

Calificación de los créditos concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación conforme al RD Ley 4/2014

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

EL RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, tiene como objetivo declarado (vid. su Exposición de Motivos) facilitar el saneamiento financiero de las empresas en situación de crisis económica. A estos efectos se han dictado un conjunto de normas de diferente alcance y significado. En estas Notas nos ocuparemos de las relativas al tratamiento que se reserva para los créditos concedidos en el marco de los acuerdos de refinanciación previstos en la Ley Concursal (LC) y para los acreedores que los suscriban.

1. El régimen anteriormente vigente en cuanto al "fresh money".

El artículo 84.2.11º LC, en su redacción vigente hasta la entrada en vigor del RDL 4/2014, calificaba como créditos contra la masa, pero limitadamente al cincuenta por ciento de su importe, los créditos derivados de nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación en las condiciones previstas en el antiguo art. 71.6 LC. Además precisaba que esta consideración no se aplicaba cuando los ingresos de tesorería hubiesen sido realizados por el propio deudor (¿cómo podría aplicarse dado que el concursado difícilmente puede ser acreedor –concursal o de la masa- de sí mismo?) o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad (la referencia al aumento de capital resulta igualmente desconcertante puesto que de estas operaciones no surgen créditos para la persona que se convierte en socio o, en su caso, incrementa su participación en la compañía). En estos casos, en efecto, los créditos se clasificaban como subordinados en virtud del art. 92.5º LC.

Lo anterior se completaba con lo dispuesto en el art. 91.6º LC, según el cual serían créditos con privilegio general los derivados de nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (aunque la Ley no lo especificaba, debía entenderse que no gozarían de privilegio los créditos que, aun suponiendo nuevos ingresos de tesorería, fueran concedidos por personas especialmente relacionadas con el deudor).

Este régimen había sido criticado por algunas voces por entender que no incentivaba suficientemente la concesión de nueva financiación ("fresh money") en los supuestos de dificultades financieras de empresas viables. De un lado porque la atribución de un privilegio general –de sexto grado- por el 50 por 100 del importe del crédito no supone de ordinario una gran ventaja si se llega al concurso. Y, de otro, porque suponía mantener la clasificación de créditos subordinados para los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor (que en muchos casos constituyen la fuente natural –y a veces única- de recursos financieros en situaciones de dificultades económicas).

2. El régimen previsto para los dos próximos años: el reforzamiento temporal del tratamiento favorable del "dinero nuevo"

Precisamente el nuevo régimen pretende salir al paso de las críticas referidas al final del apartado precedente. Y lo hace con una técnica ciertamente peculiar puesto que altera la situación descrita pero solamente de manera temporal. En efecto, la Disposición Adicional 2ª del RDL 4/2014 establece que, durante los dos años siguientes a su entrada en vigor, no será de aplicación el contenido de los arts. 84.2.11º y 91.6º LC antes mencionados. En realidad, la norma no puede entenderse literalmente: estos preceptos seguirán siendo de aplicación durante los dos próximos años para todos los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en acuerdos de refinanciación suscritos con anterioridad al 9 de marzo de 2014.

Sea como fuere, durante dicho período de dos años los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería que hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor del RDL 4/2014 en las condiciones del nuevo artículo 71 bis o de la nueva disposición adicional 4ª LC tendrán, *por su total importe*, la consideración de créditos contra la masa. Obsérvese que tendrán esta consideración de crédito contra la masa incluso los concedidos por el propio deudor (¿?) y también los concedidos por personas especialmente relacionadas con el concursado. El RDL contempla como excepción a esta última regla el caso de que los ingresos de tesorería se hayan realizado a través de una operación de aumento de capital, precisión de inteligencia difícil por la razón expuesta previamente.

La Disposición Adicional 2ª del RDL 4/2014 dispone también que los intereses devengados por los créditos que se acaban de indicar serán subordinados (art. 92.3º LC). Norma que supone un empeoramiento con respecto a la que sería la situación si no se hubiera dictado, porque a falta de regla especial los intereses de un crédito contra la masa habrían de considerarse también créditos contra la masa. De esta manera se consigue que el llamado "privilegio del dinero nuevo" sólo afecte al principal aportado (al "nuevo ingreso de tesorería").

Finalmente, la misma Disposición Adicional 2ª establece –manteniendo para este período de

dos años el criterio ya seguido en la redacción actual del art. 84.2.11º LC- que, en caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio concursal para financiar el plan de viabilidad tendrán igualmente la consideración de créditos contra la masa.

Es importante destacar que, una vez transcurrido un plazo de dos años a partir de la fecha de su concesión (debe entenderse a partir de su nacimiento), los créditos a los que nos venimos refiriendo serán créditos contra la masa en los términos del art. 84.2.11º LC. Regla ciertamente enigmática que, en su tenor, parece implicar que, una vez pasados dos años, el 50 por 100 de los créditos derivados de los nuevos ingresos de tesorería que no hayan sido satisfechos se incluirán en la lista de acreedores como créditos con privilegio general y que aquellos que fueran titularidad de personas especialmente relacionadas con el deudor serán clasificados como subordinados (produciéndose así un cambio en la consideración concursal de los créditos). Las consecuencias (posiblemente inaceptables) de esta inteligencia del precepto aconsejan reducir su ámbito de aplicación y entenderlo referido al caso de que no se hubiera declarado efectivamente el concurso en el plazo de dos años desde el surgimiento del crédito (de tal forma que si un tal procedimiento se hubiese ya iniciado en ese tiempo los créditos en cuestión no verían después alterada su consideración concursal). Nada se dice en la norma en relación con los intereses, lo que genera incertidumbres sobre el tratamiento que les corresponde.

Tampoco es clara la interpretación que en relación con el asunto que tratamos haya de darse a la Disposición Transitoria Única del RDL 4/2014. Según esta disposición los acuerdos de refinanciación que a la entrada en vigor de la nueva disciplina se estuvieran negociando al amparo del antiguo art. 71.6 LC quedarán sometidos al régimen previo si el deudor ya hubiera solicitado la designación de experto independiente. Lo cual, seguido al pie de la letra, podría llevar a considerar que no sería en estos casos de aplicación la Disposición Adicional 2ª y que, por tanto, se aplicarían el art. 84.2.11º y 91.6º LC aun cuando el acuerdo de refinanciación se hubiera suscrito finalmente después de tal entrada en vigor. Sin embargo esta interpretación debe descartarse para entender que la disposición transitoria sólo pretende hacer referencia a lo exigibilidad de los requisitos que

han de cumplir los acuerdos de refinanciación (y, en particular, a lo relativo al nombramiento de experto independiente). De tal forma que si ya se hubiera requerido el nombramiento de experto independiente cuando entró en vigor el RDL 4/2014 será de aplicación el régimen anteriormente contenido en los antiguos arts. 71.6 y 71 bis LC. Salvo que las partes opten en el propio acuerdo de refinanciación por someterse al régimen del actual art 71 bis.1 LC (precisión esta última cuya expresión positiva confirma la interpretación propuesta en torno al alcance de la disposición transitoria única).

3. El régimen aplicable una vez transcurridos dos años desde la entrada en vigor del RDL 4/2014

Transcurrido el plazo de dos años previsto en la disposición adicional 2ª volverán a recobrar su vigencia los arts. 84.2.11º y 91.6º LC y, por tanto, el régimen expuesto brevemente *supra sub (1)*. La reforma antes comentada se muestra, así, como meramente coyuntural (y no estructural).

En todo caso, conviene apuntar que si bien el primero de los dos preceptos citados ha sido modificado por el RDL 4/2014 (de modo que ahora hace referencia a los arts. 71 bis y a la Disp. Adicional 4ª LC), no se ha hecho lo mismo con el segundo, que sigue mencionando el art. 71.6 LC. Ello no tiene ninguna consecuencia en la medida en que es evidente que la remisión habrá de entenderse hecha, cuando transcurra el referido plazo de dos años, al nuevo art. 71 bis y a la nueva Disposición Adicional 4ª.

4. Los créditos de los acreedores que hayan capitalizado todo o parte de sus créditos

El RDL 4/2014 reserva un tratamiento específico para los acreedores que hubieran capitalizado todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el art. 71 bis o con la Disposición Adicional 4ª LC. *Este nuevo régimen es aplicable a partir de la entrada en vigor del referido RDL y su vigencia no está sometida a plazo.*

El problema que se trata de resolver es el que se venía planteando por la posible consideración como persona especialmente relacionada con el deudor de aquellos acreedores que, en el marco de un acuerdo de refinanciación,

hubieran capitalizado sus créditos (a través de un aumento de capital por compensación de créditos). En efecto, al convertirse en socios podría resultar de aplicación la regla del art. 93.2.1º LC, lo que desincentivaría la concesión de ulteriores facilidades financieras en el marco de dicho acuerdo (no habría problema, en cambio, con los créditos anteriores a la adquisición de la participación social, puesto que con respecto a ellos no jugaría la subordinación al no ser todavía sus titulares socios en el momento de su nacimiento).

Pues bien, lo que se ha hecho es incluir un nuevo párrafo al art. 92.5º LC, según el cual: *“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, 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”.*

De esta forma se solventa el inconveniente antes comentado y se asegura a los acreedores que hayan capitalizado sus créditos como consecuencia de un acuerdo de refinanciación (sólo a estos acreedores) que los créditos ulteriores que concedan en el marco del mismo acuerdo (sólo estos créditos) no quedarán después subordinados por considerárseles personas especialmente relacionadas con el concursado.

Ahora bien, convendrá formular alguna precisión complementaria en cuanto al alcance de la nueva norma: (i) Dado que uno de los objetivos de la reforma es propiciar estas operaciones de conversión de deuda en capital como medio de saneamiento financiero no debería haber obstáculo para aplicar la regla aun cuando el acreedor que haya capitalizado su deuda fuera ya desde antes un socio con una participación relevante en el sentido del art. 93.2.1º LC (aunque ello, naturalmente, sí tendrá relevancia en cuanto a la clasificación de los créditos anteriores al acuerdo de refinanciación que no hubiesen sido capitalizados); (ii) La dicción legal parece abarcar a otros sujetos que pudieran igualmente ser personas especialmente relacionadas con el concursado, como las sociedades del grupo y los administradores (de hecho o de derecho), liquidadores o apoderados generales.

Esto es: no sólo se excluyen de la subordinación los créditos de refinanciación concedidos por los acreedores que, como consecuencia de la capitalización de sus créditos, alcanzaran la condición de personas especialmente relacionadas, sino también los de otros sujetos que, habiendo también procedido a capitalizar, podrían ver sus créditos subordinados por otras circunstancias, con independencia de que no hubieran alcanzado con la conversión de pasivo en capital una participación relevante.

5. La (pretendida) delimitación del concepto de administrador de hecho

Uno de los “riesgos” que han tenido que soportar los eventuales “refinanciadores” ha sido el de ser calificados como administradores de hecho en la medida en que el acuerdo de refinanciación suele incluir cláusulas o pactos que, en diferentes medidas, permiten a estos acreedores “supervisar” (o incluso “influir” en) la actuación del deudor.

Esta calificación como administrador de hecho comporta diversas consecuencias y una de ellas es su consideración como persona especialmente relacionada con el deudor (después concursado), lo que lleva consigo la subordinación de todos los créditos de los que sea titular el sujeto en cuestión.

Naturalmente, la posibilidad de que esto suceda puede en ocasiones desincentivar la participación de determinados acreedores en acuerdos de refinanciación. Pues bien, para disminuir el riesgo descrito se ha incluido un nuevo inciso en el art. 93.2.2º LC, de acuerdo con el cual: *“Salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad”*.

Desde el punto de vista técnico la nueva regla resulta altamente discutible puesto que parece

partir (sin duda equivocadamente) de la existencia de una suerte de presunción que resultaría necesario destruir (cuando evidentemente no es así; uno de los pocos puntos claros en torno a la figura del administrador de hecho es que corresponde a aquel que alega su existencia el dar cumplida prueba de ella). Obsérvese que la norma comentada establece que, si no hay prueba de lo contrario, un acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación no será considerado administrador de hecho en razón de la existencia de determinadas obligaciones asumidas por el deudor en el marco del plan de viabilidad empresarial (como si, en ausencia de prueba, pudiera ser considerado este acreedor administrador de hecho; y como si los demás acreedores no firmantes del acuerdo pudieran serlo en esas condiciones de falta de prueba). Y, al mismo tiempo, se deduce de la norma que cuando hay prueba de que un sujeto es administrador de hecho... será efectivamente considerado administrador de hecho! Por tanto, lo único que parece deducirse razonablemente de la nueva regla es que la mera asunción por el deudor de ciertas obligaciones en el marco de un plano de viabilidad no puede ser considerada, por sí misma y sin entrar en otras consideraciones, como evidencia de la presencia de un administrador de hecho. Lo cual, por otra parte, ya era sí antes.

De esta forma se incluye una norma sustancialmente inútil (porque el resultado sería el mismo si faltara) pero que suscita algunos problemas. Entre ellos que deja el campo abierto para lecturas tergiversadoras (mediante la utilización de la siempre peligrosa técnica de la interpretación *a contrario*) que terminen por concluir que cuando existan acuerdos de refinanciación que no cumplan con los requisitos del art. 71 bis o de la disposición adicional cuarta de la LC los acreedores que los suscriban serán presuntos administradores de hecho. En todo caso, y como la norma carece, según se ha visto, de contenido normativo innovador, resulta irrelevante preguntarse si sólo se dicta a efectos de la clasificación de créditos o también a los de la calificación del concurso.