concursal.

Este régimen transitorio responde a una de las reiteradas demandas de los acreedores financieros como medida para incentivar la concesión de nueva financiación. Habría sido deseable que, precisamente para mantener ese incentivo, no se hubiera introducido como un régimen transitorio con una duración limitada a dos años, sino como una modificación permanente de la LC en este punto.

Capitalización de créditos

Los acreedores que capitalicen todos o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo de refinanciación.

En todo caso, entendemos que si el acreedor ya era persona especialmente relacionada con el concursado antes de la referida capitalización, debe entenderse que no se aplicará la referida excepción. En este sentido, resulta destacable lo dispuesto en la exposición de motivos del RDL, que dispone que *“quienes hayan adquirido la condición de socios en virtud de la capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación”*.

El RDL incentiva la capitalización de los créditos mediante los siguientes mecanismos:

- a) en el ámbito fiscal, se ha modificado el régimen de valoración de las operaciones de ampliación de capital por compensación de créditos, que serán valoradas, en lo sucesivo, por el importe del aumento, con independencia de su valoración contable, evitando que la sociedad que capitaliza la deuda deba tributar por el resultado contable que pudiera resultar de la capitalización;
- b) adicionalmente, los acreedores que hayan capitalizado sus créditos y, por tanto, hayan devenido socios o accionistas del deudor, no serán considerados como personas

especialmente relacionadas y, en consecuencia, la financiación que estos otorguen en el marco de la refinanciación, no será calificada, a estos efectos, como subordinada;

- c) de otro lado, se rebajan las mayorías previstas en la Ley de Sociedades de Capital para la suscripción de los acuerdos de ampliación de capital necesarios para hacer efectiva la capitalización, y que, para su validez, habrán de ser adoptados por mayoría ordinaria;
- d) la conversión de deuda en capital de la sociedad deudora puede ser acordada en el marco de un AR cuyos efectos, en virtud de la homologación judicial antes referida, podrían hacerse extensivos a los acreedores disidentes, incluso por la parte de sus créditos con garantía real efectiva.

Administración de hecho

Se introduce también un mecanismo de protección para los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, al establecerse que, salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administrador de hecho *“por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad”*.

Se da respuesta así a una de las cuestiones que ha centrado la atención de la doctrina y la preocupación de las entidades financieras. En las refinanciaciones es frecuente introducir obligaciones de hacer (mandatos de venta, reestructuraciones, etc.) y de no hacer (prohibición de venta de activos, limitaciones al reparto de dividendos, endeudamiento adicional, constitución de garantías, etc.) que han suscitado dudas sobre una eventual calificación de administración de hecho por parte de los acreedores. Esta nueva regulación elimina estas dudas en relación con las obligaciones que asuma el deudor relativas al plan de viabilidad. Habrá que atender, en todo caso, a las obligaciones que se impongan al deudor y que no estén relacionadas con dicho plan.

En todo caso, se establece una presunción contraria a la consideración como administrador de hecho, pero permite la prueba en contrario, por lo que en situaciones evidentes podría intentarse obtener dicha calificación por la administración concursal o los acreedores.



Novedades en materia de calificación del concurso

A efectos de permitir la adecuada instrumentación de los acuerdos de refinanciación que impliquen capitalización de créditos o emisión de valores, se ha introducido una **presunción de dolo o culpa grave** cuando el deudor se hubiese negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o emisión, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación. Se presume que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido por experto independiente con anterioridad a la negativa del deudor.

Dado que la implementación del acuerdo de capitalización de créditos o emisión de valores convertibles en capital requiere el acuerdo de Junta General y, por tanto, el voto favorable de sus socios o accionistas, se introduce la posibilidad de **responsabilidad de los socios o accionistas** del deudor al amparo del artículo 172.2.1º en caso de que no se haya alcanzado el AR como consecuencia de su negativa, sin causa razonable, a la capitalización de créditos, así como a la emisión de valores o instrumentos convertibles. En todo caso, para que los socios puedan incurrir en responsabilidad concursal, es necesario que el acuerdo reconozca en favor de los mismos un derecho de adquisición preferente sobre el capital, valores o instrumentos convertibles emitidos suscritos por los acreedores como consecuencia de dicha capitalización o emisión propuesta.

La responsabilidad en la que pueden incurrir se determinará en función de su contribución a que el acuerdo haya sido rechazado, y se materializará en la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida en que la imposibilidad de alcanzar el acuerdo, a resultas de su negativa, ha generado o agravado la insolvencia.

Se trata de una verdadera excepción al régimen general de limitación de responsabilidad de los socios o accionistas de las sociedades de capital que determina que, ante una determinada situación de dificultad económica, se impone al socio o accionista la obligación de actuar en base al interés de la sociedad deudora y de sus acreedores de viabilizar su situación financiera y permitir la continuidad de su actividad por encima de su propio interés como titular del capital de la sociedad.

OTROS ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA

Tratamiento contable de las operaciones refinanciadas o restructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación.

La disposición adicional primera, con la finalidad de hacer más atractiva para las entidades financieras la formalización de los acuerdos de refinanciación previstos en el nuevo artículo 71 bis o en la Disposición Adicional Cuarta, impone a Banco de España que, en el plazo de un mes, establezca y haga públicos criterios homogéneos para la clasificación como riesgo normal de las operaciones refinanciadas o restructuradas en virtud de dichos acuerdos de refinanciación.

En este sentido, debe recordarse que el Banco de España publicó el pasado 30 de abril de 2013 una carta en la que establecía criterios para el tratamiento contable de las operaciones de refinanciación y reestructuración en las que partía, por defecto, de la consideración de las mismas como “riesgo subestandar”.

Aspectos fiscales

La nueva redacción dada al artículo 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades determina que las operaciones de aumento de capital por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, con independencia de cuál sea la valoración contable. Es decir, aun en aquellos casos en que desde el punto de vista contable sea necesario contabilizar **un ingreso en la sociedad deudora**, como sería el supuesto en el

que el acreedor fuera un socio de la deudora que hubiera adquirido la deuda por debajo de su valor nominal (vid consulta del ICAC número 5, BOICAC 79), desde el punto de vista fiscal se valorará la deuda por el importe del aumento de capital.

De este modo se está evitando que la sociedad que capitaliza la deuda deba tributar por el resultado contable que, en su caso, pueda ponerse de manifiesto como consecuencia de la capitalización.

Por su parte, **el acreedor** tampoco tiene una alteración en la composición de su patrimonio, salvo en aquellos casos que el acreedor hubiera adquirido la deuda a un tercero con carácter derivativo por un precio inferior a su nominal. En tal caso, es decir, cuando el acreedor hubiera adquirido la deuda por debajo de su valor nominal, sí tendrá un ingreso computable en su impuesto personal.

En relación con los ingresos que se puedan poner de manifiesto como consecuencia de **la quita**, por cuanto la reducción del valor de su pasivo tiene como contrapartida un ingreso contable que debe formar parte de su base imponible del Impuesto sobre Sociedades, la modificación operada en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades busca acompasar dicho ingreso con los futuros gastos financieros derivados de la citada deuda.

Así se establece que el ingreso que se ponga de manifiesto se imputará en la base imponible del deudor a medida que proceda registrar con posterioridad gastos financieros derivados de la misma deuda.

Si el ingreso fuera superior a los gastos previstos pendientes de registrar, derivados de la misma deuda, la imputación de aquel en la base imponible se realizará proporcionalmente a los gastos financieros registrados en cada período impositivo respecto de los gastos financieros totales pendientes de registrar derivados de la misma deuda

Estas modificaciones resultan de aplicación a los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014.

En el ámbito de la tributación indirecta, se introduce un nuevo supuesto de exención dentro del artículo 45 del RDL 1/1993, dejando sin tributación a las escrituras que documenten quitas o esperas en el marco de un acuerdo de refinanciación siempre que la condición de sujeto pasivo recaiga en el deudor, con efectos desde el 9 de marzo de 2014.



EQUIPO BANCARIO Y FINANCIERO

Principales contactos



Antonio J. Navarro | Socio
Director Equipo Bancario y Financiero
ajnavarro@broseta.com



Alejandro Ríos | Socio
Director Área Mercantil
arios@broseta.com



Manuel Mingot | Socio
Área Mercantil y Financiera
mmingot@broseta.com



Carmen March | Socia
Área Mercantil
cmarch@broseta.com



Miguel Navarro | Abogado
Área Mercantil y Financiera
mnavarro@broseta.com



Catalina de Pablos | Abogada
Área Mercantil y Financiera
cdpablos@broseta.com



Borja Vázquez | Abogado
Área Mercantil y Financiera
bvazquez@broseta.com



Carlos Ochoa | Abogado
Área Mercantil y Financiera
cochoa@broseta.com

BROSETA



Madrid

Fernando El Santo, 15. 28010
Tel. +34 914 323 144

Valencia

Pascual y Genís, 5. 46002
Tel. +34 963 921 006

Zúrich

Am Schanzengraben, 23. CH-8022
Tel. +41 799 677 786

www.broseta.com | info@broseta.com