



BOICAC N° 102/2015 Consulta 1

Sobre la correcta interpretación de los términos "pasivo", "pasivos financieros" y "grupo" regulados en el artículo 71.bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Respuesta

1. Antecedentes

El artículo 71 bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, han sido objeto de tres reformas legislativas muy cercanas en el tiempo en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La primera, que es sobre la que pregunta el consultante, introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de marzo de 2014, la segunda operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que entró en vigor el 2 de octubre de 2014, y la tercera, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que entró en vigor el 27 de mayo de 2015, y en relación con la cual se realiza la presente contestación.

Según la exposición de motivos de estas normas, con estos acuerdos se persigue sanear empresas viables desde un punto de vista operativo, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, conjugándose con el respeto a las legítimas expectativas de los acreedores, los cuales habrán de participar activamente en estos procedimientos de alivio de carga financiera con las máximas garantías y, en última instancia, evitar el concurso en beneficio de ambas partes.

En el escrito de consulta se indica que la redacción de los artículos 71.bis y la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, que a continuación se reproducen, suscita algunas dudas interpretativas.

"Artículo 71 bis Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación (redacción Ley 9/2015)

1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:



a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

*1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del **pasivo** del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de **pasivo** se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del **pasivo** afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.*

*En el caso de acuerdos de **grupo**, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada **grupo o subgrupo** afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del **grupo**.*

*2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del **pasivo** que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un **grupo o subgrupo** de sociedades, el de la sociedad dominante.*

3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

(...)

Disposición adicional cuarta. Homologación de los acuerdos de refinanciación (redacción Ley 9/2015)

1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51



*por ciento de los **pasivos financieros**, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los apartados siguientes.*

*No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta disposición, los **pasivos financieros** titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta disposición adicional.*

*A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de **pasivos financieros** los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.*

*En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del **pasivo** afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.*

Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta disposición.

(...)

3. A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:



a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del **pasivo financiero**, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del **pasivo financiero**, las siguientes medidas:

(...)

4. Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de **pasivos financieros** que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior (...)"

En particular, la consulta versa sobre la correcta interpretación de los siguientes términos:

- a) Qué debe entenderse por "pasivo", y qué criterio de valoración debe emplearse para cuantificarlo a los efectos del cómputo de la mayoría regulado en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal.
- b) Qué debe entenderse por "pasivo financiero", y qué criterio de valoración debe emplearse para cuantificarlo a los efectos del cómputo de las mayorías reguladas en la Disposición adicional cuarta de Ley Concursal.
- c) Cuál es el correcto significado del término "grupo" a los efectos regulados en el artículo 71.bis.1 de la Ley Concursal.

2. Interpretación del ICAC



a) Qué debe entenderse por "pasivo", y qué criterio de valoración debe emplearse para cuantificarlo a los efectos del cómputo de la mayoría regulada en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal.

De acuerdo con el artículo 3 del Código Civil (CC), las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

El objetivo de la regulación que ahora se interpreta es facilitar el logro de un consenso entre el deudor y sus acreedores, para lograr que estos últimos vean atendidos sus créditos, aunque sea de forma parcial o en un plazo de tiempo superior al inicialmente acordado, y que el deudor empresario pueda continuar el ejercicio de su actividad. A tal efecto, ambas partes, deudor y acreedores, deben acordar o pactar con la mayoría requerida en el artículo 71.bis.1.b)1º.

Adicionalmente, parece razonable considerar que la mayoría de acreedores regulada en el artículo 71.bis.1.b)1º, por referencia a los tres quintos del pasivo de la empresa, se debería obtener comparando dos conceptos homogéneos, es decir, la proporción de acreedores que acuerdan respecto al total de acreedores (que pueden prestar su consentimiento).

Pues bien, para que los acreedores puedan manifestar su voluntad y el auditor certificar que el acuerdo ha sido suscrito por los titulares de "créditos" que representan al menos tres quintos del pasivo, es preciso que a su vez acrediten dicha condición, esto es, que gocen de un título de crédito, que haya un reconocimiento previo de deuda a favor del acreedor, o que este último pueda dar testimonio del derecho en que funda su pretensión.

En consecuencia, este Instituto opina que para cuantificar el "pasivo" regulado en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal, el pasivo que luciría en el balance de una empresa, en la fecha del acuerdo de refinanciación, puede constituir un primer punto de partida sobre el que tal vez sería preciso realizar ajustes para excluir conceptos como los pasivos por impuestos diferidos, las provisiones y los ajustes por periodificación en la medida que no puedan calificarse como acreedores en sentido estricto, esto es, titulares de un derecho de crédito frente a la empresa.



Por lo que respecta a la valoración del pasivo se informa que de acuerdo con el literal de la ley parece inferirse que la cuantificación del mencionado porcentaje debe realizarse en función del importe a que ascienda la deuda en la fecha del acuerdo (en concepto de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada), para cuya determinación habrá que estar a los términos de cada contrato, pudiendo emplearse como aproximación el valor contable o en libros del pasivo en el caso de deudas valoradas al coste amortizado.

A continuación se reproducen otros artículos de la Ley Concursal en los que se aprecia, en sintonía con esta interpretación, como el término pasivo parece emplearse como sinónimo de acreedor o titular de un derecho de crédito.

*"Artículo 88.1: A los solos efectos de la **cuantificación del pasivo**, todos los **créditos** se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal, sin que ello suponga su conversión ni modificación.*

*Artículo 106.1: Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de **acreedores** de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y **cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo** presentado por el deudor. Cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo.*

*Artículo 113.1: (...) También podrán hacerlo los **acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores**, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación.*

*Artículo 124.1: Para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta serán necesarias las siguientes mayorías: a) El 50% **del pasivo ordinario** (...)"*

En definitiva, cuando el legislador emplea el término "pasivo" en estos artículos (y en el que es objeto de la presente interpretación; artículo 71.bis.1) se está refiriendo a una cuantificación de los créditos, o por decirlo de otra forma, a una ponderación de cada acreedor, para darles un peso proporcional al valor de sus créditos a la hora de la toma de decisiones o el cumplimiento de ciertos requisitos.



Por ello, y como conclusión, en el artículo 71.bis.1.b)^{1º} de la Ley Concursal el término pasivo se referiría a la suma del importe adeudado a todos los acreedores, titulares de un derecho de crédito o exigible de otro modo, y no a la cifra de pasivo del modelo de balance. Esta interpretación se soporta en la propia literalidad del precepto, en el que se alude a los acreedores y sus créditos, analizado en el contexto y finalidad de la citada regulación.

b) Qué debe entenderse por "pasivo financiero", y qué criterio de valoración debe emplearse para cuantificarlo a los efectos del cómputo de las mayorías reguladas en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

En el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, se establece:

"(...) A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público."

Por lo tanto, el concepto a delimitar será el de "titular de cualquier endeudamiento financiero" con las excepciones que se indican en la propia norma.

Para ello cabría traer a colación las definiciones que la Ley Concursal establece en el artículo 94.2, en relación con estos conceptos:

"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.º"

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.



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.”

Pues bien, considerando que el literal de la norma hace referencia a los titulares *“de cualquier endeudamiento financiero”*, para luego aclarar que determinados acreedores (comerciales, laborales y de derecho público) quedan excluidos de tal concepto, cabría concluir que a los efectos que nos ocupan el concepto *“titular de cualquier endeudamiento financiero”* es una categoría autónoma, claramente identificable, cualquier acreedor que ha suministrado financiación a la empresa en su significado más intuitivo, es decir, que ha suministrado fondos o efectivo a la misma, y distinta a las restantes categorías de acreedores contenidas en el artículo 94.2.

En consecuencia, esta categoría debe incluir a los acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la financiación y en su caso de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etcétera) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etcétera). La categoría de pasivos financieros excluye, por lo tanto, a los acreedores laborales, a los acreedores de derecho público, a los acreedores por operaciones comerciales, así como a otros acreedores cuya financiación otorgada no responda a los criterios anteriores previstos para los acreedores financieros.

c)Cuál es el correcto significado del término “grupo” a los efectos regulados en el artículo 71.bis.1 de la Ley Concursal.

En la Disposición adicional sexta. *Grupo de sociedades*, de la Ley Concursal se afirma que: *“A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.”*

Por otro lado, se informa que este Instituto ha publicado varias consultas sobre la correcta interpretación del concepto de grupo regulado en el artículo 42.1 del Código de Comercio (CdC), pudiendo citarse, por todas, la consulta 4 publicada en el Boletín del ICAC nº 92, de diciembre de 2012.



A modo de resumen se recuerda que en la contestación a dicha consulta se diferencian dos conceptos de grupo:

- a) El grupo del artículo 42 del CdC formado, al menos, por dos sociedades cuando una controla a la otra, y, donde la sociedad dominante (sociedad que ejerce el control) es una sociedad española sujeta a la obligación de consolidar regulada en el artículo 42 del CdC (sin perjuicio de que a su vez pudiera estar dispensada de formular cuentas anuales consolidadas), y
- b) El denominado grupo "ampliado" definido en la Norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13^a. "Empresas del grupo, multigrupo y asociadas" del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, formado por las sociedades del artículo 42 del CdC y las empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

A la vista de estos antecedentes, en una interpretación literal y conjunta del artículo 71.bis.1.b) y la Disposición adicional sexta de la Ley Concursal, cabría llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los acuerdos de grupo son acuerdos colectivos de refinanciación en el que el deudor es el conjunto integrado por las sociedades del grupo que firman el acuerdo.
2. Estos acuerdos deben ir acompañados de un plan de viabilidad elaborado por un experto independiente, cuyo nombramiento, de conformidad con el apartado 4 del artículo 71.bis corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.
3. De lo anterior se infiere que el acuerdo de grupo puede ser firmado por la sociedad dominante española y una o varias dependientes, por un subgrupo (formando por una filial española que a su vez controla a otra sociedad española), o por dos sociedades dependientes españolas controladas por la dominante de un grupo o subgrupo sin que la sociedad que ejerce el control



deba integrarse en el acuerdo. No cabe duda que todos estos acuerdos serían acuerdos de grupo en el sentido del artículo 42.1 del CdC, porque todas las sociedades que se han citado formarían parte del grupo que se regula en el mencionado artículo.

4. En el caso de acuerdo de grupo, el porcentaje de tres quintos del pasivo se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados (esto es, solo de las sociedades del grupo o subgrupo que hayan firmado el acuerdo) y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por todas las sociedades del grupo.

Es decir, tanto en base individual como consolidada, en el caso de acuerdo de grupo, deberán excluirse los préstamos y créditos concedidos por todas las sociedades del grupo (radicadas en España y en el extranjero) se hayan integrado o no en el acuerdo.

5. Por último se informa que la necesidad de computar el porcentaje de los tres quintos en base consolidada no trae consigo la obligación de formular cuentas anuales consolidadas del grupo o subgrupo que haya suscrito el acuerdo, porque la Ley Concursal no impone esta obligación.