

GARRIGUES

REESTRUCTURACIONES E INSOLVENCIAS

JULIO 2016





ÍNDICE

Casos judiciales seleccionados y transacciones significativas	4
Grupo de casos: incumplimiento del convenio	4
Píldoras concursales	5
Flash informativo	8
Archivos Garrigues	9

01 CASOS JUDICIALES SELECCIONADOS Y TRANSACCIONES SIGNIFICATIVAS

1.1. Asunto «Pacific»: Auto de la Superintendencia de Sociedades de Colombia de 10 de junio de 2016

Varias sociedades del Grupo Pacific solicitaron la apertura del proceso de insolvencia ante la Corte Superior de Justicia de Ontario (Canadá) para aprobar un acuerdo de reestructuración. Posteriormente se inició el trámite de reconocimiento del proceso de insolvencia canadiense ante la Superintendencia colombiana, con el objeto de que, esencialmente: (i) se reconociese el carácter principal del procedimiento canadiense; (ii) se aprobaran ciertas medidas de protección necesarias; y (iii) no se decretase la apertura de un proceso de reorganización de las sucursales colombianas de las sociedades que ya estaban acogidas al proceso de insolvencia canadiense, al no encontrarse las sucursales en una situación de cesación en los pagos.

En lo referente a la petición de consideración del proceso como principal, la Superintendencia colombiana estima que no sólo ha de atenderse al domicilio social o residencia habitual de las sociedades en cuestión, sino a también a otros factores de referencia para determinar el centro de intereses principales de las mismas (entre otros, la ubicación de sus libros y registros, de sus activos principales, de sus empleados, la ubicación del banco principal, el lugar de determinación de la política comercial, el lugar de origen de la ley aplicable a los principales contratos, el lugar desde el que se administran los sistemas de gestión del efectivo, etc.). Con base en lo anterior, la Superintendencia reconoce como proceso principal el procedimiento de insolvencia declarado en Canadá, aprobando: (i) la suspensión y prohibición de iniciar procedimientos de ejecución contra los bienes de los deudores localizados en Colombia y (ii) la continuación de los contratos en ejecución necesarios para la continuidad de la actividad ordinaria de las sucursales.

Por el contrario, la Superintendencia se abstiene de pronunciarse sobre la no-apertura en Colombia de un proceso de reorganización de las sucursales aduciendo que ello supondría restringir la apertura de dichos procesos de reorganización en caso de que en el futuro se produjera una cesación en los pagos.

Hasta la fecha, éste es el asunto sobre insolvencia transfronteriza de más relevancia que se ha dado en Colombia.

1.2. Asunto «Baracoa»: venta de cartera de créditos 'non-performing' por Cajamar a Baracoa Holdings Designated Activity Company

Durante el mes de julio, Cajamar Rural Sociedad Cooperativa de Crédito y el conjunto de entidades financieras de su grupo (Grupo Cajamar) han cerrado la venta de una cartera de más de 2.000 créditos 'non-performing' sujetos a concursos de acreedores con un valor nominal de 530 millones de euros. El comprador ha sido Baracoa Holdings Designated Activity Company.

La venta de la cartera "Baracoa" es la quinta operación cerrada exitosamente en España por Bain Capital Credit (anteriormente conocido como Sankaty) después de las adquisiciones de carteras de créditos *non-performing* a Bankia (Proyectos Amazona y Commander) y Sabadell (Proyectos Chloe y Pirene).

02 GRUPO DE CASOS: INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

2.1. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016

La concursada ejercitó ante un Juzgado de Primera Instancia una acción de reclamación de cantidad por impago de rentas contra un acreedor, que se opuso alegando la compensación de créditos con las deudas que, a su vez, la concursada mantenía con él. El Juzgado inadmitió la compensación al

entender que su base era el incumplimiento del convenio concursal y el incidente concursal el cauce específico para discutir esta cuestión, estimando íntegramente la demanda de la actora-concurzada. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó la compensación de créditos alegada por el acreedor. Frente a dicha resolución, se interpuso recurso de casación y de infracción procesal por la concursada fundamentado en que la decisión sobre la compensación de créditos corresponde al juez del concurso y no al Juzgado de Primera Instancia. En ese contexto, la Sala consideró que el Juzgado de Primera Instancia era competente para resolver sobre la excepción de compensación alegada, puesto que ésta se resuelve a modo de pronunciamiento prejudicial y no decide realmente sobre la compensación de créditos en sede concursal o sobre el incumplimiento del convenio, cuyo conocimiento sí correspondería en exclusiva al juez del concurso. A su vez, la Sala estima que, mientras no exista una declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, sí puede declararse la compensación de los créditos novados y vencidos según convenio con las deudas que, a su vez, mantuviera la concursada con sus acreedores concursales.

2.2. Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Alicante de 16 de mayo de 2016

En fase de cumplimiento de convenio, y ante la constatación del impago de algunos de sus créditos, un acreedor solicita que se despache ejecución de la sentencia recaída en un incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores en la que se le reconocían determinados créditos. El Juez considera que la sentencia de reconocimiento de su crédito en un incidente concursal sólo ha de desplegar sus efectos en el seno del concurso, sin que sea un título válido para una ejecución individual. El Juzgado concluye que si el acreedor entiende que se está incumpliendo el convenio por impago de su crédito, éste puede acudir al cauce del artículo 140 LC (incidente concursal de incumplimiento del convenio), pero no está legitimado para iniciar un proceso de ejecución individual por lo que tendría de elusión de las normas concursales sobre pago de créditos y cumplimiento de convenio.

03 PÍLDORAS CONCURSALES

3.1. Configuración del Plan de Liquidación: Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 18 de abril de 2016

La Sala estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de Martinsa en relación con las siguientes modificaciones al plan de liquidación: (i) la repercusión de impuestos al adquirente no es contraria a derecho ni perjudica los intereses del concurso, siempre y cuando no altere la normativa tributaria, pues los adquirentes son libres de aceptar o no las condiciones de liquidación; (ii) si por la complejidad del concurso, o por las circunstancias de determinados activos, la administración concursal requiriera de una entidad especializada, ésta podrá solicitar autorización al juzgado para que los honorarios de la entidad especializada sean satisfechos por los adquirentes; (iii) es posible incorporar al plan de liquidación la previsión del levantamiento de los embargos y cargas inscritas, de forma que la transmisión de bienes se perfeccione libre de cargas, sirviendo el auto de aprobación de título habilitante para la cancelación registral de las cargas; (iv) la dación en pago como fórmula alternativa de liquidación es perfectamente admisible y no precisa del consentimiento expreso de los acreedores; y (v) no resulta arbitrario ni contrario a la *pars conditio creditorum* un sistema de reparto de activos por lotes y adjudicación a subgrupos de acreedores en proporción al importe de sus créditos.

3.2. Cesión de créditos y retracto bajo el Fuero Nuevo de Navarra: Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de abril del 2016

La Sala desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado de Primera Instancia que inadmitió a trámite una solicitud de proceso monitorio al no haberse acreditado por parte del ejecutante (que era cesionario del crédito) el precio

por el que se había completado la cesión de un crédito a su favor. La Sala declara que el retracto para redimir un crédito cedido que regula el Fuero Nuevo de Navarra –retracto que sería de aplicación al presente supuesto, según la Sala– no exige que el crédito cedido sea litigioso (a diferencia del denominado retracto anastasiano regulado por el artículo 1535 del Código Civil) sino que permite al deudor del crédito cedido, en cualquier situación, liberarse de su deuda pagando el precio abonado por el cesionario más todos los intereses legales y los gastos ocasionados. Ello supone, por tanto, que el deudor del crédito cedido conozca con carácter previo el importe de dicha cesión, y si no se conoce no puede darse trámite al procedimiento monitorio.

3.3. Consulta vinculante de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo de 27 de abril de 2016

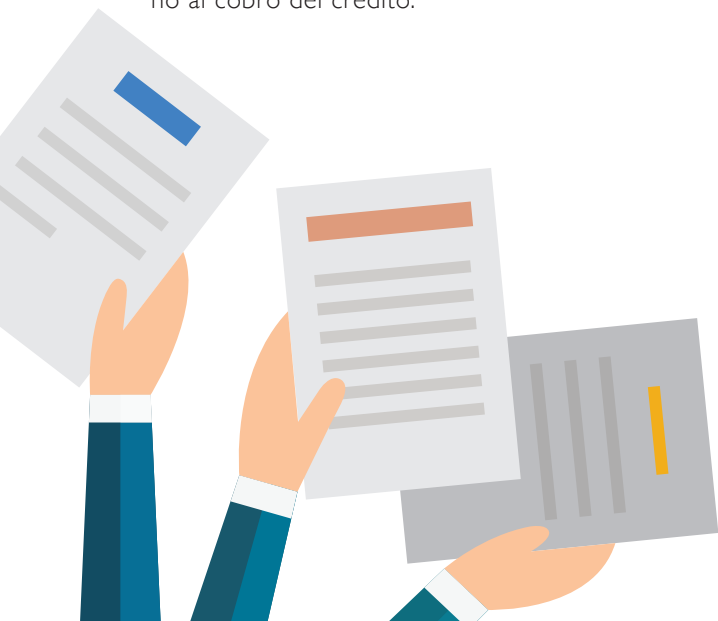
La Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo concluye que la solicitud de declaración de concurso necesario presentada por un acreedor no puede ser considerada, por sí misma, una ‘reclamación judicial’ a los efectos del cumplimiento del requisito 4ª del artículo 80.Cuatro, letra A), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que concreta bajo qué condiciones un crédito se considerará total o parcialmente incobrable. La pretensión que se ejercita en la solicitud de concurso necesario no va dirigida a instar el cobro del crédito sino únicamente a la declaración de concurso que, eventualmente, podrá dar lugar o no al cobro del crédito.

3.4. Retribución de la administración concursal: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (núm. 390/2016)

El Tribunal Supremo considera que, una vez se haya comunicado la insuficiencia de masa activa, los honorarios de la administración concursal serán créditos contra la masa (y, por tanto, ostentarán preferencia absoluta para su pago) únicamente cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago. El Alto Tribunal explica que debe ser la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación a fin de que el juez del concurso valore las circunstancias que justifican el pago preferente de estos créditos. Los restantes honorarios de la administración concursal, no imprescindibles para las operaciones de liquidación, no pueden incardinarse del apartado 4º del artículo 176 bis 2 LC, por no ser gastos de justicia sino de administración, debiendo por ello quedar relegados al grupo del apartado 5º del artículo 176 bis 2 LC (que engloba “los demás créditos contra la masa”).

3.5. Retribución de la administración concursal: Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (núm. 391/2016 y 392/2016)

El Alto Tribunal aclara que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal no es la de aceptación del cargo sino la de prestación efectiva de los servicios teniendo en cuenta los hitos temporales de vencimiento, según lo previsto en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Por tanto, se ha de seguir el orden de prelación de los créditos contra la masa según su vencimiento respetando, a su vez, los respectivos vencimientos de los créditos por honorarios de la administración concursal. La Sala condena a la administración concursal a reintegrar a la masa los créditos cobrados en concepto de honorarios hasta el importe que sea necesario para satisfacer aquellos créditos que tuvieran vencimiento anterior en el tiempo a sus honorarios.



3.6. Reintegración de una prenda constituida a favor de obligaciones preexistentes: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016

Las sentencias de instancia rescindieron la constitución de una prenda otorgada en garantía de un crédito novado bajo la presunción de perjuicio del artículo 71.3.2º LC (constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas). El Tribunal Supremo revoca la rescisión explicando que, si bien la constitución de una garantía efectivamente es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial, en este caso el sacrificio se encuentra plenamente justificado puesto que correlativamente al otorgamiento de la prenda se acuerda una ampliación significativa del importe (de un millón de euros a dos millones y medio) y del plazo de vencimiento del crédito novado (1 año).

3.7. Calificación del concurso: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016

Las sentencias de instancia se limitaron a indicar que los administradores sociales participaron en las conductas determinantes de la calificación culpable del concurso sin recoger ninguna justificación añadida, condenando finalmente a los mismos a la cobertura del déficit. El Tribunal Supremo revoca este pronunciamiento argumentando que la condena a la cobertura del déficit exige una «justificación adicional», debiéndose valorar los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que determine la calificación del concurso como culpable.

3.8. Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra (artículo 1597 CC): Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2016

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y revoca las sentencias de primera y segunda instancia que habían estimado la demanda de acción directa

formulada por el subcontratista frente al dueño de la obra y que habían condenado este último a abonar al subcontratista las cantidades adeudadas por aquél al contratista-concursado. Entiende la Sala que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. En cambio, si el ejercicio de la acción directa se verifica tras la declaración concursal esta acción debe ceder a las normas concursales en virtud del principio de especialidad y de la vis atractiva del concurso.

3.9. Pago excepcional de créditos concursales con antelación a los créditos contra la masa: Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de 24 de junio de 2016

Ante la petición de la administración concursal, el juez del concurso autoriza, con carácter excepcional, el pago anticipado de los créditos privilegiados y parte de los créditos ordinarios con carácter previo al abono de los créditos contra la masa siempre y cuando: (i) se hayan dotado provisiones para la atención de créditos contra la masa de previsible generación, los créditos contingentes y los créditos que hayan sido objeto de impugnación; (ii) se hayan dotado provisiones para garantizar que los acreedores con privilegio especial que no vean satisfecha la totalidad del privilegio con la venta de los bienes afectos no vean posteriormente abonado su crédito ordinario restante en un porcentaje inferior al del resto de acreedores de su misma clase; y (iii) la administración concursal presente memoria especificando el calendario de pagos anticipados, el estado actualizado de tesorería disponible, la cuantía total de las provisiones constituidas y los porcentajes de los créditos que se harán efectivos. El Juzgado también aclara que (i) no puede autorizarse un pago anticipado que beneficie exclusivamente a determinadas clases de acreedores o que altere la preferencia legal del cobro; y (ii) que la posibilidad de realizar un pago anticipado requiere de autorización judicial previa.

04 FLASH INFORMATIVO

4.1. Las reformas concursales reducen el número de empresas en quiebra

Según un informe elaborado por el Banco de España ("BdE") sobre las reformas de la Ley Concursal las diversas reformas concursales de los últimos años habrían hecho el procedimiento concursal más atractivo que sus alternativas (la liquidación societaria y la ejecución hipotecaria). El BdE explica que dichas reformas estarían, además, consiguiendo reducir el número de concursos que acaba en liquidación, reforzando los convenios de acreedores y acortando la duración de estos procedimientos.

Según datos de los Registradores Mercantiles, el número de concursos que acaban en liquidación ha pasado del 92,77% (2009) al 89,4% (2015).

4.2. Descenso del número de procedimientos concursales

Según datos recientes del Instituto Nacional de Estadística ("INE") el número de concursos de acreedores declarado en España ha descendido en el primer trimestre de 2016.

Según el INE en el primer trimestre de 2016 el número de deudores concursados alcanzó los 1.171, lo que supone una disminución del 27,6% interanual. Atendiendo a la clase de procedimiento, los concursos ordinarios disminuyen un 28,5% y los abreviados un 14,4%. Tras los datos del primer trimestre de 2016 se registran ya nueve trimestres consecutivos de descenso en el número de concursos de acreedores.

4.3. Crecen los concursos declarados y archivados simultáneamente

Aunque el número global de concursos sigue cayendo, no ocurre lo mismo con los procedimientos de insolvencia declarados y concluidos simultáneamente. Estos supuestos han alcanzado la cifra de 126 en Barcelona y 55 en Madrid, manteniendo la misma cantidad que en 2015, aunque representando un aumento del 35% y 19% respectivamente, debido a la disminución global del número de concursos respecto del año 2015.

4.4. Los acreedores de TP Ferro piden al juez la liquidación de la empresa

Los bancos y fondos acreedores de TP Ferro, la concesionaria del túnel ferroviario que conecta Figueres y Perpignan, han solicitado al juez del concurso que no admita a trámite la propuesta de convenio presentada por la compañía y proceda a abrir la fase de liquidación del concurso. La propuesta de convenio prevé, entre otros, esperas superiores a diez años, la prestación de nueva financiación por parte de los propios acreedores y la conversión de 292 millones de euros de deuda privilegiada (de los casi 400 millones) en un préstamo participativo.



05 ARCHIVOS GARRIGUES

5.1. Artículos

- «¿Leyes de insolvencia y garantías mobiliarias, se repelen?» [De la Calle Restrepo, Bogotá], La República, 14 de junio de 2016.
- «Ventas de carteras de créditos: novedades e incertidumbres» [Verdugo García, Madrid], Expansión, 15 de julio de 2016.
- «Jaque legal al 'Brexit'» [Verdugo García, Madrid], El Norte de Castilla, 22 de julio de 2016.

5.2. Publicaciones

- Incertidumbres derivadas del “BREXIT” en el ámbito de la Litigación internacional y de las Reestructuraciones e Insolvencias corporativas

Comentario que describe algunos de los principales problemas e incertidumbres que ocasionará la salida del Reino Unido de la Unión Europea, en materias como las cláusulas de elección de foro, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, la elección de ley y las reestructuraciones e insolvencias transfronterizas.



5.3. Eventos

Eventos internacionales en los que ha podido coincidir recientemente o podrá coincidir próximamente con nuestros profesionales:

- “TMA Europe Annual Conference”, Turnaround Management Association, 9 de junio de 2016, Roma.

Juan Verdugo participó en el panel: “*Latest trends, techniques and tools for SME debt restructuring in the main continental european jurisdictions*”.

Adrian Thery moderó el panel: “*Equity cram-down and EU harmonization*”.

- “International Conference: The treatment of shareholders’ rights in the insolvency of companies”, Banca d’Italia & Università degli studi Firenze, 23 de junio de 2016, Roma.

Adrian Thery participó en el panel: “*What role for shareholders in various insolvency systems around the world*”.

- “Insol Europe Annual Congress”, Insol Europe, 24 de septiembre de 2016, Lisboa.

Adrian Thery participará en el panel: “*Liability & Finance (Director and/or Lender)*”.

- “International Conference: The implementation of the New Insolvency Regulation – Improving Cooperation and Mutual Trust”, Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, 7 de octubre de 2016, Luxemburgo.

Adrian Thery participará en el panel: “*The applicability of the EIR on pre-insolvency and hybrid proceedings*”.

- “International Conference: Actualité du droit européen”, Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires (CNAJMJ), 20 de octubre de 2016, París.

Adrian Thery participará en el panel: “*Harmonisation des droits nationaux: de la Recommandation du 12 mars 2014 à l’initiative législative de la Commission européenne de 2016*”.

- **“International Conference: A Chapter 11 for Europe?”**, Institut Droit et Croissance & Banque de France, 28 de octubre de 2016, París.

Adrian They participará en el panel: *“What insolvency law should apply to corporates in the European Union? Debate on the publication of the report produced by the Association for Financial Markets in Europe and the report of the Haut Comité Juridique de Place.”*

5.4. Incorporaciones

Iván Heredia Cervantes se ha incorporado a Garrigues como nuevo colaborador. Iván es Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, doctor en Derecho y con ampliación de estudios en el Max Planck Institut de Hamburgo y en la Universidad de Oxford. Entre 2009 y 2012 ocupó el cargo de Subdirector General del Notariado y Registros y es autor de numerosos libros y artículos sobre Derecho procesal civil internacional e Insolvencia internacional. Con la incorporación de Iván, el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias se refuerza y anticipa de cara la entrada en vigor, en el año 2017, del nuevo Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

Garrigues se reafirma así en su condición de despacho protagonista en la gestión de procedimientos de insolvencia transfronterizos y con componente internacional.

Síguenos:



La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3 - 28001 Madrid (España)
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

75
1941-2016
GARRIGUES

Hermosilla, 3
28001 Madrid
T +34 91 514 52 00
F +34 91 399 24 08
www.garrigues.com