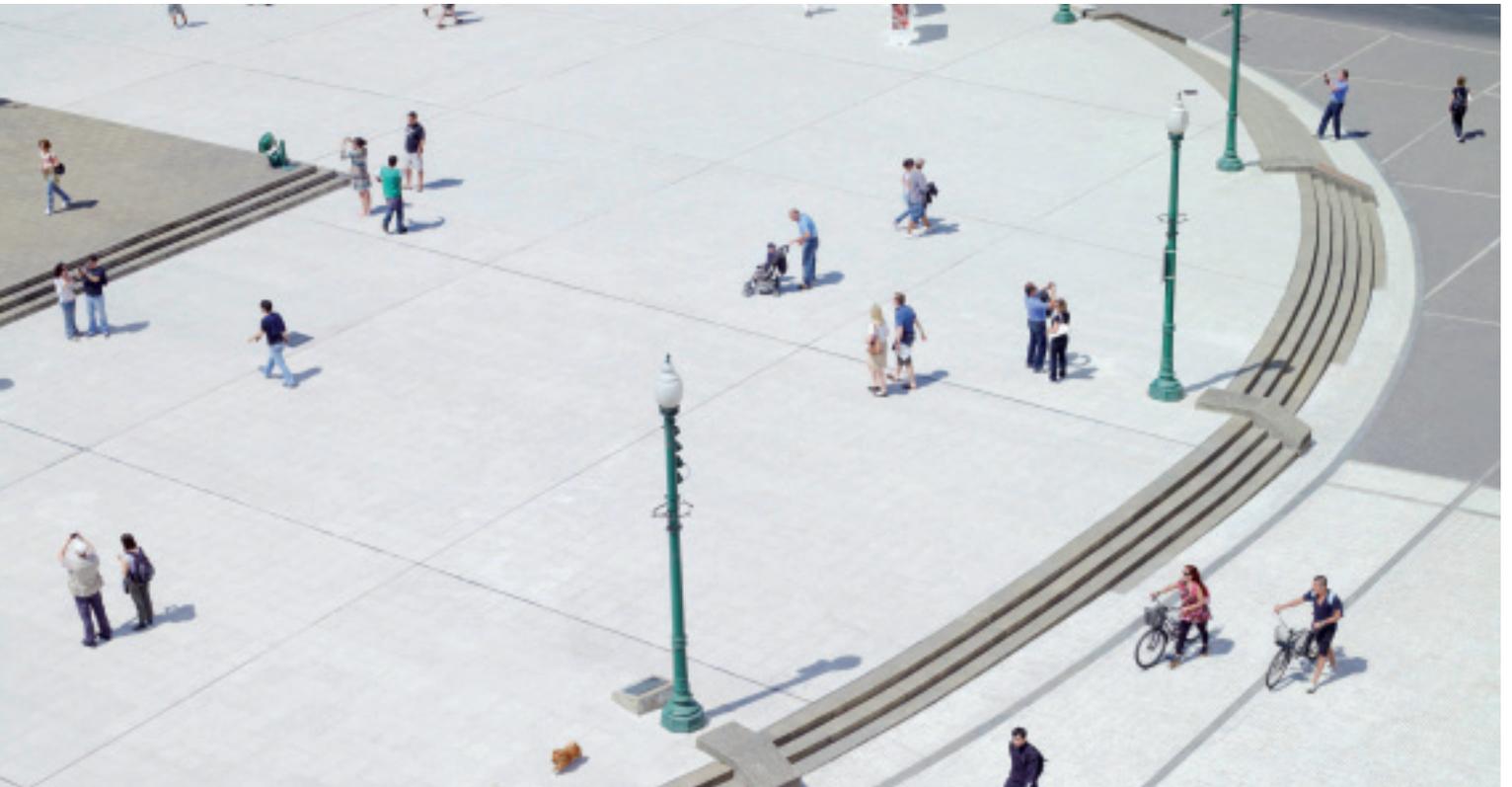


Temas candentes de los procesos concuriales



Crecimiento Inteligente

Un programa para apoyar a las empresas y a las Administraciones Públicas en el tránsito hacia un nuevo modelo productivo sostenible basado en la innovación, la calidad, el talento y el valor añadido.

Índice

Presentación	4
Participantes	5
Resumen ejecutivo	6
Los temas candentes	
1. Regulación de institutos pre-concursales: la refinanciación.	10
2. Desjudicialización de la liquidación.	14
3. Una alternativa al concurso: la mediación.	18
4. Privilegios al dinero nuevo.	20
5. Necesidad de escudos protectores en fases previas al concurso.	22
6. El problema de los acreedores minoritarios y la fuga de refinanciaciones al extranjero.	24
7. Mayor profesionalización de la Administración Concursal.	28
8. Mayor intervención de los acreedores en el proceso concursal.	32
Índice de figuras	34
Contactos	35

Presentación



Carlos Mas
Presidente de PwC España

La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal instauró un sistema concursal moderno y unitario frente a la anterior dispersión normativa. Sin embargo, la situación económica que vive nuestro país en los últimos tiempos ha acentuado determinadas disfunciones y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los presupuestos básicos sobre los que se asentaba su regulación, esto es, la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

La previsión en este momento es que para finales de año, unas 8.000 empresas y personas físicas caigan en situación de concurso. Con estos datos la realidad se impone: la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Esta realidad hace que se acuda menos al sistema legal y, en todo caso, mucho más tarde que en otros países, sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores.

Este ha sido un escenario abonado para sucesivas reformas. La primera reforma vino de la mano del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal. Le siguió apenas unos meses más tarde la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Por último, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2012, tras nueve meses de vigencia, se manifiesta insuficiente para cumplir los objetivos de la ley: favorecer la recuperación de empresas.

En los últimos tiempos, con los nada halagüeños datos en materia de declaración de concursos, se alzan voces que reclaman nuevas reformas. El documento que ahora presentamos, pretende, con la ayuda de expertos en la materia, exponer algunas líneas de posible reforma.

Participantes

Este documento tiene su origen en las aportaciones del grupo de trabajo, cuyos participantes detallamos a continuación. Aunque su redacción final fue elaborada por PwC, ésta hubiera sido imposible sin las aportaciones realizadas por ese grupo.

Un borrador previo al documento definitivo fue remitido con anterioridad a su publicación a todos los participantes en el debate. Con todo, esto no significa que los participantes en la reunión tengan que identificarse con la literalidad del documento final, ni siquiera con la selección de los temas identificados como candentes.

Por último, desde PwC queremos agradecer las aportaciones de los participantes en la sesión: su tiempo, sus amplios conocimientos y su dilatada experiencia.

La relación de participantes fue la siguiente:

Moderadores

- Jordi Sevilla. Senior advisor de PwC. Ex ministro de Administraciones Públicas.

Relación de participantes externos a PwC (por orden alfabético)

- Antonio Carmona. Noraction.
- Juan Manuel de Castro Aragonés. Magistrado Juzgado Mercantil n.º 10 Barcelona.
- José Ramón Couso. Asesoría Jurídica Bankia.
- José María Fernández Seijo. Magistrado Juzgado Mercantil n.º 3 Barcelona.
- Julio Fuentes. Subdirector general Política Legislativa Ministerio de Justicia.
- Pablo Galvache Pina, Director de la Asesoría Jurídica de Martinsa-Fadesa.
- Carlos Gila. Oak Tree.
- Celso González. Agencia Estatal Administración Tributaria.

- Belén Mora Capitán, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra.
- Ignacio Sancho Gargallo. Magistrado Sala 1.ª Tribunal Supremo.
- Sebastián Sastre. Asesoría Jurídica Caixa Bank.

Responsables del documento por parte de PwC

- Teresa Ramos. Directora de PwC. Abogada especialista en derecho concursal.
- Antonio Amorrích. Director de PwC. Economista experto en concursos de acreedores.

Responsables de la organización

- Jordi Sevilla. Senior advisor de PwC. Ex ministro de Administraciones Públicas.

Resumen ejecutivo

Si observamos los datos comparativos, nuestro país está a la cola en la utilización del procedimiento concursal. Los motivos de este fenómeno son varios, aunque podemos aventurarnos a señalar los más evidentes. En primer lugar, se sitúa la profunda desconfianza hacia el sistema judicial debido a la excesiva tardanza en recibir una respuesta de los tribunales en la mayoría de los casos. En segundo lugar, existe una suerte de estigmatización del empresario que concursa, cosa que no sucede en otros países de nuestro entorno. Por último, se critica que en la legislación española en materia de insolvencias se protegen más los intereses de los deudores, en detrimento de los acreedores, lo que desmotiva al empresario a la hora de acudir al concurso.

Así las cosas, los operadores jurídicos, entidades financieras, medios de comunicación, judicatura, e incluso el propio gobierno, están poniendo de manifiesto la perentoria necesidad de modificar la regulación vigente en materia de insolvencias y ello por varios motivos:

- **Los datos estadísticos son decepcionantes:** el 95% de las empresas que entran en concurso acaba en liquidación, así lo muestra el baremo concursal elaborado trimestralmente por PwC.
- **Pérdida de valor de las empresas a causa de la excesiva burocracia y duración de los procesos concursales:**

el coste temporal y económico de los procesos de insolvencia no es asumible con los recursos actuales de la Administración de Justicia y provoca en muchas ocasiones que empresas que entran en concurso y que pueden tener cierta viabilidad o cierto valor en una venta rápida, lo pierden por la excesiva duración de los trámites, consecuencia en muchos casos de la saturación y falta de medios de los juzgados mercantiles.

- **Consecuente tendencia a la desjudicialización del tratamiento de los procesos de crisis empresariales:** la anterior situación hace que los operadores económico-financieros y los empresarios opten por la vía de los acuerdos extrajudiciales para solventar las situaciones de crisis, siguiendo de este modo las tendencias que se observan desde hace años en el resto de Europa. No obstante, esta solución plantea los problemas propios de la falta de amparo legal de este tipo de acuerdos extrajudiciales.

En PwC pensamos que establecer un escenario de diálogo entre todos los implicados en el proceso de crisis, puede ofrecer una visión de conjunto que permita, tomando en consideración todos los puntos de vista, plantear alternativas reales a la actual situación. En este escenario, hemos reunido a algunos de los expertos más reconocidos en cada uno de los ámbitos con un papel relevante en el ámbito de los procesos de insolvencia.

Los operadores jurídicos y económicos con los que hemos contado para realizar este trabajo, han sido:

- Las entidades financieras que en la mayoría de las ocasiones son las que

participan en los procesos de refinanciación y que se ven afectadas por esperas y por el hecho de aportar dinero adicional a la compañía en un momento de preinsolvencia.

- Los fondos de inversión que tienen mucho que decir en los procesos de liquidación, ya que están dispuestos a invertir en la adquisición de activos de sociedades en situación de concurso.
- Los magistrados especialistas de lo mercantil, que son los que conocen en mayor medida las flaquezas de la legislación vigente y los problemas prácticos que se producen.
- Organismos públicos que se ven afectados por las situaciones de concurso y cuya posición en el mismo puede ser relevante para la viabilidad futura de las empresas.
- Las Administraciones Públicas, impulsoras de las reformas legislativas que se proponen en el presente documento.

Consideramos, tras aglutinar las opiniones de todos estos expertos, que los temas que se identifican como susceptibles de ser modificados en la legislación concursal, permitiendo a través de pequeñas intervenciones en la Ley grandes mejoras de cara a dar mayor seguridad en los procesos de refinanciación de deuda que puedan derivar en un posterior concurso, a la vez que favorecen una mayor agilización del proceso concursal confiriendo más confianza en el proceso, son los que se identifican a continuación:

- No existe una regulación completa y unitaria de las refinanciaciones más

que tangencialmente en aquellos aspectos que pueden provocar disfunciones en caso de que la empresa refinanciada caiga en situación de concurso con posterioridad. Se hace precisa de una regulación de las refinanciaciones para dar estatuto jurídico a una figura de la que se ha hecho extenso uso, pues, por un lado, la práctica ha demostrado que dicho instituto puede chocar con las normas concursales que tratan de asegurar la recomposición del patrimonio del deudor que ha sido objeto de operaciones de carácter dispositivo (como las que implican concesión de nuevas garantías reales en seguridad de deudas preexistentes), en perjuicio de la masa activa con anterioridad a la declaración de concurso (acciones de reintegración); y, por otro lado, es necesario dar confort a aquellos intervinientes en el proceso, socios y entidades financieras, que arriesgan su propio patrimonio para dar viabilidad futura a la empresa.

- Se advierte generalizadamente la necesidad de que las liquidaciones de activos de empresas en concurso sean más ágiles de modo que pueda maximizarse el valor de los activos de cara a lograr una mayor satisfacción de los acreedores. Además, es necesario también potenciar las ventas de activos en fases muy iniciales, mediante la venta de unidades productivas, de forma que eso sirva para garantizar la viabilidad de la empresa.
- Parece también necesario articular determinados mecanismos legales que permitan incentivar a los sujetos involucrados en los procesos de refinanciación para que apoyen con la

inyección de dinero a las empresas que tengan una cierta viabilidad mediante la concesión de determinadas garantías, sin que ello pueda verse afectado en un ulterior concurso mediante la penalización que supone una reintegración o una subordinación del crédito.

- Otra necesidad que se manifiesta de forma bastante acuciante para garantizar los procesos de refinanciación, en sus distintos grados, es la de ampliar determinadas medidas protectoras en los momentos previos a la declaración de concurso, ya sea en los procesos de

refinanciación, ya sea tras la presentación de la solicitud de aplazamiento del concurso. Este es uno de los principales puntos débiles de los procesos de refinanciación que no está resuelto todavía en la ley, incluso tras la última reforma.

- La falta de vinculación de los acreedores minoritarios a los acuerdos de la mayoría es un lastre que arrastra los procesos de refinanciación en España, que en algunos casos dan al traste con todo el proceso que emplea muchos meses a un grupo importante de entidades financieras, lo que ha provocado una “fuga” de procesos



importantes al extranjero. Esta situación podría evitarse si se articulasen mecanismos que supongan la vinculación de los minoritarios, incluso de aquellos dotados de garantía real, al acuerdo adoptado por la mayoría de los acreedores, viéndose afectado por las mismas quitas y esperas que el resto de acreedores.

- Según es comúnmente aceptado, una de las causas de ralentización y encarecimiento de los procedimientos concursales ha sido la escasez de formación específica de algunos administradores concursales. El motivo es que la falta de

conocimientos técnicos genera más espera y crea trámites innecesarios. En este sentido, se hace hincapié en la necesidad de la creación de un Instituto de acreditación de determinadas profesiones jurídicas entre las que podrían encontrarse las de administrador concursal y la del experto independiente a que se refiere el artículo 71.6 de la Ley Concursal.

- Finalmente, se discute sobre la posibilidad de conferir mayor protagonismo a los acreedores en el proceso, aunque no existen en nuestro ordenamiento jurídico continental experiencias en tal sentido.



1

Regulación de los institutos pre-concursales: la refinanciación

Regulación de institutos pre-concursales: la refinanciación

El contexto de crisis puede ser beneficioso para la creación de tejido empresarial nuevo. Sacar partido a esta situación depende en gran medida de la capacidad de crear mecanismos ágiles que permitan a los empresarios afrontar las situaciones de crisis empresarial sin riesgo de quedar estigmatizados y de forma pragmática, propiciando que el empresario en dificultades pueda reestructurar su deuda y abordar, de forma inmediata, nuevos proyectos, tal y como sucede en otros países de nuestro entorno.

No obstante, la grave crisis en que nos hallamos inmersos desde hace ya varios años ha puesto de manifiesto las carencias de la Ley Concursal, que le impiden en algunos casos dar una solución rápida y eficaz a los procedimientos de insolvencia que invaden, de forma masiva, los juzgados. De hecho, España está a la cola en la utilización del proceso concursal, como se advierte en la figura 1:

En este contexto, los expertos consultados coinciden en la utilidad de una regulación de las refinanciaciones para dar estatuto jurídico a una figura de la que se ha hecho extenso uso. La práctica ha demostrado que dicho instituto puede chocar con las normas concursales que tratan de asegurar la recomposición del patrimonio del deudor que ha sido objeto de operaciones de carácter dispositivo (como las que implican concesión de nuevas garantías reales en seguridad de deudas preexistentes) en perjuicio de la masa activa con anterioridad a la declaración de concurso (acciones de reintegración).

Los procesos de refinanciación, iniciados por las empresas con sus acreedores financieros, se realizan fuera del control judicial. Se trata, por tanto, de acuerdos privados del deudor con sus acreedores sujetos al derecho privado así como a la autonomía de la voluntad de los intervinientes.

Figura 1.
Evolución concursal en algunos países europeos

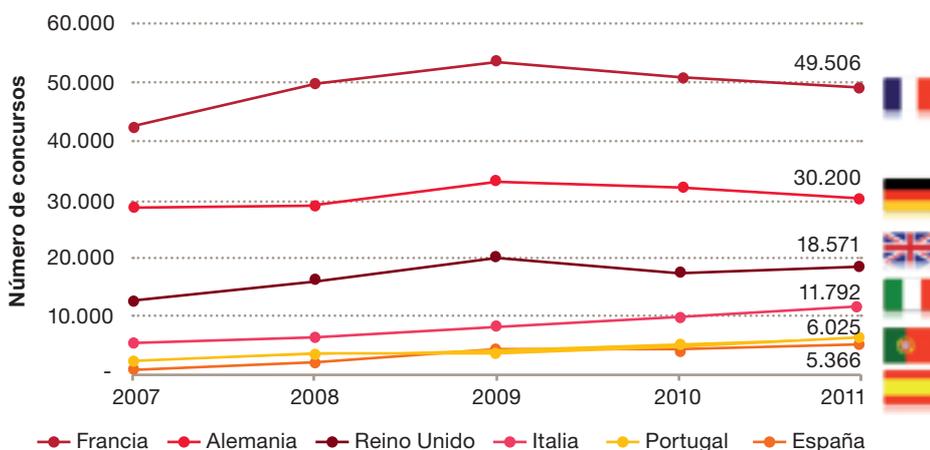


Gráfico elaborado por PwC. Datos Creditreform, Insolvenzen in Europa 2010/11 y 2011/12. Junio, 2012.

Adicionalmente, se observa que algunas refinanciaciones efectuadas en las etapas iniciales de la crisis no se basaban en el convencimiento conjunto de deudor y acreedores de estar dando viabilidad a la empresa, sino que más bien obedecían a un consenso implícito dirigido a diferir una liquidación más o menos inevitable, esto es, más a gestionar la provisión que a maximizar el valor.

La Ley Concursal, a través de sus últimas reformas, ha introducido una serie de figuras que tratan de regular estas situaciones y otras conexas con ellas, que han sido objeto del análisis de los expertos consultados.

Básicamente, en sucesivas reformas, la Ley Concursal ha regulado dos institutos.

- El primero, es el regulado actualmente en el art. 5-bis, que permite prorrogar el plazo legal de declaración de concurso mediante una comunicación hecha al juzgado mercantil que sería competente para entender del mismo, aduciendo la apertura de negociaciones para alcanzar un convenio anticipado o una refinanciación.
- El segundo es la protección de las refinanciaciones que reúnan determinados requisitos, frente a las acciones de reintegración, y su subvariante, recogida en la Disposición Adicional Cuarta, que permite la homologación de aquellas refinanciaciones hechas con arreglo a lo previsto en el art. 71.6 LC, también en determinadas circunstancias, siendo el efecto de la homologación el de hacer que la espera (esto es, la moratoria en el pago de los créditos) que se pacte sea obligatoria incluso para aquellas entidades financieras que no participaron en el acuerdo.

La regulación que la Ley Concursal ofrece particularmente del segundo de estos institutos no parece especialmente interesada en convertirlos en vehículos de la viabilidad de las empresas y de ofrecerles herramientas para poner remedio extrajudicial a las situaciones de crisis, siendo más bien una norma de tipo “defensivo”, pensada para proteger a estas operaciones de refinanciación de la amenaza de la acción de reintegración, en el caso de que la empresa acabe finalmente en concurso.

No es nuestra finalidad la de analizar las razones que han llevado al legislador a optar por esta vía parcial de regular estas instituciones. Atendiendo más bien al resultado, sin embargo, es opinión general entre los consultados la de que se trata de una regulación parcial, incompleta, muy restrictiva en su formulación, que deja mucho margen a la especulación, y que genera poca seguridad jurídica, factores que no suelen augurar el éxito en la aplicación en la norma.

Ejemplos concretos que tratan de ilustrar los calificativos que hemos empleado son los siguientes:

- 1) Las refinanciaciones protegidas por el art. 71.6 LC no son solamente las acordadas con las entidades financieras, ya que en ningún momento se hace distinción por tipo de acreedor en dicho precepto. En cambio, la homologación de la DA Cuarta parece¹ limitada a ser suscrita por entidades financieras. Esta divergencia de redacción introduce inseguridad jurídica y es signo de una restricción no justificada.
- 2) En el caso de la homologación de una refinanciación, la espera se extiende a las demás entidades financieras no participantes, pero no a otros acreedores, ni a las entidades

¹ Decimos “parece” porque emplea la expresión “acuerdo “[...] haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 65% del pasivo titularidad de entidades financieras”, lo cual puede significar dos cosas bien distintas: o bien que los acreedores suscribientes deben ser entidades financieras, o bien que los acreedores que lo suscriban (aunque no sean entidades financieras) deben ostentar créditos que, en conjunto, equivalgan al 65% del pasivo financiero, lo cual no parece (otra vez) tener mucho sentido (o que en todo caso se nos escapa), aunque sea una interpretación gramaticalmente correcta.

financieras titulares de garantías reales.

- 3) Declarado el incumplimiento de un acuerdo de refinanciación homologado, “los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares”, pero no se aclara si los acreedores que no sean entidades financieras conservaron o no el derecho a instar el concurso necesario en los casos que la ley previene durante la vigencia del acuerdo de refinanciación.
- 4) No favorece la comprensión y la aplicación de la norma el que la protección de las refinanciaciones se regule en el cuerpo de la Ley Concursal (art. 71.6) y en cambio la homologación de ciertas refinanciaciones se contenga en una Disposición Adicional.

En definitiva, esta regulación puede tener problemas en su aplicación práctica por déficit de seguridad jurídica, indispensable para que los operadores jurídicos aborden los procesos de refinanciación con confianza.

Asimismo, independientemente de que dicha regulación unitaria venga plasmada en una norma autónoma o bien insertada en el mismo cuerpo de la LC –lo que únicamente dependerá de la política legislativa que se quiera seguir–, también se conviene en que en la regulación de los acuerdos de refinanciación se tendrán que seguir determinados criterios de los que no se puede prescindir.

Dicho de otra forma, es irrelevante que la disciplina preconcursal esté regulada en la Ley Concursal o en un texto autónomo, siempre que los criterios sobre los que se asiente sean coherentes y favorezcan acuerdos de refinanciación de deuda razonables y realizables.

Desde otro punto de vista, los expertos consultados también creen imprescindible un cierto control de esta fase preconcursal. Frente a algunas tendencias que se apoyan en los principios anglosajones del derecho de insolvencias, donde los acreedores, junto con el administrador concursal, son los que controlan el procedimiento, con un juez de garantías en segundo plano, en nuestro derecho y tomando en consideración la historia reciente que nos muestra prácticas poco deseables, se pone de manifiesto que el derecho preconcursal debe contener cierto control judicial. No parece posible dejar la solución de estos procesos en manos de los acreedores o del administrador concursal.

Efectivamente, se advierte la necesidad de establecer un cierto control judicial en el proceso a través de una homologación judicial *ex post* de todos los acuerdos de refinanciación que permitan a estos tener efectos frente a los acreedores no firmantes e, incluso, frente a los acreedores que no hayan prestado su consentimiento por aplicación analógica del art. 135 LC, si acaso, dejando únicamente a parte a los trabajadores.

En definitiva, tras las consideraciones anteriormente efectuadas, los operadores del sector consultados consideran cuanto menos aconsejable que el legislador profundice en los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis a través de los denominados acuerdos de refinanciación que, en todo caso, deberían contemplar una mínima intervención judicial, si bien para ello es preciso abordar determinados aspectos como los escudos protectores y las garantías adicionales que se tratarán más adelante.

2

Desjudicialización de la liquidación

Desjudicialización de determinadas fases del concurso: en especial la liquidación

Debido a cuestiones como la lentitud de la Administración de Justicia, la estigmatización social de los sujetos que se someten al concurso y la percepción, discutible, de que se otorga un cierto trato de favor al deudor en contra de los intereses de los acreedores en el proceso concursal, las empresas están buscando soluciones al margen de aquella.

En el siguiente cuadro se advierte que España está a la cola de Europa en la utilización del proceso concursal.

Por ello, en los últimos tiempos se han abierto paso propuestas que propugnan distintos grados de desjudicialización del proceso de insolvencia: la existencia de acuerdos privados del deudor con sus acreedores para la liquidación de su patrimonio, posibles sindicatos de voto en la junta de acreedores para la aprobación del convenio y acuerdos o convenios concursales desjudicializados, de forma total o parcial.

Existe cierto acuerdo en que los mecanismos que la ley establezca para liquidar los activos de una determinada compañía, deberían estar en todo caso encaminados a garantizar la continuidad

Figura 2.
Ratio de insolvencias (cada 10.000 compañías)

	2010	2011
Grecia	7	5
España	14	18
Italia	24	26
Portugal	49	57
Reino Unido	72	81
Suecia	69	68
Irlanda	87	82
Países Bajos	75	81
Alemania	89	84
Finlandia	93	94
Noruega	89	90
Francia	102	94
Suiza	123	118
Bélgica	160	132
Austria	163	152
Dinamarca	207	182
Luxemburgo	321	316
Media europea	68	68

Gráfico elaborado por PwC. Datos Creditreform, Insolvenzen in Europa 2010/11 y 2011/12. Junio, 2012.

de la sociedad, más que limitarse a certificar la defunción de la misma, puesto que, como es sabido, en la práctica, la mayoría de las empresas ya llegan “muertas” a los juzgados de lo mercantil.

Con la normativa anterior a la Ley Concursal era muy frecuente que se acordase una liquidación privada mediante la cesión del activo a los acreedores. Sin embargo, de esta forma se acababa perdiendo el control de las garantías para el conjunto de los acreedores, lo que fue precisamente uno de los motivos que llevaron a la reforma de 2003 con el objetivo de poner fin a prácticas abusivas y poco transparentes.

No obstante, cuando se trata sobre la conveniencia de desjudicializar la fase de liquidación de las empresas, nos encontramos con posturas dispares:

- La de aquellos que intentan maximizar los activos intentando evitar el malbaratamiento y la pérdida de valor de los activos que abogan por un sistema en que los acreedores puedan tomar el control, apartando incluso de la gestión de la empresa al deudor.
- Y la de aquellos que, teniendo en cuenta la perspectiva histórica, opinan que este tipo de previsiones podría abocar a situaciones de fraude y a contingencias de carácter fiscal y/o



laboral, al carecer de mecanismos protectores derivados de una adjudicación judicial.

(especialmente de negocios en funcionamiento) se pueden acelerar satisfactoriamente.

Se ha discutido si la relativa lentitud con la que se resuelven los procesos de liquidación obedece a la estructura de la Ley Concursal, o más bien a la insuficiencia de medios de la Administración de Justicia y de los propios administradores concursales, siendo general la consideración de que el problema no está precisamente en la norma jurídica, aunque esta siempre sea susceptible de mejora. La experiencia demuestra que cuando los órganos judiciales y los administradores concursales se mueven con rapidez, los procesos de liquidación y adjudicación

No obstante, aun sin desjudicializar la fase de liquidación en concurso, sí sería oportuno establecer en la Ley de forma expresa y más armonizada los mecanismos de venta anticipada o urgente de la unidad productiva (proceso de admisión de ofertas y de adjudicación), que en la práctica han sido suplidos por la imaginación de los jueces y administradores concursales, así como una regulación de los efectos que la adjudicación produce respecto al adquirente, de forma similar a como se hace al regular la liquidación.



3

*Una alternativa al concurso:
la mediación*

Una alternativa al concurso: la mediación

En el marco de una posible desjudicialización total o parcial de los procesos de insolvencia, se alzan propuestas que propugnan la posibilidad de la mediación a través de instituciones públicas o privadas para salvar el muro de desconfianza hacia la Administración de Justicia, consiguiendo así que los empresarios anticipen notablemente el planteamiento de los problemas de la empresa, de modo que puedan liquidarse las empresas con mayores garantías o bien se recuperen las empresas con perspectivas de futuro.

Con este tipo de propuestas, se lograría descongestionar notablemente la Administración de Justicia, que quedaría solo para aquellos casos en los que no haya sido posible alcanzar un acuerdo entre los acreedores financieros y el deudor o, sencillamente, para aquellos casos de imposible cumplimiento del acuerdo alcanzado.

En algunos juzgados ya se ha procedido al nombramiento de un mediador por el juez a solicitud del deudor que insta una solicitud de aplazamiento para presentar el concurso (5-bis LC) a fin de que le ayude y le guíe en el proceso de refinanciación o de búsqueda de convenio con sus acreedores.

Se trata de una figura que no está contemplada en la legislación concursal vigente, pero algunos de los expertos consultados consideran que puede ser útil.

Sin embargo, quedaría todavía por determinar el ámbito de las facultades del “mediador”. La denominación no debe llevarnos a ideas preconcebidas: no necesariamente tiene que reunir las características del mediador en los conflictos civiles (cuya función, sin

autoridad decisoria, es acercar las posiciones de las partes para lograr un acuerdo libremente consentido), pudiendo tener más bien el carácter de un “facilitador” o “conductor” del proceso de convenio o refinanciación, ayudando al deudor a enfocarlo adecuadamente y a darle el impulso necesario para acortar los tiempos, factor vital para que tenga éxito. No obstante, hay quien opina que su éxito radica en que la figura del mediador cuente con las facultades suficientes vía judicial, como para imponer determinados aspectos en el proceso de negociación.

Otra cuestión es la determinación de la cualificación profesional de este “mediador”. En general, es previsible que si la figura llega a adquirir estatus legal, los candidatos se encuentren entre las profesiones que operan en el ámbito concursal y de las reestructuraciones.

Asimismo, otro factor que habría que objetivar sería el ámbito de sus responsabilidades y su posterior implicación en un eventual procedimiento concursal. Se apunta la posibilidad por los expertos en la materia, de que esta figura en caso de declararse posteriormente un concurso pudiera pasar a ejercer el cargo de administrador concursal. Nada obsta a que el mediador pueda involucrarse en el posterior procedimiento como administrador concursal, aunque todo dependerá de su grado de implicación en el procedimiento. Evidentemente, parece razonable que, en caso de llegarse a alcanzar un acuerdo de refinanciación, el mediador pudiera convertirse en el experto independiente a que se refiere la Ley Concursal en el número 6 de su art. 71. Este artículo exige dicho informe como uno de los requisitos exigidos en el artículo para el blindaje de las operaciones de refinanciación frente a posibles rescisiones concursales.

4

Privilegios al dinero nuevo

Privilegios al dinero nuevo

Una de las reclamaciones más comunes por parte de las entidades financieras que participan en los procesos de refinanciación de deuda es la concesión de determinados privilegios, para el caso de posterior concurso de la empresa, cuando se contribuya a la viabilidad de la compañía en dificultades con la inyección de dinero nuevo en un momento de incertidumbre sobre la continuidad de la organización y, por ende, de mayor riesgo.

Ahora bien, independientemente de que se quiera desjudicializar o no este proceso, se advierte la necesidad de incentivar a los sujetos involucrados en los procesos de refinanciación para que apoyen con la inyección de dinero a las empresas que tengan una cierta viabilidad mediante la concesión de determinadas garantías.

Se ha apuntado que la existencia de estos privilegios conllevaría determinados inconvenientes por el tratamiento distinto con respecto a los acreedores que prestaron dinero con carácter anterior a la realización del proceso de refinanciación, para los que no existiría privilegio alguno a su favor. Parece que estas críticas deben decaer ante la realidad de la financiación adicional de la empresa en un momento de riesgo máximo.

En igual sentido que a los acreedores financieros, se debería abordar la problemática de los socios que arriesgan su patrimonio para salvar la empresa. No parece razonable que en un momento especialmente delicado para la empresa que se encuentra en situación de preinsolvencia, se penalice al socio que decide aportar dinero para paliar o solventar esa situación con la subordinación de su crédito. No se incentiva que los socios se impliquen con su propio patrimonio, sino que se desincentiva expresamente con la subordinación.

En definitiva, aunque existe alguna voz disidente, hay práctica unanimidad en considerar que la subordinación de los créditos de los socios por préstamos a la sociedad, carece de todo sentido y quizá tampoco tenga sentido que tengan privilegios frente al resto de acreedores aquellas empresas a las que se les ha inyectado el 50% del dinero nuevo, siguiendo también la doctrina especializada existente en la regulación europea de insolvencias.

Se trata en este caso de una modificación que requeriría una mínima intervención legislativa en la Ley Concursal y en cambio parece que los beneficios que reportaría serían importantes. Por un lado, se conseguiría incentivar a las entidades financieras para apoyar económicamente a las empresas sin la incertidumbre respecto al cobro de ese crédito en una posible situación concursal futura. Por otro lado, se incentiva también a los socios a arriesgar su propio patrimonio a fin de reflotar empresas, sin riesgo de que vean su crédito subordinado por el mero hecho de considerarles personas especialmente relacionadas con el deudor.



5

Necesidad de escudos protectores en fases previas al concurso

Necesidad de escudos protectores en fases previas al concurso

Se advierte por los operadores jurídicos y financieros que los intervinientes en los procesos de financiación que arriesgan su patrimonio para posibilitar la viabilidad de la compañía en momentos previos a la situación de insolvencia, tienen pocos incentivos en la actualidad para apoyar a empresas en crisis: subordinación de sus créditos, ningún privilegio al dinero nuevo aportado en el seno de un proceso de refinanciación, posibilidad del inicio de ejecuciones singulares contra la empresa deudora en situación de preinsolvencia.

Por ello, otra necesidad que se manifiesta de forma bastante acuciante para garantizar los procesos de refinanciación, en sus distintos grados, es la de ampliar determinadas medidas protectoras en los momentos previos a la declaración de concurso, ya sea en los procesos de refinanciación, ya sea tras la presentación de la solicitud de aplazamiento del concurso (5-bis LC).

La posibilidad que existe en la actualidad, por ejemplo, de instar ejecuciones o solicitar medidas cautelares a deudores en situación de preinsolvencia, hace que los procesos iniciados por la empresa deudora de refinanciación de deuda o de negociación a fin de alcanzar un convenio anticipado con los acreedores, puedan frustrarse por actuaciones de acreedores sin demasiados alicientes para contribuir a un proceso de refinanciación de deuda, lo que sucede cuando los acreedores gozan de garantías reales suficientes para satisfacer sus créditos.

De entre estos escudos protectores, se reclaman abiertamente dos:

- Se afirma que en la fase de convenio previo al concurso o durante un proceso de refinanciación, no pueden tolerarse ejecuciones singulares, ni siquiera públicas.

- Se conviene también en que carece de sentido que en período de refinanciación o negociación de convenio tanto en la situación amparada en el 5-bis como en momentos anteriores a él, puedan adoptarse medidas cautelares contra el patrimonio del deudor.

Está claro que una paralización automática de las ejecuciones tras la presentación de una solicitud de aplazamiento del concurso *ex art. 5-bis LC* podría tener efectos secundarios. Previsiblemente se asistiría a un incremento exponencial de las solicitudes *ex art. 5-bis LC* que acabarían distorsionando el sistema.

Tampoco puede descartarse que se haga uso de este privilegio de paralización para zafarse de eventuales solicitudes de medidas cautelares perfectamente legítimas.

Lo anterior no constituye un motivo suficientemente válido como para no proceder a la reforma en los términos indicados, puesto que eventuales responsabilidades siempre podrán ser depuradas en fase de calificación. Y, por lo demás, se evitaría el efecto pernicioso que se observa tras la presentación de una solicitud de aplazamiento del concurso, también conocido como solicitud “5-bis”. En efecto, dicha solicitud judicial de aplazamiento no es pública precisamente para evitar este efecto, pero la realidad muestra que una vez los acreedores toman conocimiento de que su deudor, está inmerso en un proceso de refinanciación de su deuda financiera o negociación con sus acreedores para alcanzar un convenio anticipado, con solicitud judicial de aplazamiento, los acreedores acuden de forma casi inmediata al inicio de acciones judiciales, declarativas o ejecutivas, según los casos. En ocasiones, de forma paradójica se acude a las ejecuciones “amistosas”.

6

El problema de los acreedores minoritarios y la fuga de refinanciaciones al extranjero

El problema de los acreedores minoritarios y la fuga de refinanciaciones al extranjero

El hecho de que cualquier acreedor minoritario dotado de garantía real, reacio a suscribir la refinanciación al no tener ningún incentivo para ello, pueda iniciar ejecuciones singulares por su cuenta, puede malbaratar un proceso de refinanciación avanzado entre el deudor y sus acreedores mayoritarios por la exigencia de estos para que se apliquen las mismas condiciones a todos los acreedores con independencia de su tamaño.

Este hecho ha propiciado que algunas refinanciaciones importantes de todos conocidas, se hayan tenido que llevar a cabo en el Reino Unido acogiéndose a un fuero de conveniencia (*forum shopping*).

Estas situaciones se evitarían si los procesos de refinanciación protegidos vincularan a todos los acreedores,

incluso a los que gozasen de garantías reales.

La falta de vinculación de los acreedores minoritarios a los acuerdos de la mayoría es un lastre que arrastra los procesos de refinanciación en España, que en algunos casos dan al traste con todo el proceso que emplea muchos meses a un grupo importante de entidades financieras.

En definitiva, el problema se centra enseguida en la actual dicción de la Disposición Adicional 4.ª de la LC que prevé la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en determinados casos y si se cumplen ciertos requisitos, pero excluyendo a los acreedores con garantía real, que no quedan afectados por las esperas pactadas por el resto de los acreedores que representen un 75% del pasivo titularidad de las entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo.



El interés común de los acreedores, y del propio deudor, hace necesario armonizar y establecer mecanismos que tiendan a imponer universalmente los acuerdos, frente a Administraciones, así como frente a acreedores que gocen de garantías reales. No puede pensarse seriamente que estos institutos preconcursales tengan éxito si nos olvidamos de lo más importante. De hecho, en nueve meses de vigencia de la reforma operada por la Ley 38/2011 que introdujo la actual Disposición Adicional 4.^a, no hay muchas experiencias de homologaciones judiciales de acuerdos de refinanciación.

Otra cosa es el principio de limitación de los privilegios, que fue uno de los motivos que dieron lugar a la Ley Concursal. En esa línea, tendría sentido vincular a todos los acreedores (incluso quizá a los que gocen de garantía real) a los acuerdos de una mayoría cualificada en relación con la refinanciación, quedando su protección frente a acuerdos irrealizables o poco realistas a cargo del criterio del experto independiente y del correlativo proceso de homologación judicial.

En definitiva, si se pretende que estos mecanismos de protección o blindaje



funcionen y eviten así la fuga de operaciones de refinanciación al extranjero, especialmente al Reino Unido, se conviene en que se hace necesario despojar a los acreedores favorecidos de dichos privilegios, que deben quedar completamente inoperantes en interés de la mayoría y de la propia supervivencia de la empresa.

Eso no significa, como se ha dicho en algún caso, dar al traste con todo el derecho hipotecario. No se trata de atacar los cimientos del derecho hipotecario, pero sí de que esa garantía

no acabe con procesos complicados en que la mayoría de los acreedores sacrifican tiempo y recursos en pro de la viabilidad de las empresas.

Ese esfuerzo, el del deudor y el de los acreedores, no debe resultar estéril, ni tampoco obligar a las empresas a realizar sus refinanciaciones de forma casi furtiva en el extranjero porque nuestra legislación es incapaz de ofrecer soluciones que den confort a la mayoría de los acreedores.



7

Mayor profesionalización de la Administración Concursal

Mayor profesionalización de la Administración Concursal

La tendencia al alza del número de empresas que ha entrado en una situación de insolvencia en los últimos años, unido a las deficiencias del sistema judicial español, ha generado un colapso en los Juzgados de lo Mercantil que necesita una solución.

A continuación la figura 3 muestra la evolución trimestral de publicación de concursos en el Boletín Oficial del Estado desde el año 2005.

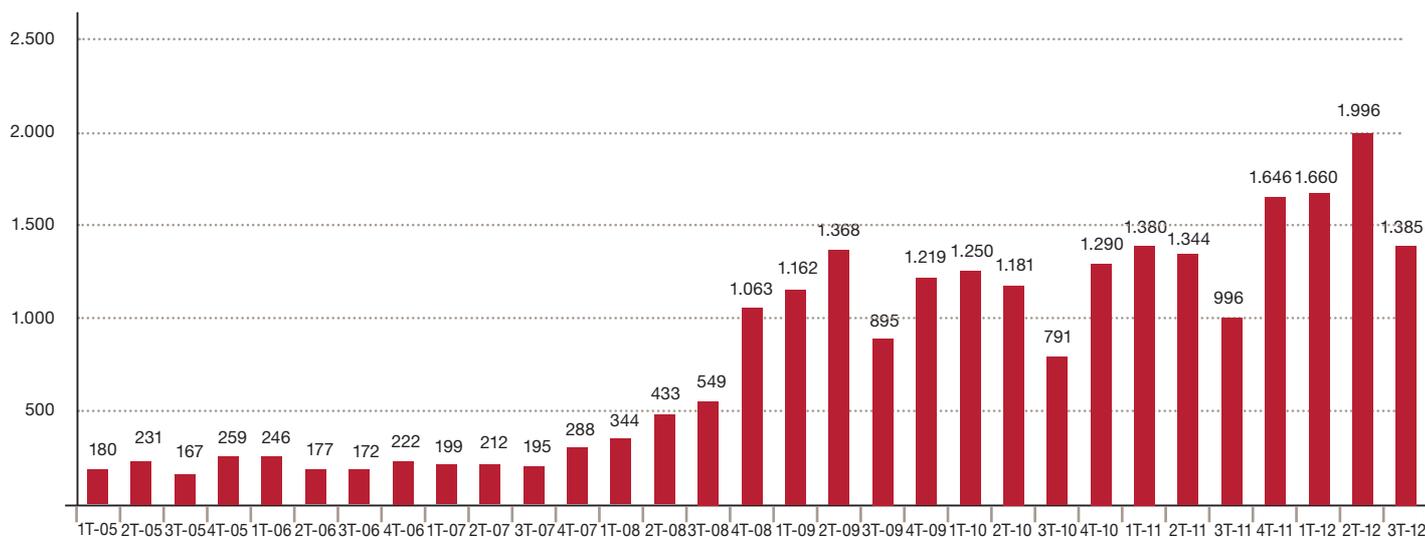
Según es comúnmente aceptado, una de las causas de ralentización y encarecimiento de los procedimientos concursales ha sido la falta de formación específica de algunos administradores concursales. El motivo es que el no tener

los conocimientos técnicos adecuados genera más espera y crea trámites innecesarios.

En este sentido, un auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia acaba de cesar a un administrador concursal por su falta de “*rigor y objetividad*”, así como por no poseer el “*mínimo conocimiento de la problemática de la empresa concursada, de sus medidas correctoras de la crisis y de la veracidad y consistencia de su propuesta de viabilidad*”.

La reciente reforma concursal es consciente de la importancia del papel que desempeñan los administradores concursales y busca una mayor “*profesionalización*”, potenciando sus funciones y reforzando los requisitos para ser nombrado administrador concursal.

Figura 3.
Evolución trimestral en el número de empresas concursadas



Fuente: BOE y Unidad Concursal de PwC.

Cabe insistir en una vieja reivindicación: tiene que haber mayor control. Debe distinguirse en función de si se trata o no de concursos de especial relevancia, con mayor control por parte de instituciones públicas o privadas sobre la preparación y capacitación de los administradores concursales.

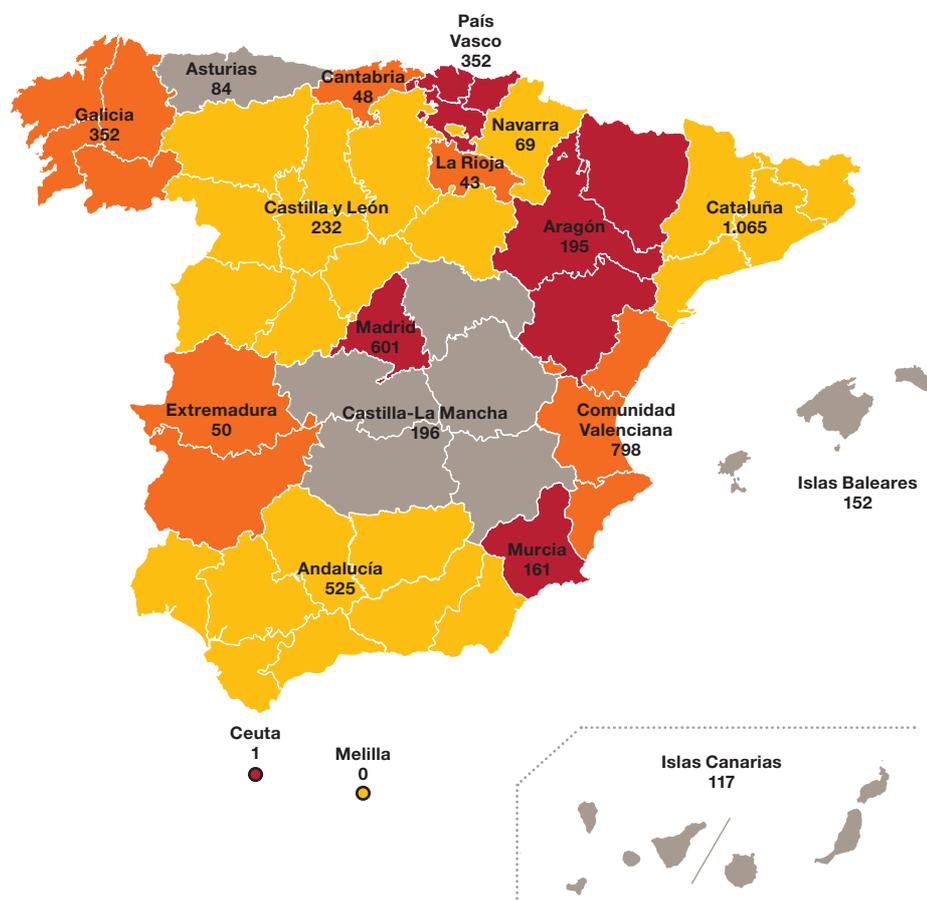
En este sentido, los expertos hacen hincapié en la necesidad de la creación de un Instituto de acreditación de determinadas profesiones jurídicas entre las que podrían encontrarse las de

Administrador Concursal y la del Experto Independiente a que se refiere el artículo 71.6 de la Ley Concursal.

La creación de este Instituto de Acreditación de determinadas profesiones jurídicas, iría en la línea de lo previsto en la reforma 38/2011 y ahondaría en ella con el fin de garantizar la dedicación y capacitación técnica de los administradores concursales, lo que sin duda redundaría en una mejora y agilización sustancial del proceso concursal.



Figura 4.
Datos de concursos publicados en el tercer trimestre de 2012



Fuente: BOE y Unidad Concursal de PwC.

8

Mayor intervención de los acreedores en el proceso concursal

Mayor intervención de los acreedores en el proceso concursal

Un elevado porcentaje de actividad empresarial de compañías concursadas desaparece en el proceso concursal.

Los retornos para los acreedores concursales son extremadamente bajos en España y los procesos concursales siguen siendo muy lentos y largos.

Las empresas en dificultades se deterioran, en gran parte, porque no existe una legislación que permita la toma de decisiones sobre los activos y compañías deterioradas con suficiente antelación como para preservar valor. Hay quien defiende que las legislaciones que priman el cobro a los acreedores como fin principal del proceso de insolvencia consiguen, además, que se produzca un mantenimiento mayor de la actividad económica de las empresas en crisis, al existir una clara vinculación entre preservación de valor y cobro de créditos.

Los concursos en España están muy alejados de uno de sus principales actores: los acreedores. Hay quien defiende que la falta de participación de los acreedores en los procesos concursales es equivalente a la ausencia de patrón en los negocios, lo que conduce a que las motivaciones por las que se toman decisiones en los procesos concursales en España estén alejadas del fin principal, es decir, generar y conservar actividad para repagar créditos.

Existe un gran número de sectores en España que necesita reestructurarse ajustando su capacidad productiva a una demanda diferente y más exigente. La velocidad a la que esta reestructuración se está llevando a cabo está muy condicionada por la falta de límite alguno a la autonomía con la que gestionan sus dueños negocios con mucha más deuda de la que pueden repagar, y cuyo valor es cero o negativo.

Determinados sectores plantean la necesidad de conferir mayor protagonismo a los acreedores y restar autonomía a los administradores de la empresa en concurso. En este sentido, hay quien piensa, que en línea con lo que ocurre en determinados países anglosajones, se debería dar poder de decisión a los acreedores para decidir por mayoría sobre el destino de determinados activos, con independencia de lo que opine el deudor, y en beneficio de mantener la actividad y de preservar el valor del dividendo de recuperación para los acreedores.

Sin embargo, se acepta de forma generalizada que la admisión de un modelo en el que se prevé una mayor intervención de los acreedores supondría una reforma mayor de nuestro derecho de insolvencias, ya que la normativa no prevé instrumento alguno para hacerla efectiva, si bien es cierto que es habitual establecer comisiones de control formadas por algunos acreedores (generalmente los principales, pero nunca todos) en los convenios.

Desde la judicatura parece prevalecer el criterio de que, si el objetivo que se pretende con la potenciación de la presencia de los acreedores en el proceso concursal, es tomar el control de la empresa en determinadas situaciones en que los administradores de la misma constituyen un auténtico obstáculo para el cumplimiento de los compromisos frente a los acreedores (o, cuando menos, para una gestión que tenga en cuenta que ese debe ser el objetivo primordial de la empresa en dificultades), y por ello quiere despojarse al deudor de su poder de decisión, existen mecanismos suficientes para ello en la Ley Concursal que posibilitan la sustitución de los administradores por la Administración Concursal, lo que ofrece mayores garantías y fiabilidad al proceso que si el control lo toman los propios acreedores cuyos intereses pueden no coincidir con el interés de la mayoría de estos, con posible vulneración de la *par conditio creditorum*.

Índice de figuras

Figura 1. Evolución concursal en algunos países europeos. Gráfico elaborado por PwC. Datos Creditreform, Insolvenzen in Europa 2010/11 y 2011/12. Junio, 2012.	11
Figura 2. Ratio de insolvencias (cada 10.000 compañías). Cuadro elaborado por PwC. Datos Creditreform, Insolvenzen in Europa 2010/11 y 2011/12. Junio, 2012.	15
Figura 3. Evolución trimestral en el número de empresas concursadas. Fuente: BOE y Unidad Concursal de PwC.	29
Figura 4. Datos de concursos publicados en el tercer trimestre de 2012. Fuente: BOE y Unidad Concursal de PwC.	31

Contactos

Julio Ichaso

Abogado responsable del Departamento Concursal de PwC
Tel.: + 34 932 532 759
julio.ichaso@es.pwc.com

Teresa Ramos

Abogada de PwC y experta en derecho concursal
Tel.: +34 932 532 766
teresa.ramos.ibos@es.pwc.com

Adrián Dupuy

Abogado de PwC y experto en derecho concursal
Tel.: + 34 915 684 238
adrian.dupuy@es.pwc.com

Ernesto Benito

Socio responsable del Departamento de Procesal y Arbitraje de PwC
Tel.: +34 915 684 258
ernesto.benito.sancho@es.pwc.com

Enrique Bujidos

Socio de Reestructuraciones de PwC
Tel.: + 34 915 684 356
enrique.bujidos@es.pwc.com

Antonio Amorrich

Director de PwC y economista experto en concursos de acreedores
Tel.: + 34 915 685 163
antonio.amorrich.campos@es.pwc.com

Rafael García Anguita

Socio de Auditoría de PwC
Tel.: +34 915 684 268
rafael.garciaa@es.pwc.com

Un nuevo patrón de crecimiento que se sustenta en cinco pilares principales: **internacionalización, innovación, economía baja en carbono, economía del conocimiento y modernización de las Administraciones Públicas.**



Crecimiento Inteligente

El proyecto está coordinado por Jordi Sevilla, senior advisor de PwC.

Más información en www.pwc.es



PwC ayuda a organizaciones y personas a crear el valor que están buscando. Somos una red de firmas presente en 158 países con más de 180.000 profesionales comprometidos en ofrecer servicios de calidad en auditoría, asesoramiento fiscal y legal y consultoría. Cuéntanos qué te preocupa y descubre cómo podemos ayudarte en www.pwc.com

© 2012 PricewaterhouseCoopers S.L. Todos los derechos reservados. "PwC" se refiere a PricewaterhouseCoopers S.L, firma miembro de PricewaterhouseCoopers International Limited; cada una de las cuales es una entidad legal separada e independiente.