

Acreeedores condicionales en el pasivo financiero de los acuerdos de refinanciación paraconcursal

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Cuestión no resuelta —y generadora de dispares opiniones—, se afronta en esta nota cómo han de ser, o no, reconocidos en el quorum y en el voto de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal los acreedores condicionales y los litigiosos.

En el boletín de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 2018, el abogado A. ALONSO HERNÁNDEZ afronta el espinoso problema, hasta ahora irresuelto (a pesar del Auto «Abengoa» II de 5 de junio del 2015), de si los créditos contingentes (financieros) forman parte del pasivo financiero que puede ser afectado por una homologación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. El autor propone la extensión de los efectos del acuerdo a los acreedores de créditos contingentes.

- (1) Propone también la aplicación analógica del artículo 87.3 de la Ley Concursal en la medida en que con ello se permita crear «provisiones» que garanticen que se pueda aplicar a estos acreedores una vez eliminada la contingencia. También postula que se les acredite legitimación procesal para oponerse a la homologación como el resto de los acreedores afectados.
- (2) Suscribo estas propuestas respecto de los acreedores condicionales, pero, por las razones que luego explicaré, no en el supuesto de otros acreedores contingentes.
- (3) El verdadero problema está en determinar si computa este pasivo a los efectos de *quorum* y voto por su importe íntegro (no es un crédito «presente») o sin cuantía propia. El autor discrepa del

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.

parecer de AZOFRA —y se suma a la opinión de YÁÑEZ y VILLORIA— proponiendo que estos créditos se computen sin cuantía propia y ofreciendo una serie de razones —y no es la menor de ellas la buena dogmática sobre el tratamiento de las condiciones suspensivas— que no permiten considerar el crédito ya existente durante la fase de pendencia condicional a pesar de la tutela interina que al acreedor condicional otorga el artículo 1121 del Código Civil. Alonso continúa sugiriendo que el tratamiento que han de merecer estos acreedores es el mismo que se provea en el viejo Código de Comercio para los acreedores por pleitos pendientes y, por analogía, para los condicionales, a saber, el otorgamiento de los derechos procesales a los que me he referido y el derecho a que los términos del acuerdo y el plan de viabilidad tengan el margen previsto para la aplicación a los créditos contingentes.

Con todo, yo creo que la parte más seria del problema queda por resolver.

Creo que el promotor del acuerdo no puede dejar fuera del perímetro a los acreedores (financieros) contingentes o condicionados, como clase. No porque la propuesta sea vejatoria de esta clase excluida, que no lo sería, sino porque perjudicaría la posición de los disidentes dentro de la clase incluida en el perímetro. Es evidente: los créditos de la clase excluida no estarían sujetos a reducción en el procedimiento de la disposición adicional cuarta, se podrían ejecutar sin trabas y, de llegar al concurso, sufrirían una, pero no dos, reducciones de cuantía, mientras que los disidentes de la clase no excluida soportarían la quita del precurso y la segunda quita del concurso.

Creo que, a pesar del tratamiento uniforme que depara el artículo 87.3 de la Ley Concursal, es preciso distinguir entre créditos condicionados y créditos litigiosos. Un crédito sujeto a condición suspensiva está *avocado naturalmente a su plena realización*, aunque luego la condición no se cumpla, lo que será *un fracaso* del contrato. Pero un crédito por el que se litiga no está avocado de origen a un fin predeterminado. Ni tan siquiera su cristalización final produce efectos retroactivos. En esta nota no me pronuncio por razón de espacio sobre el caso más complejo de los créditos contra avalistas y de los créditos de regreso de los avalistas, que requiere un tratamiento propio. En lo que sigue a continuación me refiero sólo a los créditos condicionados suspensivamente. Luego me detengo en los litigiosos. Otros créditos contingentes problemáticos tampoco serán tratados.

Imaginemos que el ALONSO HERNÁNDEZ tiene razón (esto es, los créditos condicionados suspensivamente computan sin cuantía) y que la condición se cumple antes de la solicitud (apartado 5) o de la decisión judicial de homologación (apartado 6) a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. Es muy difícil que ni el proponente ni el órgano judicial tengan instrumentos para incluir el crédito confirmado antes de que se apruebe el auto, especialmente si la cuantía del crédito confirmado es de tal clase que resulta suficiente como para, de ser computado, alterar el sentido del voto colectivo ya producido. Con todo, este acreedor confirmado —parece— podría impugnar la homologación por el apartado 7, porque, por hipótesis, el crédito confirmado es decisivo para alterar el sentido del acuerdo.

(7) Supongamos, por el contrario, que el crédito condicional confirmado no tiene cuantía suficiente como para alterar el contenido del acuerdo. El acreedor se habrá quedado sin expresar su derecho a voto y tampoco podrá impugnar (eficazmente) la homologación, conforme a la regla conocida como «prueba de resistencia» del acuerdo, aunque se encuentre en plazo para impugnar. ¿Tiene esto sentido? No lo tiene si forzamos un argumento analógico a partir del artículo 204.3c de la Ley de Sociedades de Capital. Sólo sería irrelevante a efectos del apartado 7 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal el voto emitido indebidamente, no el voto cuya emisión y cómputo haya sido objeto de preterición, lo que confirma el artículo 87.1 de la Ley Concursal para los créditos bajo condición resolutoria. Es poco menos que una garantía constitucional. Si se pudiera privar sin más del voto a todo titular de una cuota marginal, no haría falta, casi, convocar juntas de accionistas ni juntas de aprobación de convenios concursales.

(8) Supongamos, en tercer lugar, un crédito condicional confirmado cuando ya no es posible la impugnación de la resolución judicial. Es evidente entonces que ya no queda trámite ni fase procedimental en la que esta confirmación pueda ser considerada en ninguno de los sentidos relativos al voto ni analogía con el artículo 87.1 de la Ley Concursal («podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo»), porque nos habremos quedado sin terreno de juego en el que pelear este partido. Pensemos, además, que sea un acreedor con crédito capaz por cuantía de alterar el cómputo global de votos. A pesar de ser un acreedor que pasaría la «prueba de resistencia», ya nada puede hacer, porque el auto constituye cosa juzgada y no existe vía alternativa para impugnar judicialmente la refinanciación, al menos mientras no llegue el caso de que el deudor incumpla el acuerdo. Reparemos en que el problema es el voto, no el efecto práctico del acuerdo (v. gr., quita, conversión en crédito participativo, etcétera), pues este efecto puede realizarse siempre en pro y en contra del acreedor consolidado mientras siga viva la ejecución del acuerdo de refinanciación.

(9) Estas consideraciones me fuerzan a preferir la interpretación contraria a la que defiende el autor que glosamos. A pesar, incluso, de parecer aberrante según la teoría de las condiciones. Que no lo es, porque simplemente recalificamos esta condición como resolutoria y no como suspensiva. Es cierto que puede ocurrir que entonces se permita votar —y además con efectos decisivos— a un sujeto que puede resultar que no tiene crédito y que se puedan inflar con ello de forma artificial los *quorum* y mayorías precisos para alcanzar el acuerdo. Pero ¿qué más da? En el procedimiento de la disposición adicional cuarta no hay una fase de verificación de créditos. Se incluyen créditos que pueden ser simulados, créditos sujetos a una condición resolutoria, créditos sujetos a término final, créditos *prima facie* nulos por infracción de norma imperativa, créditos confesados, créditos que serán extinguidos por compensación, etcétera. Esta «basura» incorporada al pasivo financiero no puede alterarse sustancialmente por el hecho de que se incluyan también los créditos condicionales. La tesis contraria incentiva al deudor y a los acreedores *insiders* (una vez más, el ejemplo de «Abengoá») a manipular arbitrariamente la lista para expulsar del cómputo a créditos sedicentemente contingentes, pero que no lo son, como el crédito contra el fiador, con o sin beneficio de excusión.

(10) Con la propuesta que defiendo se salvaguardan derechos constitucionales de participación que no pueden hurtarse al acreedor, especialmente (pero no sólo) si tuvieran densidad de voto para quebrar la prueba de resistencia del acuerdo homologado. Ciertamente puede ocurrir que vote un no legitimado. Pero en este caso nada importaría si el acuerdo, con todo, no se viera afectado por la detracción de ese voto. Y si la detracción del voto del crédito (finalmente no consolidado) hubiera sido decisiva para el cómputo preciso, se trataría de optar finalmente por uno de los dos males: o dar por bueno un acuerdo que no habría obtenido los votos precisos si no hubiera votado el falso acreedor o dar por bueno un acuerdo que no lo hubiera sido si hubiese podido votar el verdadero acreedor. La segunda opción tiene un componente constitucional, la primera no.

(11) La opción que defiendo tiene menos costes de transacción porque exime de la necesidad de averiguar si, de momento, determinado crédito es no contingente. Y no es poca ganancia. No olvidemos que de una manera u otra todos los créditos sujetos a sinalagma funcional son relativamente «condicionales» en el sentido del artículo 1124 del Código Civil: el acreedor «comunica» su crédito, pero resulta que todavía no está realizada (acaso) la «condición» de la que depende la eficacia de este crédito, que es el cumplimiento por el acreedor de su propia obligación. ¿Sacaremos por ello a todos los acreedores sinalagmáticos del cómputo de cuota y voto del pasivo financiero?

(12) Paso ahora brevemente a los titulares de créditos que están en litigio, cuando lo que se litigue (no en otro caso) sea la existencia misma del crédito. Creo que deben distinguirse dos situaciones diversas. Cuando sea el (supuesto) deudor el que demanda para la declaración o condena de inexistencia (extinción) del crédito, y el acreedor se opone, el crédito debe ser incluido como un condicionado simple, porque el *statu quo* previo al pleito es la existencia y no extinción *prima facie* del crédito. Cuando es el acreedor el que reclama la existencia de un crédito o su pago y el deudor el que se opone, ocurre lo contrario, y el *statu quo* es el de la inexistencia *prima facie* de un crédito que tenga que ser incluido en el cómputo: si la resulta del pleito es favorable al acreedor, se tratará de un crédito futuro no afectado por la homologación. Sé que la división no es omnicompreensiva y que existen supuestos procesales inseguros, pero sustancialmente se trata de evitar que un crédito pueda incluirse o pueda sacarse de la lista mediante una actuación procesal estratégica del supuesto deudor o del supuesto acreedor.

(13) Y acabamos. ¿Por qué la presente digresión si podemos limitarnos a aplicar al acuerdo homologado a las normas propias del convenio concursal y atenernos, nos guste o no, a lo que dispone el artículo 87.3 de la Ley Concursal? Creo que por razones intuitivas: (1) porque fuera del concurso no hay un espacio para que puedan desenvolverse independientemente créditos contra el deudor, pero sí en el precurso; (2) porque, o bien el concurso se sobreesee y el problema desaparece, o se cumple el convenio y también desaparece el problema para los acreedores contingentes; (3) porque el concurso continúa hasta que la sociedad deudora se disuelva y liquida, por lo que no tiene sentido preocuparse del cumplimiento de contingencias de los créditos más allá de este momento, pero esto no ocurre en el precurso.