

I FORO CONCURSAL DEL TAP

REFORMA Y MODIFICACIONES DE LA LEY CONCURSAL

BILBAO, 11 DE DICIEMBRE DE 2014

Efectos de la reforma sobre la calificación de los créditos

RAFAEL YANGUELA CRIADO

JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 Y DE LO MERCANTIL DE
LOGROÑO

1º INTRODUCCIÓN

La presente ponencia se realiza con la intención de profundizar y analizar los efectos de las reformas habidas en el año 2014 en la ley concursal, desde el punto de vista de las consecuencias que para la calificación de los créditos se han producido, que no son pocas, y que afectan a varios puntos de la ley concursal, y en especial, en referencia a los siguientes aspectos:

- **Efectos de la calificación de los créditos.**
- **Efectos en la calificación del concurso.**
- **Efectos en la propuesta de convenio.**
- **Efectos en las liquidaciones de unidades productivas.**
- **efectos sobre el convenio**

2º EFECTOS SOBRE LA CALIFICACIÓN DE CRÉDITOS

Varias son las novedades que la nueva legislación otorga en referencia al reconocimiento de los créditos y a su calificación, que vamos a tratar de examinar de manera somera en esta ponencia

✓ EL TRATAMIENTO DE LOS NUEVOS INGRESOS DE TESORERÍA. Art. 84.2.11 y D.A. 2^a RDL 4/14.

Uno de los primeros efectos que la reforma trata es la consideración como crédito contra la masa en referencia a aquellos créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el art. 71.bis o DA 4º y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

Sin embargo es de destacar que hasta el 9 de marzo de 2016 la aplicación del artículo 91.6 de la LC esta suspendida por efecto de la DA 2^a del RD 4/2014.

Así los créditos concedidos quedarán de la siguiente manera:

- 50% del *freshmoney*, crédito contra la masa art. 84.2.11 LC
- 50% privilegio general del art. 91.6º LC

- 100% durante dos años. Objetivo, incentivar la financiación adicional para garantizar la viabilidad de la empresa y con ella la del propio AR.

✓ EL NUEVO TRATAMIENTO DE LOS PRIVILEGIOS ESPECIALES, ART 90.3 RD
11/2014 : EL VALOR REAL DE LAS GARANTÍAS

La reforma de la ley concursal del año 2014 se ha centrado en evaluar el verdadero alcance los privilegios, acordes con la situación real del bien y la existencia de créditos con garantía real que tiene carácter preferente sobre el mismo bien y que dejan prácticamente sin efecto el alcance de segundas o ulteriores garantías que nunca podrán cobrar del valor de realización de dicho bien, tratando de incorporar tal filosofía al ámbito concursal, y en especial al peso de tales privilegios especiales pudieran tener en las diferentes fases del mismo.

Así nos dice expresamente la exposición de motivos del citado RD 11/14 de 5 de septiembre que “*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. Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir 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. 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.*

Piénsese que de no adoptarse una medida como la presente resulta que los créditos privilegiados pueden multiplicarse ad infinitum cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que el valor de dicho bien se vea en absoluto incrementado. Por poner un ejemplo práctico, hoy por hoy es posible tener cinco hipotecas de 100 sobre un bien que vale 100, llegándose así al absurdo de tener un pasivo privilegiado a efectos concursales por 500 garantizados por un bien que vale 100. No debe olvidarse, por otro lado, que uno

de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de pars conditio creditorum y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento.

Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza.

✓ **EL VALOR REAL DE LAS GARANTÍAS**

- ✓ - Artículo 90.3: “el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que excede del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”.

¿El exceso será siempre ordinario, por remisión del art. 157.2 LC, o por el contrario podrá también ser privilegiado, por la nueva remisión del art. 90.3 LC?

- ✓ - Artículo 94.5:

- deducción de las 9/10 partes del valor razonable las deudas pendientes con garantía preferente
- No inferior a cero ni superior al valor de crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignorática que se hubiese pactado,
- Valor razonable:
 - valores mobiliarios: precio medio ponderado de la negociación del último trimestre
 - Bienes inmuebles: informe emitido por sociedad de tasación homologada (salvo ya realizada seis meses anteriores o cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposición a plazo fijo).
 - Resto de bienes: informe de experto independiente

Se suscita la duda sobre quién y cómo se deben aportar estos informes: el inventario de los bienes lo debe realizar la AC (art. 75 LC), la cual tiene la facultad de hacerse asesorar para valorar los bienes del activo por expertos independientes (83.1 LC), pero no es un deber sino una potestad. En cuanto al Avalúo de los bienes el art. 82.3 establece que se hará conforme a su valor de mercado por la AC.

Llegados a este punto, se abre la disyuntiva de optar, habida cuenta de que los informes del experto independiente que puedan establecer el avalúo de la AC serán de cuenta de su retribución, 83.3 LC, y la disponibilidad de líquido con el que abonar tales informes es reducida en la mayoría de los concursos, o bien por una solución práctica, que suponga que la AC valore tales bienes por mera referencia o valor estimativo con los datos que obren en el concurso y de los que pueda disponer (escrituras, inventario presentado con la solicitud art. 6.2 LC, valores estimativos de mercado tomando como referencia anuncios o valores

catastrales de público acceso.....), lo que puede suponer cierto riesgo de discordancias con la evolución real del mercado y la rápida depreciación que pueden sufrir determinados bienes, principalmente inmuebles o negocios en funcionamiento en caso de cese de actividad, o bien se puede optar por una segunda opción, cual es aprovechar la comunicación de créditos para exigir a aquellos que quieran hacer valer un privilegio especial sobre determinado bien para exigirles la determinación del valor de la garantía con su comunicación de crédito, los cuales podrán, y además serán los más interesados en que el valor razonable del bien para la determinación del valor de la garantía sea lo más elevado posible, principalmente en caso de no ser el preferente, pues en otro caso una valoración de un tercero pudiera dejar su crédito rebajado a ordinario.

En este caso parece que lo lógico será pensar en que, si la valoración realizada por el acreedor se ajusta a las exigencias del art. 94.5, la AC deberá aceptar tal valoración, salvo que en concurso obren otros documentos que también se ajusten a las exigencias del art. 94.5 que arrojen un resultado distinto, en cuyo caso la AC deberá elegir la que entienda reúna mayores garantías, dejando abierta en todo caso la vía incidental del art. 96 LC para dirimir cual es la tasación adecuada.

Finalmente surge la duda de si al comunicar habrá que comunicar ya el valor de la garantía (siquiera como contingente), o sin embargo será posteriormente, a la luz de las comunicaciones, donde se determinará el valor de la misma, pareciendo más lógica esta segunda postura, modificándose por la AC a la vista de las diferentes comunicaciones y datos obrantes en el concurso.

Por otro lado es incongruente extender la deducción del 10%, cuya justificación conforme a la exposición de motivos se debe a los costes y dilaciones de una posible ejecución separada del bien, a aquellas garantías que son líquidas y no sufren costes de ejecución, como serían las que se extienden sobre dinero o instrumentos financieros negociables en un mercado regulado.

Otro problema volverá a ser, debido a su necesaria determinación en este momento para ver el valor de la garantía correspondiente, como debe valorarse la prenda que recae sobre créditos futuros, pues se desconoce si surgirá y su extensión, y su valoración puede realizarse bajo tesis maximalistas (9/10 partes del importe máximo garantizado con la prenda), o de racionalidad (basado en estudios de mercado o de expectativas), y cuya fijación podrá afectar significativamente al importe del crédito y sus efectos, principalmente en cuanto a los efectos en un escenario de convenio.

✓ LA CLASIFICACION DE CRÉDITOS

- Artículo 94.2: se establece una clasificación de los acreedores con privilegio general o especial:
 - 1.^º Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1
 - 2.^º Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público.
 - 3.^º Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.
 - Importante se extiende a cualquier acreedor, lo importante es la naturaleza jurídica del crédito, no la condición subjetiva del mismo
 - 4.^º Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.

Surge una nueva clase de créditos, y también podría dar pie a un nuevo incidente, el de aquel que ha sido incluido indebidamente en una u otra categoría, y no quiere verse arrastrado en el convenio por el voto favorable de los mismos.

✓ CREDITOS SUBORDINADOS

-
- **PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS**
- Artículo 93.1: se añaden tres nuevos supuestos de personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:
- 4.^º 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.
- 5.^º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.
- 6.^º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.

Acerca de esta cuestión, recordar que la modificación de la **Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014**, Boe de 4 de diciembre de 2014, que en la redacción dada por el art. 236.3 ha establecido que “*La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”

- Artículo 93.2: por una parte, se añade en el apartado 1º, como especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, a las personas especialmente relacionadas con el socio persona natural personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales.
- Y por otra parte, se excluye del concepto de administrador de hecho, salvo prueba en contrario, a los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad.
- Artículo 122.1: se limita a las personas especialmente relacionadas con el concursado la prohibición de voto de quienes hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.
- Los acreedores que hayan capitalizado sus créditos en virtud de un AR 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 dicha refinanciación.

3º. MODIFICACIONES EN MATERIA DE CONVENIO.

CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

Artículo 100.1: la propuesta

la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas.

Se excluye en consecuencia la referencia a los acreedores ordinarios de la redacción anterior, pues, por primera vez, los acreedores privilegiados podrán verse arrastrados por una votación favorable del convenio fuera de los casos de adhesión voluntaria de los mismos, si bien con mayorías independientes a los de los ordinarios y con votación dentro de los de su clase.

Artículo 100.2: proposiciones alternativas

- se excluye a los acreedores públicos de las proposiciones alternativas de la propuesta de convenio.

Nos encontramos con una nueva aplicación de las clases de acreedores anteriormente establecidas, si bien en este caso no se está refiriendo a la imposibilidad en referencia a los créditos privilegiados que el art. 90 ordena dividir en clases, sino también en referencia a los créditos ordinarios que pudieran tener tal carácter.

-también se excluye la posibilidad de imponer cesiones de bienes en pago de sus créditos a tales acreedores públicos, art. 100.3 LC

LAS NUEVAS MAYORÍAS

Artículo 121.4: pacto de sindicación se introduce un norma especial de cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes en supuestos de pactos de sindicación, en cuyo caso 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 caso de votación de tales mayorías, se entiende que todos los acreedores del pacto de sindicación votan a favor del convenio, a todos los efectos.

El disidente mantiene en todo caso legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio

Y en todo caso, de no alcanzarse el 75%, cada acreedor del crédito sindicado podrá votar individualmente para obtener las mayorías precisas para la aprobación del convenio.

Artículo 122 acreedores sin derecho a voto

Excluye del voto a los titulares de créditos subordinados, y en particular, las personas especialmente relacionadas que hubieren adquirido su crédito por actos inter vivos después de la declaración de concurso.

La propia Exposición de Motivos ofrece una explicación para limitar a estos el derecho al voto, frente a la privación anterior que se extendía a todos lo que adquirieron el crédito con posterioridad a la declaración de concurso, salvo los que lo adquieren por un título universal, realización forzosa o entidad sometida a supervisión financiera . “*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*”

Los titulares de créditos subordinados es una cuestión clara y fácil de determinar, pero aquellos que hubieren adquirido con posterioridad a la declaración de concurso su crédito plantean más dudas, pues podríamos plantearnos si tal modificación del titular del crédito debería constar en los textos definitivos (lo que otorga derecho de asistencia conforme al 118 LC) , o podría darse la modificación hasta el momento de Constitución de la Junta, pareciendo más lógica esta segunda postura.

Artículo 124: se introducen nuevas mayorías en función de los sacrificios exigidos:

1º -mayoría simple : cuando la propuesta consista en:

- a) en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años
- b) o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento.

2º -50 por ciento del pasivo ordinario cuando la propuesta consista en:

- a) quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito
- b) a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años;
- c) en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

Parece razonable pensar que los acreedores laborales podrán votar por una propuesta alternativa del art. 100, si bien no se les podrá imponer en caso de ser disidentes o ausentes del mismo, de acuerdo con el art. 124 LC

3º.- 65 por ciento del pasivo ordinario cuando la propuesta consista en:

- a) esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez
- b) a las quitas superiores a la mitad del importe del crédito
- c), en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100.

Estos porcentajes se aplican sin perjuicio de las mayorías adicionales que se exigen para la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados del art. 134 LC

EXTENSIÓN A LOS ACREDITORES PRIVILEGIADOS DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO

Artículo 134.3: se redefinen los términos en los que los acreedores privilegiados pueden quedar vinculados, pues además de la aceptación voluntaria por el acreedor privilegiado, se introduce la posibilidad de vincular al disidente si vota a favor una mayoría cualificada de los acreedores integrantes de su misma clase:

- 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).

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.

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.

Necesaria conexión con las clases anteriormente expuestas del art. 94.2

¿cabe un convenio sea aceptado por los acreedores privilegiados y no por los ordinarios o viceversa? Cuestión dudosa, máxime cuando existen convenios en los que el peso de los acreedores privilegiados es tan superior al de los ordinarios que un convenio aprobado solo para estos convierte al mismo de facto en irrealizable.

En todo caso el acreedor financiero disidente o ausente al que se le han extendido los efectos del convenio estará legitimado para oponerse a la aprobación del convenio, conforme al 128 LC, y conservan los derechos que tengan frente a acreedores solidarios, garantes o avalistas en los términos del art. 135 LC.

Artículo 140.4: ejecución separada de acreedores con garantía real vinculados al convenio

se establece una excepción a la norma contenida en el artículo 57.3 de la LC sobre prohibición de ejecución separada de los acreedores con garantía real que no hubieran ejercitado la acción correspondiente con anterioridad a la declaración del concurso, para el supuesto de incumplimiento de un convenio al que se hubieran adherido voluntariamente o al que se hubieran visto vinculados por acuerdo de los acreedores de su clase, lo cual significa que podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA RD LEY 11/14: modificación de convenios incumplidos

Regula la posibilidad de modificar un convenio ya aprobado, con las siguientes características:

Presupuesto: “en caso de incumplimiento” en los dos años siguientes a la entrada en vigor del RD Ley

Problemas: - lapso temporal

- ¿ hay que declarar el incumplimiento por la vía del art. 140 LC o acreditar la insolvencia?

Solicitud: por el deudor o por el 30 % del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento

Problemas: quien acredita el 30 % y que se acompaña a la solicitud

Contenido: permite que la modificación ya incluya las modificaciones establecidas en dicha ley .

Problema: ¿quién valora el convenio? No hay AC, ni experto independiente ni auditor

Procedimiento: traslado al resto de acreedores 10 días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación.

Problemas: ¿a que acreedores? ¿ como? ¿ Quién hace la lista?

Mayorías: conforme a la nueva ley : posible vinculación de privilegiados, sorprendente, pues no existía en referencia a los textos definitivos anteriores ninguna previsión sobre el valor real de la garantía, y eso obviamente provocará problemas de cálculo de mayorías.

Luego Sentencia aprobando o rechazando la modificación del convenio que se hará siempre que se garantice la viabilidad del concursado.

4º MODIFICACIONES EN MATERIA DE CALIFICACIÓN

✓ LA APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

el artículo 167.1 párrafo 2º establece “ por excepción a lo establecido en el párrafo anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo igualmente por tales las establecidas en el art. 94.2, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos, o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

El problema se centra en estos casos en determinar si cuando se refiere el convenio a los efectos para una o varias clases, y con la inclusión de la remisión al art. 94.2, tales clases han de ser las allí previstas necesariamente, o puede mantenerse también que concurre la exención de la apertura cuando el trato lo es a favor de clases de acreedores individualizados por causas objetivas (fecha de devengo, cuantía del crédito, origen del mismo....).

Lo cierto es que la dicción literal del precepto, y en esto coincido con los criterios adoptados por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid en reunión de 7 y 21 de noviembre para unificar los criterios de aplicación de las reformas de la ley concursal operadas por RD-Ley 11/14 y ley 17/14, consideran, por unanimidad que debe mantenerse un criterio amplio. Aunque con la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, se han introducido en el artículo 94.2 de la Ley Concursal aquellas subclases de acreedores privilegiados, y a ellos hace una particular referencia el artículo 167.1 párrafo 2º de la Ley Concursal, no parece excluida la posibilidad de que el trato del convenio más favorable pueda ser dispensado a otras clases o tipos de acreedores determinados por criterios objetivos distintos de aquellas subclases legales. El fin de la referencia en el artículo 167.1 párrafo 2º de la Ley Concursal no es alterar la

interpretación que ya se venía haciendo de la improcedencia de abrir la sección de calificación en los supuestos ya contemplados, sino ampliar la exención de apertura de la calificación cuando el trato de favor es, precisamente, para ciertas subclases de acreedores privilegiados. Por supuesto, no se exime de la apertura de la calificación por tal causa legal cuando el trato convencional de favor se dispensa a clases acreedores que por su naturaleza no estuvieran ya afectos al convenio, como acreedores públicos por sus privilegios generales. Debe pues tratarse de clases de acreedores que sí estuvieran afectados por el convenio y a quienes se les dispense dicho trato menos gravoso.

✓ **LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. Art. 165.4 y 172 bis 1.**

- Presunción de culpabilidad de los socios que se nieguen sin causa razonable a la capitalización de la deuda.
- Condena a los socios a responder del déficit “en la medida que la conducta que ha determinado la calificación de culpable haya generado o agravado la insolvencia”.

5º.- EFECTOS EN LAS LIQUIDACIONES DE UNIDADES PRODUCTIVAS

Por último es procedente examinar los efectos que la calificación de los créditos tienen en referencia a las liquidaciones de unidades productivas, que ya se permiten en cualquier estado del concurso, pues que en el art 43 .3 se efectúa una remisión a lo dispuesto por el artículo 146 bis sobre transmisión de unidades productivas de bienes o servicios, lo que representa la solución legal a la controversia suscitada sobre la posibilidad o no de tal transmisión durante la fase común del concurso.

En el mismo sentido el art. 75 añade la exigencia de valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo las hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.

Analicemos ahora, pues es obviamente el objeto de la ponencia, que modificaciones se producen en las calificación de los créditos en caso de transmisión de las unidades productivas,

-*Efectos laborales*: el precepto declara la aplicación en todo caso (por tanto ya no de forma meramente supletoria) de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa. Dicho precepto dispone que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Asimismo, se considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Y se prevé la responsabilidad del cessionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión.

-*Transmisión libre de cargas*. La transmisión no lleva 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 (norma supletoria sobre efectos laborales y de Seguridad Social en caso de sucesión de empresa). Se introduce una relevante excepción, consistente en no aplicar la exclusión del pago de las deudas anteriores cuando el adquirente de la unidad productiva sea persona especialmente relacionada con el concursado.

✓ Artículo 148 plan de liquidación

se introduce un nuevo apartado 5 que contempla la posibilidad de previsión en el plan de liquidación de la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con la excepción de los acreedores públicos, aunque remite a los efectos del art. 155.4 si los bienes están sujetos a una garantía

Y un apartado 6 prevé que el juez pueda de oficio o a instancia de parte acordar la retención de hasta un 10 por ciento de la masa activa del concurso en una cuenta del

juzgado para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación.

- ✓ Artículo 149: se introducen las siguientes modificaciones en las reglas legales supletorias:

-*Venta en globo*. Se prevé la venta directa no sólo en caso de quedar desierta la subasta, sino también a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada (con cargo a las retribuciones de la administración concursal) cuando a la vista del informe de la administración concursal (no queda claro a qué informe se refiere) considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. En ambos casos se prevé la posibilidad de que el juez se decante por una oferta no inferior al 10% de otras si considera que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. Asimismo, la presunción de sucesión de empresa se extiende ya no sólo a los efectos laborales, sino también a los de Seguridad Social

Y tanto tenga lugar la enajenación mediante venta directa o mediante subasta, se prevé la fijación de un plazo para la presentación de ofertas, 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.

-*Enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial.* Se aplica 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:

a) 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. 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.

b) 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.

-*Cancelación de cargas:* se modifica el artículo 149.3, para excluir la subsistencia de las cargas correspondientes a crédito privilegiado especial si se ha seguido la regla general de la enajenación libre de cargas.

Artículo 155.2: se limita al valor de la garantía la obligación de pago como crédito contra la masa de las cuotas de amortización del crédito privilegiado especial sobre el que la administración concursal opte por atender el pago sin realización del bien o derecho.