

GOMEZ-ACEBO & POMBO
ABOGADOS

XX CONGRESO ESPAÑOL DE GERENCIA DE RIESGOS Y

SEGUROS

AGER(S)

Asociación Española de
Gerencia de Riesgos y Seguros

"LA INCIDENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES"

Alejandro Hernández del Castillo
Abogado consultor. Abogado del Estado excedente

Madrid, 5 de Mayo de 2009

GOMEZ-ACEBO & POMBO

ABOGADOS

Real Decreto-Ley 3/2009, de 23 de marzo

Objetivos:

1. Facilitar refinanciación
2. Agilizar trámites procesales
3. Reducir costes de tramitación
4. Mejorar la posición jurídica de los trabajadores en procedimientos colectivos

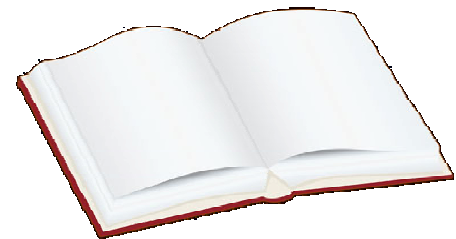


➤ **MASA ACTIVA (art. 76 LC):**

Conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento, con excepción de los que sean legalmente inembargables.

➤ **REINTEGRACIÓN (art. 71.1 LC):**

“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”.



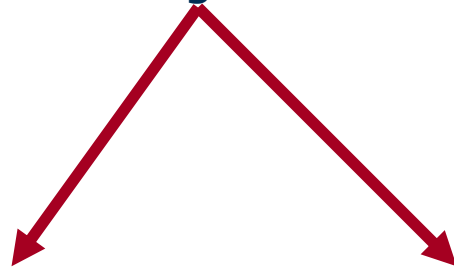
Acuerdos de refinanciación no rescindibles

Apartado 1, Disposición Adicional 4º LC:

*"A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de 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 a la **modificación de sus obligaciones**, bien mediante la **prórroga de su plazo de vencimiento**, bien mediante el **establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas**. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un **plan de viabilidad** que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo".*

A) Requisitos internos

1. Ampliación significativa del crédito disponible
2. Modificación de obligaciones existentes



Prórroga del plazo
de vencimiento

Establecimiento de otras
obligaciones en sustitución de
las primeras

3. Plan de viabilidad

B) Requisitos externos

1. Suscripción por acreedores que representen 3/5 del pasivo
2. Informe de experto independiente
3. Formalización en instrumento público

C) Legitimación para impugnar estos acuerdos:

Sólo la administración concursal, no los acreedores



GOMEZ-ACEBO & POMBO

ABOGADOS

Muchas gracias

GOMEZ-ACEBO & POMBO

ABOGADOS

AGERS

Asociación Española de
Gerencia de Riesgos y Seguros

MADRID - BARCELONA - BILBAO - LAS PALMAS DE GRAN CANARIA - MÁLAGA - LONDRES - VALENCIA - VIGO - BRUSELAS 7

**XX Congreso español de Gerencia de
Riesgos y Seguros**

*"La incidencia de los procesos
concursoales"*

Alejandro Hernández del Castillo

Abogado Consultor Gómez-Acebo &
Pombo Abogados, S.L.P. - Abogado del
Estado Excedente

I. Planteamiento.

El Real Decreto – Ley 3/2009, de 23 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (B.O.E. núm. 78, de 31 de marzo) se ha propuesto reacciones decididamente frente a la crisis económica, pretendiendo que su superación no se retrase más allá de lo inevitable e impulsando dicha superación mediante el fortalecimiento de la competitividad.

Para ello, junto a modificaciones puntuales de tipo financiero como es la habilitación al Consorcio de Compensación de Seguros para desarrollar actividades de reaseguro del crédito y la caución, ha llevado a cabo una importante modificación de la legislación concursal que viene impuesta por la necesidad de adaptar la vigente Ley (Ley 22/2003, de 9 de julio) al nuevo entorno económico surgido de la crisis financiera internacional, que ha dejado en evidencia la falta de virtualidad de algunas de sus provisiones. En concreto, y como resalta su Preámbulo, *"La modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos"*.

Sabido es que la declaración de concurso produce efectos trascendentales, y entre ellos cobran especial relevancia los que inciden sobre los actos perjudiciales para la masa activa, entendida ésta en el sentido que expresa el art. 76, es decir como conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, con excepción de los que sean legalmente inembargables.

La reintegración, pues, adquiere particular significado, previendo el art. 71 que *"Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"*.

"A sensu contrario" también son rescindibles, necesariamente, cuando ha existido esta intención fraudulenta. La doctrina, sin embargo, hace recaer esencialmente la rescisión sobre "el perjuicio patrimonial" entendiéndose que en tanto exista o no esa intención fraudulenta o fraude, será necesario probar que se da el perjuicio patrimonial por haberse acompañado la redacción en cuanto a la rescisión de *"los actos perjudiciales para la masa activa"*.

La referencia a "actos perjudiciales para la masa activa" del primer apartado del artículo 71 LC se identifica, por la doctrina, con el "perjuicio patrimonial" a que se refieren los siguientes apartados.

Tiene, sin duda alguna, su lógica, puesto que si no existe ese perjuicio a la masa activa nos da igual que exista o no intención o fraude en el acto que se ha realizado dentro de esos dos años.

Sin embargo entendemos y debemos entender que el "perjuicio" a que se refiere el precepto con la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" no es sólo el perjuicio patrimonial que se desarrolla en los siguientes apartados, sino que es más amplio que esto.

Y que por ello el régimen de presunciones que recoge el supuesto lo es exclusivamente en relación al perjuicio patrimonial rigiéndose el resto de los perjuicios que pudieran darse y la intención fraudulenta o fraude que pudiera probarse, por el régimen común de la carga probatoria de la LEC (art. 217 LEC en relación a la disposición final quinta LC).

Ahora bien, como se dijo, se trata de potenciar la refinanciación de las empresas y para ello el artículo 8. Tres del RD – Ley 3/2009 ha introducido una nueva disposición adicional cuarta en la LC, excluyendo de aquella rescisión operaciones de refinanciación previas al concurso que cumplen determinados requisitos.

La nueva disposición adicional cuarta señala:

"Disposición adicional cuarta. Acuerdos de refinanciación.

"1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de 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 a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.*

- b. *Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.*
- c. *Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.*

3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos."

Ahora bien, no está claro que la nueva disposición adicional 4ª de la LC permita alcanzar plenamente los objetivos de la reforma (evitar que la rescisión concursal alcance a las operaciones de refinanciación previas al concurso -y a las garantías constituidas o ampliadas con ocasión de tales operaciones-). Al preverse el "blindaje" de ciertas operaciones sólo cuando concurren ciertos requisitos, se corre el riesgo de que se termine interpretando el sistema en el sentido de que *todas las demás* operaciones de refinanciación -todas las que no entran perfectamente en el marco de la referida disposición adicional- son rescindibles.

Esta interpretación no debe ser compartida. Cuando se den los requisitos de la nueva disposición adicional 4ª LC no habrá rescisión, de manera que no se aplicará el artículo 71.1 LC (no será procedente siquiera preguntarse por la existencia de perjuicio -aunque, como veremos más adelante, quizás para determinar que se dan tales requisitos sea preciso entrar a valorar el "mérito" de la operación-). Cuando, por el contrario, dicha disposición no sea aplicable habrá que estar al régimen general del artículo 71 LC, lo que significa que -fuera del ámbito de la reforma- la cuestión se sigue planteando en los mismos términos en los que lo venía haciendo previamente. La norma no establece que, para ser inmunes a la rescisión, los acuerdos de refinanciación deban someterse a los requisitos internos y externos de la nueva disposición adicional 4ª LC, sino que no serán objeto de rescisión concursal los acuerdos que satisfagan estos requisitos. Mas con tal enunciado es claro que otros acuerdos pueden ser igualmente inmunes, sólo con probarse que no comportan "perjuicio" concursal en el sentido del art. 71 LC. La norma no dice directa ni indirectamente que los otros acuerdos de refinanciación comportarán perjuicio a la masa. Por ejemplo, las refinanciaciones por novaciones de créditos preexistentes pueden ser resistentes a la rescisión concursal si la

novación mejora (por interés del crédito, pero también por otra razón) la posición deudora del concursado.

II. Acuerdos de refinanciación no sujetos a rescisión.

A) Requisitos internos.

Los acuerdos de refinanciación incluidos en el ámbito de la disposición adicional 4ª LC son los que producen uno de estos dos efectos:

- 1) Generar un aumento significativo del crédito disponible ("se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible"). Deberá producirse un nuevo esfuerzo inversor y un incremento del riesgo asumido por parte del refinanciador. No es refinanciación, a estos efectos, conceder justo el crédito necesario para saldar una obligación previa, del propio financiador o de un tercero. De otra parte, la utilización del adjetivo "significativo" implica que el "nuevo" crédito no puede ser inapreciable en atención a las dimensiones de la empresa del deudor y el volumen de su actividad económica y de su pasivo.
- 2) Suponer la "modificación" (se entiende que favorable, o, al menos no perjudicial para el deudor) de las obligaciones existentes. Esta modificación deberá tener lugar bien mediante una prórroga del plazo de vencimiento bien mediante "el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas".

Además, los acuerdos "habrán de responder a un plan de viabilidad" que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

Se suscitan varias cuestiones sobre estos requisitos:

- a) A pesar de que la Ley no lo precisa, cabría dudar de que cualquier modificación de las obligaciones preexistentes sirva para cualificar el acuerdo alcanzado como "acuerdo de refinanciación" en el sentido legal. Podría entenderse que sólo merecerían tal calificación las modificaciones que no perjudiquen a la masa (con lo cual volvería a surgir el problema esencial del artículo 71.1 LC). Salvo que pensemos que basta que el acuerdo satisfaga los requisitos internos (en especial, el plan de viabilidad) y los externos a los que luego nos referimos. Entendemos que esta segunda es la interpretación correcta, y no puede reintroducirse la incertidumbre concursal que supondría entregar a la apreciación individual de jueces y

administradores concursales la decisión sobre si el acuerdo de refinanciación es, a pesar del cumplimiento de los requisitos previstos, perjudicial para el concurso.

- b) Todas las modificaciones distintas de una "prórroga" quedan amparadas por la norma si consisten en el establecimiento de otras obligaciones en sustitución de las originarias. Quedan comprendidas en esta expresión las novaciones consistentes en la modificación de los tipos de interés y otras modificaciones parciales equivalentes. Observemos que la norma no exige que se produzca una novación extintiva total de la entera obligación preexistente, por lo que las novaciones parciales entran también en el supuesto ("modificación de sus obligaciones").
- c) Mas el término "establecimiento de otras contraídas en sustitución" de las originarias es lo bastante amplio como para cubrir acuerdos de refinanciación en los que (simplemente) una obligación preexistente se declare extinguida y sustituida por otra nueva (eventualmente garantizada), aunque no se produzca modificación de contenido que pueda considerarse a priori favorable a los intereses del concurso; ni tampoco del plazo. Es probable que esta interpretación resulte demasiado laxa, y que no pueda considerarse propiamente "refinanciación" una operación de este tipo, ni es imaginable cómo puede una novación de esta clase responder a un plan de viabilidad. Lo que, ciertamente, no es refinanciación cubierta es la simple creación de una garantía ulterior en seguridad de una obligación preexistente que no se nova ni se amplía.
- d) Consideremos ahora el acuerdo de refinanciación con nuevo crédito y provisión de una garantía que asegure el nuevo crédito y el viejo no garantizado. Este acuerdo está cubierto por la norma, desde luego, si hay prórroga del plazo de la antigua. Pero incluso sin ello, ya que se ha producido una "ampliación significativa del crédito disponible", y esto salva el acuerdo, aunque esta ampliación se haga al precio de garantizar también la obligación preexistente garantizada. Es decir, y ello es importante, una refinanciación con nuevo crédito permite sortear la prohibición concursal de garantizar créditos preexistentes (art. 71.3.2ª LC).
- e) Los acuerdos "habrán de responder a un plan de viabilidad". No quiere decirse que los acuerdos deban ser necesariamente eficaces pro futuro, sino que tienen que estar casualizados a la existencia de un plan de esta clase, que muy bien puede resultar fallido, sin que ello afecte a la "inmunidad" del acuerdo. Lo mismo ha de decirse de la condición de que el plan "permita la continuidad de la actividad". Quiere indicarse que debe tratarse de un plan orientado a esta continuidad a corto y medio plazo, pero no que deba tener

éxito en este propósito. Por lo demás, el plan de viabilidad forma parte del acuerdo de refinanciación, y es producido por los protagonistas del acuerdo. Lo que hace sospechar que puede convertirse en el futuro en un simple trámite superable con formalismos.

B) Requisitos externos.

La exclusión del ámbito de la rescisión concursal requiere que el acuerdo de refinanciación:

- 1) Sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos los 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- 2) Sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor, conforme al procedimiento del art. 338 y ss. del RRM. El informe contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales del mercado en el momento de la firma del acuerdo.
- 3) El acuerdo deberá formalizarse en instrumento público.

Hay dos posibles interpretaciones de la mayoría exigida de 3/5:

- a) Es preciso que la refinanciación sea concedida por acreedores que representen el 60 por 100 del pasivo, esto es, que se refinance cuando menos ese porcentaje del pasivo. Sería el caso cuando la prórroga o las nuevas condiciones afecten a créditos que superen esa proporción. Quizás esta interpretación resulte excesivamente rigurosa.
- b) Basta con que –independientemente del volumen de deuda refinanciado– consientan el acuerdo los 3/5 del pasivo. Esto quizás sea lo que pretendió el legislador, pero la solución plantea diversos problemas:
 - Hay que tener en cuenta que computarían para este consentimiento también los créditos privilegiados (incluso aquellos con garantías de mayor rango o constituidas sobre otros activos) y los que van a ser subordinados en caso de concurso (créditos de los socios mayoritarios o administradores), lo cual permite tomar la decisión sobre la rescindibilidad futura de la operación a quien puede no tener

interés en el asunto (o tenerlo muy limitado) y, desde luego, posibilita todo tipo de maniobras más o menos inconfesables.

- Computan los créditos existentes a la fecha de adopción del acuerdo, lo cual supone trasladar la decisión a sujetos que pueden no ser ya acreedores en el momento del eventual concurso. En suma, acreedores no concursales terminan decidiendo el futuro de los concursales (y téngase en cuenta que el acuerdo de refinanciación no es público...). Más aún, el propósito del acuerdo podría ser satisfacer a estos acreedores precisamente para ponerles al abrigo del peligro de devenir acreedores concursales.
- Las circunstancias anteriores confirman que, en ausencia de un procedimiento, de un órgano director y de unas reglas de juego, las mayorías de 3/5 pueden reproducir toda clase de manejos, no muy distintos de los acuerdos paraconcursoales en el antiguo sistema jurídico de la suspensión de pagos. ¿Cómo se impugnarían acuerdos de esta clase? No existe propiamente un procedimiento de impugnación, pues el acuerdo es un negocio puramente contractual de terceros, y no un negocio colegial. La impugnación tendrá lugar en el propio proceso rescisorio que se inste para impugnar los acuerdos de refinanciación *precisamente* por la existencia del abuso que se denuncia.
- El acuerdo de refinanciación no tiene que producirse necesariamente en las condiciones del nuevo art. 5.3 LC¹, reformado por el art. 10 Uno del RD Ley. Este precepto se refiere a "negociaciones (del deudor) para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio", con la virtualidad de que durante las mismas quedará eximido el deudor de solicitar la declaración de concurso. Un acuerdo de refinanciación no tiene que incorporarse a una propuesta anticipada del convenio, ni hay limitaciones temporales entre estos acuerdos y la declaración del concurso, ni las reglas para el cálculo de las mayorías exigidas a estas propuestas anticipadas se aplicarán

¹ Este reza así: "3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente."

a los acuerdos de refinanciación que no se incorporen a una propuesta de esta naturaleza.

Estas "adhesiones" podrán obtenerse de forma sucesiva y no se requiere unidad de acto.

En todo caso, parece que el pasivo que represente el propio acreedor refinanciador debe computarse para alcanzar los 3/5. Pero, ¿qué ocurre si no era acreedor antes? Y si ya era acreedor y concede nuevo crédito, ¿la parte incrementada sirve para computar el 60 por 100? Seguramente sí.

La exigencia de una mayoría determinada, sin existir un procedimiento colegial de convocatoria, quórum, recuento y calificación, ni una autoridad u órgano institucional competente para impulsar y controlar el procedimiento, es de tal punto desacertada y absurda, que necesariamente conducirá al fracaso a los procesos de refinanciación acomodados a la norma, salvo que se trate de concursos en los que los acreedores financiadores sean pocos, estén concentrados, o actúen sindicadamente por medio de un agente. Fuera de estos supuestos, no habrá modo de poder cerciorarse "informalmente" de la cuantía del pasivo, ni habrá incentivos de ninguna clase para que los acreedores individuales emprendan oficiosamente el camino peligroso de conducir un proceso de refinanciación extraconcursal.

No hay ninguna secuencia temporal necesaria para la emisión del informe de experto. Puede ser emitido durante el concurso. O como dictamen o prueba pericial en el mismo juicio rescisorio. Lo esencial es que exista un informe aprobatorio, no que los financiadores hayan actuado sobre la base de este informe. El informe no es una autorización, ni de hecho es preciso que se trate de un informe favorable. Pero si no reúne esta condición será difícil que la operación vaya a resultar inmune a la acción rescisoria.

III. Legitimación activa

Frente a la legitimación subsidiaria que el artículo 72.1 LC reconoce a los acreedores, la nueva disposición adicional 4ª establece que sólo la administración concursal estará legitimada para ejercitar las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

Precisiones:

- 1) Naturalmente, no se refiere a los acuerdos que cumplan todos los requisitos de la disposición adicional 4ª, porque éstos –precisamente por cumplirlos– no son rescindibles. Lo que la Ley parece querer decir es que, tratándose de

acuerdos de refinanciación en el sentido del primer apartado de la disposición, la estimación sobre la concurrencia de los demás requisitos y, por tanto, la decisión sobre si impugnar o no, queda en manos exclusivas de la administración concursal.

- 2) Estas reglas afectan incluso a las acciones impugnatorias no propiamente concursales (art. 71.6 LC).

En definitiva, son numerosos y complejos los requisitos para que las refinanciones queden blindadas frente a una posible rescisión. Como en tantas otras ocasiones, será la práctica forense la que despeje las dudas.

Fuente: Ángel Carrasco y Alberto Díaz. Consejeros Académicos Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.