

REINTEGRACIÓN CONCURSAL, SUBORDINACIÓN Y PRÉSTAMO IRRESPONSABLE

Julia Mas-Guindal

Abogada

Profesora de Derecho Mercantil

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

EXTRACTO

El presente artículo trata de analizar en profundidad qué ocurre cuando una entidad financiera, mediante una concesión de crédito irresponsable, agrava el estado de insolvencia de un deudor que eventualmente es declarado en concurso.

A diferencia de otros países de nuestro entorno, en España no se ha configurado ni legal ni jurisprudencialmente un régimen de responsabilidad por concesión abusiva de crédito.

En el presente trabajo se estudia esta problemática y su posible encaje en el régimen de la responsabilidad civil por daños, así como en el de la responsabilidad concursal. Asimismo, se estudia la procedencia de la acción rescisoria concursal, que trata de devolver a la masa lo que indebidamente salió de ella. Por último, se pone de manifiesto la importancia que deben cobrar los mecanismos de evaluación de la solvencia para la efectiva configuración de un régimen de responsabilidad por préstamo irresponsable.

Palabras claves: reintegración, subordinación, préstamo irresponsable y responsabilidad concursal.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

CLAW-BACK, SUBORDINATION AND IRRESPONSIBLE LENDING

Julia Mas-Guindal

ABSTRACT

In this paper we review what occurs when irresponsible lending practices impact the financial condition of a debtor that eventually is declared bankrupt.

Unlike other neighbouring countries, Spain has not foreseen a liability regime for reckless lending neither in statute law nor in case law.

The present article explores this issue and its possible fitting in the civil liability regime or in the insolvency liability regime. Additionally, it is analysed the adequacy of the diverse claw-back mechanism provided in the Spanish Bankruptcy Law. Last, we highlight the importance of the solvency tests for an appropriate liability regime.

Keywords: claw-back, subordination, irresponsible lending and liability.

Sumario

1. Introducción
2. Los efectos del préstamo irresponsable
 - 2.1. Efectos en el patrimonio del deudor común y en el de sus acreedores
 - 2.2. Efectos en relación con los acreedores financieros
3. La responsabilidad por préstamo irresponsable en el ámbito de la responsabilidad por daños
4. Reintegración concursal y perjuicio en la concesión abusiva de crédito
 - 4.1. La reintegración concursal de los préstamos concedidos «irresponsablemente»
 - 4.2. Reintegración concursal y acuerdos de refinanciación
 - 4.3. Propuesta *de lege ferenda* en sede rescisoria
5. Responsabilidad concursal y préstamo irresponsable
 - 5.1. Los efectos del concurso culpable y la valoración de la conducta de la entidad financiera
 - 5.2. La responsabilidad concursal de las entidades financieras en materia de refinanciación
 - 5.3. La posible calificación como «administrador de hecho» en el caso particular de las refinanciaciones
6. La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor
7. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

Ocurre con cierta frecuencia que, con anterioridad a la situación de insolvencia, es habitual que el deudor que atraviese serias dificultades económicas busque desesperadamente la obtención de crédito, su ampliación o el mantenimiento del mismo para poder seguir atendiendo sus obligaciones con vencimiento a corto plazo.

La restricción en el acceso al crédito en este tipo de situaciones supone privar al deudor de una ayuda económica que le sería muy provechosa para el pago de sus deudas inmediatas. Sin embargo, conviene caer en la cuenta de que la excesiva concesión de crédito en este delicado periodo sin que la entidad financiera lleve a cabo un correcto juicio sobre la solvencia de su deudor puede tener efectos perniciosos, no solo para el prestamista, sino también para sus acreedores, así como para el conjunto de la economía.

No es inusual la existencia de casos en los que, en el marco de operaciones de refinanciación, se ha producido un incremento considerable del pasivo del deudor reforzando las entidades financieras sus garantías sobre los activos de este, en detrimento del resto de los acreedores.

Este tipo de operaciones pueden provocar el retraso en la declaración del concurso del deudor común, así como la creación de una apariencia ficticia de solvencia en el tráfico, con todo lo que ello conlleva para los terceros que contratan con el deudor en este periodo.

Es sobradamente conocida la especial protección que la Ley Concursal (LC) otorga al sector financiero en distintos momentos del procedimiento y a través de diversas normas, materia que no ha estado exenta de crítica. Este régimen privilegiado encuentra su justificación en el particular impacto que tiene la frustración de un derecho de crédito del que es titular una entidad financiera –acreedor profesional–, cuyo capital de explotación es ajeno –dinero de los depositantes–¹.

El particular rol del sistema financiero en la economía motiva un tratamiento especial de las entidades que lo componen, dirigido a aportar seguridad jurídica al sistema para que el crédito pueda fluir en un marco de confianza.

Aun cuando podría sostenerse que el carácter «ajeno» del capital de explotación de las entidades financieras justifica un régimen privilegiado en lo relativo a la protección de sus derechos de crédito en el concurso, ello no debe ser obstáculo para que, bajo determinadas circunstancias,

¹ PULGAR EZQUERRA, J.: «La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español», VV. AA., en Pulgar y Vargas, *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*, Madrid, 2009.

podiera llegar a hallarse responsabilidad de la entidad por concesión abusiva de crédito². El objeto de esta responsabilidad en el que centraremos nuestro trabajo será la concesión de una financiación que situó al deudor en unas condiciones particularmente lesivas desde el punto de vista de su continuidad y que provocó en buena medida el presupuesto de la posterior declaración de concurso³.

A diferencia de otros países de nuestro entorno⁴ en España no se ha configurado ni legal⁵, ni jurisprudencialmente⁶ un régimen de responsabilidad por concesión abusiva de crédito, con la inseguridad jurídica que ello conlleva.

La ausencia de regulación española en este ámbito induce a pensar que un supuesto de préstamo irresponsable por parte de una entidad financiera sería únicamente reconducible en el marco de la responsabilidad por daño, ya fuera contractual (art. 1.911 CC) o extracontractual (art. 1.902 CC).

Sin embargo, y pese a los cambios introducidos por la reciente reforma de la Ley Concursal realizada por el *Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* (en adelante, el Real Decreto-Ley 4/2014 o RDL 4/2014), parece que también podría encuadrarse la responsabilidad de la entidad financiera en el ámbito de la responsabilidad concursal. Para que ello fuera posible, sería necesario que se reunieran los elementos probatorios necesarios para acreditar la calificación de la entidad como administrador de hecho⁷ o cómplice en la generación o en el agravamiento del estado de insolvencia del deudor⁸.

En sede rescisoria no hay que olvidar los mecanismos que el artículo 71 de la LC y siguientes arbitran para reintegrar a la masa lo que indebidamente salió de ella en el caso de que se estimara que la financiación supuso un perjuicio, aunque, como es sabido, será difícil en la práctica

² Este concepto puede tener varias acepciones: conceder crédito sin una adecuada evaluación de la solvencia, o también la concesión de crédito en con abuso de posición, violando las normas de información precontractual, o bien, agravando la insolvencia del deudor. Esta última acepción será la que se utilizará a lo largo del presente trabajo.

³ Noción acuñada con acierto por el profesor SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Refinanciaciones de Deuda y responsabilidad de la banca», ponencia en la jornada *Refinanciaciones de Deuda y Concurso de Acreedores: Balance y Perspectivas de Regulación*, intervención en la mesa redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010.

⁴ En Italia, se ha configurado un marco jurisprudencial en el que se determinan los elementos de la responsabilidad por concesión abusiva de crédito. En el caso de Francia, este marco es legal.

⁵ Para el estudio del modelo francés sobre *soutien abusif*, vid. *Loi de sauvegarde* de 26 de julio de 2005 y el artículo L-650.1 *Code du Commerce*, BASTOS, BOUTÉ y CARTON: «Clarification du régime de responsabilité pour soutien financier abusif», *CMS*, París, 2013; BONNEAU: «Chronique de droit bancaire», *Banque et Droit*, 154, 2014.

⁶ Conviene consultar, para el modelo italiano sobre *concessione abusiva di credito*, FERRI, G.: *Manuale di diritto commerciale*, Turín, 1988; GAGGERO: *La Responsabilità della banca, Digesto*, Turín, 1998, y CARE, R.: «La responsabilità della banca per abusiva concessione del credito», *Diritto Bancario*, Milán, 2013.

⁷ El RDL 4/2014 ha modificado el artículo 93 de la LC para aclarar que no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hubieren suscrito una refinanciación del artículo 71 bis o de la disposición adicional cuarta, por las obligaciones asumidas por el deudor en el plan de viabilidad, salvo prueba en contrario.

⁸ Vid. artículo 172.2. 1.º de la LC.

que esta acción tenga éxito cuando el objeto de la impugnación sean los acuerdos de refinanciación tipificados en el nuevo artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta salvo que se demuestre que el acuerdo en cuestión no reunía ciertos requisitos.

En otro orden de cosas, no es cuestión baladí la incidencia que la obligación de evaluación de la solvencia del deudor por parte de la entidad crediticia podría tener en este ámbito, en particular en aquellos casos en los que, a juzgar por los *test de solvencia* practicados por la entidad, fuera previsible deducir que el deudor no tenía capacidad de reembolso en el momento en el que se suscribió la operación de financiación y aun así, esta se celebró, aconteciendo poco después una declaración de insolvencia por parte del prestatario. La evaluación de la solvencia del cliente bancario tendrá distinto alcance en el ámbito de los contratos de préstamo con consumidores –donde se trata de valorar la capacidad del potencial cliente de restituir el préstamo– que en el ámbito empresarial, –donde se tendrá en cuenta, además de capacidad patrimonial del cliente, el destino de los fondos, la viabilidad del negocio o proyecto en el que se invierte, etc.–.

Una vez dibujado el panorama actual, resulta indudable la necesidad de configurar un régimen efectivo de responsabilidad por concesión abusiva de crédito, y una vez definido el supuesto objetivo, establecer apropiadamente un régimen sancionador. En el trabajo que nos ocupa nos disponemos a analizar el encaje de esta responsabilidad con la actual normativa civil, societaria y concursal, así como a realizar una serie de propuestas *de lege ferenda*.

2. LOS EFECTOS DEL PRÉSTAMO IRRESPONSABLE

2.1. EFECTOS EN EL PATRIMONIO DEL DEUDOR COMÚN Y EN EL DE SUS ACREEDORES

Parece un hecho constatado que tanto la negativa a la hora de conceder o mantener un crédito, como su concesión indiscriminada pueden tener efectos perniciosos para el prestatario que se encuentra en una situación patrimonial delicada y, por ende, para el conjunto de sus acreedores.

El perjuicio que un préstamo irresponsable provoca para el conjunto de los acreedores es indudable, tanto si contrataron con el deudor antes como si lo hicieron después de que tuviera lugar la concesión de financiación. Los que contrataron con anterioridad verán mermadas las expectativas económicas de satisfacción de sus créditos, ya que la operación habrá supuesto un incremento del pasivo considerable. Por otro lado, aquellos que contrataron con el deudor después de que fuera concedida la financiación podrán alegar que lo hicieron sobre la base de una apariencia ficticia de solvencia, y que de haber sabido su verdadero estado patrimonial, muy probablemente no lo hubieran hecho.

La concesión de un crédito de elevada cuantía, su mantenimiento o la ampliación del mismo lleva aparejada con frecuencia la constitución de garantías –en ocasiones, desproporcionadas– que tratan de avalar la recuperación de lo prestado por la entidad financiera. Es la asunción de

este tipo de compromisos económicos sumamente onerosos por parte de un deudor, que ya se encuentra en una situación delicada lo que, en la mayoría de las ocasiones supone la causa última de la declaración del concurso por no ser capaz de cumplir sus obligaciones⁹. En puridad, la constitución de garantías sobre el patrimonio de un deudor implica una aminoración del valor de sus activos (e. g. un inmueble hipotecado pierde valor frente al mismo libre de gravamen, igual que unas acciones pignoradas frente a las mismas acciones sin esa carga).

A lo expuesto habrá que añadir que la operación de financiación probablemente suponga un retraso en la declaración del concurso, motivo por el cual esta se producirá en unas condiciones aún más gravosas de las que hubiera tenido y con un mayor deterioro de sus activos que si se hubiera presentado en el momento en el que se concedió la financiación.

2.2. EFECTOS EN RELACIÓN CON LOS ACREEDORES FINANCIEROS

Pese a que es evidente el fuerte impacto que una financiación concedida irresponsablemente tiene en el patrimonio del deudor y en los terceros que contratan con este en el tráfico, resulta necesario destacar lo diferentes que son las consecuencias para la entidad o entidades que fueron parte en la financiación en caso de que el cliente finalmente sea declarado en concurso. Como veremos, en sede concursal, el acreedor financiero ostenta una posición privilegiada respecto al resto de los acreedores que insinúan su crédito y que tiene su justificación en el hecho de que el banco es acreedor profesional.

A pesar de ostentar un régimen privilegiado en sede concursal, no hay que olvidar que en ningún caso interesa al prestamista la declaración en concurso de su prestatario. Desde una perspectiva contable, la entrada en concurso de uno de los prestatarios de una entidad financiera supone obligación de dotar o incrementar sus provisiones por insolvencia en aplicación de la rigurosa normativa del Banco de España¹⁰. Por otro lado, la declaración de concurso conlleva un incremento importante de sus requerimientos de recursos propios¹¹. Además, la declaración de concurso puede paralizar durante un año la ejecución de sus garantías reales si recaen sobre bienes necesarios para la actividad empresarial del deudor (ex. art. 56 LC). Es por ello, entre otras razones, que la financiación es incentivada de varias maneras en nuestro ordenamiento.

En efecto, al acreedor profesional le protege de manera efectiva no solo la exención del ámbito de la rescisoria concursal ya introducida en derecho español en virtud del RDL 3/2009 y mantenida en las sucesivas reformas de la Ley Concursal, sino también, y sobre todo la certeza y

⁹ RUBIO VICENTE, P. J.: «Concesión abusiva de crédito y concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, Madrid, 2008.

¹⁰ *Vid.* Circular del Banco de España (CBE) 4/2004 sobre normas de información financiera Pública y Reservada y Estados Financieros.

¹¹ *Vid.* Circular del Banco de España (CBE) 3/2008 de sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

seguridad de que en un eventual concurso podrá recuperar su crédito prestado en el momento de su vencimiento, sin necesidad de engrosar la lista de acreedores integrados en la masa pasiva, lo que solo y exclusivamente se consigue por la vía de la prededucción del *fresh money*¹².

Por último, otra cuestión que configura el régimen privilegiado del acreedor financiero en el concurso es que con frecuencia sus créditos suelen estar avalados con garantía real, lo que supone un privilegio especial en el orden de cobro (art. 90.1 LC).

Comparto la procedencia del régimen privilegiado del sector financiero en la Ley Concursal, pero considero que en el ámbito de la concesión abusiva de crédito el juez del concurso debería poder evaluar y, en su caso, penalizar la conducta del acreedor profesional si tras el análisis del caso concreto determina que la operación de financiación resultó lesiva para el deudor, y que ello era previsible. A modo de propuesta *de lege ferenda*, sería conveniente acoger la doctrina de la *Equitable Subordination*¹³ en nuestro ordenamiento¹⁴. Esta institución propia de los países del *common law* ya ha sido adoptada, aunque con ciertos matices, en otros países europeos, entre otros, Italia¹⁵ y Alemania¹⁶.

La doctrina de la *Equitable Subordination* permite al juez del concurso evaluar la conducta seguida por el acreedor profesional y subordinar total o parcialmente su crédito si este acreedor pretendió obtener una ventaja respecto al resto de los acreedores. La finalidad es evitar que haya acreedores que obtengan una ventaja inmerecida en el cobro respecto al resto de los acreedores que concurren al concurso.

Normalmente, la subordinación total o parcial del crédito del acreedor cuya conducta fue reprochable supone que este cobra una menor parte de su crédito que la que hubiera obtenido de otro modo. Sin embargo, esta institución no tiene naturaleza punitiva sino reparadora y trata de minimizar el efecto que el intento de alterar el orden de prelación de créditos de modo injusto tiene sobre el resto de los acreedores.

¹² PULGAR EZQUERRA, J.: «La financiación de empresas en crisis», *Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil, Eprints complutense*, Madrid, marzo 2012.

¹³ BEBCHUCK y FRIED: «The uneasy case for the priority of the secured claims in bankruptcy», *Yale Law Journal* 105, 1996, MURRAY, J.: «Equitable subordination in bankruptcy: An analysis of *In re Yellowstone*», *American Bar Association*, 2010.

¹⁴ Los principios de esta doctrina han sido definidos y desarrollados gracias al *Case Law*, siendo algunos de los casos más relevantes en Estados Unidos *In re Mobile Steel Co*, *In re Yellowstone Mountain Club, LLC*, o *In re 80 Nassau Associates*.

¹⁵ TANTINI, G.: «I versamenti dei soci alla società», en Colombo, G.E. y Portale, G. B., *Trattato delle Società per Azioni*, Turín, 2004, págs. 743-800; PARRELA L.: *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milán, 2000.

¹⁶ HOMMELHOFF, P.: «Grundstrukturen im Recht des Eigenkapitalersatzes», en Von Gerkan, H. y Hommelhoff, P., *Handbuch des Kapitalersatzes*, Colonia, 2012, págs. 1-17.

3. LA RESPONSABILIDAD POR PRÉSTAMO IRRESPONSABLE EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

La noción de «préstamo responsable» ha sido tratada en nuestro país principalmente en relación con la prevención del sobreendeudamiento del consumidor¹⁷ a raíz de la incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva 2008/48/CE¹⁸. Esta figura no ha sido objeto de la atención que hubiera sido deseable, existiendo ciertas lagunas legislativas al respecto, principalmente en el ámbito de la insolvencia empresarial. Por este motivo, en la actualidad, para abordar el régimen aplicable a la responsabilidad por concesión abusiva de crédito tendríamos que acudir, en primer lugar, a la responsabilidad por daños¹⁹.

La primera dicotomía a resolver sería determinar si nos hallamos en el campo contractual o extracontractual, diferenciándose principalmente en nuestro Derecho ambas categorías por el origen del daño, el grado de culpabilidad exigible y los plazos de prescripción aplicables²⁰.

En una primera aproximación, parece que podría plantearse una responsabilidad contractual en lo relativo al daño producido por culpa o negligencia al deudor común en el marco contractual de la operación de financiación suscrita entre la entidad financiera y este²¹ —ya se tratara de persona física o persona jurídica—.

Sin embargo, si lo que se quiere abordar es el daño que se produce al conjunto de los acreedores como consecuencia del sobreendeudamiento del deudor, la constitución de garantías desproporcionadas, la falsa apariencia de solvencia y el retraso en la declaración del concurso, parece claro que habría que inclinarse por una concepción de la responsabilidad por préstamo irresponsable dentro de la figura de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del CC²².

¹⁷ Vid. CUENA CASAS, M.: «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», cit. págs. 161 y sigs.; «Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios», *El Notario del siglo XXI*, Madrid, 2014: <http://www.elnotario.es/index.php/86-secciones/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>.

¹⁸ DÍAZ RUÍZ, E.: «Crédito bancario responsable», *Actualidad Uría Menéndez*, Madrid, 2011; GÓMEZ LOZANO, M. M.: «La directiva 2008/48 del Parlamento europeo y del consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y prevención del sobreendeudamiento de los consumidores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9/2008, págs. 465 y ss.

¹⁹ Vid. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. M.: *Derecho de daños*, Madrid, 1999.

²⁰ REGLERO CAMPOS, L. F.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2002; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.

²¹ En este ámbito también habría que evaluar la conducta seguida por el deudor común que consintió en obligarse, suscribiendo la financiación. En función de cómo fuese su comportamiento, la información que se le facilitara, el grado de diligencia, etc. es posible que se determinara su culpabilidad y tuviera que responder por su parte frente al resto de sus acreedores.

²² En el modelo italiano, la jurisprudencia ha encuadrado mayoritariamente la responsabilidad por préstamo no responsable en el marco de la responsabilidad extracontractual. Vid. CASS 25 de septiembre de 2003, núm. 14.234, Corte de App. Milán, 11 de mayo de 2004.

Se echa en falta una configuración normativa apropiada del régimen de responsabilidad en este campo así como la concreción de determinados aspectos. En este sentido, parece que el modelo francés ha delimitado de forma rigurosa los supuestos en los que sería apreciable responsabilidad de las entidades financieras, estableciendo que únicamente acaecería en caso de fraude, injerencia evidente en la gestión del deudor y obtención de garantías excesivas como contrapartida de la refinanciación²³.

Una de las cuestiones relevantes a efectos de determinar la existencia de responsabilidad sería cómo de grave debe ser el daño causado en el patrimonio del deudor común, si sería suficiente un menoscabo patrimonial, o si sería necesario que generara una declaración de insolvencia, cumpliéndose para ello el presupuesto objetivo del concurso.

Otro elemento clave que en la actualidad se halla en una especie de «limbo jurídico» sería el «frente a quién» tendría que responder la entidad financiera, ¿frente al deudor?, ¿frente a los acreedores perjudicados individualmente considerados?, ¿frente a la masa pasiva del concurso en caso de haberse declarado? Resulta tremendamente complejo responder con rigor a estas cuestiones en ausencia de una tipificación normativa de la noción de «concesión abusiva de crédito» y del régimen de responsabilidad que debe ir aparejado a la misma.

A esto habría que sumarle la dificultad en la acreditación del elemento intencional de la entidad financiera, y si conocía la situación de insolvencia o pre-insolvencia del deudor, ya se trate de persona física o jurídica. Será relevante a efectos de sancionar a la entidad bancaria el hecho de si esta tenía conocimiento del grave estado patrimonial del deudor, que ya se hallaba en estado de insolvencia real o inminente en el momento que se suscribió la financiación. También revestirá importancia si, en su posición, la entidad «debió conocer» la crisis del deudor a la hora de realizar la valoración sobre su capacidad de reembolso, así como de su evolución económica, comportamiento íntimamente relacionado con su diligencia profesional.

En el régimen italiano se establece que solo incurriría en responsabilidad la entidad crediticia en el caso de que la empresa financiada fuera ya insolvente cuando el crédito se concedió, siempre y cuando la entidad tuviera conocimiento efectivo de ese estado de crisis²⁴.

En el caso de tratarse el cliente de una persona jurídica, el análisis de la información contable y el cálculo de determinados ratios de solvencia pueden evidenciar la situación patrimonial real ante la entidad crediticia, y en caso de que llegaran a apreciarse ciertas tensiones de tesorería en su balance, la entidad debería ser capaz de valorar con atino la gravedad de las mismas y si su carácter es pasajero o irreversible. Sin embargo, parece más arriesgado el juicio sobre la viabilidad²⁵ y considero que habrá que tener en cuenta el componente incierto siempre presente en la evolución de un negocio.

²³ Vid. L 650.1 *Code du Commerce*.

²⁴ GAGGERO: *La Responsabilità della banca, Digesto*, Turín, 1998, págs. 230 y sigs. y CASS 25 de septiembre de 2003, núm. 14.234, Corte de App. Milán, 11 de mayo de 2004, y CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «Refinanciación de deuda y concesión abusiva de crédito en el derecho italiano», *RDP*, núm. 13, Madrid, 2010.

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ, A.: «Las soluciones preconcursales», en Fernández; Rodríguez y Sebastián (dirs.), *La Ley Concurusal y su aplicación*, Madrid, 2009, pág. 62.

Como veremos, esta incertidumbre sin duda dificulta la apariencia de la entidad financiera como responsable por concesión abusiva de crédito, ya fuera en sede de responsabilidad clásica por daños o en la de responsabilidad concursal.

En conclusión, una financiación irregularmente practicada deberá referirse a aquellos casos en los que la insolvencia del deudor era definitiva o irreversible y en ningún caso a aquellos escenarios donde, aunque se apreciaban ciertas dificultades económicas, era razonable suponer, con la información disponible en el momento de la concesión, la superación de la crisis económica.

En este sentido, el reproche a la conducta de la entidad financiera debe existir si en el momento en que se concedió la financiación existían datos objetivos que acreditaban o aportaban sólidos indicios de que el cliente estaba abocado al concurso, ya fuera por falta de solvencia patrimonial, ya fuera por falta de viabilidad. Dicho de otro modo, si el daño causado era, de algún modo, previsible.

No obstante lo anterior, es perfectamente factible que un deudor devenga insolvente poco después de habersele concedido crédito pese a que la evaluación de la solvencia por parte de la entidad financiera fuera correcta y ajustada a los principios que deben regir la actividad bancaria. Nadie puede dudar que hay ciertas situaciones sobrevenidas que nadie puede prever²⁶, y por ello entiendo y comparto la exoneración de responsabilidad de la entidad crediticia si la financiación se produjo conforme a acreditados criterios de razonabilidad sobre la recuperación y viabilidad del deudor. Todo ello unido a la mención –obvia– de que el negocio bancario reside en financiar, y que las partes podrán pactar dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, siendo absolutamente lícito que una entidad conceda financiación a un deudor en dificultades.

No hay que olvidar que lo relevante en este campo no es determinar si la entidad financió a un deudor en dificultades, sino si como consecuencia de esa financiación el estado del deudor fue seriamente perjudicado, con el correspondiente menoscabo de los derechos de crédito del conjunto de los acreedores, y este daño pudo haberse evitado si se hubiera realizado un juicio de previsibilidad razonable.

Por último, hallamos dificultad en la acreditación de un nexo causal directo entre el comportamiento de la entidad y la insolvencia del deudor así como la cuantificación de la magnitud del daño. En este último punto relativo a la extensión del daño resarcible, según la doctrina acreditada en la materia, quien actúa con dolo responde de todas las consecuencias dañosas de su acción²⁷, el que obra con pura negligencia solo de aquellas consecuencias que eran previsibles²⁸.

²⁶ En el caso del deudor persona física, mencionaríamos el paro, la enfermedad o una crisis matrimonial; en el caso del deudor persona jurídica, por ejemplo, el incendio de una nave industrial, una huelga prologada, la formalización de una patente por parte de un competidor, la publicación de una noticia con un alto coste reputacional para la empresa, etc.

²⁷ Apunta PULGAR EZQUERRA, J. que este elemento del dolo será especialmente difícil de probar el ámbito de la financiación sindicada.

²⁸ Vid. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. M.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Madrid, 1996.

4. REINTEGRACIÓN CONCURSAL Y PERJUICIO EN LA CONCESIÓN ABUSIVA DE CRÉDITO

4.1. LA REINTEGRACIÓN CONCURSAL DE LOS PRÉSTAMOS CONCEDIDOS «IRRESPONSABLEMENTE»

4.1.1. El complejo concepto del «sacrificio patrimonial injustificado» en las operaciones de financiación bancaria

Como es sabido, el núcleo fundamental de la rescisión encuentra la clave en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, que ha ido evolucionando jurisprudencial y doctrinalmente desde los comienzos de nuestra Ley Concursal.

La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquellos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase –perjuicio directo–, cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la *par conditio creditorum* –perjuicio indirecto–.

En mi opinión, un criterio de interpretación excesivamente amplio de la noción de perjuicio convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones de préstamo con las que se pretende obtener liquidez. Como se ha venido defendiendo²⁹, todo acto llevado a cabo por el deudor en el periodo sospechoso, con independencia de su justificación material, implicará una lesión de la *par conditio creditorum*, y en cambio el legislador no ha querido que todos estos actos sean impugnables, de ahí que no sean rescindibles los pagos en cumplimiento de obligaciones vencidas y exigibles, ni los actos ordinarios de la actividad profesional realizados en condiciones normales.

La interpretación amplia del perjuicio que ha sido la tendencia predominante en la jurisprudencia –interpretación finalista o teleológica– contrasta con la literalidad de la norma incluida en el artículo 71 de la LC, que se refiere únicamente al impacto negativo en la masa activa –interpretación sistemática o literal–.

Recientemente, se ha avanzado en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de «sacrificio patrimonial injustificado», al que ha aludido el Tribunal Supremo en varias ocasiones.

La Sentencia de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/10415) intenta concretar el concepto de perjuicio enunciando que el acto a rescindir debe entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado

²⁹ CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2009, pág. 388.

que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), pero además, este debe carecer de justificación.

A juicio del Tribunal Supremo, encontraría justificación, por ejemplo, un pago que aunque se hubiera realizado en el periodo sospechoso fuera vencido y exigible, por ello no sería considerado perjudicial para la masa pasiva³⁰. Al hilo de lo expuesto, todo parece apuntar que los pagos realizados en amortización de un préstamo concedido, al extinguir obligaciones que eran vencidas y exigibles podrían considerarse justificados. En cambio, la cancelación anticipada de un préstamo encajaría de lleno en la presunción establecida en el artículo 71.2 de la LC, por tratarse del vencimiento anticipado de unos pagos sin justificación suficiente, causando un evidente perjuicio para la masa³¹.

Con frecuencia, en las sentencias en las que la administración concursal presenta un incidente de rescisión de los préstamos otorgados por entidades financieras poco antes de que acaeciera el concurso, el juzgador realiza un análisis en profundidad de la incidencia de la operación en la masa activa del concurso y del impacto de la misma en el principio de paridad de trato de los acreedores, es decir, en la masa pasiva.

Para estimar si realmente hubo un menoscabo patrimonial en la masa, si la operación supuso un beneficio para el concursado y si la entidad financiera conocía o debió conocer que estaba concediendo crédito a un insolvente –real o inminente–, el juez deberá valorar el destino que se les dieron a los fondos obtenidos, la información que el deudor facilitó a la entidad financiera y el tiempo que medió entre la concesión de la financiación y la declaración de insolvencia. La entidad financiera normalmente tenderá a alegar que no existió perjuicio en la concesión de la misma sino que esta favoreció al deudor dándole un respiro económico y favoreciendo su continuidad.

En este sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de diciembre de 2012 (AC 2013/838) en la que se estimó la rescisión por perjudicial de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca que fue concedido 25 días antes de la declaración en concurso de la empresa, operación en la que la entidad financiera conocía –o al menos, debió conocer– que la empresa no podría atender a su devolución, y en donde el capital prestado se aplicó a una serie de pagos –a intermediarios financieros, sociedades vinculadas a los administradores, a la cuenta de socios– que no contribuyeron, en modo alguno, a paliar la crisis empresarial que aquella padecía.

4.1.2. La constitución de garantías

En las operaciones de financiación y de refinanciación es frecuente la constitución de garantías a favor de las entidades financieras que aseguren la recuperación de lo prestado. Estas garantías, en ocasiones desproporcionadas, aminoran notablemente el valor del activo del deudor.

³⁰ SSTS de 10 de julio de 2013, 26 de octubre de 2012 y 28 de marzo del 2012.

³¹ SAP de Salamanca de 4 de diciembre de 2013 (AC 2013/72).

dor mermando considerablemente las expectativas de cobro de los acreedores en el concurso. La decisión del juez sobre la rescisión de las mismas vendrá determinada por su justificación y su impacto en la masa activa del concurso.

La valoración del carácter perjudicial de la garantía habrá de hacerse en atención a las circunstancias del negocio jurídico garantizado; no hay que olvidar que constituye el entero negocio, no la garantía, lo que ha de ser perjudicial, y ha de serlo en referencia temporal al momento en que el negocio fue constituido³².

La mayoría de los tribunales mercantiles vienen admitiendo la rescindibilidad de operaciones de préstamo con garantía hipotecaria³³, entendiendo que es jurídicamente posible tanto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos – la hipoteca o el préstamo– cuanto el acumulado contra ambas³⁴.

La idea de perjuicio patrimonial, por tanto, puede referirse a ambos componentes y deberá ser acreditada respecto de cada uno de ellos. Obviamente, las consecuencias serán distintas según se acceda a la rescisión para ambos componentes o para uno solo de ellos; en el primero de los casos, habrá de acordarse la rescisión de ambos negocios –préstamo e hipoteca–.

La previsión acogida en el artículo 71.3.2.º de la LC tal y como estaba planteada en su redacción originaria podía plantear algún conflicto con el artículo 71.2 de la LC en lo relativo a los pagos asegurados con garantía real, por ello la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (Ley 38/2011) introdujo una excepción a la presunción de perjuicio de los pagos hechos de manera anticipada si cuentan con garantía real.

Es necesario caer en la cuenta de que, en puridad, la constitución de garantías siempre supondrá una alteración de la *par conditio creditorum*, ya que al acreedor profesional beneficiado con tal garantía se le va a atribuir un privilegio especial *ex* artículo 90 de la LC.

Se ha venido considerando que la garantía es onerosa si se creó simultáneamente al otorgamiento del crédito –garantía contextual–, mientras que si se constituyó a favor de un crédito ya concedido o de una nuevo contraído en sustitución de aquel –garantía no contextual–, su carácter gratuito o oneroso dependerá de si se obtuvo a cambio algún valor o ventaja. Si se constituye la garantía a título gratuito por no haber contraprestación alguna, aplicaría la presunción *iure et de iure* del artículo 71.2 de la LC, si fuera onerosa, la presunción relativa del artículo 71.3.2.º de la LC. Por otro lado, conviene mencionar que es posible la rescisión parcial de la garantía atendiendo al fundamento de estas presunciones.

³² CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía...*, cit., págs. 366 y 367. Esta idea también es expresada en la SAP de Alicante 232/2013 de 31 de mayo de 2013.

³³ Estas operaciones presentan un evidente carácter mixto, en que al componente estrictamente obligacional (préstamo, crédito) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca).

³⁴ *Vid.*, entre otras, la SAP de Alicante de 21 diciembre de 2013 (AC 2013/838).

Los supuestos que suscitan mayores dudas son aquellos en los que la garantía, a pesar de caer dentro del supuesto contemplado en el artículo 71.3.2.º de la LC y de alterar el orden de prelación en el cobro del resto de los acreedores, puede no ser perjudicial para la masa activa.

La constitución de un gravamen hipotecario en garantía de una obligación nueva que viene a sustituir a la primitiva que no se encontraba especialmente garantizada no tiene por qué constituir, con carácter general, un simple favorecimiento a un determinado acreedor en perjuicio de los restantes, en aquellos casos en los que se encuentre vencida y en situación de mora la obligación antigua. Esto encuentra su explicación en que en principio el otorgamiento de un nuevo plazo, e incluso en condiciones más ventajosas –menor interés, periodo de carencia– puede implicar un beneficio para el deudor, e indirectamente para sus acreedores. Ahora bien, para desvirtuar la presunción de perjuicio habrá que atender a las particularidades del caso, y ver el destino que el deudor dio a los fondos que tomó prestados.

Resulta interesante consultar la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 febrero de 2014 (AC 2014/319) en la que el juez estimó perjuicio en una operación de financiación en la que la práctica totalidad del capital de nuevo préstamo se destinó a cancelar la deuda anterior con la entidad financiera, sin que constara, frente a la constitución del nuevo gravamen, una correlativa entrada de un elemento activo en el patrimonio del concursado³⁵. Es interesante reparar en el análisis que realiza el juzgador sobre el conjunto de la operación de financiación, su finalidad y quién obtiene beneficio de la misma. Ni que decir tiene que el fundamento de la rescisión de la operación está en que supuso un menoscabo de la masa activa sin que ello aportara a cambio ventaja alguna, siendo la entidad financiera la única que sacó partido a la situación.

En este caso se entiende que la regla de igualdad de trato entre los acreedores solo es considerada si tales hechos provocan daños a la masa activa. Es importante destacar que el perjuicio a la masa activa podría implicar su aminoración cuantitativa o bien incidir negativamente en su calidad.

4.1.3. Los efectos de la reintegración de los préstamos concedidos «irresponsablemente»

El artículo 73 de la LC anuncia los efectos anudados al éxito de la rescisión: la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido a la masa del concurso, y el nacimiento de un crédito contra la masa a favor de quien fuera parte en el acto declarado ineficaz –salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado–.

³⁵ La sentencia enuncia claramente que «la constitución de una garantía, que claramente merma las posibilidades de cobro de los acreedores concurrentes, no se aprecia que haya supuesto ninguna ventaja a favor del deudor, y con ello, que ese gravamen se constituyó con la única finalidad de causar un perjuicio objetivo al resto de los acreedores, siendo la única beneficiaria de la operación la propia entidad crediticia, al sustituir una deuda ya existente sin ninguna garantía, por una deuda con garantía real, con las consecuencias y disparidad de trato que ello acarrea».

En el caso de la rescisión de una operación de financiación, el primer efecto para el deudor concursado será la obligación de devolver el capital prestado. Sin embargo, no sería de aplicación el artículo 73.3 de la LC, pues este está concebido para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco.

El contrato de préstamo está configurado en nuestra legislación civil como un contrato unilateral, que solo produce obligaciones para el prestatario –mutuario, la de devolver otro tanto igual a la cosa prestada, a la extinción del préstamo, y, en caso de que se haya estipulado, la de pagar el interés previsto– pero no para el prestamista –mutuante–, que no tiene obligación alguna en reciprocidad o contraprestación de aquella.

Por ello, no procede aplicar el artículo 73.3 de la LC, pues el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor financiero de mejor condición –crédito contra la masa– que la que tenía antes de su ejercicio –crédito ordinario en el caso de un préstamo no garantizado o crédito dotado de privilegio especial en el caso de contar con garantía real–.

4.1.4. La apreciación de la mala fe

La estimación de la rescisión de la operación de financiación puede tener consecuencias para el acreedor financiero más o menos gravosas dependiendo del elemento subjetivo y la intencionalidad del acto rescindido.

El acreedor de la operación rescindida en el que se aprecie la concurrencia de mala fe está obligado a entregar el bien con sus frutos e intereses de inmediato; y, sin embargo, no tiene derecho a percibir nada a cambio en dicho momento. Es más, dado que su crédito es subordinado, y no solo subordinado, sino prácticamente el último en cobrar de entre los subordinados³⁶, en la mayoría de los casos el acreedor no recibiría contraprestación alguna.

Si tenemos en mente la diferencia abismal que existe en los efectos de la rescisión en función de si se aprecia o no la concurrencia de mala fe por parte del acreedor, resulta fundamental determinar qué se entiende por concurrencia de mala fe a los efectos de lo establecido en el artículo 73 de la LC en relación con la especialidad de las operaciones de financiación que ahora estudiamos.

Encontramos dos corrientes jurisprudenciales que tienen en cuenta distintos elementos a la hora de apreciar la mala fe en sede rescisoria, proporcionando una interpretación restrictiva y otra extensiva. La línea jurisprudencial que defiende la interpretación restrictiva considera que para poder apreciar mala fe en el acreedor es necesaria la concurrencia de *animus nocendi*, estimando que concurre mala fe en el acreedor que en el momento de la contratación tenía conocimiento de las dificultades financieras de la contraparte, tenía consciencia de que su actuación podía afectar negativamente a la masa activa del concurso y tenía voluntad defraudatoria. Existe, en cambio,

³⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «Comentarios a la Ley Concursal», Madrid, 2004, pág. 1.333.

una corriente jurisprudencial que propugna una interpretación más extensiva del concepto de mala fe en las rescisiones, considerando que esta concurre si existe un conocimiento por parte del acreedor de las dificultades financieras de la concursada y existe por parte del acreedor conciencia de la posibilidad de que su acto finalmente resulte perjudicial para el resto de los acreedores. Es decir, esta corriente jurisprudencial prescinde de la necesidad de concurrencia del elemento volitivo consistente en la intención de defraudar³⁷.

Sin entrar ahora en detalle sobre los riesgos que conlleva la existencia de dos escuelas jurisprudenciales divididas en una cuestión de índole tan relevante como la que nos ocupa, a juzgar por la jurisprudencia consultada, parece que la interpretación que finalmente se ha acabado por imponer es la restrictiva.

En efecto, la interpretación mayoritaria ha sostenido que para declarar la existencia de mala fe *ex* artículo 73.3 de la LC en el actuar de la entidad financiera, no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación patrimonial delicada del deudor. La mala fe que consagra el artículo 73.3 de la LC tampoco requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio– a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos³⁸.

Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquel con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, si lo que se quiere es sustraer bienes o derechos en perjuicio de acreedores.

En conclusión, el simple conocimiento por parte de la entidad financiera que suscribe la operación de financiación de la situación de crisis económica de la sociedad prestataria, incluso a pesar de que se concertaran garantías desproporcionadas, no constituye un hecho que permita acreditar la mala fe del prestamista³⁹.

4.2. REINTEGRACIÓN CONCURSAL Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

4.2.1. La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación en la Ley Concursal

Como es sabido, la Ley Concursal reguló por primera vez los acuerdos de refinanciación con la reforma operada por el *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica* (Real Decreto-Ley 3/2009 o RDL 3/20119), sujetándolos a ciertas condiciones objetivas y procedimentales.

³⁷ Vid. SAP de Pontevedra de 16 diciembre 2011 (La Ley 248194, 2011).

³⁸ Vid. SSTS de 7 de diciembre del 2012 (RJ 2013, 913), de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5597) y de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7608).

³⁹ Vid. SAP de Alicante de 21 de diciembre de 2012 (AC 2013/838).

Desde 2009 hasta la actualidad, el régimen jurídico de estas refinanciaciones ha ido variando considerablemente, por lo que merece la pena dedicar unas líneas al estudio de la regulación actual.

El *Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* (Real Decreto-Ley 4/2014 o RDL 4/2014) tiene como finalidad la introducción de medidas que permitan el saneamiento de aquellas empresas que, aun teniendo capacidad de generar beneficios en su negocio ordinario, se han tornado inviables desde el punto de vista financiero. Así, la norma se centra principalmente en la aprobación de medidas destinadas a la mejora y ampliación del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

Como se expondrá más adelante, tras la reforma pueden distinguirse tres categorías diferenciadas de acuerdos, en función de las características de cada uno y del porcentaje de acreedores de que lo suscriba, disponiéndose «acuerdos generales» (art. 71 bis.1 LC), «acuerdos especiales» (art. 71 bis.2 LC) y «acuerdos susceptibles de homologación» (disp. adic. cuarta).

Si los acuerdos suscritos por el deudor y los acreedores participantes encajan dentro de los supuestos contemplados en el artículo 71 bis de la LC o en la disposición adicional cuarta de la LC, no podrán ser objeto de rescisión concursal en caso de declaración de concurso.

Efectivamente, estos acuerdos solo podrán ser objeto de rescisión cuando se incumplan las condiciones previstas en el artículo 71 bis de la LC o en la disposición adicional cuarta de la LC, respecto de lo cual se mantiene la exclusiva legitimación de la administración concursal para ejercitar, ya no solo la rescisoria concursal, sino el resto de las acciones de impugnación que pudieran corresponder conforme al derecho común. La reforma ha modificado la redacción del artículo 72.2 de la LC para indicar que la legitimación activa corresponderá «a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento», –mención superflua, teniendo en cuenta que estas normas son las previstas en el art. 217 LEC–.

A. *Acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación*

Los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación han sido modificados sustancialmente por el Real Decreto-Ley 4/2014. El anterior régimen de homologación estaba dirigido únicamente a las entidades financieras y extendía los efectos de la espera pactada a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes cuyos créditos no contaran con garantía real. Por ello, las entidades financieras acreedoras dotadas de garantía real no podían quedar afectadas por la homologación del acuerdo de refinanciación. Gracias a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014 se superan estas limitaciones en cuanto a los sujetos afectados y los efectos de la homologación, pues se busca facilitar y agilizar incluso aún más el procedimiento.

En cuanto a la legitimación para solicitar la homologación, esta corresponde al deudor. Como carecen de legitimación las entidades financieras acreedoras, en caso de que interese que el acuerdo se someta a homologación, deberán incluir en el propio acuerdo la obligación del deudor de solicitarla.

Resulta interesante destacar que tras la reforma se amplía el ámbito subjetivo a cualquier acreedor titular de pasivos financieros, esté o no sometido a supervisión financiera. Además, podrán quedar afectados por el acuerdo homologado los acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, por lo que solo quedan excluidos los acreedores comerciales y los de Derecho público. Adicionalmente se prevé que el resto de los acreedores podrán adherirse voluntariamente al acuerdo homologado (*ex. disp. adic. cuarta.1 LC*).

Son susceptibles de homologación los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 de la LC, salvo la exigencia de que el acuerdo haya sido suscrito por la mayoría del pasivo ordinario. Estos acuerdos, para poder ser homologados, deberán haber sido firmados por acreedores que representen, al menos, el 51 % del pasivo financiero total⁴⁰.

En referencia a los efectos de la homologación cabe apuntar la protección o blindaje del que gozan estos acuerdos frente a una eventual rescisión concursal, aunque las demás acciones de impugnación podrán ser ejercitadas por la administración concursal al igual que frente a los acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71 bis (*ex. disp. adic. cuarta.13 y art. 72.2 LC*).

Otro efecto de la homologación es la paralización de las ejecuciones singulares. Una vez que el juez haya examinado la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación (*disp. adic. cuarta*). En caso de declararse judicialmente el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, los acreedores podrán instar la declaración de concurso del deudor o iniciar las ejecuciones singulares o de garantías reales; estas últimas con aplicación de unas reglas particulares (*disp. adic. cuarta.11 LC*)⁴¹.

Estos efectos descritos son aplicables a los acuerdos de refinanciación suscritos por acreedores que representen, al menos, el 51 % del pasivo financiero, pero la extensión de los efectos estipulados en el acuerdo de refinanciación a los acreedores no participantes o disidentes requiere de mayorías reforzadas (*disp. adic. cuarta.3 y 4 LC*).

En lo referente al procedimiento de homologación es importante destacar que el Real Decreto-Ley 4/2014 introduce modificaciones sustanciales en el procedimiento. De entrada, se elimina la necesidad de acompañar el informe del experto independiente en la solicitud, siendo suficiente con la certificación del auditor de cuentas de la sociedad para acreditar las mayorías que se exigen para adoptar el acuerdo susceptible de homologación (*disp. adic. cuarta.6 LC*).

⁴⁰ La norma prevé determinadas reglas para la determinación de dicho porcentaje: se excluyen los pasivos financieros de personas especialmente relacionadas con el deudor, los pasivos comerciales y los pasivos de derecho público. Por su parte, cuando parte del pasivo financiero incluya préstamos sindicados, se dispone que todos los acreedores titulares del préstamo sindicado se entenderán adheridos al acuerdo si vota a favor el 75 % del pasivo representado por el préstamo o la mayoría inferior que, en su caso, se hubiera pactado en el contrato de préstamo. Asimismo, se introduce el concepto de «valor de garantía real» y se indican ciertos parámetros para su cálculo (*disp. adic. cuarta.2 LC*).

⁴¹ Una vez homologado el acuerdo, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos practicados en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación (*disp. adic. cuarta.10 LC*).

Una vez admitida a trámite la solicitud, el juez –anteriormente era el secretario judicial– deberá declarar la paralización de las ejecuciones singulares –anteriormente debía ser solicitada por el deudor– hasta que se acuerde la homologación (disp. adic. cuarta.5 LC), eliminándose el plazo máximo de un mes que se establecía con anterioridad.

El juez dispone de un plazo de 15 días –antes de la reforma, esto no se especificaba– para dictar la resolución por la que se apruebe la homologación, limitándose el control judicial a verificar la concurrencia de los requisitos recogidos en la disposición adicional cuarta de la LC y de las mayorías previstas para la homologación. Esta homologación se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el BOE.

Por último, la excepción del «sacrificio desproporcionado»⁴² ya no será un motivo apreciable por el juez para denegar –total o parcialmente– la homologación, sino que se prevé como causa de impugnación de la resolución de homologación del acuerdo por los acreedores disidentes (disp. adic. cuarta.7 LC)⁴³.

B. Acuerdos de refinanciación no susceptibles de homologación

Tras la reforma, se mantienen los acuerdos de refinanciación no rescindibles que antes se ubicaban en el artículo 71.6 de la LC y se crea una nueva clase de acuerdos que tampoco podrán ser objeto de rescisión siempre y cuando que cumplan con ciertos requisitos.

Los acuerdos adoptados con mayoría del pasivo ordinario (los denominados «acuerdos generales»), antes se ubicaban en el artículo 71.6 de la LC, ahora se encuentran previstos en el artículo 71 bis.1 de la LC. La novedad principal de la reforma en este punto radica en que se suprime la exigencia del informe del experto independiente⁴⁴ y se incluye la exigencia de una certificación del auditor de cuentas del deudor acreditativa de la concurrencia de la mayoría del pasivo exigida: tres quintos del pasivo ordinario (art. 71 bis.1.2.º LC).

En otro orden de cosas, el artículo 71 bis.2 de la LC introduce una nueva categoría de acuerdo, los llamados «acuerdos especiales» que se pactan con uno o más acreedores sin necesidad de alcanzar la mayoría de pasivo prevista en el artículo 71 bis.1 de la LC, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que se incremente la proporción de activo sobre pasivo previa; b) que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; c) que el valor de las

⁴² Vid. CARRASCO PERERA, A.: «El "valor de la garantía real" y el "sacrificio desproporcionado" en los acuerdos de refinanciación del RD-Ley 4/2014», *Gomez-Acebo y Pombo, Análisis GA&P*, Madrid, marzo 2014.

⁴³ En la versión anterior de la disposición adicional cuarta, el juez homologaría el acuerdo si este no impusiera a los disidentes un «sacrificio desproporcionado». En el texto que resulta de la reforma de 2014, el juez no hará esta valoración antes de homologar el acuerdo. El sacrificio desproporcionado solo se tendrá en cuenta si algún acreedor (disidente) impugna el acuerdo ya homologado. Es el único motivo de fondo que se puede articular en vía de impugnación.

⁴⁴ Nótese que no se elimina completamente el requisito del nombramiento del experto independiente, sino que pasa a ser una facultad del deudor y de los acreedores, según dispone el artículo 71 bis.4 de la LC.

garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo; d) que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; y, e) que el acuerdo se formalice en instrumento público en el que conste expresamente la justificación del acuerdo y el cumplimiento de las condiciones anteriores.

Si el acuerdo reúne las condiciones citadas, los acuerdos de refinanciación (tanto los del art. 71 bis.1 como los del art. 71 bis.2 LC) quedarán protegidos frente a una eventual rescisión en caso de una posterior declaración de concurso.

C. Régimen común aplicable a los acuerdos homologados y no homologados

Tanto para los acuerdos tipificados en la disposición adicional cuarta como en el artículo 71 bis de la LC, se prevé la paralización de las ejecuciones singulares de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, desde el momento en que se comunica al juzgado el inicio de las negociaciones con los acreedores.

Como indica el artículo 5 de la LC, la paralización se produciría por un plazo máximo de cuatro meses desde la comunicación del deudor. El objetivo es permitir que las negociaciones de los acuerdos lleguen a buen puerto y no se produzca una acumulación de ejecuciones singulares por parte de acreedores no dispuestos a negociar.

En relación con el *fresh money*⁴⁵ actualmente solo el 50 % del dinero nuevo puesto en una refinanciación está dotado de privilegio concursal, que implica que se abonan los créditos a su respectivo vencimiento. Este porcentaje se eleva temporalmente al 100 % con el fin de dotar esta liquidez de la máxima protección concursal.

El objetivo es incentivar la financiación adicional al resultar imprescindible para garantizar la viabilidad transitoria de la empresa y para hacer practicable el propio acuerdo de refinanciación⁴⁶.

Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para los ingresos de dinero nuevo que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2014.

4.2.2. Los «escudos protectores» frente a la rescindibilidad de los acuerdos

Una operación de refinanciación que no encaje en los presupuestos de la disposición adicional cuarta de la LC ni en los del artículo 71 bis de la LC no gozará del escudo protector frente a

⁴⁵ Este privilegio también está tipificado en el derecho francés (L 611.11 del *Code de Commerce*).

⁴⁶ Esta consideración se extiende a los ingresos realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital.

la rescisoria concursal. Como es obvio, ello no quiere decir que la operación sea rescindible *per se*, pues habrá que analizar el caso concreto y si hubo perjuicio para la masa, debiendo ser acreditado debidamente por la administración concursal al interponer la acción⁴⁷.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en la Sentencia de 9 de julio 2014 (RJ 2014/3618) enunciando que «ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la disp. adic. cuarta del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4 a y en el artículo 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del artículo 71 de la LC».

Como ya se ha expuesto anteriormente, el blindaje de este tipo de acuerdos frente a la rescisión concursal es un modo de incentivar que las entidades financieras refinancien al deudor en dificultades sin temer la posterior declaración de ineficacia de la operación si eventualmente el cliente es declarado insolvente.

4.3. PROPUESTA DE LEGE FERENDA EN SEDE RESCISORIA

Como ha sido puesto de manifiesto, el legislador español no ha deseado ocuparse de forma explícita de la cuestión relativa a la causalidad que puede darse en la concesión abusiva de crédito por parte de una entidad financiera y el consiguiente concurso del financiado.

Aunque considero que lo más acertado sería configurar un régimen de responsabilidad que repare el perjuicio causado al deudor y al conjunto de los acreedores, podría ser conveniente introducir un mecanismo disuasorio en sede de reintegración concursal.

En particular, podría resultar interesante incluir en el artículo 71 de la LC una presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial para el caso de préstamo irresponsable, en la que la carga de la prueba de que la financiación no se llevó a cabo en condiciones irregulares quedara atribuida a la entidad financiera que suscribió la operación.

Esta presunción de perjuicio podría constituir un elemento disuasorio de este tipo de conductas. Del mismo modo que la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación que reúnen ciertos requisitos fomentan que el crédito fluya, una presunción de perjuicio para el caso de acreditarse un préstamo irresponsable supondrá un estímulo de las buenas prácticas del sector financiero, así como la transmisión del mensaje de que el comportamiento de la entidad financiera podrá situarse bajo la sospecha del juez del concurso al igual que la de cualquier otro acreedor bajo determinadas circunstancias.

⁴⁷ YAÑEZ EVANGELISTA, J. y NIETO DELGADO, C.: «Refinanciaciones: rescisión y extinción de efectos», *ADC*, núm 32, mayo-agosto 2014, pág. 155.

5. RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y PRÉSTAMO IRRESPONSABLE

En este apartado trataremos de estudiar si la responsabilidad por concesión abusiva de crédito en Derecho español podría encajar en el marco de nuestra Ley Concursal en el supuesto de la calificación de cómplice o de administrador de hecho de la entidad o entidades financieras involucradas en las operaciones de financiación del deudor.

En primer lugar analizaremos el régimen relativo a la responsabilidad concursal dispuesto en nuestro ordenamiento, los elementos que la configuran y los efectos que se impondrían en caso de que llegara a estimarse que la entidad concedió crédito de manera irresponsable.

Posteriormente, dedicaremos especial atención a los acuerdos de refinanciación, donde, como veremos, los presupuestos que se establecen tanto en el artículo 71 bis de la LC como en la disposición adicional cuarta para su suscripción están dirigidos a evitar cualquier fuente de responsabilidad frente a terceros.

5.1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO CULPABLE Y LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA ENTIDAD FINANCIERA

Una vez abierta la sección sexta del concurso (art. 163.1 LC), la calificación culpable del concurso se sujeta a la valoración que merezca la conducta del deudor y de las personas afectadas por la calificación en la producción de los hechos que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia (arts. 164.1 y 172.2.1 LC).

El *quid* de la cuestión en este punto radicaría en acreditar la cooperación de los proveedores de crédito con el deudor en el mantenimiento de una situación económica ficticia dando una falsa imagen de solvencia en el tráfico, que, en opinión de algún autor, rozaría la simulación⁴⁸.

El actor deberá probar, en primer lugar, una conducta por parte de la entidad financiera que tenga un claro nexo causal con la generación o agravación de la situación de crisis del deudor y, en segundo lugar, la concurrencia de la intencionalidad en ese efecto o la grave negligencia en esa conducta⁴⁹.

Con el objetivo de facilitar la difícil tarea de probar un elemento intencional –dolo o culpa grave– con la que el deudor y los sujetos susceptibles de verse afectados por la calificación culpable del concurso han actuado en la generación o agravamiento del estado de insolvencia, el legislador acoge un conjunto de presunciones de dos tipos: absolutas (art. 164.2 LC) y relativas (art. 165 LC). Estas presunciones facilitarán la prueba del elemento intencional o la valoración

⁴⁸ RUBIO VICENTE, P. J.: «Concesión abusiva de crédito y concurso...», *op. cit.*

⁴⁹ La SAP de Vizcaya de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/409166) enuncia que el dolo consiste en una actuación deliberada y consciente que contradice el actuar exigible mientras que la culpa grave se corresponde con la grosera falta de diligencia exigible a una persona, en la materia que se trata, al deudor o a sus administradores.

de su gravedad pero no eximen del vínculo causal entre la conducta de la entidad financiera afectada por la calificación y la generación o agravación de la insolvencia⁵⁰.

Como es obvio, para hallar responsabilidad concursal en la entidad, es necesaria la existencia de una adecuada relación de causalidad entre la cooperación del cómplice y la generación o agravamiento del estado de insolvencia⁵¹. Resulta relevante tener en cuenta que el reproche de la conducta de cómplice no puede referirse a hechos distintos de aquellos en relación con los que el juez del concurso hubiera fundado su calificación culpable⁵². En el marco de las actuaciones que sirven para calificar la función del concurso como culpable, con frecuencia se requiere la participación de un tercero o terceros junto con el deudor común o con los representantes de este. Si la sentencia de calificación estima que estos terceros participan del reproche de conducta que justifica la calificación del concurso como culpable, esta también desplegará sus efectos sobre estos terceros que recibirán la calificación de cómplices (art. 166 y 172.2.1 LC)⁵³.

Los efectos de la calificación de cómplice de la entidad financiera implicarían la pérdida de cualquier derecho en el concurso o en la masa activa, la devolución de lo obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de lo que hubiese recibido de la masa activa, y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 171.2.3.º LC). Se trata esta de una responsabilidad resarcitoria en la que es necesaria la acreditación en cada caso de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño.

La pérdida de cualquier derecho que el calificado de cómplice tuviera como acreedor de la masa o concursal se produce con independencia del grado de cooperación. A través de esta previsión se produce el incremento de la masa activa y el correlativo beneficio para el resto de los acreedores del concursado. Se trata de un régimen sancionador severo en el que el legislador trata de repeler comportamientos inadmisibles en el tráfico y que afectan al propio interés público⁵⁴.

Es importante matizar que la devolución de lo indebidamente obtenido del patrimonio del deudor únicamente se refiere a los bienes y derechos percibidos cuya translación se considere injustificada⁵⁵. En los supuestos en los que la restitución de lo indebidamente recibido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa sea imposible, cabe la regla de equivalencia que encontramos en el artículo 73.2 de la LC.

En referencia a la indemnización por los daños y perjuicios causados, se requiere la prueba del daño causado y del *quantum* de la indemnización que ha de asumir el cómplice y que ha

⁵⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «La tramitación del incidente de calificación del concurso», en García-Cruces (dir.), *Insolvencia y Responsabilidad*, Navarra, 2012, págs. 142 y sigs.; y SAP Madrid de 24 de septiembre de 2007 (JUR 2008/95242).

⁵¹ SJM núm. 3 de Barcelona de 5 de octubre de 2007 (AC 2009/808).

⁵² SAP de Murcia de 29 de abril de 2008 (JUR 2008/303815).

⁵³ MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación», en García-Cruces: *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra, 2012, pág. 91.

⁵⁴ SAP de Madrid, de 17 de marzo de 2009 (AC 2009/513).

⁵⁵ SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/175038).

de ceñirse al menoscabo realmente causado. Por ello es necesario la acreditación de la relación de causalidad entre la actuación dolosa o con culpa lata del cómplice y el concreto daño cuya indemnización se postula⁵⁶. El artículo 172.2 de la LC no distingue entre daños directos e indirectos, por un lado, ni entre los intereses de la sociedad, los socios, los acreedores y los terceros, por otro. Se trata de una responsabilidad por daños clásica, cuya concurrencia exige una relación de causalidad entre el daño producido y la conducta antijurídica del administrador. Este daño, en sede concursal, se asimila a la generación o agravación de la situación de insolvencia.

5.2. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN MATERIA DE REFINANCIACIÓN

A continuación procedemos a estudiar la posible existencia de responsabilidad de las entidades financieras en materia de refinanciación, es decir, nos referimos a determinar la responsabilidad de aquellos que con anterioridad a la insolvencia ya habían financiado al deudor en dificultades⁵⁷.

El *quid* de la cuestión en este punto radica en estudiar cuál sería el comportamiento concreto que desencadena la responsabilidad, si se podría extender tanto a supuestos en los que el banco ha concedido esa refinanciación como a aquellos supuestos en los que la ha negado, y el papel que jugarían las condiciones impuestas al renegociar dicha refinanciación.

Otra cuestión clave en este punto sería determinar frente a quién debería responder la entidad financiera —o entidades financieras—⁵⁸ implicada en la refinanciación, ¿únicamente frente al deudor que finalmente acaba concursado, o también frente otros acreedores del deudor?

Como se ha señalado con acierto⁵⁹, la finalidad de las refinanciaciones debe conectarse con la finalidad del concurso. No hay que olvidar que el concurso, tal y como está diseñado en nuestro ordenamiento, no persigue evitar que el deudor insolvente retrase o evite por todos los medios la declaración de insolvencia, sino que su finalidad esencial es la de ordenar y permitir, en su caso, la satisfacción a los acreedores ante la declaración de insolvencia de su deudor.

Adicionalmente, la exposición de motivos de la Ley 38/2011 hacía referencia a otra finalidad del concurso: la finalidad conservativa que apunta a hacer posible la continuidad de la actividad del deudor. Ello se conecta con lo que tenía en cuenta en un primer momento la disposición adi-

⁵⁶ MORALEJO MENÉNDEZ, I.: «El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y ...», *op. cit.*, págs. 102 y 103.

⁵⁷ Conviene consultar PULGAR EZQUERRA, J.: «La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español», en VV. AA., Pulgar y Vargas, *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Madrid, 2010.

⁵⁸ Nótese que la refinanciación de grandes empresas o grupos suele suponer la participación en el acuerdo de diversas entidades financieras, vinculadas además a través de sindicaciones.

⁵⁹ OLIVENCIA, M.: «La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso», ponencia pronunciada en el II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Murcia, abril 2010.

cional cuarta.1 de la LC, sobre que toda refinanciación debe responder, «en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo».

Este «nuevo» fin del concurso introducido por la Ley 38/2011 puede suponer una tensión entre los particulares intereses crediticios de los acreedores, lícitos y protegibles como fin esencial de todo procedimiento concursal y la necesidad de promover el saneamiento o reflotamiento empresarial. Como se ha venido sosteniendo⁶⁰, no se trata, por tanto, de alterar los fines del sistema concursal anteponiendo la conservación o saneamiento a la satisfacción de los acreedores, sino de permitir que dicha conservación instrumental respecto de la satisfacción de los acreedores sea propiciada en mayor medida de lo que ha sido en el contexto de la originaria redacción de la Ley Concursal 22/2003.

Tras esta mención, cabe esbozar una primera idea: en principio, no debería entenderse que existe responsabilidad concursal si se trata de una refinanciación que respeta la finalidad del concurso⁶¹.

En segundo lugar, cabe plantearse si sería posible la exigencia de responsabilidad a una entidad crediticia por negar el crédito al deudor. Parece obvio que, si los administradores de una empresa trataran de justificar la insolvencia de la misma en la ausencia de concesión de un nuevo crédito bancario que habría permitido a la empresa continuar con su actividad, sería un argumento pobre.

De un lado porque una empresa debe ser capaz de subsistir por sí misma, sin necesidad de una inyección de liquidez externa. De otro, porque debe respetarse el principio de libertad en la contratación. No existe imperativo legal por el cual la banca venga obligada a prestar refinanciación a empresas en dificultades, sino que se trata de un acto voluntario. Y es que, desde la perspectiva del acreedor crediticio, la refinanciación no es un instrumento para reflotar la compañía deudora, sino un mecanismo para que, mediante la continuación de la actividad del deudor, este logre satisfacer sus créditos –ya existentes o ampliados– sin llegar a una situación de insolvencia. Por tanto, queda claro que la negativa a conceder una refinanciación descansa en la libertad contractual y la responsabilidad empresarial de cualquier acreedor bancario, por lo que no podría ser exigible.

Procedemos ahora a analizar los casos en los que sí se ha concedido la refinanciación y si los términos en los que se ha llevado a cabo la misma, llevan a pensar que se ha producido un préstamo «irresponsable».

Como es obvio, para que exista responsabilidad, será necesaria la concurrencia de los elementos clásicos que para ello dispone el Derecho civil, esto es, la prueba del daño directo a la masa del concurso o a los acreedores individualmente considerados, la del acto lesivo de la entidad bancaria demandada y, por supuesto, la de la relación de causalidad entre esta y aquel.

⁶⁰ PULGAR EZQUERRA, J.: «La financiación de empresas en crisis», *Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil, Eprints complutense*, Madrid, marzo 2012.

⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, J.: «Refinanciaciones de Deuda y responsabilidad de la banca», ponencia en la jornada *Refinanciaciones de Deuda y Concurso de Acreedores: Balance y Perspectivas de Regulación*, intervención en la mesa redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010.

En este contexto, entenderíamos que la concesión del crédito al deudor ha sido abusiva si se ha llevado a cabo en unas condiciones particularmente lesivas para su continuidad y que han provocado, de algún modo, el presupuesto de la posterior declaración de concurso. Esos daños a la masa activa o a determinados acreedores normalmente se argumentan sobre la base de las garantías de las condiciones pactadas en la refinanciación.

Otro importante elemento a tener en cuenta es determinar si la refinanciación ocasiona el retraso en la declaración de concurso, por lo que este llega en condiciones mucho más perjudiciales que las que hubiera tenido si se hubiera presentado en el momento en que se concedió la refinanciación. Este retraso perjudicaría, de manera especialmente negativa a los acreedores que no suscribieron el acuerdo, pero también a aquellos acreedores posteriores a la refinanciación, que podrían argumentar que contrataron con el deudor en crisis sobre la base de una apariencia de solvencia y fiabilidad que fue artificialmente creada por la refinanciación.

En este supuesto se podría entender que la refinanciación enmascaró la insolvencia agravando la crisis económica del deudor al aumentar la masa pasiva tras la concurrencia de la insolvencia, creando una apariencia de solvencia. No obstante, ello requerirá en sede de responsabilidad concursal el elemento de imputación subjetiva de la prueba de que la entidad financiera concurrió dolo o culpa grave en la realización del acto, con exclusión de la culpa o negligencia leve.

Coincido con los que se sostienen⁶² que la prueba de ese elemento intencional será difícil pues una cosa es que el hecho de refinanciar pueda haber causado perjuicio objetivamente a la masa, y otra muy distinta es probar que las entidades financieras refinanciando buscaron con dolo o culpa grave una posición privilegiada en un eventual concurso, garantizando sus créditos en perjuicio del resto de los acreedores.

El interés de las entidades crediticias en suscribir un acuerdo de refinanciación es claro. Desde la perspectiva de los acreedores, las refinanciaciones no son instrumentos de saneamiento del deudor, sino de satisfacción de sus créditos. Las entidades están motivadas en este punto por la búsqueda de una mayor seguridad en el cobro, bien por implicar una mejora en la solvencia y liquidez del deudor a través de la «ampliación significativa del crédito disponible» o de la modificación de obligaciones y condiciones (e. g. la ampliación de plazos de reembolso, introducción de carencias, etc.), bien por reforzar las garantías.

La realidad muestra cómo un concurso no suele favorecer las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios –máxime si se tiene en cuenta que la mayoría acaban en liquidación–, a lo que hay que añadir la existencia del riesgo de rescisión de aquellos que contrataron con el concursado dentro de los dos años antes de la declaración de insolvencia. Sin embargo, estos riesgos no se aplican a las entidades crediticias, pues gozan de un régimen privilegiado que, entre otras cosas, les

⁶² Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: «La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español», en Pulgar y Vargas, *Tendencias actuales*, cit., págs. 136 y ss.

protege frente a una eventual rescisión concursal, además del hecho de que algunos de sus créditos (*e. g. fresh money*) serán considerados como créditos contra la masa o con preferencia general⁶³.

Por estos motivos, podría pensarse que ante una situación de insolvencia irreversible, un acuerdo de refinanciación logra favorecer las expectativas de cobro de los bancos refinanciadores en detrimento del resto de los acreedores. El principal obstáculo en este punto es que los requisitos que se imponen en la Ley Concursal para la suscripción de estos acuerdos están dirigidos a evitar cualquier fuente de responsabilidad del acreedor profesional frente a terceros.

De entrada, el hecho de que en la mayoría de los casos los acuerdos tengan que contar con el apoyo de cierto número de acreedores –tres quintos del pasivo para los acuerdos generales y 51 % del pasivo financiero para los acuerdos homologados– supone que al menos la mayor parte de los acreedores del deudor consienten la operación.

Por otro lado, el hecho de que se exija un plan de viabilidad en la mayoría de los acuerdos –concretamente en los generales y los homologados– como modo de justificación de que dicha refinanciación persigue la continuación de la actividad de deudor aporta ciertas perspectivas razonables de que la refinanciación reflotará de algún modo la compañía.

En este punto, antes de que se produjera la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, se exigía un informe de experto independiente que debía contener, entre otras cosas, un juicio técnico sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad conforme a las nuevas condiciones fijadas en el acuerdo de refinanciación así como sobre la proporcionalidad de las garantías.

Sobre estas bases de la anterior regulación parecía complicado determinar una responsabilidad de la entidad crediticia por conceder una refinanciación que contó con mayorías de pasivo, y un plan de viabilidad avalado por un experto independiente. En este escenario era prácticamente imposible defender que la formalización del acuerdo supuso la generación o agravación de la insolvencia, y menos aún que al hacerlo se incurrió en dolo o culpa grave por parte de las entidades, como presupuestos del reproche de responsabilidad basado en su condición de administradores de hecho del deudor concursado (art. 164 LC), o en la declaración de complicidad en caso de concurso culpable (art. 166 LC).

Con la nueva regulación de los acuerdos de refinanciación, se ha suprimido la obligatoriedad del informe del experto independiente, lo que, en mi opinión, resta de alguna manera credibilidad e independencia al plan de viabilidad pues si no se aporta informe de experto independiente, será más complicado controlar que el acuerdo es razonable y realizable, así como la proporcionalidad de las garantías que se exigieron.

⁶³ Tras la reforma, el porcentaje del dinero nuevo que se considera crédito contra la masa se eleva temporalmente al 100% con el fin de dotar esta liquidez de la máxima protección concursal. Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del real decreto-ley, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir del 9 de marzo de 2014, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería.

Si bien es cierto que sigue siendo posible su obtención, de forma voluntaria, con el mismo contenido que ya contemplaba antes de la reforma –salvo la suficiencia de la información proporcionada–, pudiendo ahora ser solicitado no solo por el deudor, sino también por los acreedores.

En conclusión, el acuerdo que formalmente cumpla los requisitos del artículo 71 bis gozará de la protección de dicho artículo sin necesidad de haber pasado el «filtro» del informe del experto independiente. El cumplimiento de dichos requisitos solo será analizado en caso de que el deudor sea declarado en concurso y la administración concursal ejercite la acción rescisoria, en cuyo caso deberá demostrar que no se han cumplido. Uno de los requisitos es que la operación de refinanciación debe responder «a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad» por lo que debería analizarse si es el interés de las partes limitar el riesgo de que la administración concursal considere que no existe verdaderamente dicho plan, mediante su sometimiento previo al informe del experto independiente.

Con la reforma, ha ocurrido algo parecido respecto a la homologación del juez, que ya solo concierne a un tipo de acuerdos –«los homologados»– pero no es requisito obligatorio para los generales ni especiales –*ex arts. 71 bis.1 y 2 LC*–. Con el propósito de facilitar la celeridad y flexibilidad en estos acuerdos, el juez únicamente tendrá que comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas y de los requisitos formales para acordar su homologación.

En términos de determinar una posible responsabilidad del refinanciador por concesión abusiva de crédito, parece que la normativa actual facilita «algo» las cosas, pues con el informe del experto y la homologación del juez preceptivos en la regulación anterior se diluía la culpa exclusiva de los acreedores que suscriben el convenio, y en caso de posterior declaración de concurso, sería difícil atribuir la responsabilidad exclusivamente a estos.

En otro orden de cosas, en relación con el momento en el que podría estimarse que la entidad bancaria no actuó de forma diligente podríamos poner atención en particular a dos hitos:

En primer lugar, podría entenderse que la conducta de la entidad sería reprochable si cuando se suscribió el acuerdo, se procedió a la reestructuración de la deuda y se amplió el crédito mediando fraude (*e. g.* si falseó datos del deudor para maquillar el plan de viabilidad y así avalar el acuerdo).

Por otro lado, imaginemos un supuesto en el que la entidad crediticia realizó un análisis de la solvencia del deudor erróneo y sin ningún criterio profesional, otorgándole crédito a espaldas aunque ningún dato permitiera sostener que el deudor fuera a ser capaz de hacer frente a su deuda. En este caso, habría una clara falta de diligencia profesional por parte del empleado del banco, y, en mi opinión, este comportamiento sí debería generar responsabilidad.

En segundo lugar, el comportamiento reprochable de la banca podría surgir durante la ejecución del acuerdo de refinanciación. Parece razonable que la entidad crediticia tenga que poner en marcha cierta actividad de vigilancia de los comportamientos y de la situación financiera del deudor, para garantizar de algún modo, por un lado, que este va a ser capaz de devolver la financiación concedida, y, por otro, que hace todo lo posible para fomentar la viabilidad de la empresa. En efecto, es común en este tipo de acuerdos, y en particular en los préstamos sindicados en

los que participan varias entidades financieras, la imposición al deudor de ciertas «obligaciones de hacer» y «obligaciones de no hacer» mediante los llamados *covenants*, así como el establecimiento de ciertos comités de seguimiento (*steering comitees*).

5.3. LA POSIBLE CALIFICACIÓN COMO «ADMINISTRADOR DE HECHO» EN EL CASO PARTICULAR DE LAS REFINANCIACIONES

Como se ha señalado, resulta esperable y hasta obligado para las entidades financieras que suscriben un refinanciación la puesta en marcha de una actividad de vigilancia de los comportamientos y de la situación financiera del deudor que pudieran comprometer el reintegro de la financiación concedida, así como su viabilidad empresarial.

Las refinanciaciones pueden tener efectos societarios sobre el deudor que impliquen obligar a sus órganos sociales a adoptar determinadas decisiones que integran condiciones de la refinanciación, como pueden ser enajenaciones de activos, ajustes laborales, límites en el endeudamiento, abandono de determinadas actividades o, incluso, destituciones o nombramientos de determinados administradores.

Resulta frecuente en la práctica que la confianza que implica la refinanciación se vincule a que la futura actividad del deudor que se quiere hacer viable discurra por los cauces que los acreedores entienden que es la correcta. La adopción de esos cambios puede ser inmediata o plantearse de forma progresiva bajo la supervisión o seguimiento de los acreedores. Es habitual que la actividad durante refinanciación concedida se condicione al compromiso por parte del deudor de cumplir con unos *covenants*⁶⁴, es decir, con una serie de obligaciones de hacer y no hacer para garantizar de distintos modos su capacidad de reembolso frente al banco.

Del mismo modo, también resulta frecuente la formación de comités de seguimiento (*steering comitees*) que agrupen a los acreedores involucrados en la refinanciación, lo que supone un riesgo a considerar por parte de las entidades financieras que podrían ser considerados administradores de hecho⁶⁵, cuando las medidas realizadas bajo su presión o connivencia resulten erróneas y pudiera estimarse que han contribuido a agravar la situación de crisis del deudor. No hay duda, pues, de la incidencia que la participación del acreedor financiero en la suscripción del acuerdo de refinanciación y su consideración como administrador de hecho puede tener en la determinación, no solo de la responsabilidad concursal sino también societaria.

Resulta sorprendente la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014 en el artículo 93.2.2 de la LC que excluye taxativamente la consideración de un acreedor financiero como administra-

⁶⁴ HERMALIN; ROSE y GARBER: «Risk to lenders and borrowers in International Capital Markets», en Feldstein, M., *International Capital Flows*, Chicago, 1999, págs. 353 y ss.

⁶⁵ FERRÁN, E.: «Debt finance and corporate governance», *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, 2008, págs. 341 y sigs.

dor de hecho salvo prueba en contra enunciando que: «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».

Con esta modificación del artículo 93.2 de la LC, la carga de acreditar que las entidades financieras que suscribieron el acuerdo estaban en realidad participando de la gestión de la sociedad cuando esta ya era insolvente, ocasionando sus actos una generación o agravación del estado de crisis del deudor, corresponderá a la administración concursal.

Las condiciones en las que se llevan a cabo los acuerdos de refinanciación y el privilegiado régimen jurídico del que gozan las entidades financieras al suscribir este tipo de acuerdos hace que resulte complicado –bastante más que en el caso de la primera financiación otorgada al deudor– exigir responsabilidad a estos, sin existir un régimen sancionador debidamente tipificado en nuestro ordenamiento.

6. LA OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

En una primera aproximación parece lógico pensar que, dado que el prestamista es el que sufriría en un primer momento las consecuencias de un incumplimiento de su prestatario, este se preocupará de elegirlo bien y de asegurarse de que este es solvente y va a poder hacer frente a sus obligaciones. En este sentido, el mercado de crédito debería ser capaz de «autorregularse» de algún modo, sin ser necesario que el legislador actúe regulando en exceso en este sector.

En efecto, parece razonable pensar que las entidades crediticias son las primeras interesadas en medir la calidad crediticia de sus clientes, ya sean consumidores o empresarios, llevando a cabo una correcta «evaluación de la solvencia».

Esta afirmación no necesitaría matiz alguno de no ser por el hecho de que hoy en día –tal como la reciente crisis financiera ha puesto de manifiesto– la ingeniería financiera permite extender el riesgo crediticio a terceros fácilmente⁶⁶, por lo que la concesión de crédito por parte de una entidad financiera puede tener un efecto sistémico que extiende los riesgos asumidos a terceros que no fueron parte en esa decisión. Los efectos que una financiación culposa o negligente puede tener en terceros son evidentes –desde que el deudor proyecte una apariencia de solvencia ficticia en el tráfico, hasta el deterioro en el patrimonio del deudor–.

Es el impacto que la concesión de crédito tiene en terceros lo que ha despertado el interés del legislador en regular esta materia, aunque, como veremos, tal vez no todo el que hubiera sido deseable por lo que concierne a nuestro país.

⁶⁶ FRIEDMAN y KRAUS: «Engineering the Financial Crises, Systemic risk and Failure of regulation», *University of Pennsylvania*, Pennsylvania, 2011; KLING, A.: «Moral Failure or Cognitive failure», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 33, Boston, 2010.

Como se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones por la doctrina autorizada en la materia, en España los poderes públicos no han dedicado la atención debida a la tipificación normativa de la obligación de evaluar la solvencia que corresponde a las entidades crediticias⁶⁷. Parece que ya se han dado los primeros pasos en lo relativo a la tipificación de la obligación de evaluar la solvencia del deudor especialmente en el campo del cliente bancario persona física⁶⁸, quedando mucho por hacer en ámbito del cliente persona jurídica.

La entidad crediticia al conceder el préstamo debe utilizar todos los medios disponibles a su alcance para ser capaz de determinar, adecuadamente, si el prestatario va a ser capaz de cumplir lo pactado, quedando a salvo aquellas circunstancias imprevisibles en el momento de suscripción de préstamo.

Este «juicio de previsibilidad» de evaluar las posibilidad de reembolso y la solvencia del cliente es una obligación de medios, en la que el prestamista emplea una diligencia profesional. Como es obvio, esta obligación no debe entenderse cumplida en todos los casos en los que, con posterioridad a la concesión del crédito, el deudor devenga insolvente, pues esa insolvencia puede haberse desencadenado por causas sobrevenidas, que no eran previsibles en el momento en el que el banco procedió a la concesión de crédito.

Como se ha señalado con atino⁶⁹, para llevar a cabo una correcta evaluación de la solvencia del deudor, la entidad crediticia debe disponer de información completa sobre el comportamiento de este en el pasado, tanto si este ha sido diligente como si ha sido incumplidor. En este extremo urge la necesidad de que los encargados de decidir si conceden o no crédito a una persona física o jurídica y en qué condiciones tengan acceso a información, no solo negativa, sino también positiva. Los «ficheros de solvencia negativa» muestran las situaciones relativas a las incidencias en los pagos. En cambio, «los ficheros de información positiva» contienen un historial de cumplimiento de obligaciones contraídas⁷⁰.

Sin una información completa sobre el comportamiento del cliente en el pasado resulta muy difícil que la entidad crediticia realice un juicio acertado sobre su capacidad de reembolso. En lo referente a la persona física, el acceso a esa información positiva implicaría modificaciones no

⁶⁷ ZUNZUNEGUI, F.: «Sobreendeudamiento y prácticas bancarias de las entidades bancarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, 2013.

⁶⁸ Encontramos esta tipificación en la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, en la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de crédito*, la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, la *Ley 16/2011, de 24 de junio de Crédito al Consumo* y en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011.

⁶⁹ CUENA CASAS, M.: «Crédito responsable, información financiera y protección de datos personales», *Hay Derecho?*, 12 de febrero de 2012, <http://hayderecho.com/2012/02/14/credito-responsable-informacion-financiera-y-proteccion-de-datos-personales/>

⁷⁰ MILLER, M.: «Credit reporting Systems around the World», *World Bank*, US, 2000. http://siteresources.worldbank.org/INTRES/Resources/4692321107449512766/Credit_Reporting_Systems_Around_The_Globe.pdf

menores en la actual normativa española de protección de datos así como un cambio de peso en el actual proceder en materia de concesión de crédito, que iría orientado hacia un sistema como el *credit scoring* propio de los países anglosajones.

Más allá de establecer un sistema donde la información sobre la solvencia del cliente sea completa –positiva y negativa– y veraz, es necesario configurar un régimen donde se establezca cuál debe ser la actuación de la entidad financiera y sus consecuencias en conexión con el resultado de dichos test de solvencia; distinguimos aquí varios niveles:

Parece claro que el primer paso será cumplir con la obligación de evaluar la solvencia del cliente; si esta no se produce, se ha incumplido una obligación de medios y será posible la existencia de una sanción administrativa.

La cuestión se complica si, una vez practicado el test de solvencia al cliente y tras la obtención de un resultado negativo, la entidad crediticia decide otorgar la financiación. Entendemos que hasta este punto el actuar del banco no supone sanción alguna, y tiene sentido que así sea, pues es esencia del negocio bancario la toma de riesgos, y su actuar debe estar amparado por la libertad de pacto y la autonomía de la voluntad de las partes.

Situación distinta es que el cliente financiado sea declarado insolvente con posterioridad a la financiación concedida. En este escenario al menos debe investigarse qué papel ha jugado la financiación en el estado patrimonial del deudor, qué impacto ha tenido en el resto de los acreedores del mismo, y, sobre todo, qué nexo causal existe entre la financiación concedida por la entidad crediticia y el concurso del deudor.

Además de este análisis objetivo sobre si tuvo lugar un perjuicio patrimonial no justificado, considero necesario arbitrar un mecanismo en el que se evalúe la conducta del acreedor profesional.

Con la regulación actual, si lo que se busca es evaluar la conducta de las partes implicadas al suscribir la financiación en sede concursal, tendremos que acudir a lo dispuesto sobre responsabilidad concursal en la sección de calificación, para lo que habría que examinar si la entidad financiera se considera cómplice o administrador de hecho. Fuera del ámbito concursal, como hemos expuesto con anterioridad, la eventual responsabilidad del deudor debería enmarcarse dentro del esquema clásico de la responsabilidad por daños.

La previsible falta de capacidad de reembolso del deudor puede acreditarse en algunos casos sin acudir a los test de evaluación de solvencia, por ejemplo, parece que es previsible la falta de capacidad del deudor si se ha producido una inminencia en la presentación de solicitud de concurso de este poco después de concederse la financiación.

Pueden hallarse otros indicios que acrediten el conocimiento de la entidad financiera del deterioro de la situación del deudor en el momento de la concesión de la financiación, por ejemplo, en el caso de deudor persona jurídica, influirá si hubo un reciente despido colectivo, o si se habían paralizado las plantas o las fábricas de la empresa, si los estados financieros del deudor arrojaban pérdidas o cabía deducir de ellos un estado evidente de sobreendeudamiento, etc.; en el caso de

persona física, podrá analizarse su situación patrimonial, si recibía ayudas del Estado o de personas especialmente relacionadas con él en el periodo anterior a la declaración de insolvencia, etc.

Lo sorprendente es que, con la actual regulación vigente, a pesar de que se acredite que el juicio de previsibilidad de la entidad financiera sobre la capacidad económica del deudor fuera negativo, esta apreciación apenas tiene repercusión alguna para la entidad crediticia más allá de la rescisión –si se estima que hubo perjuicio–, y en principio ni siquiera implicará la existencia de mala fe con la consiguiente subordinación de su crédito.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha ido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, urge configurar un régimen específico de la responsabilidad por concesión abusiva de crédito en nuestro país, donde quede bien definido el presupuesto objetivo y el régimen sancionador aplicable.

Con el régimen actual, la responsabilidad de la entidad crediticia por préstamo irresponsable tendría cabida en el régimen de la responsabilidad por daños, así como en la regulación de la responsabilidad concursal, resultando en esta última complicada la prueba del elemento intencional, máxime con la presunción introducida por el Real Decreto-Ley 4/2014 sobre la figura del administrador de hecho en el artículo 93 de la LC.

La configuración del régimen específico de responsabilidad por concesión abusiva de crédito debe ir acompañada del establecimiento de un régimen sancionador en caso de omitirse la obligación de las entidades financieras de evaluar la solvencia de sus clientes –ya se trate de personas físicas o jurídicas–. Asimismo, deben preverse las consecuencias que tiene el actuar de la entidad para aquellos casos en que, pese al resultado negativo de las pruebas de solvencia, esta decida conceder la financiación, y el deudor devenga insolvente en el corto plazo.

Al margen de la obligación de evaluar la solvencia, considero oportuno dotar al juez del concurso de cierta discrecionalidad a la hora de calificar la actuación de la entidad financiera *ad casum*. El juez debe poder apreciar la buena o mala fe en la conducta de la entidad financiera y tener la capacidad de penalizarle bien subordinando el crédito vía *Equitable Subordination*, bien estableciendo otro tipo de sanciones. Para hallar negligencia o culpa en la entidad, el juez debería poder apoyarse no solo en los *test de solvencia* realizados por la entidad, sino también en otras pruebas que acrediten que se conocía o era razonable conocer la situación de insolvencia inminente de su cliente.

Por último, merece la pena apuntar que el menoscabo que puede originar la concesión de un préstamo irresponsable puede producir un efecto sistémico para los que se relacionaron con el deudor, tanto con anterioridad como con posterioridad a la concesión de la financiación. Por ello, la rescisión, por sí sola, no supone un mecanismo eficaz de reparación del daño ocasionado, aunque sí pueda considerarse un mecanismo de disuasión interesante.