

Problemas de refinanciación concursal y de unidad productiva

(a propósito de las conclusiones en el 2016
de los Juzgados de lo Mercantil en Santander)

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

PRIMERA. *El dinero de la refinanciación a efectos de los artículos 71 bis, 82.2.11.º y la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal (LCon) es suficiente que se haya suscrito «en el contexto de la refinanciación» y se destine a que el deudor obtenga liquidez, pudiendo ser una financiación simultánea, anterior o posterior al acuerdo, «siempre y cuando esté íntimamente conectado con éste y con la viabilidad de la empresa a corto o medio plazo» (conclusión aprobada por mayoría).*

La solución es acertada. El artículo 84.2.11.º sólo exige que la financiación se obtenga «en el marco de un acuerdo de refinanciación».

Con todo, deberían, en mi opinión, ser distintas (y menos exigentes) las condiciones para aplicar el artículo 71 bis y la disposición adicional 4.ª que para considerar las cantidades como deuda de la masa a efectos del artículo 84.2.

La «deuda de refinanciación» puede ser al mismo tiempo el crédito de dinero que constituye a su titular en «pasivo financiero». Más aún, es posible que se trate de la cantidad de dinero que *precisamente* será refinanciada con la *nueva financiación* y que es la condición de esta nueva refinanciación.

La regla equivale a dar por válidos los acuerdos de refinanciación donde ésta se subordina a la condición misma de la aprobación judicial del acuerdo.

Puede ser la refinanciación posterior al acuerdo, pero no se limita el número de condiciones requeridas para que la inversión se realice, además de la propia homologación. Es decir, puede estar sujeta a otras condiciones distintas de la propia homologación.

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.

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.

SEGUNDA. *Es posible solicitar la homologación de acuerdos de refinanciación una vez obtenida la mayoría del 51 % del pasivo financiero y los requisitos correspondientes del artículo 71 bis, sin que se produzca «extensión de efectos a disidentes» (conclusión por mayoría).*

Me parece correcta la conclusión. De hecho, hay no pocos casos en que los promotores del acuerdo sólo pretenden obtener la protección de la no rescindibilidad del acuerdo, sin arrastrar a disidentes ni conseguir otro efecto distinto de la «reorganización» estructural convenida.

La cosa puede ser así tanto porque no existan disidentes como porque no existan más acreedores que los promotores. Pero también por el hecho de que el resto de los acreedores no solicitantes no resulten afectados por el acuerdo o porque los promotores no quieran extender sus efectos a otros acreedores. En todo caso, la regla 7 de la disposición adicional 4.^a no exige que sean disidentes quienes impugnen la homologación, bastando que no lo hubieran suscrito.

Al no existir arrastre de terceros acreedores, no hace falta siquiera que se dé una situación de insolvencia actual o inminente, porque la solicitud de homologación (aun sin situación de insolvencia) no es susceptible de producir sacrificio a tercero que no va a ser afectado por el acuerdo.

La suspensión de ejecuciones de la regla 5.II *in fine* es eficaz incluso en estos casos de no arrastre *ab initio*.

Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo y no hayan sido por otro lado «afectados» por el acuerdo no están sujetos a la regla de incumplimientos del acuerdo establecida en el número 11 de la disposición adicional.

Los requisitos precisos para obtener la irrevocabilidad pueden obtenerse tanto si de inicio ya los promotores no pretenden el arrastre como si lo pretenden y no consiguen las mayorías oportunas, conforme a la interpretación más probable de la regla 1 y de la regla 6.

La tesis de los jueces de lo Mercantil abona argumentos en favor de que el acuerdo de refinanciación puede tener todos los contenidos atípicos que no sean ilegales, sin que hayan de reducirse a los mecanismos típicos cuando existe una pretensión de arrastre.

TERCERA. *La impugnación del auto que homologa el acuerdo de refinanciación conforme a la regla 7 de la disposición adicional 4.^a no suspende la ejecutividad del acuerdo, por analogía con el artículo 239 (acuerdo extrajudicial de pagos) (conclusión por mayoría).*

Coincide con la solución que propone ahora el artículo 15 de la Propuesta de Directiva UE de Reestructuración, de 22 de noviembre del 2016. Y tiene sentido porque la experiencia enseña que se hace un uso abusivo de los recursos.

La circunstancia de que la ley excluya la posibilidad de un recurso de apelación contra la resolución judicial debería favorecer la propuesta de que, al menos, el recurso *quasi* de reposición sí tuviera efectos suspensivos, al menos potestativos para el juez.

Hubiera sido mejor reproducir la norma del artículo 197.5 de la Ley Concursal y permitir al juez del concurso que suspenda el convenio concursal cuando se recurra contra su aprobación, incluso con carácter parcial.

La suspensión de efectos puede solicitarse como medida cautelar ordinaria previa o simultánea a la impugnación de la homologación.

CUARTA. *El artículo 160f de la Ley de Sociedades de Capital no es aplicable a las sociedades concursadas incursas en fase de liquidación ni a las sociedades en liquidación; dudoso en fase común y de convenio.*

Si la sociedad está en fase de liquidación, no pueden por hipótesis existir activos esenciales para el cumplimiento del objeto social, y el órgano de administración (y, por extensión, la junta) carece ya de facultades representativas (art. 145.3 LCon).

Por definición, las enajenaciones de unidades productivas afectan a activos esenciales de la compañía, y esto es algo que, si el tercero lo desconoce, será ordinariamente por culpa grave, por lo que no podrá invocar la protección del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

¿La tesis de los magistrados debería aplicarse incluso cuando se enajenen unidades productivas del artículo 146 *bis* en la fase común, conforme al artículo 43 *in fine* de la Ley Concursal: haría falta acuerdo de la junta de socios?

En mi opinión, la solución depende del valor de liquidación del capital social de la compañía. Los socios son una clase más de interesados. Cuando su valor residual es cero o tiende a cero (*Nullwertprämissse*), no tienen ninguna legitimación para tomar acuerdos discrecionales sobre la autorización de ventas de activos esenciales decididas conjuntamente por el administrador social y el administrador concursal en la fase común. Sólo en la fase de convenio aprobado estaría justificada la aplicación del artículo 160f de la Ley de Sociedades de Capital.

QUINTA. *En caso de venta de unidad productiva durante un procedimiento concursal, es competencia del juez del concurso determinar hasta dónde alcanza la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social (conclusión casi unánime).*

Aunque se discrepara inicialmente, los Juzgados de lo Mercantil venían estimando la competencia del juez del concurso no sólo para acordar la transmisión de la unidad productiva en sede concursal, sino también para regular sus efectos, *ex articulis* 146 *bis* y 149.4 de la Ley Concursal. Puesto que el mencionado artículo 149.4 no limita la competencia objetiva del juez del concurso, éste deberá pronunciarse sobre los efectos derivados de la venta. Por varias razones. Por lo demás, y en la medida en que el actual

artículo 149.4 señala que la sucesión de empresas lo es a «efectos laborales y de Seguridad Social», vendría a reconocer la competencia objetiva del juez del concurso para pronunciarse sobre tales extremos, puesto que, *a contrario sensu*, no hay sucesión de empresas respecto de las deudas que la concursada pudiera tener frente a la Agencia Tributaria o al Fondo de Garantía Salarial, al no haber ningún precepto de la ley concursal que así lo disponga.

Sin embargo, ha terminado prevaleciendo otra tesis. Se trata de la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre del 2014 (RJ 6149), que entiende que el análisis de la sucesión de empresas al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la venta de unidad productiva en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social. Y, así, cualquier pronunciamiento efectuado por los jueces mercantiles sobre esta materia será meramente prejudicial y no vinculante para los Juzgados de lo Social, salvo en lo relativo a la posibilidad de exonerar al adquirente de las deudas laborales y de la Seguridad Social cubiertas por el Fondo de Garantía Salarial conforme al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de dicho pronunciamiento, la cuestión sobre si se ha producido o no una sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social.

Tiene razón la conclusión presente. Es un absurdo pretender que un tercero afronte la compra de una unidad productiva con una decisión simplemente *prejudicial* de exonerarle de pasivo social, que luego será reclamado por los trabajadores y la Seguridad Social y será resuelto autónomamente por la jurisdicción social. Es evidente que las alusiones en los artículos 146 *bis* y 149 no lo son a una materia simplemente prejudicial para el juez del concurso.

Los costes de inseguridad y de transacción de la solución contraria son tan altos que deberían bastar para solucionar la duda en el sentido propuesto.