

RESEÑA

» “Los acuerdos de refinanciación tras la reforma de la Ley Concursal”.

Beltrán Gómez de Zayas
Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Departamento de Derecho Bancario y Financiero
Octubre 2011

Introducción

El día 11 de octubre se ha publicado en el BOE la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Si bien el grueso de la reforma no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2012, algunos de sus preceptos han entrado en vigor excepcionalmente al día siguiente de su publicación.

De entre las muchas modificaciones que se han aprobado, esta breve nota se centra en el nuevo artículo 5(bis) y el apartado 6 del artículo 71, que se encuentran ambos dentro de los preceptos de aplicación inmediata. Con estos cambios, se perfecciona sensiblemente el régimen anterior de alternativas al concurso (que se introdujeron mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) incentivando estas alternativas, principalmente a través del acuerdo extrajudicial de refinanciación de deuda(s) que el deudor insolvente o inminentemente insolvente puede querer, en su caso, intentar alcanzar con sus acreedores para evitar así el concurso (o posponer su declaración mientras se intenta llegar al correspondiente acuerdo).

Artículo 5(bis): Acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso

El nuevo artículo 5(bis), que formalmente sustituye al famoso artículo 5.3, introduce de una forma algo mejorada (respecto del ya antiguo 5.3) una alternativa al concurso para las empresas en crisis, la posibilidad de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación extrajudicial de su deuda o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En concreto, este artículo dispone que el deudor que haga uso de una de estas alternativas podrá ponerlo en conocimiento del juzgado competente en cualquier momento anterior al transcurso del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

En caso de que el deudor opte por comunicarlo no deberá solicitar la declaración de concurso voluntario hasta transcurridos tres meses desde la comunicación, en cuyo caso el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación (o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio), deberá solicitar la declaración de concurso voluntario dentro del mes hábil si-

guiente (el cuarto mes tras la presentación de la comunicación), salvo en la lógica situación de que el citado deudor no se encuentre ya en estado de insolvencia (lo que es de suponer ocurrirá si se alcanza un acuerdo de refinanciación).

Como puede verse, el nuevo artículo 5(bis) es muy similar al artículo 5.3, con dos importantes matices: el reconocimiento de que la alternativa de la refinanciación puede beneficiarse de este precepto y la no obligación de solicitar el concurso voluntario si la situación de insolvencia de facto no persiste (que, aunque es una obviedad, hasta la fecha la norma no lo dejaba claro), manteniendo así el deudor su actividad (profesional o empresarial) sin necesidad de incurrir en los costes de tiempo y dinero asociados a una declaración de concurso.

El artículo 5(bis) tan solo reconoce los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso sin imponer especiales requisitos a esos acuerdos para su consideración como tales, con la esperanza de que llevarán al deudor a salir de su crisis económica, evitando así el concurso. La realidad es que estos acuerdos extrajudiciales no necesitan siquiera ser homologados judicialmente para producir su efectos, si bien la homologación conlleva una serie de ventajas y efectos adicionales (de esto se ocupa la nueva redacción de la disposición adicional cuarta, que no es objeto de análisis en esta nota). A donde queremos llegar es a enfatizar que los acuerdos del artículo 5(bis) están pensados (en el mejor de los escenarios) para evitar el concurso tanto en ese momento como, por qué no, en el futuro, pero que de no tener éxito el acuerdo alcanzado (homologado o no) y el deudor termine siendo declarado en concurso dentro de los dos años siguientes a la celebración del acuerdo, los acreedores que lo firmaron se podrían encontrar en la difícil situación de enfrentarse a posibles acciones rescisorias. Por lo tanto, de no tener estos acreedo-

res una especial protección y tratamiento no les compensaría el esfuerzo que implica alcanzar un acuerdo de refinanciación con el deudor ante la hipótesis de que si acaban saliendo mal las cosas, podrían perder las garantías otorgadas a su favor, por ejemplo.

Nuevo artículo 71.6: Protección frente al concurso

Es aquí donde entra el nuevo apartado 6 del artículo 71 que, aunque es muy parecido a la disposición adicional cuarta (que también introdujo el Real Decreto-Ley 3/2009), está ahora sistemáticamente mejor ubicado dentro de la norma: en el precepto relativo a las acciones de reintegración. A nuestro entender su nueva ubicación es acertada pues este nuevo apartado 6 (y la antigua disposición adicional cuarta) son precisamente un escudo protector frente a las acciones de reintegración en el concurso previstas en el propio artículo 71. Además, esta nueva redacción recoge algunos cambios tendentes a mejorar y/o aclarar las dudas o incertidumbres (aunque no todas) creadas durante la vigencia de la propia disposición adicional cuarta, con la clara finalidad de hacer atractivo, de una vez por todas, a acreedores y deudores el acudir a la alternativa de la refinanciación (lo que entre otras cosas liberaría a los juzgados de lo mercantil de su excesiva carga de trabajo actual).

El primer cambio relevante es que todos los requisitos exigidos para que el acuerdo no pueda rescindirse se tienen que haber cumplido formalmente antes de la propia declaración de concurso, lo que en la práctica implicará que todos los acuerdos de refinanciación que se intenten adoptar pretendan cumplir con esos requisitos para poder así beneficiarse, en su caso, de la no rescindibilidad (a pesar de que para beneficiarse del artículo 5(bis) no son necesarios estos requisitos). La redacción anterior da-

ba margen para entender que tanto el informe como la formalización en documento público podían tener lugar en un momento posterior.

En segundo lugar, se establece expresamente que el informe del experto independiente ha de ser favorable (“informado favorablemente” dice ahora la norma), lo que en principio parece aclarar la incertidumbre del régimen anterior sobre si bastaba con la mera emisión de un informe o éste debía ser favorable aunque la norma no lo dijera expresamente. No queda claro, no obstante, qué debe entenderse por “informado favorablemente” pero sí parece que con este añadido la norma pretende ir un paso mas allá. Podría entenderse, dado que la nueva redacción del 71.6 establece que cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo, que el experto puede ceñirse a emitir una opinión favorable de carácter general atendiendo a todas las circunstancias que se le presentan para su análisis, incluyendo la suficiencia de la información que se le ha proporcionado, la razonabilidad del plan y la proporcionalidad de las garantías conforme a mercado, sin perjuicio por tanto de que el informe contenga reservas o limitaciones (más o menos relevantes) sobre aspectos puntuales de entre los analizados. El Diccionario de la Lengua Española define favorablemente en el sentido de estar de acuerdo con lo que otro desea o conforme con lo que se desea, por lo que de una interpretación literal de los términos usados por el legislador puede entenderse incluso que bastaría con que el informe del experto independiente esté de acuerdo con que el plan de viabilidad que se le ha presentado permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo, además de contener los otros extremos que prevé la norma. Está claro que este punto no va a estar exento de debate por parte de la doctrina y los jueces.

Por otro lado, el hecho de someter a la expresa evaluación de los firmantes cualquier reserva o limitación (de un informe ya favorable) no tiene, a nuestro modo de ver, otro propósito que hacer que sean éstos y no el experto independiente quienes valoren si, a pesar de cumplir con los requerimientos técnicos y formales para estar protegidos ante una eventual rescisión, las reservas o limitaciones son de tal magnitud o sobre aspectos tan relevantes que no compensa seguir adelante con la refinanciación propuesta o acordada (parece que tiene poco sentido que el informe se solicite una vez firmada la refinanciación y desplegando ésta ya sus efectos). Pero esto no debería afectar a la consideración del acuerdo de refinanciación como “informado favorablemente”, si fuera el caso.

Por último, otro cambio relevante es que el experto independiente ya no será nombrado conforme al régimen de los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Ahora corresponde el nombramiento al registrador mercantil “a su prudente arbitrio”, de tal manera que casi con toda seguridad se acortarán los plazos para la designación de un experto independiente. La nueva redacción también añade que en el caso de que la refinanciación afecte a varias sociedades de un mismo grupo el nombramiento y el informe podrán ser únicos.

Conclusión: Algunas incógnitas

A nuestro entender, esta nueva reforma refuerza los acuerdos de refinanciación extrajudiciales como alternativa creíble al concurso de acreedores. No obstante, el nuevo artículo 71.6 deja una serie de incógnitas. Así, parece ahora más relevante el papel del experto independiente al tener que emitir un informe favorable al acuerdo de refinanciación para lograr la protección de éste frente a la rescisión, pero como

hemos adelantado habrá que ver cómo acabará interpretándose el adverbio “favorablemente” en este contexto por la doctrina y los jueces.

Por otro lado, la norma permite con la modificación del artículo 72.2 que la administración concursal (y solo la administración concursal) ejercite la acción rescisoria u otras acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación del 71.6, cuando a nuestro modo de ver debería entenderse que por el hecho de estar estos acuerdos (los que cumplen con los requisitos del 71.6) expresamente protegidos frente a la rescisión, tan solo cabría entablar contra ellos otras acciones de impugnación que procedan conforme a derecho (tales como la acción pauliana), pero nunca la acción rescisoria del artículo 71.1.

Más información

Beltrán Gómez de Zayas

Beltran.gomezdezayas@cms-asl.com