

El Real Decreto Ley 7/2021 y los nuevos créditos concursales

Juan Manuel de Castro Aragonés

Magistrado en excedencia

Counsel de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

El Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, transpuso al ordenamiento interno español una serie de directivas comunitarias en relación con diversos sectores económico-jurídicos. El presente artículo analiza la transposición de la regulación sobre resolución y reestructuración de entidades financieras en cuanto a la modificación de la normativa concursal.

1. Introducción

El pasado 28 de abril se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, en virtud del cual se transponen al ordenamiento jurídico interno una serie de directivas de la Unión Europea en relación con muy diversos sectores económico-jurídicos. Dicho real decreto Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 29 de abril del 2021, sin que exista ningún periodo transitorio.

Por lo que respecta al presente artículo, el real decreto ley se refiere a la reestructuración y resolución de entidades de crédito y transpone tanto la Directiva (UE) 2019/878 como la Directiva (UE) 2019/879, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo y de 20 de mayo.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Estas directivas son modificaciones de otras anteriores que respondieron, en su origen, a la crisis financiera del 2007-2008 y generaron todo un marco normativo, tanto a nivel comunitario como nacional, para la supervisión y control de las entidades financieras, así como para la reestructuración de éstas, la adecuación de su capital y, en definitiva, la resolución. Establecieron todo un marco normativo regulatorio financiero mediante un control más estricto de las ratios bancarias —sobre todo de endeudamiento y control de pérdidas— y el establecimiento de una serie de requisitos de fondos propios y pasivos admisibles.

En definitiva, el objetivo de las directivas es establecer un marco regulatorio adecuado para la reestructuración y resolución de las entidades de crédito, así como regular los requisitos básicos de las entidades bancarias y de inversión en el contexto actual, a los efectos de conseguir una mejor reestructuración del sistema financiero.

A nivel nacional español, el organismo de supervisión bancaria creó en su día el Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB), que es el organismo que aglutina esta cuestión y que ha pilotado de alguna forma todo el proceso de reestructuración y la reforma del marco regulatorio bancario.

2. Modificaciones aplicables al Texto Refundido de la Ley Concursal

Por lo tanto, como hemos podido comprobar, la transposición de las Directivas 2019/878 y 2019/879 afecta fundamentalmente al sector bancario y, en general, financiero y a su marco regulatorio.

Sin embargo, y como ya viene siendo práctica habitual desde hace muchos años, el poder ejecutivo aprovecha para modificar otras normas jurídicas que, en principio, nada tienen que ver, en este caso, con el sistema financiero. Todo ello, además, utilizando la herramienta del real decreto ley, para cuya promulgación no necesita de la supervisión y aprobación del poder legislativo, convirtiéndose la convalidación de los reales decretos leyes en meras operaciones de trámite parlamentario y hurtando con ello a los operadores jurídicos y económicos la posibilidad de poder hacer propuestas de reforma que pudieran convertir en más operativa la transposición o la reforma legislativa aplicada.

Pues bien, dentro del marco de estas modificaciones, el artículo 34 del real decreto ley da nueva redacción a la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Esta nueva redacción de la referida disposición adicional entra de lleno en el Derecho concursal y supone una modificación directa del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) y que entró en vigor el pasado 1 de septiembre del 2020. La modificación afecta, en concreto, a la

calificación de los créditos concursales prevista en los artículos 280 (créditos con privilegio general), 269.3 (créditos ordinarios) y 281 (créditos subordinados).

El ámbito de aplicación de la reforma se dirige a los procedimientos en los que sea concursada cualquiera de las siguientes entidades, de acuerdo con el artículo 1.2 de la citada Ley 11/2015:

- a) Las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión establecidas en España.
- b) Las entidades financieras establecidas en España, distintas de entidades aseguradoras y reaseguradoras, que sean filiales de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, o de una entidad contemplada en las letras c o d, y estén reguladas por la supervisión consolidada de la empresa matriz, de conformidad con los artículos 6 a 17 del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio del 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012, así como las entidades financieras establecidas en España, distintas de entidades aseguradoras y reaseguradoras, que sean filiales de las empresas contempladas en la letra c que estén establecidas en cualquier país de la Unión Europea o en la letra d.
- c) Las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y las sociedades mixtas de cartera, establecidas en España.
- d) Las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera matrices de otros Estados miembros de la Unión Europea cuya supervisión en base consolidada corresponda a alguno de los supervisores competentes previstos en el artículo 2.1b y
- e) Las sucursales en España de entidades que estén establecidas fuera de la Unión Europea, de conformidad con las condiciones específicas establecidas en esta ley.

En cuanto a los créditos con privilegio general, el apartado 1 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015 queda redactado como sigue:

Serán considerados créditos con privilegio general, con posterioridad en el orden de prelación a los créditos con privilegio general previstos en el artículo 280.5.º del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo:

- a) los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y los derechos en que se haya subrogado dicho fondo si hubiera hecho efectiva la garantía,

- b) la parte de los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado previsto en el Real Decreto Ley 16/2011, de 14 de octubre, y los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían depósitos garantizados si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades establecidas en la Unión Europea.

La inclusión de estos nuevos créditos con privilegio general, encajándolos entre el ordinal 5.º y el 6.º del artículo 280 del Texto Refundido de la Ley Concursal, provoca que los créditos derivados de nuevos ingresos de tesorería con motivo de una refinanciación y el crédito del acreedor instantáneo de un concurso necesario queden relegados en estos procedimientos concursales.

En cuanto a los créditos ordinarios, el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015 queda redactado como sigue:

Serán considerados créditos ordinarios no preferentes, posteriores en el orden de prelación al resto de los créditos ordinarios previstos en el artículo 269.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, aquellos que resulten de instrumentos de deuda que cumplan las siguientes condiciones:

- a) que hayan sido emitidos o creados con plazo de vencimiento efectivo igual o superior a un año;
- b) que no sean instrumentos financieros derivados ni tengan instrumentos financieros derivados implícitos; y
- c) que los términos y condiciones y, en su caso, el folleto relativo a la emisión, incluyan una cláusula en la que se establezca que tienen una prelación concursal inferior frente al resto de [los] créditos ordinarios y que, por tanto, los créditos derivados de estos instrumentos de deuda serán satisfechos con posterioridad a los restantes créditos ordinarios.

Los créditos ordinarios que reúnan las condiciones enumeradas en las letras anteriores tendrán una prelación superior a los créditos subordinados incluidos en el artículo 281 del Texto Refundido de la Ley Concursal y serán satisfechos con anterioridad a éstos.

La inclusión de estos «nuevos» créditos ordinarios afecta, sobre todo, a los acreedores subordinados en estos procedimientos concursales, al crear una nueva categoría de créditos ordinarios semisubordinados, pues no se pagan con preferencia a los restantes créditos ordinarios, ya que se declaran expresamente no preferentes y posteriores en el orden de prelación del resto de los créditos ordinarios, pero se pagan antes que los créditos subordinados.

Finalmente, en cuanto a los créditos subordinados, el apartado 3 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015 queda redactado como sigue:

Los créditos subordinados incluidos en el numeral 2.º del artículo 281.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal, tendrán la siguiente prelación:

- 1.º El importe principal de la deuda subordinada que no sea capital adicional de nivel 1 o capital nivel 2.
- 2.º El importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2.
- 3.º El importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1.

Todos los créditos derivados de los instrumentos de capital de nivel 2 y de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 contemplados en los numerales 2.º y 3.º del párrafo anterior, con independencia de que sólo estén parcialmente reconocidos como instrumentos de capital de nivel 2 o instrumentos de capital adicional de nivel 1, serán posteriores en el orden de prelación al resto de [los] créditos incluidos en el artículo 281.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal y serán satisfechos con posterioridad a éstos.

En este último caso, los nuevos créditos subordinados entran en la prelación del número 2.º del artículo 281 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que se refiere a los créditos subordinados por pacto contractual, lo cual tiene sentido porque la disposición adicional alude a la deuda subordinada. Sin embargo, la propia disposición adicional relega el pago de estos créditos al final y dice expresamente que serán satisfechos con posterioridad a todos los créditos subordinados.

3. Conclusión

En resumen, la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2021 el pasado 29 de abril supone que, en los procedimientos concursales de las entidades a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley 11/2015, se crean nuevos créditos concursales, siendo dichos nuevos créditos, bien con privilegio general, bien ordinarios, bien subordinados, tal como hemos visto. Ello genera una complicación adicional en la tramitación de dichos procedimientos concursales, ya que se produce el encaje de algunos de estos créditos dentro del orden de prelación de otros —algo ya previsto en el Texto Refundido de la Ley Concursal—, con evidente perjuicio para los acreedores de otros créditos concursales, que quedan precluidos en cuanto a su pago.