

De gran utilidad práctica pueden resultar asimismo las tablas de baremos para sectores o subsectores de actividad homogéneos, dado que su utilización exige al operador de tener que elaborar un análisis de riesgos. Estas tablas deberán desarrollarse antes, o con la aprobación de las órdenes ministeriales citadas con anterioridad, y también su aplicación será de carácter voluntario.

Con independencia de la metodología adoptada para el cálculo de la cobertura, será la autoridad competente la encargada de determinar finalmente la cuantía exacta de la garantía financiera obligatoria, tras la comprobación del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales de la propuesta presentada por el operador con base en los resultados de su análisis de riesgos o en la aplicación de las tablas de baremos.

La Sección segunda del Capítulo tercero del Reglamento incluye finalmente reglas específicas para las distintas modalidades de garantía financiera previstas en la LRM (el seguro, el aval y la reserva técnica) y precisa el alcance de la extensión de la cobertura que otorga el Fondo de compensación de daños medioambientales gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros.

### Conclusiones

El Reglamento desarrolla parcialmente la LRM y, en particular, regula, con un contenido eminentemente técnico, la determinación del daño medioambiental, la determinación de las medidas reparadoras y el modo en el que debe llevarse a cabo el seguimiento y la vigilancia del proyecto reparador.

Para aquellas empresas que estén obligadas a constituir una garantía financiera al amparo de la LRM, el Reglamento establece la metodología general que debe seguirse para la realización de los análisis de riesgos que conducirán a la cuantificación de la garantía, ya sea mediante una póliza de seguro, un aval o una reserva técnica. Este análisis de riesgos podrá ser sustituido por la aplicación de tablas de baremos para sectores o subsectores de actividad homogéneos.

Aunque las garantías financieras sólo serán exigibles a partir de abril de 2010, las empresas ya han comenzado a diseñar su estrategia para calcular, de la forma más eficiente posible, el importe que habrán de garantizar. En todo caso, las obligaciones de prevención, evitación y reparación previstas en la LRM y desarrolladas en el Reglamento son exigibles desde la entrada en vigor de la LRM, por lo que

puede resultar conveniente suscribir las garantías lo antes posible, aun antes de que éstas sean legalmente exigibles.

GUILLERMINA YANGUAS Y NOEMÍ BLÁZQUEZ (\*)

## REFORMA DE LA LEY CONCURSAL 22/2003

### Introducción

El pasado día 31 de marzo de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal (el «*Real Decreto-ley*» o la «*Reforma*»). El Real Decreto-ley tiene fundamentalmente por objeto (i) facilitar la reestructuración fuera del procedimiento concursal de las empresas que atraviesen dificultades financieras; (ii) facilitar las negociaciones y la tramitación del convenio anticipado; (iii) agilizar el procedimiento concursal para aquellas empresas que decidan o estén obligadas a reestructurarse en sede concursal; y (iv) zanjar definitivamente ciertas discusiones sobre determinados preceptos en materia de subordinación de créditos.

En las siguientes líneas se ofrece un breve análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley respecto de las modificaciones que introduce en la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio (la «*Ley Concursal*»).

### Principales novedades

#### Nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación

La Reforma introduce un nuevo régimen de blindaje para los acuerdos de refinanciación preconcursales respecto de las acciones de rescisión concursal en la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (la «*Disposición adicional cuarta*»). Según la referida disposición, se consideran acuerdos de refinanciación «*los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas*» (el «*Acuerdo de Refinanciación*»).

(\*) Abogadas del Área de Práctica de Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona)

Si se cumplen los requisitos que se indican seguidamente, los negocios, actos, pagos y garantías constituidos en ejecución del Acuerdo de Refinanciación no estarán sujetos a la acción de rescisión y, en caso de concurso sobrevenido, sólo la administración concursal podrá impugnar el Acuerdo de Refinanciación. No obstante, sigue quedando abierta la posibilidad de atacar estos acuerdos por la vía del artículo 71.6 de la Ley Concursal (artículos 1.111 y 1.291 del Código Civil).

El Acuerdo de Refinanciación gozará de la protección prevista en la Disposición adicional cuarta siempre y cuando cumpla las siguientes condiciones:

- (i) responda a un plan de viabilidad que permita la continuación de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo;
- (ii) sea suscrito por acreedores que representen al menos el 60% del pasivo del deudor;
- (iii) que un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor realice un juicio técnico sobre la suficiencia de la información, el carácter razonable y realizable del plan, y la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma; y
- (iv) se formalice en instrumento público.

Con relación al informe del experto independiente, éste deberá realizar un análisis de las previsiones y otras razones expuestas en el plan de viabilidad sobre la base de la información facilitada (que deberá determinar si la considera suficiente), y manifestará si las considera razonables y realizables en los términos del plan. Para fundamentar su opinión, el experto deberá, seguramente, tener en cuenta las previsiones del sector, de empresas similares, las perspectivas de la evolución del precio de las materias primas, etc.

El informe deberá también analizar si las garantías otorgadas en el Acuerdo de Refinanciación son proporcionales al esfuerzo jurídico y económico que realizan los acreedores bajo el Acuerdo y, para eso, el experto debe de tener en consideración el valor de los activos dados en garantía (p. ej., mediante las tasaciones que le facilite el deudor) y lo acordado en acuerdos de naturaleza y términos similares conforme a las condiciones normales del mercado al momento de la firma del Acuerdo de Refinanciación.

Otras posibles dificultades respecto de la ejecución práctica para la protección de la Disposición adicional cuarta pueden ser las que se mencionan a continuación.

Los plazos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil al que se remite el RDL 3/2009 (aproximadamente un mes y medio) para la solicitud de nombramiento, aceptación, tramitación, y emisión del informe y prórrogas, pueden ser, en la práctica, incompatibles con la urgencia normalmente aparejada a estos procesos de reestructuración de deuda.

Por otra parte, la pretensión de que el Acuerdo de Refinanciación sea suscrito por acreedores que representen al menos el 60% del pasivo del deudor parece requerir el agrupamiento de una parte significativa de los acreedores bajo un mismo Acuerdo de Refinanciación, por lo que se excluirían los acuerdos «bilaterales» entre el deudor y sus acreedores, incluso aunque separadamente representarían tres quintos del pasivo.

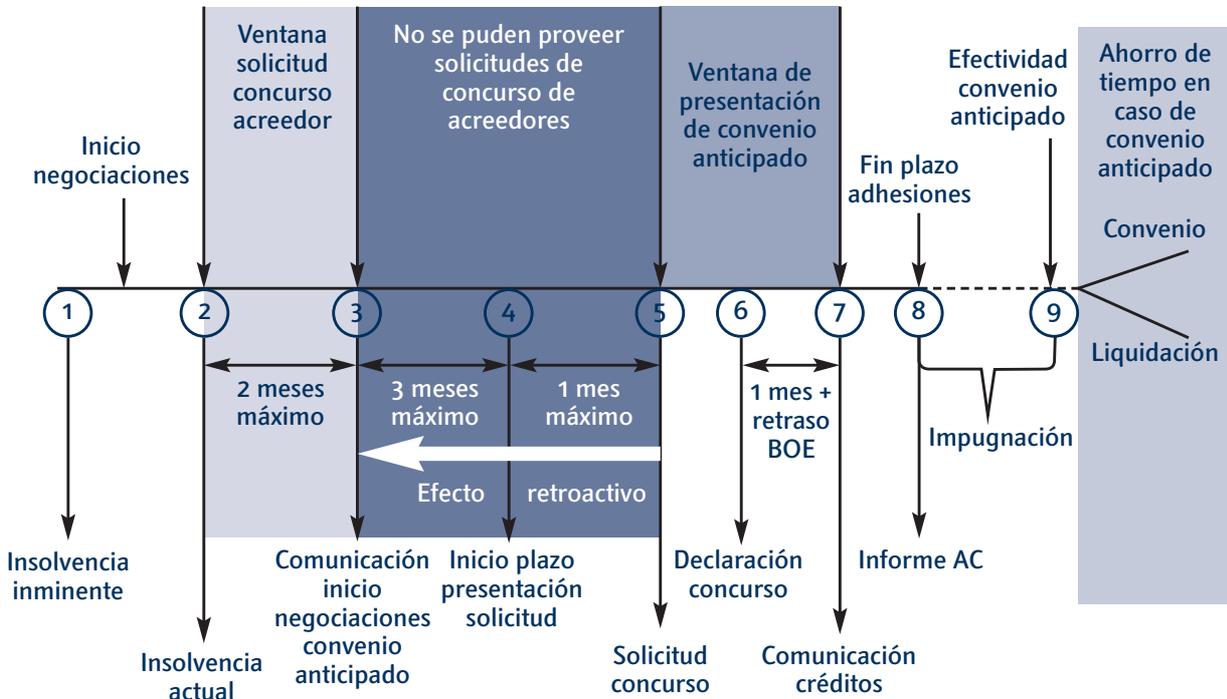
Por último, el RDL 3/2009 contempla como no rescindibles concursalmente las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

#### Modificaciones con relación al convenio concursal

La Reforma introduce modificaciones al régimen del convenio concursal, tanto en su modalidad de convenio anticipado como en su modalidad de convenio ordinario.

Respecto de la primera modalidad de convenio (anticipado), el RDL 3/2009 establece que, si dentro del plazo de dos meses del que dispone el deudor en insolvencia actual para solicitar el concurso comenzase a negociar una propuesta de convenio anticipado, podrá contar con tres meses adicionales para negociar adhesiones de los acreedores a esa propuesta sin tener que solicitar el concurso. Una vez finalizado el nuevo plazo de tres meses, el RDL 3/2009 dispone que debe solicitarse el convenio en el mes siguiente a la terminación del referido plazo de tres meses. Durante estos meses no se tramitará ninguna solicitud de concurso necesario que pueda presentar cualquier acreedor.

Nuevo régimen del convenio anticipado



Esta modificación parece dirigida a evitar determinadas prácticas que habían venido acaeciendo en casos en los que una empresa estaba negociando la reestructuración de su deuda con sus acreedores más relevantes (fundamentalmente, entidades de crédito) y en el transcurso de tales negociaciones otro acreedor instaba la declaración de concurso a fin de presionar para obtener el cobro de su deuda. Asimismo, existía también el riesgo de que el deudor finalmente solicitase el concurso obligado por el fracaso en las negociaciones para la reestructuración de su pasivo fuera del plazo de dos meses que establece el artículo 5.1 de la Ley Concursal, lo que, de abrirse la sección de calificación, podría suponer la calificación de concurso culpable por la presunción *iuris tantum* de haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (art. 165 de la Ley Concursal).

En resumen, y a la luz de las consideraciones anteriormente señaladas, la Reforma amplía el plazo para negociar la propuesta fuera del concurso sin la amenaza de la solicitud del concurso por los acreedores y sin que los administradores de la sociedad incurran en responsabilidad. Sin embargo, esa modificación no supone realmente un ahorro en el «tiempo de salida» del concurso mediante un convenio anticipado, en la medida en que el convenio

no es efectivo hasta que finalice el trámite de impugnación, tal y como ocurría también antes de esta Reforma.

Otras de las novedades introducidas por la Reforma en relación con el convenio anticipado son, por un lado, la posibilidad de que las adhesiones mínimas que debe recibir la propuesta anticipada sean prestadas por «acreedores de cualquier clase» (frente al régimen anterior «de acreedores ordinarios o privilegiados») y, por otro lado, la reducción del porcentaje de adhesiones a una décima parte del pasivo cuando la propuesta anticipada se acompañe con la solicitud de concurso.

Por último, la Reforma reduce a dos supuestos (condena firme por delitos económicos e incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales) en los que se prohíbe al deudor presentar el convenio anticipado.

En relación con el convenio ordinario, la Reforma establece dos modificaciones. En primer lugar, se introduce la posibilidad de tramitación escrita para concursos con más de 300 acreedores. En segundo lugar, se aprovecha para eliminar el requisito del informe de la Administración económica competente que, conforme al anterior artículo 100 de la Ley Concursal, debía valorar la trascendencia del

concurado para la economía, para la superación de los límites cuantitativos generales de la quita o espera de la propuesta de convenio. Ahora el juez del concurso será quien haga esa valoración.

#### Propuesta de liquidación anticipada

La Reforma introduce la figura de la liquidación anticipada por la que el deudor podrá solicitar al juez durante la fase común del concurso una propuesta anticipada de plan de liquidación de la masa activa, que podrá llevarse a cabo (e incluso pagar a los acreedores con lo que resulte de las operaciones liquidatorias) sin esperar a la conclusión de los incidentes concursales para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Las principales características de la liquidación anticipada son las siguientes: (i) puede ser solicitada por el deudor; (ii) deberá ser necesariamente evaluada por la administración concursal; (iii) el juez decidirá finalmente sobre su aprobación o rechazo (teniendo en cuenta los intereses del concurso); y, (iv) el pago de los acreedores se ajustará a las previsiones del régimen general de la Ley Concursal previsto para el pago de los acreedores.

#### Revisión en materia de subordinación de créditos

Como principales novedades respecto del régimen de subordinación de créditos, se recogen las siguientes:

(i) Se otorga al juez la posibilidad de subordinar el crédito que surja de un contrato con obligaciones recíprocas, siempre que (previo informe de la administración concursal) entienda que el acreedor obstaculiza reiteradamente el cumplimiento del contrato.

(ii) El crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el concursado sólo será subordinado una vez que el fiador en cuestión haya pagado al acreedor y, por tanto, se haya subrogado en su posición frente al concursado.

(iii) El acreedor que devenga sobrevenidamente una persona especialmente relacionada con el deudor por adquisición de una participación en el capital de éste no será subordinada, aunque quedan abiertos algunos supuestos en una casuística generalmente muy compleja.

#### Otras modificaciones

Por último, el RDL 3/2009 se centra en la modificación de algunos aspectos del procedimiento judicial de insolvencia con el fin de abaratarlo y hacer-

lo más simple y rápido. En concreto, se modifican los siguientes aspectos:

(i) La suspensión con carácter general del trámite de vista en los *incidentes concursales*. Conforme a lo previsto en la Reforma, sólo se celebrará vista si las partes expresamente lo solicitan previa declaración de pertinencia por parte del juez mercantil de los medios de prueba anunciados.

(ii) Se implanta un nuevo *régimen de publicidad* del anuncio de apertura del procedimiento concursal. En este sentido, se establece la inserción gratuita de los edictos de la declaración concursal en el Boletín Oficial del Estado, así como la creación de un nuevo Registro Público Concursal (de acceso gratuito a través de Internet) para las demás resoluciones publicables por medio de edictos.

(iii) Se modifica el *sistema de retribución* de los administradores concursales (i) limitando su retribución; y (ii) se crea un mecanismo para asegurar que puedan percibir unos honorarios mínimos (mediante la creación de un fondo común) cuando las empresas no tengan activo suficiente.

(iv) Se amplían los supuestos en que procede un *procedimiento concursal abreviado*, lo que supone la reducción de todos los plazos procesales a la mitad, así como el nombramiento de una administración concursal unipersonal.

ALBERTO NÚÑEZ-LAGOS Y ÁNGEL ALONSO (\*)

#### TRATAMIENTO FISCAL DE LAS INDEMNIZACIONES ABONADAS POR EXTINCIONES DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL MARCO DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

El número de extinciones de contratos de trabajo producidas en el marco de expedientes de regulación de empleo («ERE») se ha incrementado de forma muy significativa en los últimos tiempos. Uno de los temas más controvertidos que en este con-

(\*) Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).