

# **HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (DA4 de la LC). SEMINARIO JUECES MERCANTILES DE CATALUNYA 5 DE JULIO DE 2013.**

Los presentes criterios no tratan de imponer una determinada doctrina, sino que responden a la necesidad evidente unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la Ley Concursal. Lógicamente no cierran ningún debate jurídico, sino que su objetivo es mucho más modesto, pero, en cualquier caso, lo que nos interesa dejar claro es que por sí solas no pueden ni deben fundamentar jurídicamente una pretensión.

Nuestras conclusiones surgen del debate de problemas que compartimos, la búsqueda de soluciones comunes y el compromiso profesional de respetarlas en la medida que se adapten al caso enjuiciado, pero sabemos que los casos son más diversos que las soluciones que aquí se proponen, por lo que las respuestas necesariamente han de ser igualmente diversas, nuestro objetivo es limitar esas diferencias y comprometernos a explicarlas.

Tampoco es nuestra intención proporcionar una guía de soluciones de obligado cumplimiento para los administradores concursales, sino presentar una propuesta razonable de soluciones jurídicas a los problemas del concurso estudiados, debidamente consensuada, pero que no exime de fundamentar jurídicamente cualquier pretensión ante nuestros Juzgados.

Lógicamente estos criterios respetan las decisiones que de las correspondientes secciones de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo han ido adoptado sobre los problemas planteados y están sometidos a lo que los tribunales vaya resolviendo sobre estas materias.

Participantes.

Yolanda Rios López, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona

Alberto Mata Saiz, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo, Magistrado, Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona.

Bárbara Cordova Ardao, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona

Hugo Novales Bilbao, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona

Eduardo Enrech Larrea, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6, con competencias en materias mercantiles.

Cesar Suárez Vázquez, Juez del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona.

## **I.- INTRODUCCIÓN.**

1.- A pesar de que la Ley Concursal concibe el proceso concursal cuya solución normal sería un convenio con los acreedores para continuar con la

actividad empresarial, la liquidación –solución extraordinaria- se ha convertido en la regla general incluso en empresas recuperables.

Las estadísticas demuestran que la gran mayoría de los concursos tiene como destino la liquidación representando más de 90% del total. Este rasgo tiene en España un carácter estructural.

La problemática es grave. El aumento incesante de los concursos declarados en nuestro país abocados a la liquidación está representando la destrucción de gran parte del tejido empresarial y sobretodo de miles de puestos de trabajo. Afecta, en suma, a la creación de riqueza, al crecimiento económico y a la cifra de paro que en España, como es sabido, es preocupante.

2.- Una forma de evitar el concurso es, naturalmente, la refinanciación de la deuda. Así, cuando una empresa se encuentra en dificultades para atender sus obligaciones corrientes ex art. 2 LC (insolvencia inminente o actual) y considera que es viable (insolvencia ocasional), intentará refinanciarse, esto es, alcanzar acuerdos de refinanciación con las entidades financieras y evitar así entrar en un proceso concursal.

3.- En España hasta hace bien poco no existía un verdadero modelo preventivo concursal, como medio para evitar el concurso y sus indeseables efectos. No había una regulación de los acuerdos de refinanciación por la que pudiera facilitarse o promoverse este tipo de acuerdos extrajudiciales encaminados a evitar o resolver la insolvencia ocasional de la empresa.

Ocurre que las entidades financieras ante una situación de incertidumbre de la empresa agudizada en la actualidad por la crisis económica nacional y mundial serán cautelosas, prudentes y sumamente reticentes a la hora de conceder más crédito.

La previsión de que pueda entrar en concurso no ayuda a la empresa ni a la entidad financiera para que alcancen un acuerdo de refinanciación.

Además, las operaciones de refinanciación de aquellos deudores que luego entran en concurso son operaciones que pueden ser tratadas con severidad en la Ley Concursal, pues existe la posibilidad de que puedan ser rescindidas o anuladas por medio de una acción de reintegración concursal (art. 71 LC), es decir, que el acuerdo de refinanciación sea declarado ineficaz. Es más, como la mayoría de acuerdos de refinanciación se articulan a través de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, tenían en su contra la presunción iuris tantum de perjuicio para la masa activa del art. 71.3.2º LC. Un ejemplo fue la SJM nº 1 de Madrid de 21 de mayo de 2008 que incluso al apreciar mala fe aplicó la sanción del art. 73.3 LC y degradó a subordinado el crédito de la entidad refinanciadora.

También, en la medida que se aprecie que se incumplió con la obligación de solicitar al Juzgado el concurso (art. 165.1º LC), estos acuerdos podrían constituir actos fraudulentos del deudor cometidos con la complicidad de la entidad financiera que causan daños y perjuicios al resto de acreedores con la consiguiente responsabilidad.

Estos riesgos, en fin la falta de protección en el proceso concursal de los acuerdos de refinanciación, determinan en la práctica que las entidades financieras no concedan o sean muy reacios a conceder financiación a empresas viables que pasan por un momento de dificultad obligándolas a solicitar el concurso con la negra perspectiva de la liquidación.

Por tanto, hay una necesidad de financiación para la empresa viable que el ordenamiento jurídico español dificultaba o directamente impedía.

4.- En este contexto, advertido el problema, el legislador español ha tratado de promover y facilitar que se alcancen acuerdos de refinanciación de las empresas adoptando ciertas medidas en un primer momento con un Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo urgente y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la LC, cuya exposición de motivos expresamente dice que “la ley profundiza en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación”.

4.1.- En primer lugar, se favorece la negociación entre el deudor y sus acreedores impidiendo que éstos puedan sabotearlo mediante la presentación de demandas de concurso necesario. El deudor evitará esta conducta estratégica de los acreedores reacios a refinanciar o a apoyar la refinanciación comunicando al Juzgado que se halla en negociaciones con sus acreedores (art. 5 bis LC). Con la comunicación, el deudor dispone de 6 meses (2+3+1) para negociar un acuerdo, impidiéndose que un acreedor presente una solicitud de concurso hasta que no transcurra dicho plazo (art. 15 LC).

4.2.- En segundo lugar, el acuerdo de refinanciación con el contenido legal preceptivo entre el deudor común y participando toda clase de acreedores (proveedores, suministradores, acreedores financieros..) computando todos ellos a los efectos de la mayoría legalmente exigida y sin ningún control judicial “blindan” el acuerdo frente a la posible acción rescisoria concursal del art. 71 LC.

4.3.- En tercer lugar, la reforma de la LC proporciona al acreedor refinanciador la certeza de que en caso de declararse el concurso del deudor podrá recuperar parte su crédito con preferencia sobre los demás, lo que se consigue a través de la prededucibilidad, esto es, calificándolo como crédito contra la masa en un 50% (art.. 84.2.11º LC) y privilegiándolo de forma general en el

otro 50% (art. 91.6º LC). Para ello, el referido crédito debe responder a nuevos ingresos de tesorería (Fresh Money).

4.4.- En cuarto lugar, se incorpora a nuestro Derecho la posibilidad de homologar judicialmente el acuerdo de refinanciación para imponer la espera pactada a los acreedores financieros no participantes o disidentes siempre que sus créditos no estén dotados de garantía real. Complementando el efecto anterior, a solicitud del deudor es posible paralizar las ejecuciones singulares de los acreedores financieros durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación que no podrá superar los 3 años.

## **II.- HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (DA4 de la LC).**

### 1.- Quórum exigible.

El art. 71.6 LC exige que cada acuerdo de refinanciación haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción. Si concurre esta mayoría y demás requisitos que exige el artículo, los acuerdos de refinanciación no podrán ser objeto de rescisión en caso de concurso del deudor refinanciado. En cambio para la homologación judicial, la DA4 LC exige que el acuerdo de refinanciación haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75% del pasivo financiero.

La pregunta que se plantea es si ambos quórum (3/5 del pasivo ordinario y 75% pasivo financiero) son exigibles que concurren para que proceda la homologación o no es necesario.

Por razón de un principio de especialidad de la DA4LC (que exige que se adhiera un 75% del pasivo financiero) respecto del art. 71.6 LC (que exige que se adhiera las 3/5 del pasivo) y porque la homologación exclusivamente afecta a los acreedores financieros, entendemos que únicamente se exige que el acuerdo de refinanciación esté suscrito por al menos el 75% del pasivo financiero (AJM8 BCN de 23 de enero de 2013, AJM1 BCN de 22 de febrero de 2013, AJM2 BCN de 10 de abril de 2013 y AJM5 BCN de 28 de junio de 2013).

Si la finalidad de la homologación judicial es extender la espera pactada en los acuerdos de refinanciación a las entidades financieras disidentes no tiene sentido exigir que voten a favor acreedores diferentes (el pasivo ordinario no financiero) a los que van a resultar afectados por la homologación judicial.

En efecto, la DA4 LC establece que a los acreedores no financieros no se les va a extender la espera pactada en el acuerdo de refinanciación ni tampoco van a ser privados de iniciar o continuar las ejecuciones singulares para cobrar sus créditos, efectos éstos de espera y paralización derivados de la homologación judicial que sí afectarán a los acreedores financieros disidentes.

## 2.- Sacrificio desproporcionado.

Valorar como desproporcionado un sacrificio patrimonial para las entidades financieras es un concepto jurídico indeterminado que se definirá según las circunstancias concurrentes.

Son muchos los criterios o parámetros por los que podría realizarse el juicio o control de oportunidad.

a) AJM8 BCN 23 de enero de 2013: “Finalmente se llevará a cabo un control de oportunidad respecto de si el acuerdo supone un sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros que no lo suscribieron debiendo atender a criterios como los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores, cómo afecta al pago de su crédito, la existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor o la concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.

b) AJM1 BCN 22 de febrero 2013: “Los parámetros para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado serían: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) El cómo afecta al pago de su crédito así como sus situación económica o financiera; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; y d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.

c) AJM8 BCN 23 de enero de 2013: “En cuanto al control de oportunidad no solamente debemos atender a lo manifestado por el experto independiente sino además teniendo en cuenta que con el acuerdo de refinanciación se conceden garantías reales a los acreedores que carecieran de la mismas (cláusula 15), entre los que se encuentra el acreedor disidente (...)”.

d) AJM5 BCN de 28 de junio de 2013: “El análisis de la proporción del sacrificio del acuerdo de refinanciación tiene su relación con los acreedores financieros que no suscribieron, pues son ellos quienes deben soportar el sacrificio de sufrir una espera en el cobro de sus créditos. En este punto, el porcentaje de disidencia puede servir para calibrar la proporcionalidad del sacrificio que pueden (rectius deben) tolerar las entidades disidentes. En este sentido y según las circunstancias concurrentes, se puede compartir la idea de que si la disidencia es mayor, será menor la tolerancia al sacrificio que causa una

refinanciación al acreedor que no la apoya y viceversa, cuanto menor sea la disidencia mayor sacrificio podrán exigir los acreedores que apoyan la refinanciación”.

e) Para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado, habrá que atender asimismo a las condiciones de la espera pactada que se pretende extender a los acreedores financieros disidentes.

Este criterio o parámetro de análisis conlleva previamente la tarea de definir a qué tipo de espera se refiere la DA4LC.

### 3.- SIGNIFICADO DE “ESPERA PACTADA” Y “PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES”.

a) Se plantea en primer lugar si la espera que se va a extender a los disidentes por virtud de la homologación judicial tiene un límite temporal máximo de tres años.

La cuestión surge porque la DA4 LC establece que “Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real”. Esta “espera pactada” parece que se limita a un máximo de tres años cuando más adelante la DA4LC establece que “En la homologación el juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años”.

La pregunta es ¿qué es lo que no podrá exceder de tres años, la espera pactada o la suspensión de las ejecuciones?

Una primera impresión es que el “que no podrá superar los tres años” se refiere al plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación. Pero esta limitación no resulta de la propia redacción legal porque la citada expresión/limitación viene precedida de una coma que la desvincula del antecedente inmediato (“durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación”) y la vincula al antecedente remoto (“la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras”).

Por otra parte, considerar que el legislador limita la extensión de la espera pactada en un acuerdo de refinanciación a tres años no corresponde con una interpretación finalista.

La homologación de un acuerdo de refinanciación tiene la finalidad de favorecer una alternativa al concurso de acreedores permitiendo a las empresas y a la mayoría de sus acreedores financieros alcanzar acuerdos de refinanciación que respondan a un plan de viabilidad a corto y medio plazo, viabilidad que se protege legalmente impidiendo a los acreedores disidentes ejecutar sus créditos.

Si la refinanciación tiene por finalidad la viabilidad de la empresa, viabilidad que dependerá de las circunstancias concurrentes y que desde luego puede necesitar de una espera superior a tres años, no tiene mucho sentido que la Ley establezca de forma automática y objetiva que la espera pactada no podrá superar los 3 años.

En definitiva, entendemos que la expresión “que no podrá superar los tres años” se refiere a las ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras y no a la espera pactada en el acuerdo de refinanciación.

Aclarado que la paralización judicial tiene un límite máximo de tres años, consideramos que la paralización se refiere a cualquier tipo de ejecuciones promovidas por las entidades financieras cuyos créditos estén o no dotados de garantía real.

Según DA4LC ap.1 en la homologación no se puede extender a los acreedores dotados con garantía real los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación.

Está claro que está prohibido legalmente extender el nuevo plazo de vencimiento (o aplazamiento del pago) –la espera pactada- a los disidentes dotados con garantía real, pero ello no impide que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda declarar subsistente la paralización de ejecuciones de cualquier tipo promovidas por ellas, incluidas las de garantías reales.

En efecto, según la DA4LC ap. 3 párrafo segundo en la homologación se podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras sin que la Ley distinga si la ejecución es de garantía real o no (“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos”).

En definitiva, la DA4LC (i) en su apartado 1 establece una prohibición y (ii) en su apartado 3 párrafo segundo establece un posible efecto de la homologación.

Son dos fenómenos diferentes: de una parte, extensión de la espera pactada (prohibida) y de otra parte paralización de ejecuciones singulares (permitida según las circunstancias concurrentes).

Por lo anterior, no cabe duda de que el secretario al admitir a trámite la solicitud acordará, caso de ser solicitada, la paralización de cualquiera de las ejecuciones singulares, incluso las de garantías reales (la Ley no distingue)

promovidas por entidades financieras acreedoras (no otros acreedores) hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes.

En cualquier caso, advertimos que la posible paralización de ejecuciones por mor de la homologación no puede superar los tres años ni tiene que ser automáticamente por este plazo máximo. Dependerá de las circunstancias concurrentes como ordena la DA4 LC ap.3.

Así, podrá ser decretada judicialmente una paralización de ejecuciones singulares por tiempo inferior en la medida que fuere necesaria para permitir que la refinanciación permita una viabilidad de la deudora en el corto y medio plazo.

El solicitante deberá justificar concretamente el plazo de paralización de ejecuciones lo que dependerá del contenido del acuerdo de refinanciación.

Por ejemplo, el AJM2 BCN de 10 de abril de 2013 acordó la paralización de las ejecuciones promovidas por la acreedora disidente dotado con garantía real hasta el día 1 de octubre de 2013 atendidas diversas circunstancias concurrentes:

“En primer lugar, el acuerdo de financiación supone casi el 80% de la deuda hipotecaria. En segundo lugar, el plazo de espera solicitado por la instante únicamente lo es hasta el día 1 de octubre de 2013. En tercer lugar, un aplazamiento de este tipo, resulta necesario, a la vista de las manifestaciones del experto independiente, para lograr un acuerdo de financiación. Los acuerdos futuros contarán con mayores probabilidades de éxito si parte de los bienes de la entidad solicitante, están libres de cargas, al poder ser utilizados como medio de negociación financiera. Según expone el informe del experto independiente, cuenta con un solar en la Plaza de las Glorias, que se encuentra en esta situación. En cuarto lugar, la no extensión del plazo de espera y de la suspensión de las ejecuciones en marcha, supondría poner en peligro el futuro de la entidad a cambio de un aplazamiento discreto. Mantener íntegro el patrimonio de la instante resulta vital para lograr el cumplimiento de los créditos de la disidente y de los adheridos al acuerdo”.

En el caso de que una refinanciación precisara de una paralización superior a los tres años de las ejecuciones promovidas por entidades financieras disidentes cuyos créditos estén dotados de garantía real y a los que no se les puede extender los efectos de una espera pactada por tiempo superior a esos tres años podría entenderse que el acuerdo causa sacrificio desproporcionado a aquellas entidades financieras no adherentes y no sería homologado judicialmente.



#### **4.- CONTENIDO DE LA ESPERA.**

El AJM5 BCN de 28 de junio de 2013 declaró: “ En segundo lugar, respecto del contenido del acuerdo de espera que puede ser extendido a los disidentes por la homologación judicial, se afirma que puede tener contenido diverso (pacto de non petendo, una nueva fecha de vencimiento, un calendario de amortización, un régimen de amortización anticipada, aplazamiento de pago de un crédito con un plan de pagos) pero que, en todo caso, obedecerá siempre a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo”

El AJM1 BCN de 22 de febrero de 2013 declaró que: “Se excluye, así, del concepto de “espera” cualquier contenido del acuerdo de refinanciación tendente a la aportación de dinero nuevo, es decir, a la ampliación significativa del crédito, y también aquél que pretenda sustituir los contratos de préstamo o crédito existentes por otros de perfil diverso, novando la naturaleza del negocio jurídico en extremos distintos a la propia duración del mismo”.

#### **5.- ESPERA PACTADA y ACREEDORES CON GARANTÍA REAL.**

La DA4LC cuando prohíbe extender la espera a los acreedores cuyos créditos estén dotados de garantía real tiene la inteligencia de que se protege a aquel acreedor que en cualquier situación tiene la facultad de enajenar la garantía para cobrar preferente y exclusivamente su crédito, independientemente de cualesquiera otros derechos y del resto de acreedores.

Si el acreedor financiero disidente no tiene esa facultad de realizar unilateralmente y bajo cualquier circunstancia la cosa afectada por la garantía real no se le puede reconocer inmunidad a la extensión de los efectos de la espera pactada a pesar de que formalmente (que no materialmente) tenga un crédito dotado de garantía real.

Por ejemplo, el AJM2 BCN de 10 de abril de 2013 extiende la espera pactada a los disidentes a pesar de que sus créditos estén dotados de garantía real porque, además de otras razones de índole práctica y circunstancias concurrentes, aplica analógicamente el art. 56.2 LC “que permite la suspensión de las ejecuciones hipotecarias en marcha cuando los bienes están afectos a la actividad del deudor”. Es decir, se proyecta a este momento preconcursal el imposible inicio o continuación de una ejecución de garantía real en una situación de concurso del deudor por recaer sobre un bien afecto/necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Como no podría ejecutar en concurso, dadas las circunstancias, no tiene sentido permitirles ejecutar en este momento preconcursal cuando la finalidad del acuerdo de refinanciación es evitar precisamente evitar el concurso.

Otro ejemplo, es el AJM5 BCN de 28 de junio de 2013. En este caso no se reconoció la cualidad de acreedor con crédito dotado con garantía real y por tanto se le extendió la espera pactada porque al estar el acreedor financiero disidente integrado en un sindicado en que se pactó contractualmente que las garantías reales son colectivas, no individuales, no podía ejecutar individualmente bajo ninguna circunstancia. Necesitaba de un previo acuerdo de la mayoría de las entidades prestamistas que nunca podría obtener al haberse refinanciado la deuda y homologada judicialmente precisamente por aquella mayoría. En tal caso, se convendrá fácilmente que si bien nominalmente el acreedor financiero disidente puede presumir de disfrutar de garantía real, en realidad sin el apoyo de la mayoría de acreedores su posición se asemeja a un acreedor sin garantía real que no a uno dotado de ella.