
NOTA DE ACTUALIDAD

**REFINANCIACIONES DE DEUDA Y CONCURSO DE ACREEDORES:
RIESGOS PARA LOS INTERVINIENTES**

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN EJECUTIVO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: MARCO DE COMPOSICIÓN AMISTOSA EXTRAJUDICIAL DE LAS CRISIS ECONOMICAS.

- Con el fin de eludir los costes económicos y temporales, así como los efectos derivados de la declaración de un concurso de acreedores, es frecuente en la práctica el recurso a soluciones amistosas extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores, entre las que se sitúan las refinanciaciones de deuda con las entidades financieras.
- Ello no obstante, conlleva importantes riesgos sobre el tratamiento que recibirán dichas refinanciaciones en la eventualidad de que finalmente se declare un concurso ,en sede de declaración, rescisión, calificación , complicidad y eventual consideración de la banca como administradora de hecho ,toda vez que en la ley concursal 22/2003 no se optó por regular el marco amistoso extrajudicial de solución de las crisis económicas, no contemplándose “escudos protectores” respecto de dichos acuerdos, no siendo así mismo contempladas las particularidades que conlleva la posición de “acreedor profesional “.
- El objeto de ésta nota es enunciar dichos riesgos que en ocasiones podrían tener una virtualidad mas teórica que práctica, incidiendo en éste ámbito el momento en que la refinanciación se plantee respecto del acaecimiento de la insolvencia.(Refinanciaciones preventivas y de remoción de insolvencia).

II. INCENTIVOS ECONÓMICOS DE LAS REFINANCIACIONES: PROVISIONES POR INSOLVENCIA Y RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

- La aplicación de la normativa del banco de España que regula la obligación de las entidades financieras de dotar o incrementar las provisiones por insolvencia (CBE 4/2004)y en materia de incremento de requerimientos mínimos de recursos propios por riesgo de crédito, (CBE 3/2008), podría eludirse a través de las refinanciaciones.

- En éste sentido, una refinanciación planteada en un momento anterior a que el crédito sea considerado dudoso por razón de la morosidad en función del calendario de recuperación sería calificada como una operación de crédito normal, siendo necesario de otro modo si el crédito ya hubiera sido calificado como moroso que se cumplan los requisitos exigidos en la circular 4/2004.

III. RIESGOS PARA LOS INTERVINIENTES EN UNA REFINANCIACION EN UN EVENTUAL CONCURSO DE ACREEDORES.

1. Sede de declaración de concurso

- En toda refinanciación, concurre un riesgo de que los acreedores no intervinientes en el acuerdo o disidentes, soliciten la declaración de un concurso de acreedores a la vista de los incentivos positivos que ello conlleva.(privilegio del acreedor instante y consignación del importe vencido de su crédito),minimizándose dicho riesgo en las refinanciaciones preventivas(insolvencia inminente) pues en éste supuesto sólo el deudor estaría legitimado para instar el concurso(art 2.3LC).

2. Refinanciaciones y administración de hecho :planes de reestructuración y los “steering Committé”

- En supuestos en que las entidades financieras que acuerdan refinanciar se constituyan en un comité de seguimiento (Steering Committee), concurriría el riesgo de entender que dichas entidades se constituirían como administradores de hecho o incluso ocultos en la medida en que esta figura pueda admitirse en nuestro Derecho.
- Ello conllevaría importantes efectos de completamiento de la masa activa del concurso pues el administrador de hecho es considerado “persona relacionada con el deudor”(art 93.2.2ºLC)de lo que deriva la subordinación de sus créditos (arts 92.5ºLC) con los efectos a ello conectados(postergación en el cobro, extinción de garantías reales y ausencia de derecho de voto)así como la presunción “Iuris Tantum”de perjuicio a la masa de los actos dispositivos a título oneroso realizados por el deudor a favor de dichos administradores(art 71.3.1ºLC).Así mismo, el administrador de hecho puede ser persona afectada por la calificación culpable del concurso, de lo que podría derivar su responsabilidad por cobertura de déficit patrimonial contemplada en el art 172.3LC.

- No obstante ello requeriría que concurriera en la actuación de la banca los requisitos que doctrinalmente tipifican la administración de hecho y que hay que adelantar irían más allá del marco de unas meras instrucciones ocasionales.

3. Refinanciaciones y riesgos de rescisión concursal

- Las refinanciaciones bancarias no son objeto en la ley concursal Española de exención del ámbito de las rescisorias concursales (art 71LC), no siendo subsumibles en el art 71.5LC, pues la refinanciación constituiría acto ordinario para la entidad financiera pero no así para el deudor concursado.
- Las refinanciaciones podrían ser objeto de rescisión sobre la base de la presunción Iuris et de Iure de perjuicio a la masa, si recayeron sobre obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art 71.2LC) así como sobre la base de la presunción “Iuris Tantum” contenida en el artículo 71.3.2ºLC.
- En relación a una eventual rescisión de una refinanciación bancaria ,elementos esenciales que pueden modular su ámbito de aplicación y sus efectos serían la determinación del momento anterior o posterior a la declaración del concurso, en que ha de valorarse si concurrió el perjuicio a la masa ,así como el objeto de la rescisión cuestionándose en éste ámbito el alcance que haya de darse a la mala fe en la entidad que refinancia , pues la apreciación de ésta por el juez determinaría la consideración del crédito de restitución como crédito subordinado.(art73.3 LC).
- Dada la incertidumbre e inseguridad que conlleva la aplicación del art 71LC a las refinanciaciones, se suscita si pudieran considerarse incluídas en el art 10 de la ley del Mercado Hipotecario, que exige la concurrencia de fraude a efectos de rescisión.

4. Refinanciación y riesgo de complicidad concursal en conexión con la calificación culpable del concurso.

- En el eventual marco de calificación culpable del concurso, existe el riesgo de considerar a las entidades financieras que refinanciaron deuda como cómplices en el agravamiento de la insolvencia (art 166LC)al incrementar con dicha refinanciación la masa pasiva del concurso siendo preciso para ello probar la concurrencia en la entidad financiadora de dolo o culpa grave.

- Un eventual declaración de complicidad conllevaría: pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o de la masa, condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, así como la obligación de indemnizar daños y perjuicios.(art 172.2.3ºLC).

5. La calificación del crédito del financiador: ausencia del privilegio del “fresh money” y riesgo de subordinación

- El refinanciador ocupará en el concurso la posición que le corresponda, sin que se contemple en la ley española el llamado “privilegio del fresh money”, con los riesgos de que la originaria graduación de su crédito se vea alterada en la eventualidad de rescisión con apreciación por el juez de mala fé en la entidad que refinancia (art73.3LC)o en conexión con una eventual proximidad al deudor(art92.5ºLC .)

6. Alternativas a las refinanciaciones.

- Los riesgos enunciados están determinando una evolución en el mercado respecto de los medios alternativos al concurso, completándose y a veces sustituyéndose las refinanciaciones por operaciones de adquisición de activos, o daciones en pago que no obstante tampoco están exentas de riesgos en un eventual concurso.
- Entretanto se debata la conveniencia de introducir alguna reforma en la ley concursal que contemplara la posición de los acreedores profesionales en particular respecto de las refinanciaciones alcanzadas con anterioridad al concurso , hay que resaltar que los riesgos enunciados se soslayarían si se reconducen en la medida de lo posible las refinanciaciones al ámbito de la Propuesta anticipada de convenio, (arts 104 y ssLC) como convenio mixto de oferta negocial con tramitación concursal, que no obstante, en tanto en cuánto se insertan dentro del concurso ya declarado , actualizan las obligaciones de las entidades financieras en materia de dotaciones por insolvencia y recursos propios.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL MARCO DE COMPOSICIÓN AMISTOSA EXTRAJUDICIAL DE LAS CRISIS ECONÓMICAS.

En un marco de crisis económica como en el que nos encontramos los operadores en el tráfico muestran su preferencia por las soluciones amistosas extrajudiciales como vía para eludir los elevados costes económicos y temporales así como los efectos derivados de la declaración de un concurso de acreedores que inciden particularmente en los acreedores profesionales (entidades financieras), respecto de los que no se contemplan especialidades en la Ley Concursal 22/2003 (paralización de ejecuciones reales, subordinación crediticia, tratamiento del acreedor derivativo)

Por ello es frecuente en la práctica el recurso a mecanismos alternativos como cesiones de activo, daciones en pago, pero sobre todo refinanciaciones de deuda entre el deudor y sus acreedores profesionales.

En principio, nada hay que objetar a la licitud de las refinanciaciones de deuda del deudor con algunos de sus acreedores (acreedores profesionales) que, de un lado forman parte del objeto social de las entidades financieras y de otro, constituyen acuerdos extrajudiciales orientados a la superación de una situación de crisis económica. Su fundamento se situaría en el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Cc) sin condicionamientos legales en su contenido, conclusión o aceptación, más allá de los derivados de los genéricos límites a la voluntad (ley, moral, orden público, jugando en este ámbito las ideas de causa ilícita y torpe del art. 1275 Cc), toda vez que en la reforma concursal española, introducida en virtud de la Ley Concursal 22/2003 (en adelante LC) se optó por no regular, ni propiciar la vía amistosa de composición de la crisis económica, frente a modelos como el Norteamericano, Italiano o Francés.

Ello dota de máxima autonomía a la voluntad de las partes conllevando la posibilidad de eludir el concurso y ventajas económicas y jurídicas, pero a la vez conlleva la ausencia de “escudos protectores” de las refinanciaciones en la eventualidad en que finalmente se declare un concurso de acreedores en relación al tratamiento que recibirán en sede de declaración del concurso, rescisión, calificación, complicidad y posibilidad de consideración como administradora de hecho de la Banca interviniente en la refinanciación, siendo en cierta

medida distintos los riesgos que asumen los intervinientes en función del momento temporal en el que se plantee la refinanciación.

Pueden distinguirse en este sentido *refinanciaciones preventivas* en relación a deudas no exigibles pero de previsible incumplimiento (insolvencias inminentes) y *refinanciaciones de remoción de insolvencia* actual, pues aún cuando el art. 5 de la LC recoge el deber del deudor de solicitar el concurso en esta situación, sí con base en la refinanciación se remueve convencionalmente la insolvencia y sus manifestaciones externas, decaería no sólo la facultad de los acreedores de solicitar el concurso, sino también el deber del deudor de solicitarlo, al desaparecer la insolvencia en que se fundamenta dicho deber.

Expondremos a continuación las ventajas y los riesgos que, para los intervinientes, podrían derivar de una refinanciación si finalmente el concurso de acreedores es declarado, en ocasiones más teóricos que prácticos, pero no por ello inexistentes, sobre la base de la regulación contenida en la Ley Concursal 22/2003.

II. INCENTIVOS ECONÓMICOS DE LAS REFINANCIACIONES: PROVISIONES POR INSOLVENCIA Y RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

Las situaciones de insolvencia y declaración en concurso de un prestatario conllevan para las entidades financieras la aplicación de la rigurosa normativa del Banco de España que regula la obligación de dotar o incrementar las provisiones por insolvencia (CBE 4/2004) y el incremento de los requerimientos mínimos de recursos propios por riesgo de crédito (CBE 3/2008), incrementándose éstos notablemente cuando el prestatario es declarado en concurso de acreedores (provisión del 25% de la deuda viva) presentándose en este ámbito para las entidades financieras las refinanciaciones como vía para eludir o disminuir los efectos económicos que para ellas conlleva la crisis económica de uno de sus prestatarios.

Ello se manifiesta particularmente si la refinanciación se plantea en un momento anterior a que haya sido considerado dudoso por razón de la morosidad (refinanciaciones preventivas) en cuyo caso en función del calendario de recuperación podría clasificarse la refinanciación como una operación de crédito normal, siendo necesario, de otro modo, para interrumpir la morosidad y poder reclasificar la operación, si el crédito ya hubiese sido clasificado como moroso, que se cumplan los requisitos exigidos en la circular 4/2004. En este sentido, se

exige entre otras condiciones que “exista una certeza razonable de que el cliente puede hacer frente a su obligación de pago dentro del calendario previsto o se aporten nuevas garantías eficaces”, teniendo desde luego esta consideración la constitución de garantías reales. Ello explicaría que en la práctica las refinanciaciones se acompañen de la constitución de dichas garantías, que responderían por tanto no sólo a la eventual finalidad de “blindar” la posición de los acreedores profesionales, lo que sin embargo jurídicamente puede conllevar un importante riesgo de rescisión concursal ex art. 71 LC.

III. RIESGOS PARA LOS INTERVINIENTES EN UNA REFINANCIACIÓN EN UN EVENTUAL CONCURSO DE ACREEDORES.

1. En sede de declaración de concurso

Uno de los principales riesgos que conlleva toda refinanciación es que los acreedores no intervinientes en el acuerdo o disidentes frustren el acuerdo solicitando, la declaración del concurso a la vista de los incentivos positivos que ello conlleva (privilegio del acreedor instante (art.91.6ºLC) y consignación del importe vencido del crédito del solicitante, art. 19.2.LC). Este riesgo se minimiza si la refinanciación tiene carácter preventivo (insolvencia inminente) pues en este caso sólo el deudor está legitimado y no los acreedores para instar el concurso, constituyendo dicha solicitud una facultad y no un deber frente a lo que sucede en supuestos de insolvencia actual en los que dicha solicitud constituye un deber para el deudor (art. 5 LC) con las consecuencias que dicho incumplimiento conlleva en orden a la calificación culpable del concurso (art. 165.1ºLC).

No obstante y aún cuando ese riesgo es evidente en supuestos de insolvencia actual cuando ésta se manifiesta concurriendo alguno de los hechos del art. 2.4 LC que constituyen presupuestos de procedibilidad para los acreedores (numerus clausus), la jurisprudencia lo ha atenuado en ocasiones, protegiendo de la declaración del concurso a los acuerdos extrajudiciales en su misma fase de negociación (Auto de 25 de junio de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, Considerando 5ª, entendiéndose que no concurría el sobreseimiento general en los pagos del art. 2.4.1º LC si concurre un “proceso de negociación de la refinanciación de la deuda”).

2. Refinanciaciones y administración de hecho: planes de reestructuración y los “steering committee”

Es frecuente en la práctica que las refinanciaciones se planteen en el marco de amplios acuerdos extrajudiciales de solución a las crisis económicas entre el deudor y sus acreedores profesionales, que conllevan la revisión del plan de negocio y un amplio plan de reestructuración que permita asegurar la viabilidad de la actividad ordinaria del deudor lo que implica la adopción de medidas de reducción de la deuda mediante disposición de activos y refinanciación de toda o parte de la deuda. En este marco, también es frecuente que los acreedores profesionales acuerden constituirse en un Comité de Seguimiento (Steering Committee) cuyo objetivo fundamental sería discutir, definir y en su caso ejecutar una línea de actuación común de los acreedores que facilite los ajustes precisos para que el deudor pueda continuar su actividad (instrucciones sobre compras por los acreedores, líneas de crédito, revisión de las fuentes de financiación, créditos sindicados ...).

En este marco se corre el riesgo dada la “situación de dependencia” en que se encontraría el deudor frente a las entidades que hayan de acordar el plan de reestructuración y refinanciación de entender que dichas entidades se constituyen como administradores de hecho e incluso como administradores ocultos o indirectos (Shadow Director) en la medida en que se pueda entender admitida ésta figura en nuestro derecho.

Excedería de la presente nota el análisis de la virtualidad dogmática de este riesgo, que no obstante no constituye una cuestión teórica sino planteada en la práctica en diversos concursos de acreedores, dado que del éxito de esta imputación derivarían importantes efectos de completamiento de la masa activa del concurso, sin que hasta el momento haya prosperado con éxito ninguna pretensión en este sentido.

En efecto, el referido completamiento provendría de que en el marco del concurso de acreedores el “Administrador de hecho”, de un lado, es considerado “persona relacionada con el deudor” (art. 93.2.2º LC).

Ello afecta a los Administradores de derecho y de hecho y a quienes lo hubieran sido en los 2 años anteriores a la declaración del concurso, conllevando la subordinación crediticia (art.92.5º,93.2.2º LC) con sus consecuencias (postergación en el cobro, ausencia de derecho de voto del Convenio, extinción de garantías reales – art. 97.2LC-) así como la presunción

“iuris tantum” de que los actos dispositivos a título oneroso realizados por el deudor a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, lo han sido en perjuicio de la masa a efectos de rescisión concursal (art. 71.3.1º LC) no debiendo olvidarse que de estimarse concurrente mala fe en el acreedor el crédito de restitución tendría la consideración de crédito subordinado (art. 73.3LC).

De otro lado, el administrador de hecho puede ser considerado persona afectada por la sentencia de calificación pudiendo en ocasiones en que ésta se hubiese abierto en conexión con la liquidación y resultase insuficiente el activo, recaer sobre el Administrador de hecho actual o que lo hubiese sido en los 2 años anteriores a la declaración del concurso, la responsabilidad concursal por cobertura del déficit patrimonial regulada en el art. 172.3 LC sobre cuya naturaleza de responsabilidad por daño o indemnizatoria no existe un criterio jurisprudencial unitario hasta el momento.

3. Refinanciaciones y riesgo de rescisión concursal (art. 71 LC)

Este es el riesgo más importante con más posibilidades de actualización que derivaría de la declaración de un procedimiento concursal para las refinanciaciones de deuda entre el deudor y sus acreedores profesionales, dado que frente a lo que acontece en modelos como el Italiano no se contiene en el art 71 de la Ley 22/2003 una exención de estos acuerdos del ámbito de las rescisorias concursales. Por ello podría ser rescindido un acuerdo de refinanciación, realizado en los 2 años anteriores a la declaración del concurso (elemento temporal), en supuestos en que se considere que de ello derivó un perjuicio patrimonial (elemento objetivo) del que no se recoge un concepto legal, pero que la jurisprudencia y doctrina ha venido interpretando ampliamente como actos que perjudiquen no sólo a la masa activa conllevando una disminución patrimonial, sino también a la masa pasiva conculcando la par condicio creditorum (sentencia de la sección 15 de la Audiencia provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2006, Sentencia de 3 de diciembre de 2006 del juzgado de lo mercantil nº5 de Madrid...).

No operaría sin embargo, a efectos de la rescisión concursal el elemento subjetivo del fraude, ni la buena o mala fé , que sin embargo sí será relevante en orden a la clasificación como crédito subordinado o contra la masa del crédito de restitución derivado de la rescisión(art 73.3LC)

La Ley contiene una cláusula general de perjuicio (art. 71.1 LC) y presunciones iuris et de iure (art. 71.2 LC) de perjuicio y presunciones iuris tantum (art. 71.3 LC), corriendo el riesgo las refinanciaciones de poder quedar subsumidas en las siguientes presunciones:

- Si la refinanciación fue preventiva respecto de deuda aún no vencida podría suscitarse su inclusión en el art. 71.2 LC, que contiene una presunción “Iuris et de Iure” de perjuicio, respecto de “pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”.

En efecto, aún cuando es cierto que en estos supuestos el importe que sale en concepto de “pago” se sustituye por otro al menos equivalente y la segunda deuda puede contraerse en condiciones más ventajosas que la existente con anterioridad (p.e. a la vista de descensos futuros de tipos de interés o condiciones más ventajosas de financiación), no lo es menos que nos encontraríamos ante pagos anticipados que darían lugar formalmente a la extinción de obligaciones cuyo vencimiento sería posterior a la declaración del concurso, siendo éste el único elemento tomado en consideración para fundar la presunción “iuris et de iure” de perjuicio a la masa contenida en el art. 71.2 LC. No obstante, hay que decir que hasta el momento no se ha rescindido ninguna refinanciación sobre la base de esta presunción. (Vid una interpretación restrictiva de ésta presunción en relación a las refinanciaciones Pulgar Ezquerro “Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores :la ausencia de escudos protectores y el fraude del artículo 10 LMH” La ley, de 9 de junio de 2008).

- Si la refinanciación se acompañó de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, podría constituir una presunción de perjuicio a la masa sobre la base del art. 71.3.2ª LC, de carácter “Iuris Tantum”, que por tanto admite prueba en contrario, pudiendo el demandado probar el carácter no perjudicial para la masa del acto realizado. *La presunción del perjuicio no reside en la constitución de garantías reales en relación a nuevas obligaciones contraídas sino en relación a obligaciones preexistentes ya sean mantenidas mediante novación modificativa de las condiciones iniciales o de las obligaciones que se contraigan en sustitución de aquéllas, constituyendo esta preexistencia de la deuda el elemento esencial de la presunción.*

Ahora bien, de ello no puede inferirse automáticamente que toda refinanciación que se acompañe de garantías reales adicionales sería rescindible, pues si esa hubiera sido la intención del legislador la presunción de perjuicio respecto de estos actos habría tenido carácter “iuris et de iure” y no “iuris tantum” como se recoge en el art. 71.3.2º LC, admitiéndose por tanto prueba en contrario.

En la presunción del art. 71.3.2º LC se recogen dos supuestos distintos: de un lado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, que conectaría con la denominada superposición de garantías que constituiría en todo caso un acto gratuito, en el que el otorgamiento de la garantía se produciría sin contraprestación; de otro, se alude a un supuesto de *constitución de garantías reales a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes* (refinanciación vía novación extintiva), en virtud de las cuales el acreedor otorga un nuevo crédito con el que se paga uno anterior, a cambio de una garantía real.

Este supuesto en principio sería oneroso y podrá ser perjudicial para la masa activa no porque conlleve una disminución del activo sino porque puede conllevar una disminución en la cuota de satisfacción del acreedor ordinario al colocar la constitución de garantías al titular de éstas respecto de acreedores anteriores que no gozaban de ellas en posición privilegiada con ruptura de la “par condicio”. Son varias las cuestiones que pueden suscitarse, de un lado, respecto del momento en el que ha de valorarse, el perjuicio a la masa si cuando se realizó el acto (valoración ex ante) o en el momento en que tras la declaración del concurso se persigue la rescisión (valoración ex post) lo que puede determinar el ámbito de aplicación en la práctica de la presunción. En éste sentido, entiendo que dicha valoración habrá de efectuarse “ex ante”, en el momento en que se realizó el acto, pues declarado el concurso cualquier acto podría resultar perjudicial, pudiendo conducir ello a resultados paralelos a los derivados de la perturbadora retroacción de la quiebra.

De otro, se suscitan dudas en relación al objeto de la rescisión, no siendo unánime el criterio jurisprudencial sobre si los efectos de la rescisión recaerían sólo sobre la garantía real con subsistencia del contrato del que trae causa en cuyo caso éste pasaría de ser privilegiado por estar inicialmente garantizado con una garantía real a ser ordinario, cambiando así la resolución judicial la clasificación de un crédito no obstante el carácter definitivo de la lista de acreedores, o sobre el negocio del cual traería causa la garantía, con lo cual se rescindiría no sólo la garantía sino también el préstamo mismo, lo que incidiría en el contenido mismo de la

obligación de restitución que conlleva la rescisión (han optado por rescindir unitariamente el negocio causal y la garantía: SJMER nº 5 de Madrid de 21.3.2007; SJMER nº 1 de Madrid de 21 de marzo de 2007; ha rescindido sólo la garantía y no el negocio SJMER).

Se advierte hasta el momento jurisprudencialmente una tendencia a emplear un criterio riguroso en la prueba de la bondad del acto relativo a la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (SJM nº 2 de Barcelona de 25 de febrero de 2005; Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 29 de diciembre de 2005, SJM nº 2 de Barcelona de 18 de enero de 2006. Admite sin embargo la destrucción del perjuicio patrimonial derivado del art. 71.3.2º LC la SJM nº 1 de Valencia de 25 de noviembre de 2005 pero en relación a la constitución de hipoteca unilateral en período sospechoso en garantía de créditos públicos de la Administración Estatal de la Agencia Tributaria).

Pero probablemente la resolución judicial más rigurosa hasta el momento haya sido la Sentencia de 21 de mayo de 2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid porque al rescindir lo que constituía una mera superposición de garantías entendiéndose que ello era perjudicial para la masa, la resolución rescinde no sólo la garantía, sino el negocio del que trae causa ésta, esto es, el préstamo, acompañándose además la rescisión de la consideración por el Juez de que concurrió mala fe en la entidad financiera que constituyó las garantías en conexión con la refinanciación. Ello sobre la base del conocimiento que dicha entidad tenía de las dificultades económicas del deudor y de la proximidad del Concurso sustantivando el “blindaje” que el Banco consiguió con dicha garantía, frente al posible “balón de oxígeno” que dicha refinanciación presumiblemente conllevó.

La estimación de la concurrencia de mala fe incide no tanto en el efecto restitutorio derivado de toda rescisión sobre la base del art. 73.1 LC, que conlleva la condena a la restitución recíproca y simultánea de las prestaciones objeto del acto o negocio rescindido con sus frutos e intereses, lo que es independiente de la buena o mala fe, cuanto en la *mutación de la clasificación del crédito afectado por la rescisión*. En efecto, *si media buena fe el crédito de restitución será contra la masa, pero si hay mala fe será subordinado con las consecuencias vinculadas a la subordinación* (postergación en el cobro, extinción de garantías reales...) a lo que hay que añadir el riesgo de que el pronunciamiento sobre la mala fe en sede de rescisión pudiera vincular al Juez en relación a una eventual complicidad concursal (art. 166 LC) en sede de calificación culpable del concurso.

No obstante, el sometimiento de las refinanciaciones al ámbito de las acciones rescisorias, basadas en la idea de perjuicio a la masa ex art. 71 LC y la incertidumbre e inseguridad que ello conlleva, podría resultar cuestionado si las mencionadas refinanciaciones pudieran considerarse incluidas en el ámbito de aplicación del art. 10 de la Ley Hipotecaria de 25 de marzo de 1981, en la redacción dada la virtud de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia (en adelante LMH). En base a esta modificación, se sustituye en orden a la rescisión de las hipotecas constituidas por las entidades mencionadas en el art. 2 LMH la idea del perjuicio presente en el art. 71 LC por la idea del fraude en la constitución del gravamen, convirtiendo así en este ámbito lo que sería una acción rescisoria concursal en una acción Pauliana civil.

Son diversas las cuestiones que se suscitan en torno a esta reforma, pero probablemente la más relevante sea su aplicación a las refinanciaciones así como su operatividad práctica como alternativa a la ausencia en el modelo español de “escudos protectores” de las refinanciaciones en sede de rescisión, sin que hasta el momento haya habido ningún pronunciamiento jurisprudencial en éste sentido. (Vid Pulgar Ezquerro “Refinanciaciones de deuda: riesgos para los intervinientes...”op.cit..).

4. Refinanciación y riesgo de complicidad concursal en conexión con la calificación culpable del Concurso

En un eventual marco de calificación culpable del concurso (arts.163 a 175LC)que podría actualizarse ,entre otras causas, si el deudor al optar por la refinanciación incumplió su deber de solicitar el concurso (art 5 en conexión con el art 165.1ºLC) recaería sobre los financiadores el riesgo de ser declarados cómplices en el agravamiento de la insolvencia sobre la base del art. 166 LC que establece “se consideran cómplices las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor o si los tuviere con sus representantes legales y en caso de persona jurídica con sus administradores o liquidadores tanto de derecho como de hecho o con sus apoderados generales a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. La declaración de complicidad que deberá contenerse en la sentencia de calificación culpable del concurso (art. 172.2.1º LC) conllevará la pérdida de cualquier derecho que los declarados cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido

indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, convirtiéndose así la complicidad en un eficaz mecanismo de completamiento de la masa activa en supuestos en que ésta resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores. Se delimita así conceptualmente la complicidad concursal en la Ley Concursal 22/2003 de manera amplia sobre la base de la cláusula general ,acompañada de una serie de presunciones .

Ello permite fundar la complicidad en “cualquier acto” que hubiera determinado la calificación culpable del concurso, lo que abarcaría la cooperación en algunos de los hechos legalmente enumerados y constitutivos de presunciones “iuris et de iure” (art. 164.2 LC) o “iuris tantum” de concurso culpable (art. 165 LC), entre los que no parecen subsumibles las refinanciaciones, sino más bien, en la cláusula general de concurso culpable contenida en el art. 164.1 LC relativa a la realización de cualquier acto que contribuya a generar o agravar el estado de insolvencia con dolo o culpa grave.

En este sentido, la complicidad se podría fundar, en que la refinanciación enmascaró la insolvencia retrasando la declaración del concurso de acreedores y agravando la crisis económica, al aumentar en ocasiones las refinanciaciones la masa pasiva, aún cuando ello requerirá como elemento de imputación subjetiva la prueba de que concurrió en la entidad financiadora dolo o culpa grave en la realización del acto, con exclusión por tanto de la culpa o negligencia leve. La prueba de este elemento intencional subjetivo en el financiador resultará difícil pues un tema es que el hecho de refinanciar pueda haber causado objetivamente un perjuicio a la masa y otro distinto es probar que las entidades financieras refinanciaron buscando, con dolo o culpa grave, una posición privilegiada en un eventual concurso garantizando sus créditos en perjuicio de la colectividad de acreedores (vid sentencia de 28 de noviembre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid declarando, con arreglo a la normativa concursal contenida en el ya derogado C de C, cómplice en una quiebra fraudulenta a una entidad financiera sobre la base de los arts. 893.2º y 3º de C de C).

No obstante se recuerda en este lugar la incidencia que en la complicidad de una entidad financiera pudiera tener el pronunciamiento del Juez en sede de rescisión concursal sobre la concurrencia de mala fe en el financiador, al constituir garantías en conexión con las refinanciaciones realizadas en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art 73.1LC).

5. La calificación del crédito del financiador: ausencia del privilegio del “fresh Money” y riesgo de subordinación.

La ausencia de incentivos legales a la celebración de acuerdos amistosos extrajudiciales en general y en particular de refinanciaciones de deuda se extiende también a la clasificación de los créditos de que sean titulares sus financiadores en un eventual concurso posteriormente declarado. En este sentido, el financiador ocupará en el concurso la graduación que le corresponda, con los riesgos analizados de que esa graduación se vea alterada en la eventualidad de una rescisión concursal de la refinanciación con mala fe (art. 73.1 LC) en función del crédito de que sea titular, sin que disfrute de privilegio alguno por el hecho de la financiación de un acuerdo amistoso y no siendo un crédito prededucible. Ello contrasta con lo que acontece en el modelo francés, en el que se ha institucionalizado el denominado “privilegio de la Conciliation” en virtud del cual el crédito del financiador de un acuerdo amistoso de “Conciliation”, será prededucible en un eventual concurso siendo satisfecho por tanto con prioridad frente a otros créditos en el concurso (art. L 611-11 C de C Francés). (Privilegio de dinero fresco el “argent frais” francés que conecta con el concepto Norteamericano del “New Money”).

Pero eso no es todo, porque en el modelo Español, en ocasiones el financiador profesional en conexión con la refinanciación no sólo no va a recibir un trato privilegiado en un eventual concurso sino que incluso va a ver degradada su posición crediticia dentro del concurso en la medida en que dicho financiador esté relacionado con el deudor, lo que conecta de manera directa con el tema de la financiación o deuda intragrupo o interna. En efecto, en la Ley Concursal se subordina la deuda intragrupo (art. 92.5 LC en conexión con el art. 93.2.1º LC), esto es, la generada entre las participadas y otras sociedades del grupo en conexión con la operativa normal de los negocio de las participadas en las que es habitual que se realicen operaciones financieras entre distintas sociedades del grupo, que adquieren una especial operatividad en el marco de los acuerdos amistosos extrajudiciales y que cuando se plasman en entregas de dinero a través de contratos de préstamo ordinario o participativo (contratos de créditos, cuentas en participación, operaciones de garantía...) generan deuda interna o intragrupo (vid. Pulga Ezquerro, “La declaración del Concurso de Acreedores” Colección de Estudios Ramón y Cajal. Madrid).

IV. ALTERNATIVAS A LAS REFINANCIACIONES

Los riesgos enunciados con mayores o menores posibilidades reales de actualización pero derivados del tratamiento que en la Ley Concursal 22/2003 recibirían las refinanciaciones, están determinando una evolución en el mercado en relación a los medios alternativos al concurso que se emplean complementando y a veces sustituyéndose progresivamente de algún modo las refinanciaciones, con operaciones de adquisición de activos o daciones en pago, que no obstante hay que avanzar tampoco estarían exentas de riesgos en una eventual declaración de un concurso de acreedores.

Por ello probablemente, en tanto en cuanto se debata la posibilidad de introducir alguna reforma que proteja a los acreedores profesionales de los riesgos que para ellos conlleva la declaración de un concurso de acreedores, en particular respecto de las operaciones realizadas en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sería conveniente reconducir las refinanciaciones en la medida de lo posible al ámbito de la Propuesta Anticipada de Convenio (PAC) (arts.104 y ss LC) que representa un convenio mixto que conlleva ofertas negociales con tramitación concursal.

En este sentido, el deudor puede presentar con su misma solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y en ambos casos hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, y por tanto dentro de la fase común del concurso con el ahorro de costes temporales que ello conlleva, una propuesta de convenio de cuyo contenido podrían formar parte las refinanciaciones con acreedores profesionales, pudiendo superarse los límites de esperas contenidos en el art. 100.1 LC (no superiores a 5 años) en las condiciones del art. 104.2 LC que sólo exige autorización motivada del Juez y que a la propuesta acompaña un plan de viabilidad, frente a los requisitos generales que para la superación de dichos límites en un convenio con tramitación ordinaria se contemplan en el art. 100.1 LC (empresas con trascendencia para la economía e informe de la administración económica competente).

La propuesta que se presente al Juez habrá sido negociada extraconcurso con los acreedores en el estricto marco de autonomía de voluntad de las partes (art. 1255 Cc), condicionándose en la Ley la admisión a trámite de la propuesta a la presentación de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la 1/5 parte del pasivo presentado por el deudor, en este marco un acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores profesionales quedaría a cubierto de los riesgos enunciados.

No obstante, es ésta una solución al concurso poco empleada en la práctica hasta el momento, probablemente por la configuración de la propuesta anticipada de convenio como un “favor debitoris”, que solo puede proponer el “deudor bueno pero desafortunado” que no se encuentre incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 105 LC y la reticencia de los propios acreedores a prestar su adhesión a un convenio en fase común cuándo el administrador concursal todavía no ha presentado su informe.

Así mismo, es cierto que desde el punto de vista económico la PAC no conllevaría al plantearse dentro de un concurso, las analizadas ventajas en relación a las provisiones por insolvencia e incremento de recursos propios, pero no lo es menos que hasta que el Banco de España se puede plantear incentivar las PAC por la vía de “bonificar” su conclusión mediante la reducción de las provisiones por insolvencia, al menos elimina la inseguridad jurídica que conlleva el planteamiento de las refinanciaciones en una vía amistosa previa al concurso, ante la eventualidad de que éste finalmente se declare y puede actualizarse alguno de los riesgos enunciados.