

¿Schemes of arrangement en la Ley concursal?

Se ha publicado recientemente el texto del Proyecto de Ley de Reforma Concursal, que se encuentra en tramitación.

Como una de las principales novedades, el Proyecto introduce una nueva Disposición Adicional Cuarta referida a acuerdos de refinanciación, cuyo contenido se inspira en otros sistemas europeos, principalmente en el modelo inglés del Scheme of Arrangement.

Sin embargo, la regulación que se contiene en el Proyecto de Ley queda todavía lejos del modelo inglés, pues existen importantes condicionantes a su aplicación y, en cualquier caso, su alcance es muy limitado.

Por tanto, es necesario explicar en qué consiste y en qué no consiste el mecanismo que se proyecta introducir en el sistema concursal español.

Como consideración de principio, no parece ser el objetivo del legislador crear un sistema que permita imponer a los disidentes la decisión novatoria de la mayoría, sino más bien otorgar al deudor una protección de carácter temporal, frente a los acreedores financieros que no consientan la refinanciación.

Desde este punto de partida se comprende mejor el limitado alcance de la reforma, así como su ubicación en el contexto de los acuerdos de refinanciación que están protegidos frente a la rescisión concursal.

A continuación nos referimos a los requisitos de aplicación de la nueva disposición, que son tres: i) el sometimiento al procedimiento de blindaje que regula la actual Disposición Adicional Cuarta, que pasará a ser el art. 71.6 de la Ley Concursal, ii) la obtención de apoyo por parte del 75% del pasivo financiero y iii) la homologación por el Juez del concurso.

Acuerdo amparado por el art. 71.6 de la Ley Concursal

El punto de partida de la reforma, principal condicionante de la aplicación del nuevo mecanismo, es la existencia de un acuerdo de refinanciación de los que refería la actual Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal (que pasará a ser el art. 71.6), es decir, uno de esos acuerdos que escapan a la rescisión concursal.

Por tanto, para que pueda entrar en juego el nuevo instrumento es preciso, en resumen, que se otorgue en escritura pública un acuerdo de refinanciación que reciba el apoyo de 3/5 de los acreedores, y que sea informado por un experto independiente designado por el Registro Mercantil, sobre la base de un plan de viabilidad.

Sólo los acuerdos de refinanciación que reúnan estos requisitos podrán solicitar la aplicación de lo que dispone la proyectada Disposición Adicional Cuarta.

A sensu contrario, los acuerdos de refinanciación que no sean objeto de este “blindaje” (en la práctica, la gran mayoría) quedarán fuera del ámbito de aplicación de la nueva disposición.

Mayoría de pasivo financiero

La proyectada Disposición Adicional Cuarta faculta para someter un acuerdo de refinanciación que haya quedado “blindado” por el cauce actualmente existente (que pasará a ser el art. 71.6) a la homologación judicial, siempre que cuente con el apoyo de un 75% de los acreedores financieros.

Contenido

Acuerdo amparado por el art. 71.6 de la Ley Concursal

Mayoría de pasivo financiero

Homologación judicial

Efectos del acuerdo

Conclusión

Para cualquier consulta sobre esta publicación, por favor contacte:

[Inigo Villoria](mailto:Inigo.Villoria@cliffordchance.com)
Inigo.Villoria@cliffordchance.com

[Alberto Manzanares](mailto:Alberto.Manzanares@cliffordchance.com)
Alberto.Manzanares@cliffordchance.com

[Stuart Percival](mailto:Stuart.Percival@cliffordchance.com)
Stuart.Percival@cliffordchance.com

Teléfono +34 91 590 75 00

Clifford Chance, Paseo de la Castellana
110, 28046 Madrid, Spain
www.cliffordchance.com

Hay que destacar que, por vez primera, la Ley Concursal presta atención a la naturaleza del acreedor, lo que puede generar problemas prácticos dado que ni la ley ni la jurisprudencia han definido nunca lo que debe entenderse por acreedor financiero.

La Ley está partiendo de este concepto, no sólo a los efectos de computar la mayoría de pasivo que apoya el acuerdo de refinanciación, sino también de limitar los efectos del acuerdo a los acreedores de esta misma clase, como veremos.

Homologación judicial

El acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos anteriores (blindaje ex art. 71.6 y mayoría del 75% de los acreedores financieros) podrá ser sometido a la homologación del Juez que sería competente para declarar el concurso, a los efectos que se señalan más adelante.

La referencia a la homologación judicial resulta confusa. En principio, parece que el Juez se limitará a verificar la concurrencia de los presupuestos (a modo de procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin que quepa oposición).

Sin embargo, la ley permite al Juez valorar la razonabilidad del contenido del acuerdo (se supone que el análisis se hace "en equidad", pues la ley no establece ningún parámetro al respecto, tan sólo requiere que el acuerdo no conlleve un sacrificio desproporcionado).

Asimismo la ley faculta para oponerse a la homologación a los acreedores financieros cuyo pasivo no se hubiera tenido en cuenta, lo que tendría sentido solo a los efectos de que se incluya este pasivo. Sin embargo, también se permite a estos acreedores alegar sobre el alcance del sacrificio, por lo que también se debería permitir hacer alegaciones en este sentido a los acreedores disidentes, que tendrán un interés tan legítimo como el de los no incluidos en el cómputo.

A la luz de lo expuesto, no se puede anticipar si la homologación judicial conllevará en la práctica un verdadero procedimiento contradictorio o si será un mero trámite. Esto último es lo más probable.

Efectos del acuerdo

La homologación judicial del acuerdo producirá dos efectos, uno necesario y otro potestativo: i) en todo caso, el de imponer a los acreedores financieros disidentes la espera que se hubiera pactado en el acuerdo y ii) si así se solicita, el de imponer a los acreedores financieros la paralización de ejecuciones singulares. Nos referimos a estos efectos por separado.

El efecto natural de la homologación es la extensión del acuerdo de espera a todos los acreedores financieros que sean titulares de créditos no garantizados. Esto quiere decir: i) en el plano subjetivo, que el acuerdo de refinanciación no se impone a los acreedores con garantía real (que en muchos casos serán la gran mayoría), ni tampoco a los acreedores que no sean financieros (p.ej., proveedores); todos ellos mantendrán sus créditos inalterados y seguirán en libertad para iniciar acciones y ii) en el plano objetivo, que el acuerdo de refinanciación sólo se impone en lo que tenga de extensión de plazo, no en su restante contenido (p.ej., cancelación de deuda, conversión de crédito en capital, o concesión de nueva financiación). Se trata, por tanto, de un efecto novatorio muy limitado, sólo referido al acuerdo de espera.

Adicionalmente, si así se solicita al pedir la homologación judicial, el Juez podrá también decidir la paralización de las ejecuciones singulares instadas por los acreedores (se entiende, por los acreedores financieros, pues aunque la ley no lo precisa no tendría sentido extender este efecto accesorio a los acreedores que no pueden verse alcanzados por el efecto novatorio, que es el principal). Aquí se advierte de nuevo la finalidad protectora (y no novatoria) del mecanismo. Por lo demás, parece que esta petición ha de hacerse al tiempo de solicitar la homologación y no después, lo que no parece lógico restringir, pues en ese momento inicial pueden no haber comenzado aun las ejecuciones (o pueden ser todavía desconocidas para el deudor).

Conclusión

Aunque hay que valorar positivamente la introducción de un instrumento que proteja el patrimonio del deudor frente a las acciones de sus acreedores (insistimos en que esta es la finalidad fundamental de la nueva Disposición Adicional Cuarta), el nuevo mecanismo dista mucho de ser un instrumento de novación de las deudas en virtud del criterio de la mayoría. Su limitado alcance lo sitúa, por el momento, lejos de los mecanismos pre-concursales que contemplan otras legislaciones de nuestro entorno.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.

© Clifford Chance S.L. abril 2011