

Homologación de acuerdos de refinanciación de deudas financieras de la masa del concurso

Angel Carrasco

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

Se explora la posibilidad de que los acreedores financieros de la masa del concurso puedan solicitar una homologación judicial de un acuerdo de refinanciación de sus créditos contra la empresa ya concursada.

1. La historia no es de libro, y acaba de solicitarse en un juzgado español la homologación por la Disp. Adicional 4ª LCon de un acuerdo de refinanciación presentado por el deudor concursado, que cuenta con el apoyo necesario previsto en el art. 71 bis LCon, prestado en este caso por quienes son acreedores financieros de la masa del concurso. ¿Es posible tal experimento? Su sentido económico es evidente, si la sociedad se halla bajo un convenio, pero a riesgo de no poder atender las deudas de la masa, siendo los titulares de esta deuda quienes están más interesados en la continuidad empresarial del deudor, que por eso refinancian con una espera o una quita, al margen del convenio concursal.
2. Los acreedores de la masa tienen un estatuto bien definido en la legislación concursal. Aunque no participan de las reglas del convenio, sí lo hacen, necesariamente, de las normas que regulan la liquidación. No podría ser de otra forma, porque con la liquidación la sociedad deudora se extinguirá, para toda clase de acreedores, por lo que los de masa no podrán sustraerse a este efecto. Tienen que cobrar, pues, conforme disponen las prescripciones legales (arts. 84.3 y 4, 154, 176 bis.2 LCon).

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.

3. De entrada, no se nos ocurre ningún “interés del concurso” que pudiera verse negativamente afectado por la celebración de un acuerdo de esta clase. Por la fuerza de los hechos, un acuerdo de esta clase está llamado a tener una eficacia limitadísima, una espera y eventualmente una quita, ambas favorables en cualquier caso para el concurso subyacente. Cualesquiera otras medidas atípicas serían, con todo, igualmente positivas para el concurso subyacente. Así, una renuncia a las garantías reales por parte de los acreedores de la masa, una aportación de dinero nuevo – dinero que ingresaría por cierto en la masa del concurso para pagar a todos los acreedores, por su orden. No se me ocurre la posibilidad de acordar una capitalización (absurda) con el deudor concursado ni, mucho menos, una conversión del crédito en préstamo participativo. Medidas estas últimas que en todo caso estarían fuera de consideración si el concursado se hallara en liquidación. Con estos límites de practicabilidad, empero, el intento no puede ser considerado inviable jurídicamente.
4. Pero el concurso empezará a estar negativamente afectado cuando se produzca, pongamos por caso, algún evento de vencimiento anticipado que pudiera llevar a la producción de pagos en contra de los arts. 84.3 y 176 bis.2 LCon. O cuando se autorizara a las entidades refinanciadoras a proceder, bajo condiciones estipuladas, al barrido de caja de la deudora, lo que de nuevo conculcaría las normas prescritas. Si el acuerdo contuviera medidas de este tipo, no debería ser homologado por el juez.
5. Para que el acuerdo de refinanciación tuviera sentido para los acreedores y no externalizara efectos negativos en la masa del concurso tendrían que darse dos condiciones. Primera, que se estableciera una condición resolutoria expresa coincidente con la apertura de la fase de liquidación del deudor, de tal manera que no pudiera darse la situación absurda de un acuerdo de refinanciación con una sociedad disuelta o incluso extinguida. Segunda, que no se afectara al orden y competencia de pagos de los arts. 84.3 y 176 bis.2 LCon. Puede (si subsiste la fase de convenio) que no haya en funcionamiento una administración concursal, única con competencia para alterar la regla ordinaria de pagos al devengo. Pero no existe ninguna objeción al acuerdo de refinanciación en fase de convenio concursal, siempre que el deudor concursado no realice a los acreedores de la DA 4ª pagos que serían más favorables a ellos (y menos a la masa) que los pagos debidos en las condiciones legales citadas.
6. Fuera de las anteriores, ¿no existirían también restricciones derivadas de los derechos *uti singuli* de los acreedores de masa disidentes? ¿Pueden ser sometidos los disidentes a una regla de mayoría que conduce a un resultado eventualmente peor que el que resultaría del simple tratamiento legal propio de su condición de acreedores contra la masa? En mi opinión, no hay objeción legal, incluso para acreedores financieros no integrados en un sindicato. El acreedor de masa en sentido puro – y esto es además lo que él quisiera – es un acreedor que por principio está fuera del concurso. Es decir, un acreedor que se encuentra en condiciones ideales equivalentes a los acreedores financieros de la DA 4ª; sujetos que, a falta de acuerdo de refinanciación, cobrarían sus créditos a su devengo, si hubiera caja. La LCon no les ha mejorado en nada y por tanto no les ha podido atribuir derechos adicionales.

7. Claro está, repetimos, ello sólo bajo la condición de que el acuerdo de refinanciación estuviera sujeto a la condición necesaria de que perdería eficacia una vez abierta la fase de liquidación; al disidente, al menos, no se le puede exigir una espera superior, ni se le puede obligar a posponer el ejercicio de sus derechos residuales a una fecha en que la sociedad deudora esté liquidada. No se trata de que no tenga sentido posponer el pago de la deuda refinanciada a una fecha posterior a la extinción de la sociedad deudora – las partes que consienten lo saben, y pueden muy bien renunciar a sus derechos de cobro, si se produce la contingencia de la liquidación “subyacente”- sino que no es equitativo utilizar el procedimiento de voto colegial de la DA 4ª para imponer a los disidentes un resultado que está en contra de sus derechos individuales que el art. 154 les confiere a título particular, y no *uti socii* de la masa activa de créditos prededucibles.
8. La regla del apartado 11.1 de la DA 4ª será de imposible aplicación. Conforme a la misma, *en caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.* Con independencia de las dificultades propias de interpretación de esta norma, que descontamos para el presente, es claro que, estando el concurso ya declarado y pendiente, los acreedores no podrán instar la declaración de concurso, ni pedir una especie de “concurso del concurso”, y sólo les toca ponerse a la cola bien perversa del art. 176 bis.2 LCon o solicitar reapertura del concurso con las limitadas posibilidades que acredita el art. 179.2 LCon. Ni podrán “iniciar” las ejecuciones singulares si el deudor se encuentra en fase de liquidación, pues el Tribunal Supremo ha declarado ya varias veces que ni siquiera los acreedores de la masa pueden instar ejecución separada de sus créditos (aunque sean garantizados) una vez abierta la fase de liquidación.
9. Tampoco podrá ser revocado concursalmente el acuerdo de refinanciación. Pero no por lo que dispone la regla 13 de la DA 4ª, sino por la explicación más simple de que sólo son objeto de revocatoria concursal los actos del deudor que son previos (dos años) a la declaración de concurso.