

Impugnabilidad concursal de los acuerdos de refinanciación tras el RD Ley 4/2014

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Esta nota tiene por objeto comentar las innovaciones introducidas por el RD Ley 4/2014 en el ejercicio de acciones de reintegración concursal contra o en el seno de acuerdos de refinanciación

Acuerdos de refinanciación de mayoría cualificada no homologados

Las diferencias arbitrarias

1. No tiene sentido, creo, que un acuerdo de refinanciación homologado por la DA 4ª o un acuerdo extrajudicial del art. 236.2 LCon puedan tener como contenido exclusivo una *liquidación mediante entrega de bienes en pago* que, por el contrario, no pueda tener este contenido el acuerdo de refinanciación de mayoría cualificada no homologado. No menos absurdo es que el convenio concursal del art. 100 LCon (instrumentos ya desfasado) tenga que seguir siendo necesariamente un instrumento de continuación.

La importancia de expulsar al experto independiente

2. La reforma no parece modificar de manera sensible la situación legal preexistente. El contenido de refinanciación del actual art. 71 bis 1 a) coincide en sus términos con el antiguo art. 71.6. Tampoco el elemento subjetivo (todo el pasivo) y la mayoría precisa (tres quintos) se han modificado. El acuerdo debe seguir formalizándose en instrumento notarial al que se unirán los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. Pero la *desaparición del*

experto independiente de los arts. 71.6.2º y 71 bis anteriores a la reforma y su *sustitución* por el *auditor de la sociedad* modifican sustancialmente el paisaje de la refinanciación y su resistencia concursal.

3. El auditor se limita a emitir certificación sobre la suficiencia del pasivo que se exige para tomar el acuerdo. En consecuencia, no existe nadie competente ahora para emitir 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 art. 71 bis 1 y sobre la proporcionalidad de las garantías*. Teniendo en cuenta que la intervención del notario no añade ninguna garantía sustancial al respecto, resulta que basta que la mayoría de tres quintos acuerde con el deudor un pacto de refinanciación cualquiera que se acomode a la amplia descripción contenida en el art. 71 bis 1 a).

4. Una consecuencia notable de esta ausencia de restricciones en el art. 71 bis 1 es que *se confirma* que no existen términos hábiles para que puedan calificarse los créditos en cuestión, ni expurgar los que hubieran de ser calificados de subordinados. Ni siquiera la administración concursal puede impugnar el acuerdo por este motivo, conforme al art. 72.2.

La rescisión de alcance limitado

5. En el texto anterior a la reforma actual, y a pesar de que los acuerdos ahora tratados "no podrán ser objeto de rescisión", eran, con todo, rescindibles, como resultaba claramente del art. 72.2, si bien la legitimación se limitaba a favor de la administración concursal. El nuevo art. 72.2 mantiene esta restricción, pero introduce una nueva. La acción rescisoria *sólo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento*. Veamos el alcance que puede tener esta restricción adicional.
6. Siguen siendo posibles las "demás (acciones) de impugnación". La subsistencia de estos remedios alternativos es ahora más problemática, pues va a permitir cubrir un área de "rescindibilidad" o "ineficacia" por razones materiales que va más allá de la decisión de política legislativa por la que se restringe el alcance de la rescisoria concursal típica.
7. No es cierto que ahora no pueda impugnarse un acuerdo de refinanciación por razones *de fondo*. Entre las *condiciones* del art. 71 bis 1 están evidentemente las condiciones de fondo, a saber, que se trate de un acuerdo de *refinanciación* en alguno de los sentidos permitidos por la norma y que *responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad empresarial*. En consecuencia, el administrador concursal puede impugnar el acuerdo por entender que no se producen los presupuestos materiales impuestos por la norma.
8. Pero no puede impugnarlos *sobre la base de presunciones tomadas del art. 71.3*. Queda claro que tal es el sentido de la asignación de la carga de la prueba que se contiene en la norma. En consecuencia, desaparecen las tres presunciones del art. 71.3, en especial, la presunción de perjuicio como consecuencia de la prestación de garantías reales para seguridad de obligaciones preexistentes.
9. Pero tampoco podrá impugnarse el acuerdo *probando positivamente* el "perjuicio" a la masa activa y, lo que es más importante dada la evolución inflacionista sufrida por el art. 71 LCon, tampoco el perjuicio de la *par conditio creditorum*. En efecto, cumplidas las condiciones materiales del art. 71 bis 1 letra a)

(que se trate de un acuerdo de refinanciación y que responda a un plan de viabilidad), nada más podrá tomarse en consideración.

10. En consecuencia, si las garantías reales o personales han sido prestadas en el seno de un grupo societario en sentido estricto (art. 42 CCom) o amplio (también grupos por coordinación, grupos con base persona, etc), ya no será posible atacarlas, como viene siendo práctica habitual, mediante el argumento de que se trata de garantías prestadas a título gratuito o, en todo caso, de garantías sin contraprestación directa cuando no se prueba la existencia de un *interés colectivo de grupo*.
11. En los términos expuestos, el acuerdo de refinanciación no puede rescindirse aunque, como consta por hipótesis, haya *fracasado*. Con todo, aquí se manifiesta un problema. Es casi impensable que el acuerdo haya *fracasado* porque no se acomodara a alguna de las modalidades de "refinanciación" que se comprendían en el amplio supuesto de hecho del art. 71 bis 1 a). Es difícil que exista un acuerdo colectivo en perspectiva de la insolvencia del deudor que no consista en alguno de los contenidos descritos por la norma. En consecuencia, sólo puede haber fracasado porque el plan de viabilidad era irreal. El art. 72 actual deja claro que la acción rescisoria sólo puede fundarse en la falta de cumplimiento de las condiciones exigidas, por lo que puede efectivamente fundarse en el que *el plan de viabilidad no permitía ex ante la continuidad empresarial*, pero no en que el plan de viabilidad *fracasó ex post por razones sobrevenidas*. Y cuando la administración concursal pueda impugnar, en los términos expuestos, no requerirá suministrar la prueba de perjuicio concursal, sino la inviabilidad del plan.
12. Téngase presente que en estas condiciones es casi imposible que la contraparte de la rescisión pudiera calificarse de mala fe en el sentido del art. 73.3 LCon, porque el conocimiento del estado de insolvencia no es elemento característico de la rescisión nueva.

Acuerdos de refinanciación ordinarios no homologados*El supuesto de hecho*

13. Me refiero a los acuerdos del art. 71 bis 2. No me ocuparé en detalle de su examen,

que excedería del objeto de esta Nota, y proyectaré mi atención a la fortaleza rescisoria de estos acuerdos. La rescindibilidad de estos acuerdos (y otros medios de ineficacia) no está sujeta a condiciones más laxas que el de los acuerdos de mayoría cualificada, y el art. 72.2, que ha sido expuesto, se aplica en los términos ya sabidos.

- 14.** Pero aquí son más intensas las *condiciones* precisas para cimentar la resistencia concursal del acuerdo. Ha de haberse incrementado la proporción de activo sobre pasivo previa [por ejemplo: dación en pago extintiva de deuda por cuantía superior al valor del activo, conversión de pasivo en capital, quita de pasivo, espera superior al 10% del plazo original]; el activo corriente resultante deberá ser superior o igual al pasivo corriente [por ejemplo: quita en el pasivo a corto plazo, cambio suficiente de deuda a corto por deuda a largo plazo, ingresos para tesorería, capitalización de un pasivo corriente]; el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no excederá de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo; el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no excederá en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; el acuerdo habrá sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y *con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico*, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, *con especial mención de las condiciones* previstas en las letras anteriores. Para verificar el cumplimiento de las dos primeras condiciones anteriores *se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera*, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

No hay condiciones suplementarias

- 15.** El *contenido de refinanciación* no puede ser aquí cualquiera, a diferencia de los acuerdos de mayoría cualificada. No podrá consistir

tampoco (a diferencia de los acuerdos homologados) en una dación en pago ni tener contenido exclusivamente liquidatorio (aunque sí parcialmente liquidatorio: "ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación"). Ahora bien, si las condiciones exigidas en el art. 71 bis 2 se cumplen, el acuerdo no podrá ser impugnado sobre la base de la existencia de perjuicio en la masa activa o de lesión de la *par conditio*, ni porque las garantías se hayan prestado a título "gratuito" o por obligaciones preexistentes. Bastará que la proporción del paquete nuevo de garantías y deuda nueva no sea superior a la existente entre garantías viejas y pasivo previo al acuerdo.

- 16.** Los acuerdos de financiación ordinarios no requieren ninguna condición adicional a las expuestas. No requieren ni siquiera una pluralidad de acreedores. Un acuerdo singular de refinanciación de un pasivo preexistente puede ser un acuerdo del art. 71 bis 2. Esto es importantísimo, porque de hecho viene a suponer que el RD Ley 4/2014 ha modificado para las refinanciaciones de deuda bancaria "singular" los estándares de rescindibilidad del art. 71 LC. Si se cumplen las exigencias expuestas relativas al activo, al pasivo corriente, al tipo de interés y a las garantías, el resto de las consideraciones que habitualmente se hacen hoy devienen superfluas. Una vez más, deviene superflua la condición de deuda preexistente, la estructura de grupo y si la garantía se ha prestado por deuda propia o de otro *insider*; deviene incluso superfluo si la "refinanciación" se prestó en condiciones exigibles por un plan de viabilidad razonable, si la refinanciación incrementó o no las posibilidades reales de recobro de la empresa insolvente. Es también superfluo que la refinanciación haya consistido sustancialmente en una concesión de crédito nuevo cuyo objetivo prioritario haya sido la amortización de pasivo viejo inatendido.

Acuerdos de financiación homologados

El supuesto

- 17.** A tenor de la DA 4ª, reformada, podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que, habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros, reúna en el momento

de su adopción las condiciones previstas en la letra a) [contenido de refinanciación en sentido amplio: *ampliación significativa del crédito disponible o 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*] en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis [certificación del auditor y otorgamiento en instrumento público]. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión concursal del art. 71, aunque sí del resto de las acciones de impugnación (DA 4ª apartado 13).

Pasivo subordinado

18. Establece la DA 4ª apartado 1 párrafo II que a efectos del cómputo de las mayorías no se tendrán en cuenta los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada¹. Pero no es posible realizar este control, pues no existe trámite donde resultara factible una calificación de los créditos que pudiera ser mínimamente contradictoria. La certificación del auditor no podrá contener esta calificación, y en el trámite de homologación el juez no dispondrá de elementos para ello, y seguramente tampoco de competencia para subordinar la homologación a una calificación de créditos, sin perjuicio de que luego la homologación pueda impugnarse conforme al apartado 7.

No se exigen condiciones adicionales

19. La homologación no requiere ninguna condición ni cualidad específica del acuerdo distinta de la mayoría indicada del pasivo financiero. Más aún, y sorprendente pero cierto, el juez no puede negarse a la homologación por ninguna razón relativa al mérito u optimización del acuerdo ni a la lesión que el acuerdo pudiera causar a los acreedores que no lo suscriben.

20. Es cierto que el juez deberá comprobar si el plan de viabilidad es real, porque ésta es una condición del art. 71 bis 1 a). Pero en ausencia de certificado de experto independiente no tendrá términos materiales hábiles para hacer este juicio, ni el incidente de homologación permite una discusión contradictoria sobre este importante y complicado extremo. En otras palabras, no se controlará este particular.

21. La homologación procederá cualquiera sea el contenido material de refinanciación pactado. Puede tratarse de una quita (¿de cualquier montante?), de una espera, de una conversión en crédito participativo, de una capitalización de deuda, de una dación parcial o total en pago o para pago. Si el acuerdo no alcanza las mayorías luego previstas para su extensión a disidentes (del 60% al 80%, según los casos), el acuerdo deberá ser homologado, aunque entonces no se extenderá a disidentes. Repárese entonces que es incierto que el acuerdo de refinanciación homologable deba reunir las condiciones materiales de refinanciación de la letra a) del art. 71 bis 1, porque la presente disposición deja claro que puede tratarse de un acuerdo liquidatorio puro con entregas de activos para pago. Y si el acuerdo puede ser liquidatorio, también decae la necesidad de presentar y acreditar un plan de viabilidad.

Disidentes e impugnación

22. Si no se dan las condiciones para causar una extensión del acuerdo a los disidentes, entonces no tendrá lugar tampoco el supuesto de hecho de un "sacrificio desproporcionado" impuesto a dichos disidentes, que no tendrán posibilidad ni necesidad de impugnar la homologación judicial. No habrá disidentes, porque el acuerdo no se habrá extendido; por ende, nadie habrá sufrido involuntariamente sacrificio alguno. Es decir, el acuerdo homologado (forzosamente homologado) y no "extendido" a disidentes *no podrá ser impugnado por nadie*. La consecuencia es bien paradójica si, por ejemplo, imaginamos un acuerdo de "refinanciación" (¿) acordado por el 51% del

¹ ¿No se computarán en el pasivo de referencia o, además de ello, no podrán computarse como votos favorables para el cálculo del 51%?

pasivo financiero, en virtud del cual se acuerda que el deudor entregue *a ellos solos* determinados activos en pago de los créditos.

Otros remedios impugnatorios

23. El apartado 13 de la DA 4ª contiene una remisión al art. 72.2. En su virtud, si bien no procederá la acción rescisoria, ni siquiera en el limitado ámbito del nuevo art. 72.2, sí procederán el resto de las acciones de impugnación (pauliana, nulidad, anulabilidad), que *no están sujetas a ninguna condición especial de procedibilidad*, aunque la legitimación se reserva a la administración concursal. Es difícil que se pueda producir un *fraude rescisorio* del art. 1111 CC en un acuerdo judicialmente homologado, pero no es imposible una nulidad por simulación, por fraude de ley, por haber sido tomado el acuerdo con daño de intereses de terceros, etc. Esta impugnación *no rescisoria* no ha de cursar necesariamente por el procedimiento del apartado 7 de la DA 4ª, y caben acciones autónomas de nulidad; parece evidente, toda vez que la impugnación específica del apartado 7 sólo admite un motivo de fondo (sacrificio desproporcionado), que no agota el espectro de las reclamaciones de nulidad fundadas en causa de Derecho común (¡o concursal!).

Crédito sindicado

24. Un acuerdo en el seno del sindicato concedente del préstamo es un acuerdo (con el deudor) que puede ser impugnado, aunque haya obtenido la mayoría del 75% de los créditos, siempre que, por no alcanzarse *en todo el pasivo financiero* la mayoría del 51%, el acuerdo como tal no pueda ser homologado. No cabe homologación judicial *singular* de un acuerdo del sindicato de prestamistas, ni siquiera para, en ausencia del resto de las condiciones exigidas, extender a los prestamistas disidentes los términos del acuerdo alcanzado por la mayoría cualificada del sindicato. En consecuencia, un acuerdo en el seno de un préstamo sindicado sólo se extiende a los prestamistas disidentes siempre que el acuerdo en cuestión alcance al menos el 51% del total del pasivo financiero y sea homologado.

25. La consideración como adheridos del 25% disidente del sindicato prestamista sólo se produce en el tipo de acuerdo que cursa por la

DA 4ª. Un acuerdo del art. 71 bis 1 o 71 bis 2 no puede extenderse el 25% disidente dentro del sindicato. Tampoco un convenio concursal ordinario ni un acuerdo extrajudicial de pagos, sin perjuicio de que puedan “extenderse” a los miembros disidentes del sindicato de la misma forma que pueden extenderse a otros titulares del pasivo ordinario.

26. Ahora bien, un acuerdo de refinanciación *de cualquier clase y mayoría* puede evitar (parcialmente) la rescisión si reúne las condiciones del art. 71 bis 2, aunque el acuerdo no haya sido homologado ni pudiera ser homologado. Un acuerdo cuya homologación ha sido impugnada con éxito por alguna de las dos causas admitidas en el apartado 7 de la DA 4ª puede todavía subsistir como acuerdo de refinanciación del art. 71 bis, si se dan las condiciones en cada caso exigidas.

Impugnación de los acuerdos extrajudiciales de pago

Limitado alcance

27. Cualquiera fuere la mayoría del pasivo obtenida para la aprobación del acuerdo de pagos, éste no se extenderá a acreedores con garantía real (art. 234.4). Y al pasivo ordinario sólo se le podrá imponer por vía de extensión la correspondiente quita y/o espera o la cesión de bienes para pago (art. 236).

Control por mediador

28. A diferencia de los acuerdos “ciegos” del art. 71 bis y de la DA 4ª, donde no existe un sujeto competente para calificar y filtrar el contenido de los acuerdos, el mediador concursal encargado de la conducción del proceso extrajudicial de pagos sí tiene parcialmente una competencia de esta clase (art. 234.1), aunque de hecho y de derecho carece de posibilidades materiales y de competencia funcional para calificar los créditos concurrentes.

Rescindibilidad

29. No queda claro si estos acuerdos son o no rescindibles en caso de un concurso consecutivo. Según el art. 242.2.3º, *el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o*

notario. Parece que se da a entender que sólo serán impugnables por vía rescisoria actos y contratos que sean anteriores a la solicitud de designación de un mediador concursal. Con esto quedarían automáticamente salvados del efecto rescisorio tanto el acuerdo extrajudicial como los actos de ejecución del mismo. Esta interpretación no era segura antes de la promulgación del RD Ley 4/2014. Pero ahora tiene que ser confirmada, porque no tendría sentido que pudiera rescindirse un acuerdo

de esta condición y no pudiera serlo un acuerdo bilateral de refinanciación del art. 71 bis 2.

- 30.** Pero esta propuesta no restaura toda la lógica del sistema. Recordemos que un acuerdo de refinanciación homologado puede ser impugnado por otras causas distintas del art. 71 (DA 4ª apartado 13). No puede tener mejor condición el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque hubiera superado la impugnación a que se refiere el art. 239 LCon.