



IV FORO CONCURSAL DEL TAP

“La propuesta de Directiva sobre insolvencias”

Carlos Nieto Delgado

**Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil
núm. 1 de Madrid**

TURNO DE ACTUACIÓN PROFESIONAL

AUDITORES

AGRUPACIÓN TERRITORIAL DEL PAÍS VASCO - EUSKADIKO LURRALDE ELKARTEA
INSTITUTO DE CENSORES JURADOS DE CUENTAS DE ESPAÑA



ekonomistak

Euskal Elkargoa - Colegio Vasco

ER-0287/2/02
ER-0283/2/02



Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

a) Introducción

- **Antecedentes:** 1) Resolución del Parlamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia 2011/2006(in) de 17.10.2011; 2) Comunicación de la Comisión Europea sobre “Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial” COM(2012) 742 final de 12.12.2012; 3) Recomendación de la Comisión en materia de Reestructuración y Segunda Oportunidad C(2014) 1500 final de 12.3.2014; 4) Reforma del R. 1346/2000 por el R. 2015/848, de 20.5.2015 (en vigor desde el 26.6.2017)
- **Exposición de Motivos (resumen para RF):** a) La diversidad legislativa dificulta la evaluación del riesgo en las inversiones transfronterizas; b) Los procedimientos de reestructuración deben ser preferidos frente a los procedimientos concursales porque en términos generales garantizan una mayor tasa de recuperación de créditos (83 vs. 54%); c) no hay una mínima homogeneidad en UE en torno a: la propia existencia de tales procedimientos, suspensión de ejecuciones, mayorías exigidas, necesidad de confirmación judicial, etc.

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

a) Introducción

- **Base jurídica:** 1) Artículo 53 TFUE (facilitar el acceso a actividades no asalariadas) (??); 2) Artículo 114 TFUE (aproximación de legislaciones para conseguir los objetivos del art. 26 TFUE: establecer un mercado interior sin fronteras interiores o garantizar su funcionamiento): se vincula al buen funcionamiento del mercado interior la eliminación de costes por evaluación de riesgos del crédito y costes por traslados al extranjeros para obtener los beneficios de otra legislación en materia de segunda oportunidad
- **Exclusiones subjetivas de la Directiva (art. 1):** 1) entidades de seguros, entidades de crédito, entidades de inversión colectiva, entidades financieras; 2) personas físicas no empresarias (posibilidad de inclusión facultativa en la Legislación nacional)
- **Exclusiones objetivas (EM):** 1) Condiciones de apertura del procedimiento de insolvencia; 2) Definición común de insolvencia; 3) Prelación de créditos; 4) Acciones revocatorias / rescisorias (sí blindajes para aspectos de la reestructuración: arts. 16-17)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos generales de la armonización:**
 - Podrá haber uno o varios (art. 4.2) (cumple)
 - La intervención de la autoridad judicial o administrativa será en la mínima medida necesaria (art. 4.3) (cumple)
 - Se garantizará el control de los activos y la gestión por el deudor durante el proceso, en todo o en parte (art. 5.1) (cumple)
 - No será obligatorio el nombramiento de AC encargado de la reestructuración en todos los casos (cumple)
 - Se podrá exigir la designación de AC si el deudor obtiene una suspensión de las ejecuciones individuales o bien el plan de reestructuración debe obtener la aprobación judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzada aplicable a todas las categorías de acreedores (art. 5.3) (cumple)
- **Crítica:** bajísimo nivel de armonización y empleo de numerosos conceptos jurídicos indeterminados

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos especiales de la armonización: (i) Suspensión ejecuciones**
 - En toda la medida en que sea **necesaria** para el cumplimiento del plan (no cumple: art. 5 bis LC únicamente supuestos tasados)
 - La suspensión alcanzará a las ejecuciones de todos los acreedores, incluidos los acreedores preferentes o con garantías (no cumple: art. 5 bis permite a los acreedores con garantía real iniciar ejecuciones sin perjuicio de su paralización y excluye los créditos de derecho público)
 - La suspensión podrá ser general o particular (en este último caso, incluyendo a uno o varios acreedores) (no cumple: art. 5 bis no permite una paralización selectiva)
 - Limitación máxima suspensión: 4 meses (cumple: art. 5 bis 3 meses)
 - Posibilidad de prórroga judicial **hasta 12 meses** si se logran avances importantes y la ampliación no perjudica injustificadamente los derechos de los acreedores (no cumple)
 - Posibilidad de alzamiento de la suspensión si lo piden acreedores con derecho de veto o lo pide el deudor o AC (no cumple)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos especiales de la armonización: (ii) Moratoria concursal**
 - Durante la suspensión de las ejecuciones individuales se suspenderá el deber de solicitar el concurso pero ello no impedirá que uno o varios de los acreedores soliciten la apertura del procedimiento, aunque el órgano judicial podrá decidir aplazar dicha apertura y mantener la suspensión (no cumple: art. 15 3 LC, presentada la comunicación no se admitirán las solicitudes de concurso necesario)
 - Durante la suspensión de las ejecuciones individuales, en los contratos suscritos por el deudor la parte no insolvente deberá mantener el cumplimiento de sus propias prestaciones. Se podrá restringir a las esenciales y necesarias para proseguir con la actividad cotidiana de la empresa (no cumple)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos especiales de la armonización: (iii) Planes de reestructuración**
 - Si se pide la confirmación judicial o administrativa deben venir acompañados, entre otros: a) de una tasación del valor actual del deudor, así como una declaración motivada sobre las causas y el alcance de sus dificultades financieras (no cumple: D. Ad. 4^a); b) de un dictamen o declaración motivada por la persona responsable de proponer el plan que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo y en el que se expongan las condiciones sine qua non para su éxito (no cumple en D. Ad. 4^a: ¿aplicación de la Directiva a título interpretativo?)
 - División de los acreedores en clases, como mínimo con y sin garantía (cumple D. Ad. 4^a). Facultativamente categoría especial de laborales (no cumple D. Ad. 4^a)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos especiales de la armonización: (iii) Planes de reestructuración (bis)**
 - Aprobación del plan con el voto en principio de la mayoría de todas las clases de acreedores (no cumple: D. Ad. 4^a)
 - Las mayorías en ningún caso podrán ser superiores al 75% por clase (no cumple: Disp. Adic. 4^a 80% para acreedores con garantía)
 - Requisitos de la confirmación judicial: a) Notificación del plan a todos los acreedores (no cumple Disp. Adic. 4^a); b) el plan satisface el interés superior de los acreedores (no cumple Disp. Adic. 4^a); c) la nueva financiación no perjudica injustamente los intereses de los acreedores (no cumple)
 - Reestructuración forzosa aprobada judicialmente: a) con aprobación de una sola clase; b) que no sean los titulares del capital ni quienes no percibirían nada en liquidación; c) cumpla la regla de **prioridad absoluta** (una categoría discrepante de acreedores debe ser íntegramente pagada antes que otra más reciente cobre) (no cumple)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

b) Marcos de reestructuración preventiva

- **Aspectos especiales de la armonización: (iii) Planes de reestructuración (ter)**
 - Impugnación: en caso de impugnación del plan por infracción del superior interés de los acreedores deberá ser fijado imperativamente el valor de liquidación de la empresa (no cumple: Disp. Adic. 4^a)
 - Para ello habrá de nombrarse a expertos debidamente cualificados para ayudar a la autoridad judicial o administrativa (no cumple: Disp. Adic. 4^a)
 - Quedará garantizado el acceso a la segunda instancia que resolverá con celeridad (no cumple: Disp. Adic. 4^a, resolver con celeridad nunca...)
 - La apelación podrá anular o confirmar el plan y obligar a indemnizar a los discrepantes
 - Fresh money: irrevocable salvo fraude o mala fe (no cumple)
 - Irrevocabilidad salvo fraude o mala fe de los honorarios de los profesionales que intervienen en el plan de reestructuración (no cumple)

Propuesta de Directiva sobre insolvencias:

c) Valoración general

- Hay que valorar el sentido de la propuesta de Directiva teniendo en consideración el hecho de que algunos importantes países europeos son totalmente alérgicos a la preconcursalidad, como Alemania
- Otra cuestión a considerar ha sido el pseudo-fracaso del Reglamento 2015/848 en cuanto a la preconcursalidad, en su intento de someter esta última a las reglas de competencia judicial internacional rígidas del “COMI”. Por el simple expediente de omitir la comunicación de un procedimiento (“schemes of arrangement”) se mantiene el *forum shopping* y la competencia entre ordenamientos
- Desde la perspectiva estrictamente interna, los mejores aspectos de la Directiva en materia de RF conciernen a la posibilidad de segunda instancia en las homologaciones, la rescisión aunque restringida del “fresh money” y la protección de los honorarios de los profesionales
- La Directiva trabaja con múltiples conceptos jurídicos indeterminados y otros conceptos como la cuota de la liquidación o la regla de la prioridad absoluta puede predecirse que fomentarán una litigiosidad irresoluble

Novedades 2016-2017 en materia de refinanciación: evolución estadística y cambios normativos

- Marasmo político-legislativo: ausencia de reformas legales y frenazo de la preconcursalidad: de 31 homologaciones en 2014, se pasa a 94 en 2015, desciende a 90 en 2016 y a 11/2017 sólo 36 publicadas en BOE
- 1) Fundación Fábrica Real de Tapices, JM 3 Madrid 8.1.17; 2) Nueva Pescanova, S.L. JM 1 Pontevedra 13.2.17; 3) Barrasa Inversiones, S.L. JM 1 Badajoz 27.1.17; 4) General de Bombeo de Hormigón, S.L. JM 1 Madrid 13.2.17; 5) Carbures Europe, S.A. y otros JM Cádiz 23.3.17; 6) Azor Ambiental, S.A. y otros, JM 1 Murcia 10.2.2017; 7) Grupo Sando, S.L. y otros, JM 1 Madrid 16.3.2017; 8) Grup Baucells Alimentació JM 9 Barcelona 27.3.17; 9) Sercatel Aluminio, S.L. JM 3 Valencia 29.3.17; 10) Parque Eólico Tahuna, S.L.U. y otro JM 1 Cádiz 5.5.17; 11) Soc. Coop. Campo San Miguel de Vivares JM 1 Badajoz 4.4.17; 12) Grup Editorial Sol 90 JM 6 Barcelona 31.3.17; 13) Omega 93 Gestión y Servicios, S.L. JM 2 Málaga 22.5.17; 14) Lacrem, S.A. JM 9 Barcelona 12.5.2017, 15) Scytl Secure Electronic Voting, S.A. JM 8 Barcelona 18.4.17; 16) Docout, S.L. JM 1 Madrid 2.6.17; 17) Proytecsta Security, S.L. JM 3 Huesca 16.6.17; 18) Pedro Diego, S.A. JM 4 Salamanca 22.6.17; 19) Avicultores Centro Este, S.L. JM 4 Guadalajara 7.6.17; 20) Mafresa El Ibérico de Confianza, S.L. JM 1 Badajoz 6.4.17; 21) Treelogic, S.L. JM 2 oviedo 11.7.2017; 22) Clever Global Iberia, S.A. JM 9 Barcelona 21.7.2017; 23) Seguriber Servicios, S.L. y otros, JM 2 Madrid 28.7.17...
- ...sigue...

Novedades 2016-2017 en materia de refinanciación: evolución estadística y cambios normativos

- 24) Julián Martín, S.A. JM 4 Salamanca 24.7.17; 25) Hotel Enara, S.L. JM 1 Valladolid 3.7.17; 26) Planeamiento y Desarrollo, S.L. JM 5 Madrid 31.7.2017; 27) Smart Market, S.L.U. JM 2 Murcia 19.7.2017; 28) CRC Obras y Servicios, S.L JM 2 Coruña 28.7.17, 29) Turner Publicaciones, S.L. JM 6 Madrid 4.7.2017; 30) Bihotel Torrequebrada JM 1 Málaga 1.9.17; 31) Obinesa S.L. y otros JM 1 Castellón 11.10.2017; 32) El Terrat de Produccions, S.L. JM 2 Barcelona 13.9.2017; 33) Grupo Empresarial COPISA, S.L.U. JM 2 Barcelona 24.10.2017; 34) Grupo Collosa Construcciones y Obras Llorente, S.L. y otros JM 1 Valladolid 5.10.2017; 35) Club Esportiu Europolis, S.L. y otros, JM 8 Barcelona 31.7.2017; 36) Isastur Ingeniería, S.A. y otros JM 1 Oviedo 23.10.17
- **Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal de 6.3.2017:** Libro II. Del Derecho Preconcursal (Título II Acuerdos de Refinanciación 595-629). Novedades: 1) referencia a la homologación de acuerdos de grupo (competencia, cómputo de mayorías); 2) finalización de ejecuciones suspendidas; 3) adhesión de no financieros (que computan como financieros); 4) prohibición de reiteración de solicitudes en 1 año sea quien sea quien la pide; 5) Incumplimiento RF: resolución y desaparición de sus efectos

El “caso estrella” 2017: resolución de la impugnación de la refinanciación Abengoa 2

- El JM núm. 2 de Sevilla homologó un acuerdo de RF de Abengoa por auto de 6.4.2016. En fecha 24.10.2016 se dicta sentencia estimando en parte la impugnación por sacrificio desproporcionado a determinados acreedores. En fecha 8 de noviembre de 2016 se dicta nuevo auto que homologa una segunda refinanciación. Deducida impugnación, se resuelve por sentencia de fecha 25.9.2017 estimando en parte la impugnación de nuevo por sacrificio desproporcionado a determinados acreedores
- **Cuestiones que se plantean en Abengoa 2:**
 - **El pasivo contingente:** en Abengoa 1 se sostuvo que el pasivo respecto del que exista incertidumbre debe en su caso provisionarse y no puede verse afectado por la homologación. En Abengoa 2 parece acogerse una posición más matizada, pues sí pueden computarse las “reclamaciones contingentes” no sujetas a incertidumbre en cuanto a su cuantía o vencimiento pero cuya exigibilidad dependa del resultado de una reclamación y aunque no figuren en los estados financieros

El “caso estrella” 2017: resolución de la impugnación de la refinanciación Abengoa 2

- **Cuestiones que se plantean en Abengoa 2:**
 - **Sacrificio desproporcionado:** Se considera desproporcionado el sacrificio que: a) no es “equitativo”; b) no es “necesario”.
 - **No es equitativo:** el sacrificio que trata desigualmente a acreedores en la misma posición o que impone la misma carga a acreedores en diferente situación. También es desproporcionado si la diferencia de trato no es correlativa a su diferente posición
 - **Es innecesario:** el sacrificio si no garantiza la continuidad de la empresa. No basta con que la continuidad sea probable, es preciso que la probabilidad de la continuidad sea mayor que la del cese. En caso de refinanciación de grupo, la continuidad debe ser de todas las sociedades. La continuidad debe verificarse por referencia a la fecha de presentación de la solicitud, pero cabe considerar hechos nuevos
 - **También es innecesario:** si se sitúa al acreedor en una posición peor de lo que habría obtenido en la fecha de la solicitud de homologación en caso de liquidación (cuota de liquidación)

El “caso estrella” 2017: resolución de la impugnación de la refinanciación Abengoa 2

- **Cuestiones que se plantean en Abengoa 2:**
 - **Efectos de la estimación de la impugnación:** a) si la sentencia estima el motivo de impugnación con relación a una sola de las sociedades refinanciadas, se revoca la homologación sólo para ella (¿efectos de una hipotética rescisión concursal en el concurso de la sociedad excluida del blindaje?); b) si la impugnación prospera por falta de mayoría para la extensión de uno o varios efectos, sólo se extienden aquellos para los que hay mayoría (se supone que será sólo en caso de que el propio acuerdo contemple subsidiariamente un segundo nivel de efectos); c) si la impugnación prospera por sacrificio desproporcionado, queda excluido de la extensión el acreedor para el que supone un sacrificio desproporcionado
 - **Tema de discusión:** suponiendo que la extensión de efectos del acuerdo de refinanciación suponga un sacrificio desproporcionado para un acreedor, en el juicio de impugnación habrá quedado fijado cuál habría sido el sacrificio proporcionado. ¿Cabría extender este último?

Otras resoluciones de 2017 en materia de homologación de acuerdos de refinanciación

- **Auto del JM núm. 1 de Madrid de 16 de marzo de 2017** (estimación del recurso de reposición frente al auto denegando la homologación de GRUPO SANDO): apreciada la falta de concurrencia de los requisitos en la solicitud inicial (plan de viabilidad de cada una de las sociedades), se admite la subsanación en sede de recurso de reposición.
- **Auto del JM núm. 1 de Madrid de 3.11.2017** (NOE Y ZID, S.L.): a) Acumulación en un mismo auto de la admisión a trámite y la denegación; b) la suspensión de las ejecuciones a la que se refiere el apartado 5 de la Disp. Adic. 4^a no incluye el lanzamiento en un juicio de desahucio que no se paraliza ni por el art. 5 bis ni por la declaración de concurso; c) la mayoría de 3/5 del pasivo global del deudor no sustituye la exigencia del 51% del pasivo financiero y debe ser controlada de oficio, aunque la falta de concurrencia del pasivo sea motivo de impugnación
- **Auto del JM núm. 1 de Madrid de 3.11.2017** (SEGURSEVI, S.A.): las mismas conclusiones que en los puntos a) y c) de la anterior



GRACIAS POR SU ATENCIÓN