

PULGAR EZQUERRA, Juana

PRECONCURSALIDAD y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. Adaptado a la ley 38/2011 Fr. 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, Ed. LA LEY grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012. 651 páginas.

Cuando en el reciente Congreso de Tucumán¹, la distinguida jurista española Juana Pulgar Ezquerro -Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y Directora desde 2003 de la prestigiosa revista de Derecho Concursal y Paraconcursal que edita la Editorial La Ley-, tuvo a bien dedicarme su recientísimo libro “PRECONCURSALIDAD Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN” –Madrid-, con el recuerdo de su maestro Rafael García Villaverde con quién me uniera un fuerte vínculo académico y de amistad, me sentí inmediatamente atraído por el título, congruente con mi prédica sobre la concursalidad societaria, conforme la aplicación de normas imperativas de la ley específica.

Claro que, al regresar a Córdoba y en la vorágine de un viaje al exterior y los trabajos sobre el proyecto de unificación de la legislación civil y mercantil -esta última en proceso de debate hoy en España- en un único Código Civil y Comercial, no pude ni revisar el índice.

Pero esta semana, al culminar una Jornada en esa dirección unificadora, en la madrugada desperté y se centraron mis neuronas en aquel título, desvelándome e imponiéndome su inmediata apertura, que culmina con estas pocas líneas de comentario, insatisfactorio siempre para los terceros, a los que sólo intentaré –como en un *thriller*- incentivarlos a leer la obra hasta el final.

Y obviamente desde su “PRESENTACIÓN” se abre un campo fascinante ante la crisis de empresas, individuales o societarias.

En efecto, la A. en esa “Presentación” alude a “los más frecuentes acuerdos extrajudiciales que el deudor puede alcanzar con sus acreedores (daciones en pago, capitalización de deuda, modificaciones estructurales, etc.), refiriendo luego las preocupaciones doctrinales y legislativas para “la protección de la negociación, conclusión y ejecución de los acuerdos de refinanciación”, con “la potenciación de la preconcursalidad a través de la técnica de escudos protectores de la negociación”, ... “con vistas a la protección y potenciación del mercado del crédito... “Y es que refinanciar preconcursalmente deuda a través de acuerdos entre el deudor y sus principales acreedores profesionales constituye una opción no sólo lícita, sino recomendable en tanto en cuanto abre la vía de un acuerdo pre concursal a la crisis económicas del deudor sin los costos económicos y temporales que conlleva la solicitud y declaración de un concurso de acreedores, permitiendo además a los jueces de lo mercantil descongestionar, su cargo de trabajo”.

Y así comenta los “escudos protectores” legislativos. Hace referencia a la normativa argentina del año 2002 sobre el APE, pero no a la regulación del año 1983 (arts. 125.1 y 125.2. a la que, no obstante, se cita descriptivamente como precedente pero sin entrar en su análisis al centrarse la autora en el Derecho comparado vigente.

Plantea la cuestión central señalando que “En definitiva, la idea esencial es que no se protege a estos acuerdos el fin de blindarles en cualquier situación y en atención a la naturaleza del acuerdo de refinanciación y a la participación en estos de acreedores profesionales, a modo de *ius singulare*, sino en tanto en cuanto el sacrificio que conllevan, que es frecuente, pues en ocasiones, incrementan la masa pasiva y refuerzan posiciones de unos acreedores frente a otros, mediante la constitución o ampliación de garantía, se compensa con el mantenimiento de la

¹ VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012.

actividad que pueden conllevar dichos acuerdos, conforme al plan de viabilidad que le acompañan”.

Así se pergeña el objetivo de “conservación de la empresa” a través de un “plan de viabilidad”, pues no se pueden basar en “planes de negocios irrealizables”.

Se centra al “riesgo rescisorio dentro de un eventual escenario concursal, para concluir con el estudio de la eventual responsabilidad de las entidades financieras “en el marco de una potencial concesión abusiva de crédito”, dentro del sistema “de acuerdos de refinanciación de carácter conservativo que permitan la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo, mediante potenciación de sus *escudos protectores* y, cuyo análisis constituye en gran medida el objeto de la presente monografía”.

Y de allí una recorrida ansiosa y vertiginosa por sus seis partes.

La primera destinada a “La prevención de las crisis económicas, acuerdos extrajudiciales y refinanciaciones de deudas”, donde apunta en esa prevención a “fines y costes del concurso de acreedores”, poniendo el foco en las diversas modalidades de acuerdos amistosos extrajudiciales frente a los convenios judiciales concursales, y el riesgo de los acreedores que acordaron extrajudicialmente frente a un eventual concurso. Repasa los sistemas en Francia, Bélgica, Gran Bretaña, Argentina, Italia, Portugal, U.S.A. donde remarca la inexistencia de un deber de solicitud de concurso”. Concluye con el modelo español ante la insolvencia inminente y su reforma, con la apreciación de la respuesta italiana a la misma problemática.

Una recorrida fascinante, que no recala en los sistemas preconcursales societarios internos dado que la obra “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación” que se comenta no constituye un libro sobre la prevención de las crisis societarias, tema del que la autora ya se ocupó en “El concurso de sociedades en el Derecho europeo” monografía colectiva 1/2004 asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal que edita La Ley, sino sobre un momento en que la crisis económica del deudor ya se ha manifestado, analizándose las soluciones amistosas que las partes pueden alcanzar para la “composición de la crisis económica” en el marco de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 Cc.

La parte segunda se refiere a “Aspectos económicos de las refinanciaciones de deuda”, con particular visión de los acreedores profesionales, que no se interesan ni por los acreedores comerciales ni institucionales –que sin duda resulta beneficiados por la continuidad normal del giro que se alcanzaría-. Es particularmente interesante los mecanismos de reestructuración que la A. exhibe, incluyendo acuerdos de “fresh money”, y los “covenants” que se introducen por parte de esos acreedores, que asumen el riesgo, en torno a los actos de las sociedades deudoras, como en acuerdos entre los acreedores y negocios de reorganización de la sociedad deudora.

La tercera parte se centra en “Los acuerdos preconcursales de refinanciación en derecho español”, conforme a la ley 38/2011 de reforma concursal, que permiten actuar tanto ante la insolvencia inminente –generada por diversas razones- como frente a situación de insolvencia actual, para removerla, aunque la Exposición de motivos se refiere a “dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia”, considerando la A. que inclusive podrían adoptarse cuando no existiere aquella inminencia, aunque en la realidad los mismos se dan frente a la insolvencia actual. Se apunta que los acuerdos pueden ser asumidos tanto por deudores personas humanas como jurídicas. Cierra con la publicidad, la eficacia y protección legal en caso de posterior concurso.

La cuarta parte, que se inicia reiterando que son “los acuerdos de refinanciación preconcursales de carácter conservativo, pues ello constituye *conditio sine qua non* de la protección”. Por ello, se exige una mayoría de conformidad de acreedores que representen “tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación”, descartando

la A. la interpretación de una doble mayoría, y a su vez basando la exigencia en que “menores serán los riesgos de manipulación oportunista del contenido del acuerdo en aras de unos intereses particulares y mayor posibilidad de que el acuerdo realmente asegure la viabilidad del plan y la continuidad de la actividad del deudor”, que luego base en la presencia de un “experto independiente”, y la protección legal o “escudo de protección” para los acreedores intervinientes.

Repara en la posibilidad de negociación del acuerdo y solicitud de concurso, y la protección de aquél frente al escenario concursal, los privilegios del “fresh money” y sus debilidades en el modelo español, y la proyección de la continuidad de la actividad en el marco concursal. Finaliza el apartado –entre otros muchísimos aspectos- con referencia al mercado de deuda, o sea a la cesión de un acreedor de su crédito a un tercero como incentivo a la financiación pre y post concursal, apuntando que la ley concursal 22/2003 desincentivaba a ese mercado “persiguiéndose, preventivamente, poner *coto* en la práctica a determinados negocios jurídicos cuya causa generaba, cuanto menos, *suspicias*, particularmente si se tomaban en consideración las prácticas realizadas en este ámbito”, con la prohibición de voto del convenio. La ley 38/2011 “sin transformar el procedimiento concursal en un mercado de compra y venta de créditos ha incentivado notablemente este mercado por la vía de la modificación del art. 122.1.2. LC y la supresión de la privación del derecho de voto”. El nuevo artículo establece que no tendrá derecho de voto del convenio “los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal, como consecuencia de una realización forzosa o por una entidad sometida a supervisión financiera”.

Un escudo protector fundamental es la extensión de los efectos de la espera a entidades financieras acreedores disidentes o no participantes “cuyos créditos no estén dotados de garantía real”. Los detalles y alcances de esos escudos imponen la lectura del ilustrado tratado.

La quinta parte enfrenta “Las refinanciaciones no comprendidas en el ámbito de los *escudos protectores*: refinanciaciones atípicas”, abordando la rescisión del acuerdo, por “perjuicio o sacrificio patrimonial justificado” para el análisis de cada situación frente al concurso posterior a la refinanciación, donde las situaciones son abordadas desde situaciones “*iures et de iure*” –como pagos anticipados- e “*iuris tantum*” enfrentando el daño o perjuicio patrimonial justificante de la rescisión. Se plantea una casuística legal y doctrinal, incluso el fraude en la constitución de hipotecas.

La última parte –sexta- atiende “La responsabilidad de las entidades financieras en el marco de los procesos de refinanciación” con la situación de las entidades financieras frente a la crisis económica de sus deudores, y ausencias de normativas legales en España para determinar la configuración de la “concesión abusiva de crédito”, en comparación a la regulación italiana y francesa. Apunta a la calificación concursal de complicidad en la generación o agravamiento de la insolvencia, y particularmente en la posición que pone a esas entidades como “administradoras de hecho” conforme los *convenants* –ya referidos- y otras formas de control de gestión o asesoramiento de reestructuración, que pese a la labor y control desplegada sobre los actos de la deudora, no debería comprometer a la entidad financiera como administradora de hecho.

Cierra el libro con la relación de la Bibliografía, elemento integrador para los investigadores.

Un libro imperdible, con novedades legislativas del derecho español y del derecho comparado, con análisis clínico exhaustivo sobre un tema que hoy ocupa a la “agenda” de los concursualistas: la preconcursalidad extrajudicial –o con baja intervención judicial-, por sus menores costos económicos y procedimentales, ante la crisis de la empresa, particularmente de la

organizada societariamente. Preconcurso a la que se trata de dotar de todas las ventajas previstas para el deudor en los procedimientos judiciales preventivo.

Como anticipé, me permito aconsejar su lectura tanto a los catedráticos y docentes, como a los estudiosos y a los profesionales de las ciencias económicas y jurídicas que asisten a empresarios para dilucidar como enfrentar las crisis de sus emprendimientos, desde que se avizoran e incluso cuando se encuentran instaladas generando la insolvencia y comprometiendo la “conservación de la empresa”. Leer cada apartado implica aprehender toda la riqueza de las capacidades de la A., su calidad doctrinaria y su experiencia de campo, para encontrar las respuestas a cada incógnita de cada problema, incluso para su aplicación en países cuya legislación no es abordada en este libro, pues la problemática es universal y así está enfrentada.

Entendido siempre que la base de cualquier acuerdo es un “plan de viabilidad” de la empresa en cuestión, y en no desatender –en el caso de sociedades- las normas imperativas de la legislación societaria, atendiendo a las responsabilidades ex ante de administradores y socios, para no incurrir en responsabilidades ex post de garantía, tema tratado por la Catedrática en el referido trabajo y en nuestro país en el ensayo “Las pérdidas societarias calificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores”².

Las calidades académicas y profesionales de la distinguida discípula del fallecido Catedrático Dr. Rafael García Villaverde, hoy toda una “maestra” quedan de resalto en esta obra, cuyo contenido ha enriquecido mi conocimiento y apreciaciones sobre la crisis empresaria, y que debo agradecer públicamente.

Efraín Hugo RICHARD

Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina) noviembre de 2012.

² En libro colectivo *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas*, Directores José M. Embid Irujo – Daniel Roque Vítolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe –República Argentina- 2005, pág.29.