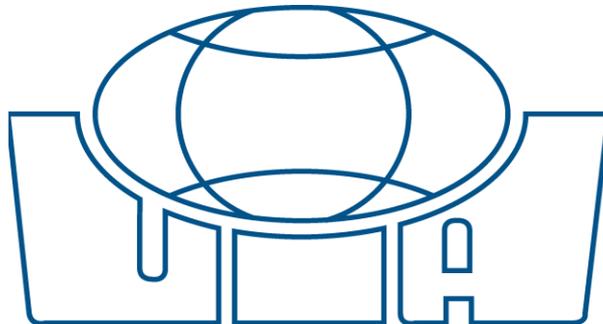


¿ESTAN SIENDO UTILES LOS ACUERDOS DE REFINANCIACION?

JOSE PAJARES
Abogado

PAJARES & ASOCIADOS, ABOGADOS DESDE 1.958, S.L.

Presidente de la Comisión de Insolvencias
de la Unión Internacional de Abogados



INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS

UNION INTERNACIONAL DE ABOGADOS

INTERNATIONALE ANWALTSUNION

UNIONE INTERNAZIONALE DEGLI AVVOCATI

UNIÃO INTERNACIONAL DE ADVOGADOS

الاتحاد الدولي للمحامين

La propia Exposición de Motivos del RDL 3/2009, de 27 de Marzo, justificó la modificación parcial e insuficiente de la Ley Concursal en la evolución de la crisis económica y su impacto en la economía española, pretendiendo con ello incidir en la actividad ordinaria y facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades en interés de eludir su insolvencia.

También y para ello el RDL 9/2009, de 26 de julio, sobre Reestructuración Bancaria y Refinanciamiento de los Recursos Propiedad de las Entidades de Crédito, creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria e introdujo con esa misma finalidad una disposición concursal, la Disposición Adicional Tercera, que regulaba la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario por parte de una entidad de crédito mientras estuviere negociando, entre otras, un plan de refinanciación.

Con ambos instrumentos introdujo una fase mal llamada "preconcursal" (vulgarmente llamada como "hacer uso del 5.3") mediante la que un deudor en situación de insolvencia dispone de un plazo de tres meses para negociar un acuerdo de refinanciación, debiendo para ello comunicarlo al Juzgado de lo Mercantil competente.

Sin embargo esta idea se quedó en tal y no se están consiguiendo los frutos deseados; ni se facilita financiación, ni el tiempo concedido ni la forma que lo regula son útiles.

Y ¿por qué lo afirmo tan categóricamente? Pues porque la normativa lo anunciaba y la realidad lo viene demostrando día a día.

Así:

- a. Los acuerdos de refinanciación han de ser suscritos por acreedores que representen al menos el $\frac{3}{5}$ del pasivo del deudor en la fecha del acuerdo de refinanciación; porcentaje mínimo que en modo alguno puede alcanzarse por sí solos con los proveedores ordinarios sin contar precisamente con las entidades financieras que son las que pueden perfectamente coordinarse entre sí para llegar a un acuerdo, cuestión de la que están completamente ajenos los proveedores ordinarios de la compañía y en gran medida el propio deudor.
- b. La limitación inequívoca a que sea la Administración Concursal la única que pueda impugnar ante el Juez del concurso el acuerdo de refinanciación, siendo que además dicho acuerdo se habrá conseguido con el juicio favorable

de un experto independiente *"sobre el carácter revocable y realizable del plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías"*; y

c. La circular del Banco de España nº 4/2004 que obliga a las entidades de crédito a clasificar y dotar los créditos.

¡Con lo sencillo que hubiera resultado que se regulase el concurso extrajudicial como acontece entre otros en los sistemas italiano (*"accordo di finanziamento"*) y francés!

En efecto, la práctica diaria viene demostrando que las entidades no están dispuestas a refinanciar con otras, a compartir rango en sus garantías y muchas veces a pagar a los minoritarios en el capital a refinanciar, siendo habitual que negocien bilateralmente y obtengan las garantías personales que antes no tenían. Pero sobre todo, que todas actúen inmediatamente ante los Juzgados no solo ejecutando las garantías con que cuentan sino también contra el propio deudor.

Lógica consecuencia de esa regulación resulta que en la práctica la comunicación que tan flexible y técnicamente establece la norma número 5.3 de la Ley Concursal esté siendo frecuentemente utilizada ante el Juzgado de lo Mercantil competente pero con consecuencias claramente diferentes a las deseadas pues todos los

acreedores que o bien no están llamados al acuerdo o bien lo están pero no quieren participar persiguen ser los primeros en embargar y cobrar limitando con ello esa refinanciación que se comunica al Juzgado de lo Mercantil. Obviamente, se consigue con ello que esa comunicación no se efectúe, que cuando se haga lo sea tarde y que, en todo caso, derive en todo lo contrario a lo que la propia norma persigue.

Pero es que además han de tenerse en cuenta a los acreedores que no participan en ese acuerdo de refinanciación, y en este caso a la posibilidad de que se instara por cualquiera de ellos el concurso necesario a la espera de que no se consiga ese acuerdo de refinanciación.

Acreedores que, de lograrse el acuerdo de refinanciación en situación de insolvencia actual, deberían ver abonados sus créditos pendientes e impagados pues en cualquier momento pueden actuar.

La práctica está siendo tozuda con esta ineficacia pues aunque la comunicación sea flexible, y como tal se venga admitiendo por los Juzgados de lo Mercantil, los requisitos que conllevan generan también que los acuerdos de refinanciación sean temporalmente difíciles y formalmente complejos.

En efecto, si la suscripción de tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo depende personalmente de las entidades acreedoras (generalmente financieras –según antes he indicado-) el informe del experto independiente designado por el Registro Mercantil es prácticamente inviable cuando ha de acometerse en el plazo tan reducido de un mes y ha de contener su opinión técnica sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad preparado por el deudor, pero sobre todo porque ha de informar de la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales del mercado (DA. 4ª 2b.).

En cualquiera de los casos, de no cumplirse la totalidad de los requisitos, ser éstos parcialmente cumplidos y/o contenerse importantes salvedades en el informe del experto, si se declarase posteriormente el concurso éste se sometería al control del Juzgado y con ello a su posible calificación de culpabilidad.

Al fin y a la postre los acuerdos de refinanciación lo que hacen es encubrir una situación de insolvencia ya existente e implicar una agravación de la situación del deudor, circunstancias todas ellas que han de merecer su análisis en la sección de calificación del posterior concurso que en su caso pudiera solicitarse.

La inutilidad que expongo de los acuerdos de refinanciación aparece también en los supuestos que se haya alcanzado; en efecto, dichos acuerdos de refinanciación estarán sujetos al ejercicio de cualesquiera otras acciones de impugnación que no se correspondan con la prevista en el artículo 71.5 de la Ley Concursal, por ejemplo la acción pauliana, la acción de simulación, la de nulidad / anulabilidad, etc. ninguna de las cuales se impiden con esos acuerdos y que son habitualmente planteadas por los acreedores que no suscriben ese acuerdo de refinanciación.

A consecuencia de todo lo anterior, y como temía y afirmé el 18 de octubre de 2.009, los acuerdos de refinanciación están siendo ineficaces y en muchísimas ocasiones motivo precisamente de la desaparición de las empresas a las que se quería con ellos proteger, pero también a incrementar el riesgo personal de sus administradores y personas especialmente relacionadas con esos deudores.

Sólo se me ocurre un camino para que se les pueda sacar su verdadero fin: en una situación de insolvencia actual simultanear el acuerdo de refinanciación con la solicitud de concurso y propuesta anticipada de convenio con los acreedores financieros que con su porcentaje obligan al resto de acreedores, pues en cualquier otro caso los que estén fuera éste podrían impugnar sin avisar y por supuesto exigir sus créditos.

En una palabra, se buscó evitar el concurso y sin embargo se aboca a él.

Zaragoza, a 27 de septiembre de 2010

José Pajares

Pajares & Asociados Abogados desde 1.958, S.L.

Presidente Comisión Derecho de las Insolvencias de la Unión
Internacional de Abogados