

Acuerdos nuevos «extravagantes» al acuerdo preconcursal homologado de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: el «halo del acuerdo»

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Está convirtiéndose en un problema usual en las refinanciaciones homologadas de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (LCon) en las que los firmantes se comprometen a abrir o a mantener líneas de créditos o de alguna manera a facilitar al deudor recursos nuevos que, obtenida la aprobación judicial, se presenten luego necesidades previstas o imprevistas de financiación suplementaria o distinta de la plasmada en el acuerdo de refinanciación aprobado. ¿Estaría cubierto por el escudo de la disposición adicional cuarta este nuevo acuerdo novatorio o complementario para el cual no se ha obtenido una nueva homologación? ¿Será precisa una nueva homologación judicial, que en todo caso tendrían que promover los acreedores porque el deudor se hallaría impedido por el apartado 12 de la disposición adicional cuarta?
2. No vamos a cuestionar ahora si un acuerdo homologado puede contener compromisos financieros distintos de las medidas típicas que se contienen en los apartados 3 y 4 (quita, espera, dación en pago, capitalización, etc.). La praxis jurisprudencial está aprobando sin cuestionamiento acuerdos de esta clase y está «extendiendo» a los disidentes los términos del acuerdo que van más allá de los remedios típicos listados en los apartados 3 y 4 de la norma —con la excepción de los acuerdos que comportan renuncia a garantías, donde existe mayor resistencia judicial—. Los límites de esta práctica no son seguros, pero este asunto no es el objeto de la nota presente.
3. Pero el problema no se plantea de hecho respecto de la cobertura que depara la homologación. La única cobertura que resulta claramente de la intervención judicial es que el acuerdo homologado no puede—declarado luego el concurso— ser rescindido por el artículo 71 de la Ley Concursal (apdo. 13 de la disp. ad. cuarta). Con todo, no es el temor de la rescisión lo que inquieta en estos casos. Casi por definición, el acuerdo complementario será un acuerdo no perjudicial para el deudor. En algún caso, además, puede reunir las condiciones del artículo 71 *bis* para conseguir el amparo de un segundo escudo antirrescisión.
4. El problema se plantea propiamente con la posibilidad de subordinación de este crédito nuevo si los acreedores afectados por el acuerdo homologado han capitalizado sus créditos de manera que hayan devenido *insiders* del deudor, en los términos de los artículos 92.5.º y 93 de la Ley Concursal.
5. La disposición relevante es ahora el párrafo segundo del artículo 93.2.2.º II de la Ley Concursal, que establece lo siguiente: «Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con [...] la disposición adicional cuarta, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado

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.

a efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo». Este precepto fue introducido en origen en la Ley Concursal por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y su versión actual proviene de la Ley 9/2015. No conocemos la existencia de jurisprudencia que haya desarrollado la interpretación de esta disposición.

6. Una interpretación literal de este artículo llevaría a la conclusión de que, una vez suscrito el acuerdo de refinanciación y homologado judicialmente, cualquier financiación adicional —no prevista en el acuerdo de refinanciación homologado— puede considerarse financiación otorgada por persona especialmente relacionada con el deudor y, por tanto, es susceptible de ser considerada subordinada. Los nuevos financiadores se encontrarían en una situación parecida a la que se «condena» en el artículo 84.2.11.º de la Ley Concursal :se «privilegia» el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 *bis* o en la disposición adicional cuarta, pero «esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad».
7. Para evitar este resultado poco feliz, la interpretación literal exigiría —para evitar el potencial riesgo de subordinación de financiación adicional a la original— que la nueva financiación 1) se otorgara como «refinanciación», o bien al amparo del artículo 71 *bis* (ya sea el apartado 1 o el 2), o bien de la disposición adicional cuarta, y 2) llevara aparejada una capitalización adicional de deuda. En teoría, ni siquiera bastaría con que la nueva refinanciación estuviera cubierta por el artículo 71 *bis* y que, por ende, no pudiera ser «rescindida»; sería preciso que con esta nueva refinanciación se capitalizara una parte, siquiera mínima, del crédito refinanciado previamente.
8. Esta interpretación formalista seguramente no sería seguida por los tribunales, al menos cuando el nuevo crédito fuera crédito bueno para la

compañía. Repárese en como una propuesta de interpretación literalista dispara la paradoja clásica de todo conflicto *de minimis*. En efecto, si la cuestión es capitalizar algo, se puede capitalizar una parte mínima del crédito viejo no capitalizado o del crédito nuevo, consiguiéndose así el resultado apetecido sin apenas alteración en la sustancia de la cosa.

9. La cuestión deviene más apremiante cuando el dinero nuevo respeta los límites de la cantidad acordada en la homologación, pero se facilita al deudor en un formato contractual diverso. Por ejemplo, en lugar de una línea de avales, una línea de descuento; en lugar del descuento, una línea de crédito vía *confirming*. En estos casos no se está considerando el otorgamiento de nueva financiación, distinta de la que las entidades «hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo [de refinanciación]», sino que se está planteando otorgar financiación dentro de los límites previstos en el acuerdo de refinanciación homologado.
10. El asunto se revela problemático. Porque no se puede dar, de otro lado, una absoluta patente de corso para que los nuevos socios resultantes de la capitalización puedan seguir dando incondicionalmente créditos nuevos, acaso con garantías, cubriéndose de la subordinación con el pretérito acuerdo homologado. Creemos, con todo, que existen modalidades de crédito nuevo que estarían amparadas en el «halo de la homologación» y que pueden tratarse como financiación cubierta por la homologación. Un acreedor que ha capitalizado su crédito en un procedimiento paraconcursal debe estar *sustancialmente* liberado de todos los peligros que acechan al *insider* histórico que provee de dinero nuevo.
11. De cualquier forma, ha de evitarse este riesgo mediante las convenientes cláusulas cautelares en los acuerdos homologados que dejen abiertas posibilidades de actuación crediticia futura, incluso con novación anticipada, las cuales estarían en el «halo del acuerdo» y para las que se obtendría ya una aprobación judicial prospectiva.
12. La posibilidad que se acaba de exponer es tanto más conveniente cuanto que el acuerdo nuevo, formalmente no cubierto por la homologación,

no podría extenderse a acreedores disidentes de la novación. Este límite no es una objeción a la conveniencia de salvar el crédito nuevo de la subordinación concursal. Mas si, además de ello, los promotores de la novación pretendieran obligar también a los disidentes, sería preciso que la novación no estuviera simplemente comprendida en el «halo» del acuerdo homologado, sino que debería pertenecer al cuerpo mismo de la homologación. Para ello sería preciso que el acuerdo originario contuviera una cláusula — aprobada por el juez— de vinculación futura de novaciones que estuvieran comprendidas en el halo del acuerdo —y que fueran aprobadas ya anticipadamente— con sumisión a las mayorías que serían necesarias si se hubiera pretendido directamente su homologación. De hecho, si el grupo de acreedores concernidos estuvieran vinculados por un pacto de sindicación, la vinculación general de la novación ya estaría asegurada con el voto favorable del 75 % del sindicato sin necesidad de que se produjera siquiera una homologación judicial anticipada.

13. Esta interpretación finalista que proponemos del precepto legal relevante se puede apoyar además en el tenor del inciso final del precepto

transcrito del artículo 93.2.2.º de la Ley Concursal . Repárese en la forma en que se exonera a estos nuevos socios «capitalizados» del estigma de «administradores de hecho». «Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad, salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición». Los acreedores que encuentran aquí un puerto seguro no tienen que haber pasado por una capitalización previa o concomitante.

14. Concluyo. El texto problemático de la norma contenida en el artículo 93.2.2.º II de la Ley Concursal no debe ser leído de esta manera: 'no puede ser subordinado el crédito nuevo ofrecido por financiadores que hayan capitalizado previa o simultáneamente todo o parte de su crédito preexistente', sino de esta forma: 'no puede ser subordinado el crédito nuevo ofrecido por financiadores históricos *aunque* hubieran capitalizado todo o parte de su crédito preexistente'.