

## Implicaciones del nuevo Real Decreto 3/2009 en la dinamización del crédito

M<sup>a</sup> Elisa Escolà y Juan Carlos Giménez-Salinas

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, pretende dar seguridad jurídica a las operaciones de refinanciación de deuda de las empresas, para evitar que las mismas sean objeto de rescisión si finalmente dichas empresas son declaradas en concurso. Sin embargo, en nuestra opinión, los requisitos que establece la norma son tan rígidos que han frustrado la pretendida dinamización del crédito.

### Introducción

La experiencia demuestra que cuando una empresa sufre dificultades económicas intenta sobrevivir como sea, y esta huida hacia delante puede favorecer la realización de operaciones que, en la práctica, supongan un perjuicio para el conjunto de los acreedores. Para evitar estas actuaciones del deudor la Ley Concursal (LC) regula las llamadas acciones de reintegración, estableciendo que son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no haya existido intención fraudulenta.

En concreto, el art. 71.3 LC indica que se presume el perjuicio cuando se constituyen garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, es decir, las llamadas "superposiciones de garantías".

La crisis financiera mundial y, en particular, la crisis del sector de la construcción en España, motivaron que las entidades de crédito en ocasiones optasen por refinanciar la deuda de las empresas, sobre todo de las promotoras y constructoras, a través de la reunificación de deudas y la concesión de un crédito con hipoteca, o bien de daciones en pago o compraventas de las promociones que el mercado no absorbía. Con esta solución los deudores podían remontar su situación económica y las entidades financieras no debían dotar los créditos como morosos. No obstante, si la empresa no podía superar su situación y debía solicitar el concurso voluntario, estas operaciones de refinanciación podían ser objeto de demandas de rescisión, las cuales podían prosperar si no se acreditaba de forma fehaciente la bondad de las mismas <sup>(1)</sup>.

Si bien este tipo de acciones no siempre prospera <sup>(2)</sup>, la inseguridad jurídica reinante provocó que las entidades de crédito paralizasen este tipo de operaciones por el temor a que fuesen rescindidas si la sociedad finalmente era declarada en concurso. De este modo, la falta de financiación aboca a dichas sociedades a la insolvencia de forma irremediable.

### La reforma introducida por el Real Decreto 3/2009

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica pretende dar seguridad jurídica a estas operaciones, con el objetivo de facilitar la refinanciación de las empresas

que atraviesen dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, según se indica en la propia exposición de motivos.

En lugar de modificar los artículos. 71 y siguientes de la LC, el legislador ha optado por introducir una Disposición Adicional Cuarta donde se señala que determinados acuerdos de refinanciación no estarán sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 LC, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente. Así pues, se introduce lo que se ha venido denominando “escudo protector”.

Según la mencionada Disposición, tienen la consideración de **acuerdos de refinanciación**, a estos efectos, los alcanzados por el deudor en los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga del plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras obligaciones en sustitución de aquéllas. Por consiguiente, no se exige que se conceda más crédito (*fresh money*). Además, en todo caso, estos acuerdos deben responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo. Tampoco están sujetos a la rescisión del art. 71.1 LC los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de los mencionados acuerdos.

**Para que el acuerdo no sea rescindible** deben cumplirse tres requisitos:

a) El acuerdo debe estar suscrito por acreedores que representen **tres quintos** del pasivo del deudor en el momento de la firma del acuerdo.

Se ha discutido si estos acreedores pueden ser acreedores especialmente relacionados con el deudor, es decir, los llamados acreedores subordinados. En nuestra opinión, la respuesta debe ser positiva, habida cuenta que la ley no lo prohíbe, aunque no es un criterio unánime. Asimismo, la utilización de la expresión “acreedores” en plural hace surgir la duda de si debe ser más de un acreedor, no siendo suficiente uno solo aunque represente los tres quintos.

b) Debe haber **un informe de un experto independiente** designado por el Registro Mercantil sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan y la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma.

En nuestra opinión, este requisito encarece y dilata en exceso el trámite, pues entre la designación del experto por el Registro Mercantil y la realización del informe se supera con creces el plazo de los dos meses que tiene el deudor para solicitar el concurso voluntario según el art. 5 LC.

c) El acuerdo debe formalizarse en **instrumento público**, considerado “sin cuantía” a efectos de aranceles notariales.

### Los acuerdos de refinanciación.

#### ¿Qué sucede en la realidad?

Todas las cortapisas que acabamos de describir, y las numerosas cuestiones que la ley deja sin resolver, tales como qué significa “ampliación significativa” del crédito, qué sucede si el experto se muestra disconforme con el acuerdo o qué papel debe jugar el Notario otorgante, han motivado que, de momento, en la práctica no se hayan firmado estos acuerdos de refinanciación.

En lugar de acudir a estos acuerdos, las empresas consiguen la refinanciación para sortear el concurso a través de otra de las novedades destacables de este Real Decreto-Ley. Nos referimos a la figura de la comunicación de inicio de negociaciones para la adhesión a un convenio anticipado que regula el nuevo art. 5.3 LC <sup>(3)</sup>.

Con esta novedad se pospone el deber del deudor de presentar solicitud de concurso si éste, estando en situación de insolvencia actual, ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a su propuesta anticipada de convenio. El deudor tiene que poner en conocimiento del Juzgado el inicio de estas negociaciones dentro del plazo de dos meses desde que conoce su situación de insolvencia.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al Juzgado, según la LC, el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. De cara a considerar el concurso como voluntario o necesario, se tiene por fecha en la cual se ha presentado el concurso voluntario la fecha de la comunicación al Juzgado descrita.

Así pues, el plazo para solicitar el concurso voluntario se amplía de dos a seis meses en los supuestos de negociación de la propuesta anticipada de convenio. La pregunta que surge es: ¿puede el deudor que ha presentado esta comunicación del art. 5.3 LC aprovechar los cuatro meses que tiene de más para lograr la refinanciación de la deuda?

En principio el art. 5.3 LC parece claro cuando indica que el deudor “deberá presentar el concurso, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias”. Por tanto una primera lectura daría una respuesta negativa al interrogante planteado, ya que la utilización de la forma verbal imperativa da a entender que se trata de un deber del deudor, no de una facultad, y ello es lógico si tenemos en cuenta que el deudor ya se encontraba en “insolvencia actual” cuando presentó la referida comunicación.

No obstante, parece evidente que la situación de insolvencia del deudor debe analizarse en el momento en que el juez debe declarar su concurso, y es difícil creer que un juez declare el concurso de una sociedad sobre la base de que hace unos meses estaba en insolvencia actual, si en aquellos momentos ha superado su insolvencia gracias a la consecución de acuerdos de refinanciación, con o sin los requisitos de la Disposición Adicional Cuarta de la LC.

Las primeras resoluciones que han recaído sobre este tema se decantan por admitir que el deudor utilice el 5.3 LC para conseguir la refinanciación y sortear la situación concursal. En efecto, el auto del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009 indica que la dicción literal de dicho precepto resulta poco afortunada ya que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación del concurso obviando otras posibilidades, pues es posible encontrarse un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia del solicitante pudiera desaparecer. Por consiguiente, el magistrado del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba en dicha resolución considera evidente que la empresa está legitimada para desistir de la inicial solicitud preconcursal al haber desaparecido la situación que la obligaba a declararse en concurso. Del mismo modo se pronuncia, entre otros, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 7 de octubre de 2009 y el auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra de 1 de septiembre de 2009, aunque en este último caso el juez concluye que, como se trata de una mera manifestación del deudor, el auto de archivo no prejuzga el hecho de que el deudor pueda encontrarse en situación de insolvencia actual y volver a presentar un 5.3 con posterioridad o directamente la solicitud de concurso.

#### Pies de página

<sup>(1)</sup> La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007 dio un paso más, pues no se limitó a estimar la demanda de reintegración dirigida contra la entidad financiera que había constituido la garantía real, sino que además subordinó el crédito de dicha entidad al considerar que había actuado de mala fe porque en el momento de realizar la operación conocía perfectamente las dificultades financieras del deudor. La subordinación comportaba la pérdida de la garantía real y la posposición del cobro de su crédito.

<sup>(2)</sup> Por ejemplo, la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6 de febrero de 2009 declara que no es perjudicial la concesión de una hipoteca cuando el dinero se destina a pagar otra deuda anterior y se transforma la deuda de corto a largo plazo.

<sup>(3)</sup> Este precepto establece: “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al Juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

#### Conclusión

En definitiva, podemos concluir que las medidas contempladas en el citado Real Decreto-Ley están resultando del todo insuficientes para dinamizar el crédito. La rigidez de los requisitos exigidos para conseguir los acuerdos de refinanciación ha provocado su absoluto fracaso, pues en la práctica no se conocen casos en los que se hayan podido formalizar.

En lugar de ello, se está acudiendo al paraguas que ofrece el art. 5.3 LC para conseguir la refinanciación de los acreedores bajo la espada de Damocles de la solicitud de concurso voluntario del deudor. En caso de obtenerse dicha refinanciación, se solicita el desistimiento del 5.3 LC por desaparición de la situación de insolvencia; si no se consigue, se presenta la demanda de concurso voluntario. Si bien se trata, quizás, de un uso inadecuado del art. 5.3 LC, lo importante, en definitiva, es poder salvar aquellas empresas que sean viables.

Por consiguiente, desde estas líneas hacemos un llamamiento al legislador para que en la próxima reforma concursal que se está preparando se atreva de una vez por todas a introducir los llamados acuerdos o concordatos preventivos, ya previstos en otras legislaciones, que faciliten una refinanciación con plenas garantías, tanto para el deudor como para los acreedores, sin necesidad de acudir al concurso, verdadero estigma del empresario.

#### Sobre los autores

Juan Carlos Gimenez-Salinas Framis: Abogado licenciado en la universidad de Barcelona, especialista en procesal mercantil y arbitraje.

Mª Elisa Escolà: Doctora en Derecho y Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

La responsabilidad de las opiniones emitidas en este documento corresponden exclusivamente a sus autores. ODF no se identifica necesariamente con estas opiniones.

© Fundació Privada Institut d'Estudis Financers. Reservados todos los derechos.