

Homologación de acuerdos: el sacrificio necesario



MARIANO
BAUTISTA

Socio de CMS Albiñana
& Suárez de Lezo

C/M/S/

Law. Tax

La reforma de la Ley Concursal del año 2014 (aprobada por el RDL 4/2014 y otros cambios posteriores), pretendió impulsar los acuerdos de refinanciación de las empresas con problemas financieros como solución frente al concurso y la eventual liquidación. Esta reforma extendió el régimen de los acuerdos de refinanciación a acreedores financieros en un sentido amplio, es decir, no estrictamente bancarios y, sobre todo, facilitó casi cualquier acuerdo entre la empresa y sus acreedores financieros, con el fin de mantener la actividad social. Este objetivo de política económica justifica la limitación de la posición y los derechos de determinados acreedores que, ajenos al devenir de la empresa y despegados de su futuro, solían amenazar con vetar la aprobación de los acuerdos de refinanciación, lo que conducía a situaciones desequilibradas o, en el peor de los casos, al inicio de interminables procedimientos concursales que acaban en la liquidación de la empresa.

El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, ya protegidos frente a una posible rescisión en caso de posterior concurso, permite extender sus efectos a los acreedores disidentes, siempre que se hayan aprobado con las mayorías y requisitos previstos en la ley.

Impugnación con límites

El legislador permite que los acreedores obligados a aceptar los

acuerdos homologados puedan impugnarlos, aunque los motivos se limitan a la falta de concurrencia de los porcentajes exigidos en la DA4ª Ley Concursal y al carácter desproporcionado del sacrificio impuesto. Quien, contra su criterio y consentimiento, se ve afectado por acuerdos promovidos por la mayoría, puede hacer valer su oposición, si se siente perjudicado, bien porque recibió un tratamiento discriminatorio frente a otros acreedores de igual o inferior categoría, bien porque la reestructuración prevista limita sus derechos más de lo que cabría esperar razonablemente.

La muy meritoria y trabajada sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 en el caso Abengoa, entre otros temas de interés, concluye que el sistema de homologación de los acuerdos de refinanciación procede si el sacrificio impuesto es adecuado y proporcional. En concreto, la proporcionalidad del sacrificio se mide por dos criterios: ha de ser necesario y equitativo.

El sacrificio debe ser imprescindible para que la empresa pueda continuar con su actividad. *A sensu contrario* el sacrificio dejará de ser necesario, y por tanto no se le podrá exigir al acreedor, cuando el acuerdo homologado no alcance su objetivo, porque a pesar de todo no permitirá salvar a la empresa, o bien, por el contrario, cuando la salvación de la empresa se conseguiría sin la renuncia de derechos de los acreedores. Este doble test debe realizarse a la luz del plan de viabilidad, analizando si las medidas propuestas son razonables y realizables. Lo lógico sería que el análisis se hiciera en el momento de emitir el auto de homologación, denegándose la aprobación si el sacrificio fuera innecesario, pero, según el juez, el auto de homologación es un mero control de la razonabilidad aparente, al no ser posible ir más allá por falta de conocimientos técnicos y económicos del juzgador. En cambio, durante el procedimiento impugnatorio sí cabe analizar los dictámenes periciales aportados y las explicaciones y argu-



mentos ofrecidos por quien tiene la carga de la prueba: los impugnantes. A partir de ello, llega a la conclusión de que el requisito de proporcionalidad no se cumple si se prevé la inviabilidad de las deudoras, que en este caso se refería a determinadas filiales. Por ello, se estimó la impugnación del acuerdo, porque se consideró que el esfuerzo era innecesario e inútil.

Una quita excesiva

A continuación, se analiza el supuesto contrario, es decir si la quita propuesta era necesaria para la continuidad empresarial. Lo resuelve negativamente, al considerarla excesiva, estimando también la impugnación por esa razón. En concreto, se consideró acreditado que la exigencia

del plan de viabilidad impuesta a los acreedores financieros de una quita superior al 80% (se les exigió el 97%) no era precisa para mantener la actividad empresarial. En este supuesto, el premio para los impugnantes es que, estimada su pretensión, los efectos del acuerdo no les vinculan, y la quita para ellos será cero, aunque el juez habría aceptado como razonable un 80%, que es la que, en mi opinión y siguiendo sus propios criterios de equidad, debería haber resuelto como aplicable. De otra forma, cabría preguntarse si el plan es realizable cuando un importante grupo de acreedores no se ve afectado por el acuerdo de refinanciación y no se puede contar con la quita prevista para sus créditos.

En definitiva, lo que unos llaman la *teoría del milímetro* u otros, más

El legislador permite que los acreedores obligados a aceptar los acuerdos homologados puedan impugnarlos

El sacrificio debe ser imprescindible para que la empresa pueda continuar con su actividad

castizos, *el riesgo del juego de las siete y media* (o te quedas corto o te pasas) exige que el deudor mida el sacrificio que pide al acreedor, ya que la impugnación de los disidentes puede fundamentarse en que el acuerdo no es suficiente para sacar adelante la compañía o en que es excesivamente oneroso.

Por si no hubiera suficiente litigación abusiva, la impugnación basada en el carácter desproporcionado del sacrificio puede convertirse en un cajón de sastre para que los acreedores disidentes cuestionen los convenios de refinanciación de empresas, siendo su no rescindibilidad posterior insuficiente garantía o aliciente para que empresas y acreedores financieros se embarquen en proponer, negociar y homologar este tipo de convenios.

El fin de los contratos de suministro en exclusiva de larga duración suscritos por las petroleras



ISABEL
SOBREPERA
MILLET

Abogada-Socia Ejaso ETL Global.
Departamento de Derecho
de la Competencia



El TJUE dictó el pasado 23 de noviembre una sentencia que confirma la nulidad de las relaciones de larga duración suscritas por las petroleras con sus redes de estaciones de servicio.

Aun cuando el TJUE ya se había pronunciado en idéntico sentido, sosteniendo que los contratos de compra en exclusiva de carburantes de larga duración contravenían el art. 101 TFUE, lo relevante de esta sentencia radica en la conclusión de que los compromisos propuestos por Repsol a la Comisión Europea, vinculantes para esa mercantil mediante Decisión 2006/446/CE, ni deslegitiman a los juzgados nacionales para declarar la existencia de una infracción del derecho de la Unión, ni descartan la existencia de un comportamiento empresarial contrario a la normativa europea.

Como letrados directores del asunto, así como de las cinco prejudiciales precedentes y de numerosos procedimientos conducentes a la apertura del mercado de los hidrocarburos en España, creemos conveniente aclarar que los contratos de larga duración articulados mediante derechos de superficie/usufructo y exclusiva de suministro son nulos, al menos, desde el 1 de enero de 2012 por infringir el art. 101 del TFUE.

Esta infracción afecta a los contratos articulados por las petroleras y a todos los acuerdos verticales, cuya duración no fuera adaptada antes del 31 de diciembre de 2001 a la duración máxima establecida en el Reg. 2790/99 en un plazo máximo de cinco años, o no gozara de una exención individual al amparo del art. 101.3 TFUE. Pese a lo claro de la exigencia y con excepción de BP que adecuó sus acuerdos en plazo, el resto de petroleras no lo hizo y Repsol solicitó una declaración negativa o exención individual de los mismos ante la Comisión pues su cuota de mercado, superior al 30%, le excluía del Reglamento debiendo así autoevaluar sus acuerdos conforme al art. 101.3 TFUE.

Modificación del criterio del Supremo en 2015

En 2015 y en atención a su vinculación con el TJUE, el TS modificó el criterio sostenido hasta entonces dictando varias sentencias que declararon la nulidad de pleno derecho de distintas relaciones contractuales de larga duración, todas ellas articuladas mediante

La trascendencia de esta resolución radica en el hecho de aclarar definitivamente cuál es el valor de una decisión de compromisos

La evaluación preliminar de la Comisión constituye un principio de prueba del carácter contrario a la competencia

derechos de superficie/usufructo vinculados a contratos de arrendamiento de industria con exclusiva de suministro, considerados como un único e indisoluble negocio jurídico.

Por ello, el TS ordenó de conformidad con el art. 1.303 CC, la liquidación de la relación jurídica con reintegro de las contraprestaciones recíprocas por las partes, consistente en la devolución de la cantidad pendiente de amortizar de inversión de la petrolera y en la entrega de la estación junto con una cantidad resultante de la diferencia entre los precios a que se abasteció de producto en exclusiva y los mejores precios a los que pudo haberlo hecho.

Causa torpe a la petrolera

No obstante, existen supuestos en los que los tribunales, declarando la nulidad en origen de los contratos, han imputado causa torpe a la petrolera, conforme a la cual, la estación no ha devuelto la cantidad pendiente de amortizar de la inversión acometi-

da por la petrolera y, sin embargo, sí ha obtenido el derecho a ser indemnizada en la diferencia de precios a los que podría haber adquirido los carburantes.

Conviene destacar que la trascendencia de esta resolución radica además en el hecho de aclarar definitivamente cuál es el valor de una decisión de compromisos, que no es desde luego el *legalizar* ese tipo de contratos como venían sosteniendo las petroleras. De hecho, Repsol pretendía haber convertido en lícitos tales acuerdos, por el hecho de haber ofrecido a las estaciones la posibilidad de rescatar los derechos de superficie/usufructos otorgados, posibilidad que muchas de ellas no pudieron acometer jamás, atendido el alto precio solicitado, que venía a concretarse en el lucro cesante de Repsol como consecuencia del vencimiento anticipado de los mismos. Otras petroleras también ofrecieron compromisos que fueron aprobados por la CNMC con resultados similares.

Sin embargo, de la sentencia se deriva que la Comisión abrió un procedimiento de conforme al art. 101 TFUE contra Repsol, en el que concluyó que los contratos de exclusiva suscitaban dudas acerca de su compatibilidad con el art. 101 del Tratado, visto el significativo efecto de exclusión que podían provocar en el mercado español. Precisamente en atención a ello, Repsol ofreció unos compromisos que parece no obtuvieron el resultado perseguido, pues numerosos puntos de venta no se acogieron a los mismos.

Pues bien, si de una sencilla lectura de la sentencia cabe concluir que los compromisos no van a legalizar los acuerdos de larga duración suscritos por las petroleras, un análisis más profundo de la misma explica cómo la evaluación preliminar de la Comisión constituye un principio de prueba del carácter contrario a la competencia que obliga, desde nuestro punto de vista, a estimar la nulidad con causa torpe y no sólo una nulidad sobrevinida, con las consecuencias de ello derivadas.