

EL NUEVO PARADIGMA CONCURSAL EUROPEO Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL***Juana PULGAR EZQUERRA**

* Este trabajo recoge una versión ampliada de la conferencia impartida en Roma el 30 de junio de 2014, en la Corte de Cassazione, en el Congreso organizado por el Consiglio dell'ordine degli avvocati.

Resumen: El propósito de este artículo es analizar la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014 en un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia, que podría ser el primer paso hacia la armonización de la Ley Concursal en el contexto de la UE. El nuevo paradigma propuesto para la insolvencia empresarial radica en dos razones. En primer lugar, en la prevalencia de acuerdos amistosos prejudiciales. En segundo lugar, en la promoción de soluciones de liberación para los individuos y la creación de entidades unipersonales, que permiten a los individuos ejecutar actividades comerciales bajo un principio de responsabilidad limitada.

Palabras claves: Un nuevo comienzo – refinanciación – equity swap de deuda – autonomía de la voluntad.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the European Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, that might be the first step towards the harmonization of the Insolvency Law in the EU context. The new proposed paradigm for business insolvency lies on two grounds. Firstly, on the prevalence of out of court amicable agreements. Secondly, on the promotion of discharge solutions for individuals and the creation of single member entities, which allow individuals to run business activities under a limited liability principle.

Keywords: Fresh start – refinancing – debt equity swap – autonomy of will

I. EL NUEVO PARADIGMA CONCURSAL EUROPEO

Como es sabido, hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, es incapaz de satisfacerles a todos total o parcialmente. Esta armonización, hasta el momento tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal, a través del reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, actualmente en proceso de revisión normativa (vid European Commission Memo - Brussels 6 junio 2014 <http://ec.europa.eu/Reding>)¹.

Esta ausencia de armonización determina que existan diferencias, en ocasiones sustanciales,

1 No olvidemos, sin embargo, que a nivel europeo se ha perseguido esta armonización desde el año 2000 (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Así, hay que citar la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho Europeo de sociedades; la comunicación sobre el Acta del Mercado Único II (COM (2012), 573 final), con la que la Comisión emprendió la modernización de las normas sobre insolvencia en la Unión Europea. Vid, además, Directiva 2001/23CE, que regula los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas y en particular el artículo 5 relativo a los procedimientos insolvencia.

entre los distintos derechos concursales europeos, en el modo de regular los mecanismos que permitan al deudor superar o al menos minimizar los efectos de su incapacidad de cumplimiento de las obligaciones, lo que, en un contexto de crisis económica como la actual, puede constituir en ocasiones elementos de "forum shopping", "emigrando" los deudores, en particular personas jurídicas hacia modelos normativos europeos que sean más favorables a sus intereses. En este marco, ha de destacarse en el marco de la reestructuración preconcursal empresarial la frecuente "emigración" hacia el modelo de los "schemes of arrangement" regulados en el marco societario del Reino Unido.

No obstante, recientemente la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre "Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial" (2014/135/UE), podría constituir un paso decisivo hacia la construcción de un Derecho Europeo de insolvencia sobre la base de una Directiva Comunitaria sobre esta materia, que regule en un modo armonizado aspectos sustantivos del derecho de insolvencia y no sólo aspectos procesales, como aconteció en el marco del referido reglamento de insolvencia transfronteriza.

Pero si la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 es importante, es no sólo por lo que representa en orden a una armonización del Derecho Europeo de insolvencias, sino porque, además, recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial, referenciado al modelo norteamericano del Chapter XI del Bankruptcy Code, que será determinante de un nuevo sistema y que parece estructurarse en torno a dos ideas básicas: prevalencia de soluciones precontractuales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física.

1. La prevalencia de soluciones preconcursales contractuales de reestructuración

De un lado, la Recomendación de la Comisión establece la conveniencia de la prevalencia de soluciones que podríamos denominar contractualistas a las crisis económicas empresariales de carácter preconcursal, que permitan en una fase temprana reestructurar empresas viables con dificultades financieras, sobre la base de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, sobre todo financieros, maximizándose con ello el valor de los activos, con mantenimiento de los puestos de trabajo. La razón que subyace a esta prevalencia de soluciones contractualistas es clara: con ello se reducen en el marco de autonomía de la voluntad de las partes los costes temporales, económicos y reputacionales que llevan consigo las tradicionales soluciones a las crisis económicas, por la vía de los tradicionales procedimientos judiciales de insolvencia².

La Recomendación de la Comisión, en este ámbito, establece normas mínimas en el marco de la reestructuración preventiva en una fase temprana, tan pronto como sea posible la probabilidad de insolvencia. Se persigue dicha reestructuración sobre la base de acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores, con las mayorías legalmente exigidas y una mínima intervención judicial sin necesidad de incoación de un procedimiento judicial, recomendándose la superación de un principio básico en el marco de la teoría general de obligaciones y contratos como es el principio de relatividad de los contratos (*res inter alia*), haciendo el acuerdo vinculante para todos los acreedores, siempre que haya sido objeto de homologación judicial. Se trata, por tanto, de propiciar acuerdos cuya naturaleza es contractual, alcanzados por régimen de mayorías frente a la clásica necesaria unanimidad de los acuerdos extrajudiciales y en los que se produce una

2 Vid Pulgar Ezquerra "A contractual approach to overindebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy", en AAVV Life Time Contracts. Dir. Luca Nogler/Udo Reifner, Netherland 2014; y, con anterioridad, en la monografía "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación", Madrid 2012, Ed. La Ley.

superación de principios básicos contractuales, como el de relatividad de los contratos, lo que en gran medida se justifica sobre la base de la homologación judicial de que es objeto el acuerdo.

La reestructuración se apoyaría sobre la base de planes de reestructuración en los que se debería individualizar los acreedores afectados por el plan, los efectos de la reestructuración, la garantía de la viabilidad de la actividad empresarial y, en su caso, las condiciones para una nueva financiación.

En relación a los acreedores, con el fin de individualizar su posición en la reestructuración, se recomienda, por la Comisión Europea, su identificación y agrupación en categorías, recomendándose, con el fin de aumentar las perspectivas de reestructuración, que también los acreedores con garantía real puedan resultar afectados por el acuerdo.

Particular atención merece, en las recomendaciones de la Comisión, la nueva financiación, estableciéndose un triple ámbito de protección en casos en que el acuerdo esté homologado

- De un lado, la no rescindibilidad en un eventual concurso de la nueva financiación, venta de activos del deudor y la capitalización de deuda (conversión de deuda en capital),

- De otro, exención para los financiadores de incurrir en una eventual responsabilidad civil (p.e. concesión abusiva de crédito) y penal, en relación con el proceso de reestructuración, todo ello condicionado a que no se compruebe que se ha cometido fraude en relación con la nueva financiación.

2. La introducción de mecanismos de segunda oportunidad: limitación societaria de responsabilidad y condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso de acreedores

De otro lado, el segundo paradigma de lo que podría constituir un futuro Derecho Concursal Europeo, se sitúa en la Recomendación de la Comisión en la necesidad de propiciar mecanismos de segunda oportunidad para los empresarios, en particular de condonación de las deudas contraídas en el curso de la actividad empresarial. Se persigue con ello, que dichos mecanismos operen a modo de "aseguramiento" frente al temor al fracaso empresarial y sus consecuencias, que en ocasiones actúa como un "freno" frente al inicio o desarrollo de actividades empresariales, que por concepto son actividades que conllevan un riesgo³. En este sentido, las Recomendaciones de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 2014, se completan con el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020, de 9 de enero de 2013, que en definitiva persigue la reestructuración de las PYMES y empresarios individuales, idea ésta presente, por otro lado, en diversas recomendaciones de la Comisión Europea.

La propiciación de mecanismos de segunda oportunidad empresarial se centra en empresarios personas físicas, dado que la persona jurídica no los necesita, pues a los mecanismos de limitación de responsabilidad que operan en función del tipo societario exigido por las partes, se añade el hecho de que, concluido un procedimiento concursal, en la generalidad de los modelos europeos de Derecho Concursal, la persona jurídica se extingue. La introducción de mecanismos legales de segunda oportunidad se persigue actualmente en el ámbito europeo por dos vías básicamente: de un lado, la introducción de figuras societarias unipersonales de limitación de responsabilidad, y de otro la introducción o mejora de mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho.

3 Vid Pulgar Ezquerro "Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar" RcP 9/2008, págs. 43-73; más tarde en "El sobreendeudamiento de la persona física". en Anales de la Academia Matritense y del Notariado nº 53, Tomo LIII, págs. 385-424.

2.1 La regulación de formas societarias europeas unipersonales con limitación de responsabilidad

La incentivación del inicio de la actividad empresarial sin temor al fracaso y sus consecuencias, se puede perseguir, de un lado, mediante la propiciación y mejoras de regulación normativa en los distintos países europeos miembros de formas societarias unipersonales que permitan al empresario persona física limitar su responsabilidad, sin necesidad de optar por formas asociativas.

En este marco, ha de destacarse por su relevancia, la propuesta de directiva comunitaria relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. (Doc. CoM (2014) 212 final de 9-4-2014).

En este marco, se proyecta la denominada "Societas Unius Personae (SUP)", que en esencia constituye un régimen especial de sociedad de responsabilidad limitada unipersonal armonizado a nivel comunitario en materia de régimen de constitución, domicilio social, capital mínimo. Ello se persigue sin detrimento de la tutela de los acreedores, proyectándose en este ámbito el denominado "test de solvencia", conforme al cual "la sociedad no deberá realizar distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquélla no pueda pagar sus deudas a medida que vayan vencimiento después de la distribución".

El referido "test de solvencia", conlleva la obligación del administrador social de certificar por escrito que, tras haber investigado a fondo la situación y perspectivas de la Societas Unius Personae, se ha formado una "opinión razonable" de que la sociedad podrá pagar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial, en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios, sancionándose de otro modo a los administradores con su responsabilidad por infracción de las reglas de distribución de beneficios.

Se aproxima, por tanto, en alguna medida en este ámbito, la función y significado de la actuación del administrador social a la de un auditor, que, de un lado, ha de pronunciarse sobre el "going concern" de la sociedad o principio de empresa en funcionamiento; y, de otro, efectuar un juicio de futuro, sobre la previsibilidad de que en el plazo de un año la sociedad podrá atender con la continuidad de su actividad al cumplimiento de sus obligaciones. Ello puede resultar particularmente complejo en aquellos modelos, como el español o el italiano, en los que, hasta el momento y frente a lo que acontece en el Derecho Francés (L 232-2 Code du Commerce Francés), no se regulan documentos contables previsionales sobre los que fundamentar el administrador su previsión de futuro, con el riesgo que ello conlleva en orden a determinar su responsabilidad.

No obstante, y a la espera de la evolución que presente esta propuesta de directiva comunitaria relativa a sociedades europeas unipersonales de responsabilidad limitada, lo importante es lo que conlleva esta propuesta de incentivación del inicio de la actividad empresarial por la vía de la limitación de la responsabilidad por vía societaria del empresario persona física, sin detrimento de la tutela de los acreedores, dado que el "test de solvencia" de la sociedad, en orden a la distribución de beneficios, previsiblemente disuadirá en la práctica de un uso fraudulento de la figura de la Societas Unius Personae (SUP).

2.2 La introducción o mejora de mecanismos legales exoneratorios del pasivo tras la conclusión de un procedimiento concursal

La Recomendación de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 2014, pone el acento en la necesidad de propiciar una segunda oportunidad al empresario persona física, que parece

conectar con la ya tradicional idea de la "second chance" norteamericana, cuyo origen se sitúa en el New Deal Rooseveltiano.

Con esta idea, se trata de que los países miembros introduzcan mecanismos de condonación total del pasivo insatisfecho en un procedimiento concursal, que incentiven el ejercicio de la actividad profesional sin temor al eventual fracaso y sus consecuencias, dado que con dicha condonación se deroga, al menos parcialmente, uno de los principios básicos del Derecho Privado, como lo constituye la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc.

En el ámbito de la Recomendación de la Comisión, se atiende en este marco exclusivamente a la persona física empresario, sin referencia alguna a mecanismos condenatorios respecto de personas físicas consumidoras. Subyace, por tanto, a la recomendación de introducción en los países miembros de mecanismos condonatorios la idea del "fresh start" empresarial. Ello no significa, sin embargo, que se excluya la condonación de los consumidores, que encontraría su fundamento no tanto en un "fresh start", dada la ausencia de desarrollo de una actividad, cuanto en la idea de evitar su "exclusión social", sino más bien un planteamiento al que subyace la idea de que los requisitos y el procedimiento para condonar al empresario y a los consumidores personas físicas deberían ser en los países miembros distintos. Así mismo, parece derivarse de la Recomendación la prevalencia en el momento actual de crisis de la idea del "fresh start" empresarial, como medio de propiciar el mantenimiento del empleo y evitar con ello "exclusión social" a la que puede conducir la pérdida de empleo como consecuencia de la destrucción de valor o la ausencia de iniciativa empresarial.

Nos encontramos, por tanto, ante un planteamiento en el marco de la Recomendación de la Comisión más conservador que el manifestado en el marco del Derecho Norteamericano, en el que, como se sabe, desde los años 80 y en conexión con las prestaciones del estado social del bienestar, ha venido propiciando legalmente la condonación de pasivo insatisfecho no sólo frente a empresarios, sino también respecto a consumidores, personas físicas, evitándose la "deuda perpetua" a que puede conducir la aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial, habiéndose producido en el marco norteamericano importantes debates parlamentarios en los que se ha contrapuesto a los intereses del lobby de la industria del crédito la protección de los consumidores (Elizabeth Warren)⁴.

No obstante, el planteamiento del tema en la Recomendación de 14 de marzo de 2014 es innovador y progresista, frente al tradicional planteamiento de los mecanismos de condonación por los que se ha optado en los países europeos, que hasta este momento han introducido estos mecanismos. En efecto, en la Recomendación parece que se endurecen las condiciones personales exigidas no sólo para el acceso al beneficios de los mecanismos exoneratorios (test de discharge), sino también para su mantenimiento (de empresarios deshonestos o con mala fe tanto antes como después de la insolvencia se habla en el nº 32 de la Recomendación), pero a la vez se amplían y flexibilizan notablemente las deudas comprendidas bajo el ámbito de la exoneración, así como el período de concesión de dicha condonación.

Así se establece que a los empresarios "se les debería condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en el plazo máximo de 3 años". Parece, por tanto, perseguirse la inclusión en el ámbito de la condonación de deudas que tradicionalmente en los países miembros se han excluido

4 Vid Warren "The two income trap: why middleclass mothers and fathers are going broke", New York Basic Book 2003; en Europa, vid los tradicionales planteamientos sobre esta materia de Reifner/Ford "Banking for people: social banking and new poverty". Consumer debts and unemployment in Europe", Berlín/New York 1992.

de la condonación (p.e. créditos públicos o la responsabilidad extracontractual), sin perjuicio de admitir que los estados miembros puedan excluir algunas categorías específicas de deudas como "las conectadas a la responsabilidad derivada de delito".

Así mismo, se reduce el plazo en el que se conceda la condonación a tres años, frente a los tradicionalmente largos períodos de concesión de la condonación en modelos que recogen "test de discharge" con anterioridad y posterioridad a la exoneración, como el alemán, que por cierto en la última reforma del Derecho de insolvencia de la persona física, de 15 de julio de 2013 (Insolvenzrechtsreform - treten - zum 1-7-2014 des Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens), que entrará en vigor el 1 de julio de 2014, ha procedido ya a la reducción de dichos plazos tradicionalmente largos.

II. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE MECANISMOS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

En el Derecho Español, desde la aprobación de la Ley Concursal 22/2003, se optó, frente al modelo italiano, por un principio de unidad legal, subjetiva y procedimental, en el que mecanismos legales de condonación del pasivo, esto es, con independencia de la voluntad de los acreedores y dejando al margen la exoneración del pasivo en sentido impropio, que provendría de la eficacia novatoria del convenio concursal, se han introducido en fecha reciente a través de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En efecto, hasta esa fecha, la preocupación en España se había venido centrando, de un lado, en las grandes empresas respecto de las que desde 2009 se venían regulando procedimientos de refinanciación de deuda con reestructuración; y, de otro, en el tratamiento del deudor hipotecario, en el que la célebre sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Luxemburgo sobre el caso Aziz marcó un antes y un después, en esta materia (vid RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y Ley 1/2013, de 14 de marzo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que a su vez ha modificado el RDL 6/2012)⁵.

En el modelo español, respecto de la opción de política jurídica sobre el ámbito subjetivo de estos mecanismos exoneratorios, parece convivir la idea de propiciación del "fresh start" con la evitación de la "exclusión social", centrándose en el establecimiento de mecanismos no sólo para el deudor empresario persona física (mecanismos del art. 242.2.5 LC), como acontece en el modelo italiano y se deriva de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sino también para todo deudor que pueda tener acceso al concurso de acreedores, esto es con independencia de su condición empresarial, por la vía del mecanismo contenido en el art. 178.2 LC.

No obstante, esta amplitud en el modelo español, en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de los mecanismos exoneratorios, contrasta notablemente con el reducido ámbito material de deudas excluidas de la exoneración. Ello, unido a las deficiencias de técnica jurídica que se advierten en su configuración, permite sostener que la incorporación al Derecho Español de mecanismos legales exoneratorios del pasivo insatisfecho ha sido más formal que material, teniendo por tanto el modelo español un importante reto en orden a adaptar este derecho en

⁵ Vid Pulgar Ezquerro "El sobreendeudamiento de la persona física", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo III, págs. 385-424.

2015 a las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión Europea.

En este sentido, en el modelo español y frente a las previsiones recogidas en la Recomendación de la Comisión Europea, se establecen unos bajos estándares de acceso a los mecanismos exoneratorios, de modo que casi cualquier deudor podría ser candidato a acceder a la exoneración, bajo la condición de que el concurso no sea culpable, lo que en modo alguno es identificable con la buena fe del deudor. Por el contrario, y de nuevo en sentido contrario a las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea, en el modelo español se exige satisfacer un elevado porcentaje de la deuda (créditos contra la masa en su integridad, privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios en el mecanismo exoneratorio previsto para todo deudor, con independencia de su condición empresarial). Si a ello se añade el amplio elenco de deudas que resultan exceptuadas de la exoneración en el modelo español, entre las que destacan en particular los créditos de naturaleza pública, puede concluirse que la exoneración de pasivo es más formal que material.

III. MECANISMOS DE REFINANCIACIÓN CON REESTRUCTURACIÓN EN EL MODELO ESPAÑOL

Más operativa y avanzada, anticipándose en ocasiones el modelo español a las previsiones de la Recomendación de la Comisión de 14 de marzo de 2014, ha sido la regulación en el modelo español de mecanismos de refinanciación con reestructuración.

En efecto, el RDL 5/2009 inicia, sobre la base del modelo italiano de los "Accordi di ristrutturazione", la regulación legal de los acuerdos de refinanciación preconcursales en el marco de la prevalencia de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 Cc, dotándose de "escudos protectores" en sede rescisoria, a modo de los "umbrella protettivi" italianos. Más tarde, la L 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, amplía la tipología de acuerdos protegidos regulados introduciéndose los acuerdos de refinanciación con homologación judicial y ampliándose la protección en sede concursal, no sólo a efectos rescisorios, sino mediante la introducción, aun cuando en aquel momento en un modo que podría calificarse como "light", del privilegio de la nueva financiación aportada en el marco de un acuerdo de refinanciación protegido (50% crédito prededucible contra masa, 50% privilegio general y exclusión respecto de socios) ("fresh money" preconcursal).

Más tarde, en virtud de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se vuelven a reformar estos institutos preconcursales de refinanciación, pensados dada su estructura para grandes empresas, aun cuando no tanto porque el legislador expresamente limite a este ámbito su operatividad como pueda acontecer, por ejemplo, respecto del procedimiento de la Amministrazione straordinaria italiana. Por ello, en virtud de dicha Ley, se configuran como novedad en el Derecho Español, coexistiendo con la regulación de los acuerdos de refinanciación los denominados acuerdos extrajudiciales de pago, estructurados sobre la base de la mediación, siguiendo el modelo francés de la "conciliation" y pensados, al menos en teoría, para pequeñas y medianas empresas, aun cuando de nuevo con deficiencias técnicas en su regulación, que hacen cuestionar su operatividad en la práctica, por lo que los referidos "acuerdos extrajudiciales de pagos" están siendo en el momento actual objeto de revisión en una próxima reforma concursal que actualmente se está debatiendo en las Cortes Españolas.

Sin embargo, puede sostenerse que ha sido el Real Decreto 4/2014, en el momento en que se cierra este trabajo, también en tramitación parlamentaria en orden a su tramitación como ley ordinaria, la normativa que ha dado un paso más decisivo e innovador en relación a la regulación y

configuración de operativos acuerdos de refinanciación, alejándonos del modelo italiano inicialmente adoptado en España en esta regulación y aproximándonos al modelo de los schemes of arrangement del Reino Unido. Con ello, el redactor de la norma, que en este caso ha sido el Ministerio de Economía y no de Justicia, dado el proceso de tecnificación sobre la base de criterios económicos del que progresivamente ha sido objeto el Derecho Español, en parte dado el proceso de supervisión por la Troika de que ha venido siendo objeto España en los últimos años, se ha adelantado en gran medida y en ocasiones ha ido incluso más allá de las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión de 14 de marzo de 2014.

En este sentido, las principales innovaciones introducidas hasta el momento en que se cierra la redacción del presente trabajo, han sido las siguientes.

1. Nueva tipología de acuerdos de refinanciación protegidos

Frente al planteamiento inicial en Derecho Español, que sólo protegía acuerdos de refinanciación plurilaterales alcanzados entre el deudor y una pluralidad de sus acreedores, en el RDL 4/2014 se amplía la tipología de acuerdos protegidos en un eventual escenario concursal, distinguiéndose:

- Acuerdos plurilaterales con mayorías y cumplimiento de requisitos legales, con o sin homologación judicial (DA 4ª LC) (art. 71.bis.1 LC): ampliación significativa del crédito disponible o novación modificativa o extintiva y certificación de auditores y elevación a instrumento público, habiendo desaparecido la obligación de informe de experto independiente y regulándose las mayorías exigidas en función del carácter homologado o no del acuerdo y de los efectos que se persigan alcanzar.

- Acuerdos bilaterales o plurilaterales que carecen de las mayorías legalmente exigidas o de otros requisitos legales. Estos acuerdos no pueden ser objeto de homologación judicial.

Ambas categorías de acuerdos disfrutan de protección rescisoria y privilegio de la nueva financiación ("fresh money") en un eventual procedimiento concursal.

2. Régimen transitorio del privilegio de la nueva financiación ("fresh money")

El modelo español en materia de reconocimiento del privilegio de la nueva financiación ("fresh money") en el marco de un acuerdo de refinanciación, presentaba importantes "handicaps", que se centraban, de un lado, en que era prededucible no el 100% de lo aportado sino sólo el 50%, y de otro en la exclusión de dicho privilegio de las aportaciones en concepto de préstamo procedente de socios (financiación interna), pues bien, el redactor del RDL 4/2014 ha intentado superar dichas deficiencias en virtud de este Real Decreto Ley 4/2014.

Así, ha establecido prededucibilidad del 100% de lo aportado como nuevo ingreso de tesorería, con arreglo a las previsiones del plan de viabilidad, con inclusión de la financiación de socios. No obstante ello, en un modo transitorio, sólo en tanto en cuanto la financiación se aporte dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor del RDL 4/2014 y siempre que el concurso de acreedores se declare dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicho Real Decreto Ley.

Se persigue con ello propiciar la financiación que se aporta en sede preconcursal, en el marco de un acuerdo de refinanciación, con incremento de riesgo crediticio, aun cuando ello en un modo transitorio, probablemente en la previsión de la superación de la actual crisis económica.

3. Nuevo marco de homologación de acuerdos de refinanciación, superación del principio de

relatividad de los contratos y garantías reales

La homologación por el juez de lo mercantil, que sería en su caso competente para declarar el concurso del acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor con sus acreedores, constituye una opción del deudor y sus acreedores y en modo alguno una obligación. Dicha homologación, que sólo es posible respecto de acuerdos en que se alcancen los porcentajes legalmente exigidos de acreedores titulares de pasivo financiero, se encuadraría en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria, al no resolver ninguna controversia, limitándose el juez a aprobar, con arreglo a los criterios legalmente establecidos, lo que las partes -deudor y acreedores- han acordado, con cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos.

No obstante el carácter facultativo de la homologación, ésta puede resultar conveniente si, además de obtener una protección rescisoria y un privilegio para la nueva financiación, se quieren obtener otros efectos, que conllevan una superación del principio de relatividad de los contratos en función de las mayorías con que se alcance un acuerdo de refinanciación homologado.

En este sentido, un acuerdo se puede homologar si el juez comprueba los requisitos legales (mayorías exigidas, certificado de auditor sobre las mayorías y elevación a instrumento público) y concurre al menos un 51% del pasivo financiero, del que se excluyen créditos públicos y proveedores, aun cuando procedan a pasar de un corto a largo plazo.

La homologación con estos porcentajes de pasivo sólo permite disfrutar de protección rescisoria en un eventual concurso, pero, si se supera ese 51%, alcanzándose un 60, 65, 80, 85 por ciento, con arreglo a las previsiones legales contenidas en la DA 4ª LC, se pueden alcanzar otros efectos, además de la protección rescisoria.

En este sentido, se puede imponer a acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo el contenido del acuerdo de refinanciación, no sólo en lo relativo a esperas sino también quitas, daciones de pagos o incluso capitalizaciones de deuda. No obstante, esta extensión se produciría no respecto a cualquier acreedor, sino tan sólo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes en el acuerdo.

Esta extensión del contenido del acuerdo de refinanciación que no constituye sino la renegociación de un contrato, no obstante la homologación judicial de que es objeto, supone una derogación del principio de relatividad de los contratos (res inter alios), extendiéndose el contenido de dicha renegociación a quienes no habían participado o habían disentido de ésta.

Esta superación del principio de relatividad contractual, en el modelo español, puede acontecer incluso respecto de acreedores titulares de pasivo financiero dotado de garantía real, no sólo hasta donde no alcance la garantía, ámbito en el que serían equiparables a los acreedores ordinarios, sino también incluso respecto de donde ésta alcance, con arreglo a un criterio de valoración de la garantía establecido en la DA 4ª.2 LC.

Así mismo, en supuestos en que el acuerdo de refinanciación esté homologado y se acompañe de un informe de experto independiente designado por el registrador mercantil, es posible imponer ciertos contenidos del acuerdo al deudor y en particular una capitalización de deuda. En este marco, en virtud del RDL 4/2014, se introduce en el Derecho Concursal Español una presunción de concurso culpable respecto de socios que sin causa razonable se nieguen a capitalizar (presunción iuris tantum) excluyendo el administrador social su responsabilidad si aconsejare la razonabilidad de la capitalización. Se incentiva de este modelo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de

acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización en sus cuentas de resultados.

Ello constituye uno de los aspectos más novedosos e importantes de la reforma acometida en virtud del RDL 4/2014, pues dicha capitalización obligatoria en los casos legalmente establecidos parecería conectar con temas de "governance", pudiendo permitir cambios en la toma de control empresarial, con aligeramiento de los requisitos legalmente previstos para ello (p.e. exclusión de la obligación de lanzar OPA si se superan los límites legales, sin necesidad de autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, atenuación del régimen fiscal de la capitalización ...) y sin los riesgos que dicha capitalización podría conllevar en un escenario concursal (posición subordinada si se superan ciertos límites de participación accionarial o administración de hecho).

En definitiva, se trata de una reforma muy avanzada que altera principios básicos del Derecho Privado (responsabilidad patrimonial universal) (relatividad de los contratos) y del Derecho de Sociedades (imposición de capitalización mediante aumento de capital por compensación de créditos), pero que, insistimos, en el momento de cierre de este trabajo se encuentra en proceso de tramitación parlamentaria como ley ordinaria, ámbito en que lo analizado podría ser objeto de cambios o incluso ampliado en su contenido.