

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

AJFV

SEPTIEMBRE 2017. N° 3

COMERCIO



Dirección y coordinación: Natalia Velilla Antolín

Maquetación : Secretaría AJFV

ÍNDICE

1.- La calificación de los créditos concedidos tras la capitalización de deuda

Tomás Ugalde

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao

2.- Comentario a la sentencia de la AP Madrid, Sec. 28ª, de 21 De Abril: Legitimación Activa Para El Ejercicio De Acciones En Contratos De Financiación Sindicada

Oriol Espar Bohera

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

1.- LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCEDIDOS TRAS LA CAPITALIZACIÓN DE DEUDA

TOMÁS UGALDE
Abogado

Voces: Ley Concursal, capitalización de créditos, subordinación de créditos, personas especialmente relacionadas.

El artículo 93.2.2° de la Ley Concursal prevé que los acreedores que hayan capitalizado la totalidad o parte de sus créditos en el marco de un acuerdo de refinanciación, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal no sean calificados como personas especialmente relacionadas con el deudor por los créditos ostentados frente al referido deudor como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio. Es necesario no detenerse en una interpretación literal del precepto, y precisar que ciertos créditos concedidos con posterioridad a la refinanciación también deberían quedar al amparo de la protección de dicho artículo.

COMENTARIO

1.- Contenido de la norma vigente.

La reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (**LC**) operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, introdujo en la LC la primera referencia a la calificación de los créditos de aquéllos acreedores que hubiesen capitalizado todo o parte de los mismos en el marco de un acuerdo de refinanciación que cumpliera los requisitos del artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta de la LC.

Posteriormente, el artículo 1.3.2. del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, en vigor desde el día 1 de marzo de 2015, modificó el apartado 2.2° del artículo 93 de la LC.

El segundo párrafo del apartado 2.2° del artículo 93 LC establece en su versión vigente que *“Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado **en virtud de dicho acuerdo o convenio**. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.”* (subrayado y negrita añadidos).

En operaciones de refinanciación o reestructuración de deuda financiera, es común a todas ellas acordar mecanismos de aplazamiento de la exigibilidad de los importes adeudados. Estos mecanismos esencialmente se instrumenten a través de esperas, recalendarizaciones o prestamizaciones de importes adeudados. También es habitual que el deudor presente una serie de activos no estratégicos para su venta, con la finalidad de destinar el producto de la enajenación a satisfacer obligaciones de pago frente a sus acreedores.

La capitalización de todo o –más habitualmente- una parte de los créditos de ciertos acreedores se presenta también como una alternativa al repago de una parte de la deuda financiera que se considere como menos *performing* o, dicho de otro modo, con una recuperabilidad más baja o nula. Como consecuencia de la capitalización, las entidades acreedoras pasan a tener una participación en el capital social del deudor y devienen socios de éste, pudiendo incluso tener acceso a su órgano de administración por la participación ostentada. Cabe igualmente

resaltar que es habitual que con anterioridad a dicha capitalización las entidades acreedoras no sean socios del deudor ni participen de ningún modo en su gestión.

Desde el 1 de marzo de 2015, el artículo 93.2.2° LC establece que no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor, a efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o un convenio concursal; aquéllos acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento, precisamente, de dicho acuerdo o convenio.

2.- Alcance del artículo 93.2.2° LC.

Esta medida, a priori garantista de aquéllos acreedores que capitalicen todo o parte de los créditos otorgados a sus respectivos deudores, encuentra un límite en su propia redacción, cuyo literal no abarca los créditos concedidos por los acreedores con posterioridad a la formalización del acuerdo de refinanciación en cuestión.

El tiempo ha demostrado que la práctica totalidad de los deudores que se han acogido a medidas de reestructuración temprana han solicitado financiación con posterioridad a la firma del respectivo acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o convenio concursal, sin plantear acudir a un nuevo proceso de refinanciación. La financiación solicitada tiene diversas finalidades (e.g. financiar nuevas –pero necesarias- inversiones, financiar contingencias sobrevenidas, financiación de salarios o costes estructurales en caso de empresas que, aún refinanciadas, atraviesan dificultades financieras, etc.).

El problema surge cuando las entidades de crédito financiadoras (habitualmente, las que más financiación comprometida tienen en el *pool* o conjunto de entidades financiadoras de cada deudor en cuestión) analizan que calificación, en caso de concurso, tendrían los nuevos créditos a conceder en virtud de dicha financiación, posterior a la concedida –o refinanciada- mediante el acuerdo de financiación, acuerdo extrajudicial de pagos o convenio concursal que preveía la capitalización de todo o parte de sus créditos.

La protección del artículo 93.2.2° de la LC no alcanza, en su literalidad, a los créditos concedidos con posterioridad a la firma del acuerdo o convenio de

refinanciación, y es posible que los acreedores cuyos créditos han sido anteriormente capitalizados, en todo o en parte, hayan adquirido el estatus de persona especialmente relacionada con el deudor (por la participación directa o indirecta ostentada sobre éste o por pertenecer a su órgano de administración), cuestión que tampoco facilita el análisis desde una perspectiva de la concesión de nuevos riesgos al deudor refinanciado.

Estos créditos, nuevos ingresos de tesorería, se conceden en un momento de especial tensión y dificultad financiera para el deudor, al que la refinanciación no le ha permitido liberarse de la necesidad de solicitar nuevas facilidades crediticias a sus entidades financiadoras de referencia o que más peso tienen en el conjunto de acreedores (que son las que, por otra parte, habitualmente están en mayor disposición de facilitar este tipo de financiaciones).

Es por ello que el art. 93.2.2° LC también debería proteger los créditos concedidos con posterioridad por los acreedores que hayan capitalizado todo o parte de sus créditos en una refinanciación previa. Los créditos concedidos con posterioridad suponen dinero nuevo para el deudor, que le permite continuar su actividad y acometer nuevas y necesarias inversiones, financiar contingencias sobrevenidas en proyectos esenciales para el desarrollo de su objeto social o atender costes estructurales (en ocasiones, pago de salarios) que se antojan vitales para la viabilidad de la empresa; y en estos casos la calificación de dichos créditos debería estar protegida por el art. 92.2.2° LC.

Cuestión que se refuerza cuando dichos créditos son precisamente otorgados por los nuevos –y no los históricos- socios del deudor, que son aquéllos que no han sido partícipes en la gestión hasta llegar a la situación de preinsolvencia, han capitalizado sus créditos en todo o parte en una refinanciación anterior, y que otorgan dichos créditos en condiciones de mercado y no más abusivas para el deudor.

También debería quedar protegida la nueva financiación que estuviese contemplada como financiación futura en el propio acuerdo o convenio que instrumente la refinanciación, o en el plan de viabilidad o informe que al efecto se acompañe a la respectiva documentación financiera de la refinanciación, dado que esta financiación no deja de ser financiación concedida al amparo del acuerdo de

refinanciación en cuestión (en línea con la dicción literal del precepto legal comentado).

Lo contrario conllevaría que los comités de riesgo y los órganos de decisión de los acreedores se planteen no conceder la totalidad del importe que resulte necesario para la continuidad de la actividad del deudor, o que directamente opten por la denegación de la operación en cuestión, con lo que ello conllevaría en un momento de especial delicadeza financiera del deudor anteriormente refinanciado.

Por otra parte, es innegable que ha de establecerse un límite a la protección pretendida, cuando dicha nueva financiación no fuese necesaria para la continuidad de la viabilidad del deudor, se concediese en términos abusivos y no de mercado, o no se pretendiese salvar la situación financiera del deudor sino generar beneficios desproporcionados de los acreedores financiadores (en términos de comisiones o intereses estratosféricos) frente al resto de acreedores del deudor.

3.- Conclusiones.

La dicción literal vigente del apartado 2.2° del artículo 93 LC viene a ofrecer seguridad jurídica en cuanto a la calificación de los créditos que ostenten los acreedores que hayan capitalizado –directa o indirectamente, total o parcialmente– sus créditos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en relación con los créditos ostentados al amparo de la refinanciación en cuestión.

No obstante, y dado que es común en la práctica que los deudores que se hayan acogido a medidas de reestructuración temprana soliciten ulteriores financiaciones tras la firma de la refinanciación en cuestión, se hace necesario extender (no de forma absoluta) la protección del apartado 2.2° del artículo 93 LC a las facilidades crediticias concedidas por dichos acreedores con posterioridad al correspondiente acuerdo de refinanciación. Ello facilitaría que los deudores puedan obtener financiación que les permita afrontar las eventuales tensiones de tesorería tras la firma de su respectiva refinanciación y garantizar su viabilidad, sin que ello ponga en peligro el estatus jurídico de las entidades financiadoras que conceden dicha financiación en un momento de especial tensión financiera para el deudor.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

CARRASCO PERERA, A. *Acuerdos nuevos «extravagantes» al acuerdo preconcursal homologado de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal: el «halo del acuerdo»*. Análisis GA&P, abril 2016.

GALLEGO CÓRCOLES, A. *La capitalización de créditos (debt-equity swap) desde una perspectiva concursal y preconcursal*. Revista de derecho concursal y paraconcursal, número 24, primer semestre de 2016, Ed. La Ley.

A large, stylized, light gray watermark logo consisting of the letters 'AJFV' in a bold, sans-serif font. The letters are slightly overlapping and have a modern, geometric feel.

**2.- COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AP DE MADRID, SEC.
28ª, DE 21 DE ABRIL: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL
EJERCICIO DE ACCIONES EN CONTRATOS DE FINANCIACIÓN
SINDICADA**

ORIOLO ESPAR BOHERA

Abogado

[Roj: SAP M 6167/2017 - ECLI: ES:APM:2017:6167](#)

VOCES: Financiaciones sindicadas, legitimación activa, litisconsorcio activo necesario, pacto contractual sobre ejercicio de acciones, ejercicio conjunto y separado de acciones.

Esta Sentencia recuerda la importancia de los pactos sobre el ejercicio de acciones que suelen incorporarse a los contratos de financiación sindicada, en virtud de los cuales, entre otras circunstancias, se establecen mayorías, se encomienda al agente la representación de las entidades que conforman el sindicato bancario o se reserva, para los casos estipulados y en las condiciones que se pacten, del ejercicio individual de determinadas acciones.

COMENTARIO

1. La Sentencia.

El litigio se inicia por medio de una acción concursal entablada por una parte de los bancos que conformaban dos sindicatos bancarios que habían concedido sendos créditos a la entidad concursada, Aucosta, para financiar el proyecto de construcción de una Autopista en el Levante español, en la modalidad de *Project Finance*.

Como suele ser habitual, la financiación se concedió con un paquete de garantías, entre las cuales se hallaban derechos reales de prenda sobre todas las cuentas bancarias vinculadas al proyecto (las de ingresos y pagos, las de reserva para el servicio de la deuda, las de avales, las de indemnizaciones, etc.), las cuales se designan de antemano en los documentos de la financiación, y suelen abrirse en la entidad agente (en este caso, UniCaja).

El pleito surgió porque Aucosta, la acreditada y después concursada, había abierto una cuenta en la entidad Deutsche Bank (ajena al sindicato), a la que había transferido diversos importes de la cuenta de ingresos y pagos y la de avales. La demanda exigía la restitución de todas las cantidades ingresadas en cuentas distintas de las pactadas en los contratos de financiación del proyecto, en especial las de la cuenta del Deutsche Bank, cuyo cierre se exigía.

Entre las entidades que no entablaban la acción figuraba UniCaja, Agente del sindicato bancario (por los motivos que sean, o bien toleraba la citada transferencia o no había interés del agente y algunos otros bancos en judicializar la cuestión).

A partir de estos hechos, la Audiencia Provincial confirma la Sentencia de primera instancia, que desestimaba la demanda de las entidades bancarias negándoles la legitimación a las demandantes por considerar que dicha legitimación está atribuida contractualmente a la entidad agente, esto es, a la entidad UniCaja, la cual no promovía la demanda.

La Sentencia llega a la citada conclusión tras un breve pero interesante análisis (F.J. 2º) de las cláusulas contractuales que se resume a continuación:

1. Los contratos establecen el carácter mancomunado de los derechos “salvo que otra cosa esté expresamente convenida” en el mismo.
2. Asimismo, los contratos permiten que "cualquiera de las Entidades Acreditantes podrá llevar a cabo (...) actos de naturaleza extrajudicial conducentes a la conservación y defensa de sus propios derechos y de los de las demás Entidades Acreditantes” pero que “no obstante, cada Entidad Acreditante podrá ejercitar por vía judicial sólo sus propios derechos en los

términos de la Cláusula vigesimoprimera” (referida al vencimiento anticipado).

3. El vencimiento anticipado total del contrato requiere acuerdo de mayoría cualificada. Una vez adoptado, las entidades pueden ejercitar la acción de vencimiento parcial del contrato sólo en dos casos:
 - o cuando, tras la declaración de vencimiento total, el acreditado no procede a la reintegración y la entidad agente no ejercita la acción en el plazo contractualmente establecido o
 - o cuando, concurriendo causa de vencimiento anticipado, la mayoría del sindicato no adopta el acuerdo de dar por vencido anticipadamente el contrato en su totalidad.
4. No resultan de aplicación “las estipulaciones que encomiendan exclusivamente a la entidad agente la ejecución judicial o extrajudicial de las garantías” dado que no se trata de ninguna acción ejecutiva aunque ésta constituya la finalidad última de la demanda (a modo de *obiter dicta*).
5. Está contemplada plenamente la facultad de las entidades acreditantes de "ejercitar conjuntamente con la Entidad Agente y en el mismo procedimiento todas las acciones y reclamaciones que según este contrato corresponden a las Entidades Acreditantes", distintas de la del vencimiento anticipado parcial, pero impone a su vez el deber de ejercitarlas de forma conjunta con la entidad agente, que en este caso es necesaria para trabar adecuadamente el litisconsorcio activo. Además, remarca que las entidades que interponen la demanda no se limitan a ejercer la parte mancomunada de los derechos sino que solicitan la restitución íntegra de las cantidades transferidas.

El Tribunal termina negando la legitimación activa a las entidades que interponen la demanda conforme a la citada doctrina que, aunque poco vista en temas de financiación sindicada, no es nueva. En líneas generales, baste recordar, entre otras, en la STS núm 1366/2007, de 28 de diciembre (Roj: STS 8704/2007 - ECLI: ES:TS:2007:8704) que recuerda que no existe como tal un "necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa *ad causam* o una legitimación incompleta de la misma

naturaleza", en este caso desde el prisma de los contratos de financiación sindicada.

En suma, esta interesante Sentencia nos recuerda la importancia del juego de las cláusulas que regulan las relaciones entre las entidades bancarias por mor de las cuales el Agente suele tener un papel que deviene fundamental en el momento de iniciar acciones judiciales, como sucede en el caso comentado.

The logo consists of the letters 'AJFV' in a bold, stylized, sans-serif font. The letters are grey and have a slight 3D effect with shadows. The 'A' and 'V' have a diagonal cut through them, and the 'J' and 'F' are solid.