

# RÉGIMEN CONCURSAL DE LAS OPERACIONES BANCARIAS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDAS

**JOSÉ ANTONIO HERRERA SÁNCHEZ**

*Diplomado en Estudios Avanzados.*

*Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

## **Extracto:**

**EN** un escenario de crisis económica internacional como la que estamos atravesando, es frecuente que empresas en dificultades busquen acuerdos de refinanciación o renegociación de deuda con sus acreedores, fundamentalmente entidades de crédito. Esta práctica de acuerdos extrajudiciales que, a priori, pudiera resultar positiva tanto para el deudor como para el financiador, no tenía cobertura legal en nuestra legislación concursal, y, por ello, no estaba exenta de riesgos en caso de declaración de concurso, tales como la rescisión concursal ex artículo 71 de la Ley Concursal, la calificación del concurso o la clasificación de los créditos. De ahí que las expectativas que generó la Ley Concursal, se han visto en parte defraudadas por una situación económica como la actual, en la que buena parte de la doctrina como de los operadores económicos, abogaban por una reforma concursal con el fin de dar cobertura a acuerdos extrajudiciales, a fin de evitar los costes económicos y temporales del proceso concursal. A ello responde la reciente reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

**Palabras clave:** acuerdos de refinanciación, concurso, rescisión, reintegración.

# INSOLVENCY REGIME ON DEBT REFINANCING BANK OPERATIONS

**JOSÉ ANTONIO HERRERA SÁNCHEZ**

*Diplomado en Estudios Avanzados.*

*Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

## **Abstract:**

**I**N an international economic crisis scenario in which we are now, it's usual for firms to raise refinance or to reach a new arrangement with their creditors, mainly with banks and other financial institutions, about their debts. The use of this kinds of extrajudicial arrangements, which could, at first, turn out to be positive not only for defaulters but also for financers, wasn't under our Bankruptcy Legislation, and therefore, it wasn't free of risk in case of meeting of creditors such as the Bankruptcy Legislation «article 71 LC», the rating of creditors or the rating of loans. As a result, the expectations made by the Bankruptcy Legislation have been frustrated by the present economic situation, in which most of the discipline and the economic agents defended a reform in the Bankruptcy Legislation, in order to meet extrajudicial arrangements, so that the time taken in and the economic expense could be avoid. Related to this issue it's the newly-made reform in Royal Decree Law 3/2009, 27th March.

**Keywords:** refinancing arrangements, meeting of creditors, rescission, reintegration.

# Sumario

- I. Planteamiento.
- II. Antecedentes y Derecho comparado.
  - 2.1. La Loi núm. 2005/845, de 26 de julio de 2005, de Sauvegarde des Entreprises.
  - 2.2. El concordato preventivo italiano: los accordi di ristrutturazione dei debiti.
- III. El marco jurídico de las operaciones de refinanciación en la originaria redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- IV. La huida del régimen general de rescisión del artículo 71 de la Ley Concursal: nuevas figuras jurídicas de refinanciación de deudas.
  - 4.1. El Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.
  - 4.2. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y las nuevas figuras jurídicas para refinanciación de empresas en crisis.
    - 4.2.1. La hipoteca flotante o global.
    - 4.2.2. La hipoteca recargable.
    - 4.2.3. El artículo 10 de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario.
- V. La regulación de los acuerdos de refinanciación de deudas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.
- VI. Conclusiones.

## Bibliografía.

## 1. PLANTEAMIENTO

Teniendo, prácticamente, cerrado este trabajo, me he visto obligado a realizar determinadas modificaciones como consecuencia de la reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del 31 de marzo de 2009, del tan esperado Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reforma de la Ley Concursal. Dicho esto, pocas veces una ley había sido objeto de tanta atención como lo está siendo la Ley Concursal. Pese a sus pocos años de vigencia (se dictó en 2003 y entró en vigor el 1 de septiembre de 2004), lo cierto es que el entorno económico era completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido apreciar las carencias y la inadecuación de algunas de sus previsiones.

La práctica ha demostrado que el procedimiento concursal tiene unos costes temporales y económicos excesivos, es un proceso lento y caro. Ante esta situación, una parte importante de empresas españolas, con el fin de eludir el concurso de acreedores, ha acudido a soluciones extrajudiciales: daciones en pago, venta de activos con amortización de deuda, venta con subrogación en la deuda y, sobre todo, refinanciaciones. De estas últimas nos vamos a ocupar en este estudio.

Las refinanciaciones de deuda del deudor con sus principales acreedores, fundamentalmente entidades de crédito, constituyen una alternativa al concurso. Nuestra legislación concursal, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos a los que después me referiré, optó por no regular estos acuerdos de refinanciación de deudas como una solución para empresas en crisis, por lo que nos encontrábamos ante acuerdos extrajudiciales amparados en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1.255 del Código Civil, sin más límites que los que impone ese precepto, esto es, que no sean contrarios a la ley, la moral y al orden público.

La Ley Concursal, en su originaria redacción, no recoge una normativa protectora de las operaciones de refinanciación, como tampoco dispone de una normativa preventiva del concurso adaptada a las necesidades actuales (como, por ejemplo, ocurre en Francia), sin embargo, la regulación de la acción de reintegración prevé una presunción contraria a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, por más que admita prueba en contra, motivos más que suficientes para que los financiadores fueran reacios y reticentes a dar crédito, ya que ante una eventual declaración de concurso del deudor, y atendiendo al momento en que se hubiese realizado la refinanciación asumían el riesgo de las acciones de

rescisión y reintegración, calificación del concurso, posibilidad de ser considerada como administradora de hecho y la clasificación de sus créditos.

Por tanto, uno de los principales problemas que afrontan las empresas en crisis, es cómo obtener financiación ante el temor de las entidades de crédito que la hipoteca constituida pueda ser objeto de rescisión al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal. Era, pues, necesario abordar una adecuada regulación de los mecanismos preventivos del concurso, a través de los cuales se pudiera dar cauce a las situaciones de pre-insolvencia de empresas, asignatura pendiente de la Ley Concursal.

Un primer avance fue el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, continuando con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se reforma la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE de 8 de diciembre de 2008), con novedades que afectaban a las operaciones activas o de financiación efectuadas por las entidades de crédito, referentes a materias tan dispares como la estructuración de los paquetes de garantía, el régimen concursal aplicable a las entidades de crédito, a los privilegios relativos a algunas de sus operaciones más comunes, la novación modificativa de los préstamos y créditos hipotecarios y, sobre todo, la introducción de nuevas modalidades de hipotecas, que, sin pérdida de prioridad, van a permitir la refinanciación de las empresas, a saber: la hipoteca global y la hipoteca recargable. Es finalmente 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, el que opera una reforma del ordenamiento concursal, que contiene las modificaciones que pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, permitiendo a los operadores económicos contar con un procedimiento concursal menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados, así como generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores.

## II. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

No teníamos en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma, salvo el reciente Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que modifica la Ley Concursal, que regulase de forma específica los acuerdos de refinanciación de deudas. Sin embargo, en las reformas concursales europeas la tendencia es a desjudicializar las soluciones negociadas a las crisis económicas de las empresas, favoreciendo los convenios o acuerdos extrajudiciales y, en particular, el de refinanciación de deudas. Un claro ejemplo de ello lo tenemos en el Derecho francés e italiano.

### 2.1. La Loi núm. 2005/845, de 26 de julio de 2005, de Sauvegarde des Entreprises.

El nuevo Derecho francés de empresas en dificultad regulado en los artículos L 610-1 a L 670-8 y R 600-1 y siguientes del Código de Comercio francés, modificado en virtud de la «Loi du sauve-

garde des entreprises», de 26 de julio de 2005 <sup>1</sup>, es objeto de análisis en lo relativo a la prevención de la insolvencia a través de la regulación de los procedimientos de conciliación y salvamento <sup>2</sup>.

Entró en vigor el 1 de enero de 2006, y reforma el derecho de las empresas en dificultades. La Loi du sauvegarde des entreprises, consta de dos títulos: el primero de ellos se divide en siete capítulos: conciliación, salvaguarda, reorganización judicial, liquidación judicial, sanciones, disposiciones generales de procedimiento y disposiciones particulares para Alsacia y Mosela. El segundo título se divide en cuatro capítulos: disposiciones que modifican el Código de Comercio, disposiciones diversas, disposiciones transitorias y disposiciones relativas a Ultramar.

Esta normativa francesa se inspira en el principio de la conservación de la empresa, pudiendo elegir el responsable de la misma entre varios procedimientos: conciliación, salvaguarda, reorganización judicial y, en caso de fracaso de estos procesos, la liquidación judicial.

Por la cuestión que abordamos en nuestro estudio, dos son los procedimientos del Derecho concursal francés que aquí nos interesan: la conciliación y la salvaguarda.

En cuanto al procedimiento de conciliación, la finalidad del mismo es la reestructuración de deudas de la empresa, pero su utilización tiene un límite, cual es que el incumplimiento en el pago de las obligaciones con sus acreedores no sea superior a 45 días (art. L. 611.4 del CCom.). La figura del mediador puede realizar las propuestas que considere oportunas para la continuación de la actividad empresarial (art. L. 611.7 del CCom.). El acuerdo entre deudor y acreedores debe ser homologado por el Tribunal, quien debe comprobar que el deudor no ha sobrepasado sus pagos y que el acuerdo alcanzado no perjudique a acreedores no intervinientes en el procedimiento (art. L. 611.8 del CCom.). Este proceso de conciliación tiene la particularidad que, previamente a la resolución judicial que apruebe el acuerdo, se debe dar trámite de audiencia a todas las partes interesadas: deudor, acreedores, representantes de los trabajadores y Ministerio Público.

Uno de los incentivos que ofrece este procedimiento, es la protección de los derechos de los acreedores: por un lado, si la conciliación llega a buen fin los acreedores participantes en el procedimiento quedan protegidos frente a la acción de responsabilidad por el perjuicio (concesión abusiva de crédito) causado al deudor por la financiación, salvo fraude y constitución de garantías desproporcionadas (art. L. 650.1 del CCom.). Por otro lado, si la conciliación fracasa y la empresa se ve sometida a reorganización judicial, el Tribunal no podrá fijar la fecha del incumplimiento de pago de las obligaciones del deudor con anterioridad a la fecha de la resolución judicial de homologación del acuerdo, salvo fraude (art. L. 631.8 del CCom.).

Por lo que respecta al procedimiento de salvaguarda, la empresa puede acudir a él cuando se encuentra en situación de sobreendeudamiento, que puede llevarle a incumplir sus pagos (art. L. 620.1

<sup>1</sup> PEROCHON, F. et BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit e de paiement*, Manuel, LGDJ, 7.<sup>a</sup> ed., 2006. JEANNTIN, M. et LE CANNU, P., *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7.<sup>a</sup> ed., 2006. JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Manuels, Litec, 5.<sup>a</sup> ed., 2007.

<sup>2</sup> REMERY, J.P., «L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises», *Semaine Juridique*, núm. 2, 2008, págs. 13 y ss.

del CCom.). Se crean dos Comités: uno formado por las entidades financieras; otro, por los proveedores (art. L. 626.30 del CCom.). La función de esos Comités es negociar e intentar lograr un acuerdo con el deudor.

## 2.2. El concordato preventivo italiano: los acuerdos de restructuración de deudas.

Los acuerdos de restructuración de deudas es una novedosa figura que incorpora el nuevo concordato preventivo italiano en su artículo 182 bis <sup>3</sup>, tras la reforma introducida por el Decreto-Ley número 35, de 14 de marzo de 2005, que permite la homologación de acuerdos extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores. Con este nuevo instituto, el legislador italiano ha dado cobertura legal a los acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores, con la finalidad de combatir las crisis empresariales y evitar los elevados costes de un proceso concursal.

Los requisitos que deben reunir estos acuerdos de restructuración de deudas <sup>4</sup>, son los siguientes:

- El deudor, junto con la solicitud de concordato preventivo, debe acompañar un acuerdo de restructuración de deudas, que deberá estar suscrito por acreedores que representen, al menos, el 60 por 100 de los créditos del deudor.
- Junto al acuerdo, se acompañará un informe elaborado por un experto sobre la viabilidad de la propuesta. Nada dice la norma sobre quién elige a ese experto ni la cualificación profesional del mismo, por lo que en principio puede ser elegido por el deudor, o aunque también puede serlo por consenso entre deudor y acreedores. Mención especial requiere el contenido de ese informe que, ineludiblemente, debe referirse a la forma en que se va a satisfacer el pago de los créditos de los acreedores ajenos al acuerdo.
- Este acuerdo se publicará en el Registro Mercantil, con el fin de darle publicidad frente a interesados que pudieran verse afectados por el mismo, disponiendo de un plazo de 30 días para oponerse al acuerdo.

<sup>3</sup> Artículo 182 bis: Accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'imprenditore in stato di crisi puo' domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilita' dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneita' ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. L'accordo e' pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica el articolo 168 secondo comma.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. Il decreto del tribunale e' reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

<sup>4</sup> INNOCENTI, F., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa* págs. 917-941. VERNA, G., «I nuovi accordi di ristrutturazione /art. 182 bis, legge fallim)», págs. 942-960, ambos en *Revista de Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Volumen 82, núm. 6 de 2007.

- Finalmente, será el Tribunal quien decide sobre la homologación de estos accordi di ristrutturazione dei debiti, que se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Producida la homologación judicial, de conformidad con el artículo 67, párrafo 3 de la Legge fallimentare no quedan sometidos a la acción revocatoria: ...c) Los actos y los pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de un acuerdo homologado por el Tribunal según lo establecido por el artículo 182 bis.

Dicho esto, en la doctrina italiana se ha planteado un debate sobre si estos acuerdos de reestructuración de deuda son un procedimiento autónomo <sup>5</sup> o, por el contrario, debe considerarse un concordato preventivo abreviado <sup>6</sup>, polémica que tiene su origen en la propia redacción del artículo 182 bis, que subordina la presentación de los acuerdos de reestructuración de deuda a la solicitud de concordato preventivo. La postura que cuenta con un mayor respaldo doctrinal es la que defiende que nos encontramos ante dos procesos autónomos y ello en base a tres motivos: en primer lugar, porque en los acuerdos de reestructuración no vinculan a los acreedores que no los han consentido y son ajenos a los mismos <sup>7</sup>. En segundo lugar, porque el artículo 67, párrafo 3 de la Legge fallimentare, cuando se refiere a los actos, pagos y garantías que no quedan sujetos a la acción revocatoria, diferencia con claridad el concordato preventivo de los acuerdos de reestructuración y, por último, la nueva redacción que el Decreto Legislativo número 5, de 9 de enero de 2006, de reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, ha dado al capítulo quinto de la Legge fallimentare, dentro del cual se encuentra el artículo 182 bis. En la primitiva redacción, se denominaba «De la homologación del concordato preventivo», después de la modificación operada se denomina «De la homologación y cumplimiento del concordato preventivo. De los acuerdos de reestructuración de deudas», por lo que, una vez más, la ley vuelve a diferenciar entre las dos figuras <sup>8</sup>.

### III. EL MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE REFINANCIACIÓN EN LA ORIGINAL REDACCIÓN DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Los primeros antecedentes de acuerdos de refinanciación, los encontramos en la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1979, redactada por el Colegio de Abogados de Barcelona, en su Exposición de Motivos, aludía al convenio extrajudicial entre deudor y acreedores que vinculase, incluso, a aquellos acreedores ajenos a ese convenio, siempre que no superasen el 20 por 100 del pasivo. Sin embargo, esta figura del convenio extrajudicial entre deudor y acreedores no fue recogida por el articulado de dicho texto.

<sup>5</sup> AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ed. Giuffrè, Milán, 2005, págs. 184 y ss.

<sup>6</sup> GROSS, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo*, Ed. Giuffrè, Milán, 2005, pág. 333.

<sup>7</sup> BONFATTI S., «Reforma concursal italiana versus reforma española», traducción de Andrés Gutiérrez Gilsanz, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pág. 74.

<sup>8</sup> ZABALETA DÍAZ, M., «El nuevo concordato preventivo italiano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, pág. 428.



Con posterioridad, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en su artículo 212, declaraba nulos los convenios celebrados entre deudor y acreedores, una vez admitido a trámite el concurso, pero no respecto a los acuerdos celebrados con anterioridad al mismo, los cuales eran válidos, lícitos y vinculantes para los intervinientes en el acuerdo, pero no respecto a los acreedores que no habían suscrito el mismo.

Por último, la propuesta de reforma del profesor ROJO, del año 1995, en sus artículos 271 y siguientes, regulaba «el expediente de suspensión de pagos» que, pese a su denominación, ninguna relación tenía con la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, se trataba, fundamentalmente, de un proceso preventivo, inspirado en el modelo francés, al que debía acompañarse un plan de continuación de la empresa, y en el que intervenían el Registrador Mercantil y el Juez. El primero, calificaba el acta de suspensión de pagos en que se constituía el deudor; el segundo, debía resolver sobre las posibles impugnaciones del expediente y, en última instancia, sobre su homologación judicial. Una vez publicado en el BORME, los acreedores no podían instar ejecuciones y las iniciadas se suspendían por plazo de dos meses, plazo del que disponían los acreedores para adherirse a la propuesta <sup>9</sup>.

Finalmente, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a diferencia de lo que hacen ordenamientos europeos de nuestro entorno, optó por no regular los acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores, como una forma de solución de las crisis empresariales, aunque sí introdujo la figura de la «propuesta anticipada de convenio» que ha sido mínimamente utilizada en la praxis concursal.

La Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, no reguló la posibilidad de que el deudor pudiera llevar a cabo acuerdos preconcursales de refinanciación de deudas con sus principales acreedores, fundamentalmente, bancarios con el fin de garantizar la continuidad de la actividad empresarial. No es que exista impedimento legal en formalizar este tipo de convenios, que son perfectamente lícitos y admisibles en Derecho, el problema estriba en que los mismos, a efectos concursales, carecían de seguridad y protección jurídica frente a los devastadores efectos de las acciones de reintegración.

En un escenario de profunda crisis con disminución de la actividad económica, en el que Bancos/Cajas ya concedan crédito, aplacen vencimientos con la consiguiente reducción de cuota de amortización, amplíen capital, modifiquen tipos de interés, en todo este abanico de operaciones bancarias la garantía real es esencial. Por ello, cuando una entidad financiera concedía financiación para cancelar obligaciones preexistentes, reunificando deudas, garantizando el nuevo crédito con hipoteca, corría el riesgo de verse afectada por la reintegración prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal, con la consiguiente rescisión de la hipoteca.

Ante esta situación, son muchas las voces que desde distintos ámbitos pedían una reforma de la Ley Concursal que, lejos de regular estos acuerdos extrajudiciales como una forma de solución de

<sup>9</sup> En relación con los proyectos de reforma concursal anteriores a la Ley 22/2003, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5/2006, págs. 49 y 50.

las crisis empresariales, infundía inseguridad jurídica tanto en el deudor como en los financiadores y, en particular, algunos de sus preceptos (art. 71), obstaculizaban los procesos de refinanciación de deuda.

El artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones a fin de facilitar la prueba del perjuicio. Por lo que aquí nos interesa, en el número 3 apartado 2.º de dicho precepto, articula una presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas. Por tanto, esa presunción *iuris tantum* de perjuicio se aplica:

- A la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes (no garantizadas o infragarantizadas), y a las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas (sustitución de deuda) [SAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 11 de julio de 2007].
- A la subrogación de acreedor, como aquellas operaciones de financiación que supongan novación extintiva.

Como se puede observar, los preceptos del Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal (arts. 71 a 73 LC) ya no hablan de «nulidad» sino de «rescisión» y ello pone de manifiesto que el legislador ha querido apartar la idea jurisprudencial de la nulidad *ipse legis potestatee et auctoritate* de los actos de dominio y administración tal y como se predicaba del derogado artículo 878.2 del Código de Comercio, cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaída al efecto <sup>10</sup>, sino que opta por una acción rescisoria, así el artículo 71.1 de la Ley Concursal dice que: «Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

Por tanto, dos son los presupuestos esenciales de la acción rescisoria:

- a) La existencia de perjuicio para la masa (elemento objetivo).
- b) Su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (elemento temporal), prescindiendo del elemento subjetivo, referente al *consilium fraudis* o *animus fraudandi*, ya que la rescisión procede «aunque no hubiere existido intención fraudulenta» (art. 71.1 LC).

### *El requisito temporal.*

El legislador opta por un periodo común de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, atendiendo a la seguridad jurídica de las operaciones, sin perjuicio de que las realizadas

<sup>10</sup> SSTS de 5 y 13 de diciembre de 2005 (RJ 2006/328).

fuera de ese plazo hábil podrán ejercitarse según lo dispuesto en el artículo 71.6 de la Ley Concursal, cuyo conocimiento también corresponderá al Juez del concurso.

### *El requisito objetivo.*

Este presupuesto requiere la existencia de un perjuicio para la masa activa. La cuestión se centra en determinar qué se entiende por perjuicio <sup>11</sup>. La denominada jurisprudencia menor <sup>12</sup>, entiende que «el perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo, sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la LC), y que ello no se encuentre justificado». Por tanto, el juicio sobre el perjuicio exige, por un lado, un sacrificio patrimonial, por otro, que ese sacrificio carezca de justificación. Abundando sobre esta cuestión, la doctrina científica ha considerado que el concepto de perjuicio para la masa activa puede ser objeto de una interpretación estricta o de una interpretación amplia <sup>13</sup>.

En cuanto a la primera, exige analizar si el patrimonio activo del deudor ha disminuido como consecuencia de la realización del acto dispositivo. Esta interpretación tiene fundamento, por un lado, en la propia dicción legal del artículo 71 de la Ley Concursal cuando textualmente se refiere a «los de actos perjudiciales para la masa» y, por otro, las excepciones al ejercicio de la acción rescisoria de los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales (art. 71.5 de la LC).

Por lo que se refiere a la interpretación amplia, considerando que el perjuicio puede que se produzca no sólo cuando hay una minoración del activo sin que se produzca el correlativo del pasivo, sino cuando exista una disminución del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores, provocando que la cuota de satisfacción de los acreedores ordinarios sea menor. Y así lo ha entendido el propio legislador, cuando a través de alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 71, pese a existir una correlación entre la reducción del activo y del pasivo, establece unas presunciones de perjuicio para la masa activa, partiendo de la idea que se acaba de exponer, como alteración de la *pars conditio creditorum*, a favor de uno o varios acreedores en detrimento del resto <sup>14</sup>.

Por tanto, no existe una regla general a la hora de determinar el perjuicio en la constitución de una garantía, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Las resoluciones judiciales, en su inmensa mayoría, mantienen un criterio estricto a la hora de valorar las pruebas que des-

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, extensamente tratada por ESCRIBANO GAMIR, R., «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10/2007.

<sup>12</sup> Véase en este sentido la reciente SAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 6 de febrero de 2009.

<sup>13</sup> En este sentido, LEÓN SANZ, F. en Ángel Rojo-Emilio Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2004, pág. 1.307.

<sup>14</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Islas Baleares de 26 de febrero de 2007.

truyan la presunción *iuris tantum* del perjuicio patrimonial en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Así, resulta sumamente interesante analizar el criterio que nuestros Tribunales y Juzgados de lo Mercantil siguen a la hora de determinar la existencia de perjuicio en la constitución de tales garantías:

- Que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del deudor no es suficiente para desvirtuar la presunción. La constitución de hipoteca, apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en garantía de una deuda preexistente de la concursada, constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa. La hipoteca sujeta el bien o derecho afecto al pago del crédito hipotecario (art. 155 de la LC) y el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada (arts. 55 y 56), con la consiguiente merma para la masa. El hecho de que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado no es suficiente para desvirtuar la presunción, dada la situación de insolvencia en la que se encontraba el deudor y la inminencia del concurso (Sentencia de 25 de febrero de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona).
- La *fiducia cum creditore* es equiparable a una garantía real a los efectos de la presunción del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal. Caso de *lease-back*. Existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia al considerar que los negocios fiduciarios que cumplen esta finalidad (los llamados *cum creditore*) son equiparables a aquellos negocios que tienen la misma virtualidad que la constitución de una garantía real, dado que su eficacia práctica es la misma: asegurar el pago de un crédito con un bien inmueble. Y siendo así, la operación sometida a revisión por la acción de reintegración no sólo sería rescindible por la vía ya tratada del artículo 71.3.1.º, sino también por la del 71.3.2.º (la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas), en el entendimiento de que el concepto de garantía real a que se refiere el precepto no se corresponde con un elenco tasado, ni es equivalente a los supuestos en los que se reconoce la condición de crédito privilegiado (art. 90), sino que incluye no sólo los derechos reales de garantía, sino también cualesquiera operaciones con una finalidad de garantía real, entre las que evidentemente se encuentran los negocios fiduciarios (Sentencia núm. 45/2005 de 25 de julio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Córdoba).
- Rescisión de prenda sin desplazamiento inicialmente en documento privado no inscrito, que se eleva a público e inscribe dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Acreedor que obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada. Ampliar el crédito, la garantía cubre cualquier otra que se adeude a la entidad bancaria y extiende la responsabilidad personal a otras empresas del grupo. Ello permite aplicar la previsión del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal, pues se han constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario (art. 71.3), puesto que lo que ha sucedido es que pocos meses antes de la declaración de concurso, cuando una de las empresas del grupo entra en suspensión de pagos, el banco logra situarse en una situación ventajosa res-

pecto del resto de acreedores del deudor. Ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene en el artículo 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada (Sentencia núm. 343/2005, de 9 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao).

- Refinanciación de deuda. Presunción de perjuicio destruida por prueba en contra. Por la administración concursal se ejercita acción rescisoria de hipoteca unilateral constituida en periodo sospechoso en garantía de créditos de la Hacienda Pública y Seguridad Social, el Juzgado considera el acto como no perjudicial, ya que en el marco de la negociación con la Administración Tributaria y con la Tesorería, se consiguió una renegociación de los plazos de la respectiva deuda, ofertándose como contrapartida la constitución de los gravámenes reales de que se trata. Así, al interrogante del eventual perjuicio para la masa activa la respuesta debe ser negativa en la consideración de que en otro caso, tal vez no hablaríamos de la existencia de masa alguna por mor del expeditivo carácter de los apremios administrativos que se hubieran podido desenvolver (Sentencia de 25 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia).
- No son rescindibles los negocios que persigan obtener un plan de viabilidad o superar la situación de insolvencia y obtener la viabilidad aunque no tenga éxito (Sentencia de 18 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria).
- Sustitución de unas deudas vencidas a favor de proveedores, que no tenían garantía hipotecaria, por otras deudas que sí la tienen, lo que supone un perjuicio objetivo para la masa activa del concurso. El artículo 71 de la Ley Concursal ya citado permite presumir el perjuicio patrimonial para la masa activa cuando las garantías reales se constituyen para garantizar obligaciones que vengán a sustituir deudas preexistentes. El citado artículo 71 de la Ley Concursal no requiere para que la operación sea rescindible que las obligaciones correspondan al mismo acreedor, por lo que es posible aplicar este precepto a aquellos casos en los que se está financiando deuda vencida, lo que hace que debe de ser la entidad de crédito la que pruebe que esa operación era beneficiosa para la sociedad en ese momento, es decir, que la sociedad era viable refinanciando de esa forma la deuda. Hay que señalar que el perjuicio al que se refiere la Ley Concursal es un perjuicio objetivo para la masa activa, que no requiere que el nuevo acreedor sea consciente del mismo, tal y como dice el precepto, sin necesidad de que conste intención fraudulenta (Sentencia núm. 295/2006, de 18 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona).
- Préstamo hipotecario a la concursada, cuyo importe se transfiere a terceros vinculados a ésta, que lo destinan a cancelar deudas propias frente al mismo acreedor. El perjuicio patrimonial ha existido, sin que sea preciso entrar en mayores disquisiciones, dada la claridad del supuesto de hecho planteado. Ciertamente es que, en abstracto, y como dice la apelante, la concesión de créditos con garantía hipotecaria forma parte muy importante de la financiación de las sociedades mercantiles, y no necesariamente tiene por qué ser perjudicial para la masa activa la constitución de esos derechos reales de garantía. Pero no menos cierto es que la

ley presume el perjuicio en casos como el que nos encontramos: cuando sobre la sociedad pesaban deudas preexistentes y constituye garantías reales a favor de obligaciones nuevas que se contraen en sustitución de aquéllas [SAP de Alicante, Secc. 8.<sup>a</sup>, núm. 35/2007, de 30 de enero, Sentencia de 22 de junio de 2006 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante (Incidente concursal núm. 850/05)].

- Carencia sobrevenida de objeto al enajenarse la finca por ejecución de carga posterior. Un tercero dispone de garantía hipotecaria, que recae sobre un bien que fue de la concursada, pero ya no lo es, ya que por una deuda posterior de la que era titular la Seguridad Social, fue subastada y adjudicada al mejor postor. Ante tal situación el concurso nada puede obtener con el incidente que pretende la rescisión de una hipoteca que afecta a un bien extraño a la masa activa del concurso. No se pretende la reintegración a la masa activa sino la nulidad de la hipoteca, por eso hay una carencia sobrevenida de objeto (Auto de 30 de abril de 2007 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao).
- Refinanciación de deuda preexistente con nuevas garantías reales (prendaria e hipotecaria). dos efectos destacables:
  - a) La constitución de un privilegio especial a favor del Banco.
  - b) El aumento de la masa pasiva de la entidad prestataria.

Téngase en cuenta que si la declaración de concurso se hubiera solicitado antes de la constitución de las garantías reales el pasivo de la entidad deudora no habría sido tan acusado como cuando realmente se solicitó. De ahí que se denote que al constituirse la garantía prendaria e hipotecaria el banco persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera a la prestataria, la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. En supuestos tan paradigmáticos como el que se nos plantea, tan es así que tal caso cumple escrupulosamente con la previsión legal plasmada en el artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal (Sentencia de 20 de mayo de 2007 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid).

- Asunción de deuda ajena y posterior constitución de garantía real. Que esta asunción de deuda ajena y posterior constitución de garantía real sobre el patrimonio del concursado es presuntivamente perjudicial para la masa no admite demasiadas dudas, partiendo de un concepto amplio de perjuicio, sancionado jurisprudencial y doctrinalmente, que escapa a una lectura restrictiva que ciña el concepto a la reducción del patrimonio del concursado, para acoger también aquellos casos en los que el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro. Habiendo acreditado la demandante que el negocio jurídico celebrado se incardina en este precepto (sin perjuicio, como hemos dicho, de que la asunción

de una deuda ajena antes del concurso puede ser esgrimida igualmente como perjuicio por el art. 71.4 de la LC) y que está comprendido en los límites temporales del artículo 71.1, correspondía a los demandados acreditar que no existió perjuicio para la masa, lo que éstos han quedado lejos de hacer (SAP de Barcelona, Secc. 15.ª, núm. 325/2007, de 11 de junio, y Sentencia de 18 de enero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona).

- La presunción del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal, sólo es aplicable cuando la deuda preexistente garantizada o sustituida es a favor del acreedor que se beneficia con la garantía hipotecaria. Los hipotecantes concursados no garantizan deudas a su cargo preexistentes con la entidad bancaria, sino obligaciones ajenas. En consecuencia, el perjuicio para las masas activas de los concursos de las personas hipotecantes concursadas no puede ser apreciado al amparo del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal. En la ratio de este precepto se da por supuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia, con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa del deudor concursado hipotecante (SAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 26 de septiembre de 2007).
- Constitución de hipoteca mobiliaria en garantía de aplazamiento de deuda preexistente de la Seguridad Social. Se constituye una garantía, la hipoteca sobre la maquinaria, para asegurar el cumplimiento de una obligación que ya existía previamente al momento en que se otorga. Ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene en el artículo 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada. Esa conclusión debe reiterarse en este caso. En efecto, el artículo 71.3 presume el perjuicio patrimonial salvo prueba en contrario. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) considera que la hay en tanto que con su actuación contribuyó a favorecer la continuidad empresarial, pues de no haberse obtenido el aplazamiento y garantía, hubiera ejecutado el patrimonio de la hoy concursada. Seguramente haya ocurrido así, como acontece, en general, con cuantos conceden crédito o aplazan el exigible a cambio de la constitución de garantías. Pero tan legítima finalidad no impide apreciar que sí se produjo perjuicio patrimonial. Por un lado, porque se ha favorecido a un acreedor en perjuicio de los demás, al mejorar su posición pues con la hipoteca el crédito se califica como privilegiado, conforme al artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal. Por otro, porque un bien de algún valor, la maquinaria hipotecada, fue gravado para garantizar una deuda que preexistía al momento de constituir la hipoteca. Es decir, se disminuye la posibilidad de obtener crédito porque ya no puede ofrecerse como garantía todo el valor de la maquinaria hipotecada (Sentencia núm. 442/2007, de 3 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao).
- Aplazamiento de pago de deuda ajena garantizado con constitución de hipoteca mobiliaria sobre bienes de otra empresa del grupo. Nos hallamos ante un acto incardinable en la presunción *iuris et de iure* del primer inciso del artículo 71.2 (lo que exime a la administración concursal de la carga de acreditar el perjuicio patrimonial para la concursada), al constituirse una hipoteca en garantía de una deuda ajena sin que se aprecie para la concursada contraprestación alguna, pues no puede merecer tal calificativo la evitación de una eventual



derivación de responsabilidades por la TGSS. El hecho de que la TGSS pudiera haber encontrado fundamentos para derivar tales responsabilidades hacia la concursada en nada afecta al carácter perjudicial del acto, que deriva de la ajenidad de la deuda, ajenidad que no desaparecería por la incoación del expediente administrativo, que, de prosperar, haría nacer una acción de repetición de la concursada hacia la sociedad dominante por aplicación del artículo 1.145 del Código Civil. Sentado el carácter perjudicial del acto impugnado, procede su rescisión en virtud del artículo 73.1 de la Ley Concursal (Sentencia núm. 260/2007, de 10 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo).

- Inexistencia de perjuicio en la constitución de hipoteca en garantía de sus obligaciones como fiador de un préstamo hipotecario ajeno (estando el deudor en concurso), teniendo la hipoteca por objeto bienes sobre los que el acreedor ya había trabado embargo, por lo que se evitó, por el momento, el concurso y la ejecución despachada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuyo procedimiento se había acordado el embargo sobre fincas que después fueron hipotecadas, y es por ello por lo que la formalización de la hipoteca no perjudicó el patrimonio del deudor, y le libró, por poco tiempo, del concurso (SAP de Jaén de 21 de enero de 2008).
- Refinanciación de deudas. Inexistencia de perjuicio: constitución de hipoteca que en sus dos terceras partes se destina a cancelar deuda anterior, vencida y exigible; y una tercera parte es ampliación de crédito. En este caso se debe valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria. El mero hecho de conceder una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a la anterior, debe considerarse injustificado, pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la *par condicio creditorum*, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de acreedores. Ahora bien, en el presente supuesto de constitución de hipoteca que, en sus dos terceras partes se destina a cancelar deuda anterior, vencida y exigible; y, una tercera parte es ampliación de crédito y, además, respecto al crédito preexistente, se transforma una deuda exigible que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses en una deuda a largo plazo con un interés menos que el del descubierto, analizadas todas estas circunstancias, en el contexto en que se renegó la deuda seis meses antes del concurso, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio (SAP de Barcelona, Secc. 15.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2009).

#### IV. LA HUIDA DEL RÉGIMEN GENERAL DE RESCISIÓN DEL ARTÍCULO 71 DE LA LEY CONCURSAL: NUEVAS FIGURAS JURÍDICAS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDAS

El principal problema con el que se enfrentan las empresas en crisis, es la dificultad para encontrar financiación, fundamentalmente, por el temor de las entidades financiadoras de verse afectadas



por las acciones de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal. Por tanto, era necesario introducir reformas legislativas que fueran mitigando los efectos de las acciones rescisorias respecto a determinadas operaciones de financiación o refinanciación. Y hasta el reciente Real Decreto 3/2009, al que posteriormente me referiré, dos fueron las modificaciones que en mayor o menor medida contribuyeron a ello: por un lado, el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; por otro, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

#### **4.1. Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.**

El Capítulo II del Real Decreto-Ley 5/2005, sobre «acuerdos de compensación contractual y garantías financieras», responde, como explica la Exposición de Motivos, de un lado, a la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera y, de otro, a la pretensión de ordenar y sistematizar la normativa en materia de acuerdos de compensación contractual y de garantías de carácter financiero.

Pero, por lo que aquí nos interesa, la principal cuestión que se ha suscitado en relación a este real decreto es el de su ámbito de aplicación, es decir, si además de a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías financieras que se constituyan respecto de dichos acuerdos de compensación contractual, también se aplica a las garantías de otras operaciones financieras distintas de los derivados y que entren en el concepto de «obligaciones financieras principales» a que se refiere el artículo 6.4 del mismo<sup>15</sup>, esto es, si es aplicable a las garantías pignoraticias constituidas por el deudor en garantía de las obligaciones que frente a una entidad de crédito derivan de un contrato de financiación<sup>16</sup>.

DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS<sup>17</sup> llegan a la conclusión que, dentro del ámbito de aplicación del mismo, caben garantías financieras distintas de los derivados, así señalan: «(...) En cualquier caso, en este momento, la dicción literal del número 4 del artículo sexto del real decreto-ley parece permitir que se acojan al régimen de garantías financieras aquellas garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo (se podría interpretar que cualquier obligación dineraria) en la medida en que cumplan el resto de los requisitos del régimen de

<sup>15</sup> Se entienden por obligaciones financieras principales, aquellas obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que da derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros.

<sup>16</sup> MANZANARES SECADES A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, de 6 de febrero de 2009.

<sup>17</sup> «Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas», *Revista Jurídica La Ley*, 27 de abril de 2005.

aquéllas. La dicción literal de la versión española de la Directiva 2002/47/CE (y del real decreto-ley) no facilita la posibilidad de acogerse a la segunda y lógica interpretación del precepto, y, por tanto, este artículo hace surgir la duda más que razonable de si el ámbito del real decreto-ley debe extenderse también a otros campos del sector financiero como la financiación bancaria o incluso a la garantía de cualquier obligación dineraria (por ejemplo, prendas de dinero o de valores para garantizar el pago de cánones relacionados con la propiedad industrial o de rentas de arrendamientos inmobiliarios en que ninguna de las partes fuera persona física y una de ellas fuera de las caracterizadas por la directiva y el real decreto-ley). Es más, como la redacción de la versión española de la directiva y del propio real decreto-ley han sido tan descuidadas y no han hecho mención específica a su propósito específico, no facilita argumentos expresos en el texto que contradigan esta interpretación literal, aunque, eso sí, leyendo los considerandos de la Directiva 2002/47/CE uno no puede dejar de llegar a la conclusión de que no nos encontramos ante una modificación general del régimen de garantías de obligaciones dinerarias en toda la Unión Europea, sino ante algo mucho más restringido».

Por otro lado, LEÓN SANZ<sup>18</sup> es de la misma opinión cuando señala, refiriéndose a la cuestión del ámbito de aplicación del citado real decreto-ley que: «(...) De este modo, en el ámbito de aplicación de la norma española se encuentran incluidas indudablemente las garantías financieras en sentido propio, las celebradas en el marco de las operaciones de los mercados financieros y, en particular, en conexión con futuros, opciones y otros instrumentos derivados, es decir, aquellos que justifican una regulación específica, tanto por las particularidades de su objeto como por su significación funcional en conexión con los mercados financieros. Sin embargo, el tenor literal de la delimitación formativa abre la posibilidad a que se aplique a otro tipo de garantías. Parece admitir incluso que se extienda el régimen especial a supuestos como préstamos bancarios tradicionales garantizadas con una prenda de acciones. Sin duda resulta recomendable una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del real decreto-ley: con todo, el tenor literal de la delimitación formativa hace difícil restringir el ámbito de vigencia en aquellos supuestos en que se cumplan las notas que en él se establecen».

Por último, DE CASTRO ARAGONÉS y FERNÁNDEZ SEIJO<sup>19</sup> también parecen defender, aunque expresamente no lo digan, la aplicación de este real decreto-ley a las operaciones de financiación clásica.

Estas opiniones de la doctrina científica, han tenido refrendo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 septiembre 2008, que llega a la misma conclusión que los citados autores, y considera aplicable el real decreto-ley al supuesto que enjuiciaba, cuyas principales circunstancias fácticas eran las siguientes<sup>20</sup>: «Una entidad de crédito, Caixa Penedés, había suscrito con una compañía una póliza de crédito de cobertura de operaciones de comercio exterior, a través de la cual,

<sup>18</sup> «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, págs. 353 y ss.

<sup>19</sup> «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (a propósito del RDL 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3/2005, págs. 25 y ss.

<sup>20</sup> MANZANARES SECADES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, de 6 de febrero de 2009.

la compañía descontaba facturas giradas contra compañías extranjeras. La póliza contenía, bajo el título "Garantías", la típica cláusula de compensación que facultaba a Caixa Penedés para aplicar al pago de cualquier obligación que para la compañía se derivara de la póliza una serie de bienes y derechos, entre los que se mencionaban, entre otros, los bienes depositados en la entidad de crédito de los que la acreditada resultara titular, como los saldos de cuentas y libretas de ahorro, los certificados de depósito, los depósitos de valores y los activos financieros de cualquier clase. La cláusula facultaba a Caixa Penedés, a fin de resarcirse con su producto, para la venta, realización o endoso de los bienes y derechos, de entre los relacionados, que no tuvieran carácter de líquidos. La acreditada, más tarde concursada, era titular de una serie de participaciones de un fondo de inversión del que Caixa Penedés era depositaria, y había autorizado a ésta en una comunicación escrita a rescatar dicho fondo de inversión para la regularización de cualquier impagado que pudiera llegar de las líneas de descuento y comercio exterior que mantenía con la entidad financiera. Llegado el vencimiento de los efectos financiados el 3 de febrero de 2006, Caixa Penedés ejecutó la garantía rescatando las participaciones del fondo de inversión, y aplicó el producto a los impagados en la línea de comercio exterior en dicha fecha de 3 de febrero, fecha en la que además la acreditada solicitó la declaración de concurso».

Ante estos hechos, la administración concursal formuló una acción de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal, respecto a la operación de compensación llevada a cabo por Caixa Penedés. La sentencia del Juzgado Mercantil número 1 de Barcelona había estimado la demanda, la Audiencia Provincial de Barcelona la revoca y estimó el recurso de apelación de Caixa Penedés y declaró procedente la compensación. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia se planteó si la operación descrita podía o no incluirse en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 5/2005, fundamentándolo jurídicamente como sigue: «...no pueden identificarse con una cláusula de compensación incluida en una póliza de crédito como mecanismo o sistema de garantía a favor de la entidad financiera para resarcirse del saldo deudor a cargo de la contraparte. No se trata aquí de un acuerdo causalizado de la forma descrita, de tal modo que la razón que dota de sentido a la póliza sea la sustitución de recíprocas deudas y créditos derivados de operaciones financieras amparadas por la póliza por una sola deuda y un solo crédito cuyo importe es la suma neta mediante compensación, novación o establecimiento directo del saldo, por más que la operativa de crédito que permite la póliza se instrumente a través de un pacto de cuenta corriente. Se trata aquí de un contrato de crédito, que confiere financiación hasta un límite de disposición, dotado de un sistema de garantías a favor de la entidad financiera, y este esquema contractual no estimamos que constituya propiamente un acuerdo de *netting* al que hacía referencia el Real Decreto-Ley 5/2005.

No obstante, menos dudoso nos parece que la póliza integra un acuerdo de garantía financiera que concretamente quedó identificado con la comunicación de la parte acreditada a la que se ha hecho mención, en la que ésta autorizaba a la entidad de crédito a rescatar cierto fondo de inversión para la regularización de cualquier impago que pudiera llegar de las líneas de descuento y comercio exterior que mantenía con dicha entidad. En este aspecto, la operación de compensación por ejecución de la garantía pudiera quedar amparada por las disposiciones del real decreto-ley por estar incluida, también, en su ámbito de aplicación, que en este caso es muy amplio.

(...)

Se ha criticado por ciertos autores que el ámbito de aplicación, así descrito, resulta extraordinariamente amplio, pues incluiría cualquier tipo de contrato singular o marco de prenda o garantía con cambio de titularidad que suponga un traspaso posesorio concertado por cualquiera de los sujetos enumerados en el artículo 4 del real decreto-ley con cualquier otro de esos sujetos o con una persona jurídica, e incluso personas físicas, en el que se constituya una garantía o se transmitan en garantía valores negociables o instrumentos financieros o dinero abonado en cuenta, pudiendo acogerse a este régimen aquellas garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo (cualquier obligación dineraria) resultado que se ha pretendido excesivo para cumplir con la finalidad pretendida por la directiva. Pero lo cierto es que los términos del real decreto-ley, en lo que afecta al ámbito de aplicación referido a las garantías financieras es claro (por más que, para un sector, criticable) y no se restringe expresamente a la garantía de obligaciones relacionadas con la liquidación de instrumentos financieros, ya sea mediante su liquidación por diferencias o la entrega de los instrumentos financieros, como tampoco lo hace en sentido restrictivo la Directiva comunitaria».

En definitiva, la compensación que llevó a cabo la entidad de crédito se beneficiaría de lo previsto en el artículo 15.4 del Real Decreto-Ley 5/2005, y no se verá limitado, restringido o afectado en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes.

#### **4.2. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y las nuevas figuras hipotecarias para refinanciación de empresas en crisis.**

La Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario ha incidido en la legislación concursal, en cuatro aspectos <sup>21</sup>:

- A) Aclarando que las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras sólo podrán ser rescindidas demostrando la existencia de fraude en la constitución de gravamen.
- B) Aclarando que en caso de concurso del emisor los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán de privilegio especial, con preferencia los bonos sobre las cédulas hipotecarias, y éstas a prorrata en caso de existir varias emisiones.
- C) Introduciendo productos financieros hipotecarios nuevos, que doten al mercado hipotecario de mayor flexibilidad y eficiencia, y que permiten la refinanciación del deudor sin necesidad de cancelar la hipoteca anterior y constituir una nueva, como son la hipoteca global (hipoteca única en garantía de diversas obligaciones distintas) y la hipoteca recargable (refinanciación como novación modificativa y no extinta).

<sup>21</sup> Así lo ha puesto de manifiesto GÓMEZ GALLIGO, J., «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pág. 323.

- D) Estableciendo el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de la prenda sin desplazamiento de posesión sobre créditos futuros, por lo que en el ámbito concursal propiamente dicho no cabrá invocar el carácter de crédito con privilegio especial sobre el bien pignorado, tratándose de prendas sin desplazamiento de posesión, sino cuando tales prendas estén inscritas en el Registro de Bienes Muebles, modificándose en esto el régimen general previsto en el artículo 90.1.6.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

De entrada, se ha de dejar claro que no se trata de hacer un estudio pormenorizado de las nuevas modalidades de hipoteca que recoge la Ley 41/2007, ya que ello excedería con mucho de la finalidad de este trabajo, sino una sintética referencia al concepto y características de estas figuras de garantía crediticia contempladas desde la óptica de nuevos instrumentos de financiación o refinanciación de empresas en crisis.

#### 4.2.1. *La hipoteca flotante o global.*

El principal problema que la hipoteca flotante o global (al igual que la recargable) planteaba en nuestro Derecho, es que el sistema hipotecario español está representado por el principio de accesoriedad, según el cual la hipoteca es un derecho accesorio de una obligación principal para cuya seguridad se constituye. El legislador en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, ya señalaba: «La hipoteca, además de ser un derecho real en garantía de una obligación y por tanto, un contrato accesorio y subsidiario de otro principal...». En idéntico sentido se manifiestan los artículos 1.528, 1.857.1.º y 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria.

La tesis doctrinal mayoritaria mantiene que la hipoteca es un elemento accesorio de la obligación garantizada. Por tanto, se parte de la base de distinguir dos derechos: el crédito y el de hipoteca que guardan una relación de dependencia de ésta respecto de aquél. Como dice ROCA SASTRE<sup>22</sup>, la hipoteca es en nuestro sistema un derecho accesorio de la obligación asegurada, está subordinada en su existencia, extensión y extinción con el crédito, «por tanto la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte». Ésta es la postura que defiende nuestra doctrina científica mayoritaria<sup>23</sup>.

Ahora bien, no ha faltado también un sector autorizado de nuestra doctrina<sup>24</sup>, que ha puesto en tela de juicio el dogma de la accesoriedad, reconociendo esos dos derechos, el de crédito y la hipoteca.

<sup>22</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Vol. 1.º, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, pág. 273.

<sup>23</sup> En idéntico sentido, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988, pág. 327; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 414 y ss.; SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, Vol. 2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona 1991, pág. 313.

<sup>24</sup> Entre otros, LA RICA Y ARENAL R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas*, Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1948, págs 290 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS A., *El derecho real de sub-hipoteca*, Bosch, Barcelona, 1957.

teca, postulan la preponderancia de esta última sobre aquél, en el sentido de que, pese a la accesoriidad de aquélla, no está sometida a la obligación garantizada, sino que recibe un tratamiento separado o se rige en ciertos supuestos por sus propios principios.

Inicialmente, existe una posición restrictiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), respecto a la accesoriidad, así en la Resoluciones de fecha 23 diciembre de 1987, de 28 de julio de 1998, 3 de octubre de 1991; 17 de enero de 1994; 11 de enero de 1995; 6 de junio de 1998; 7 de junio de 1999; 21 de junio de 2001 y 12 de septiembre de 2003, entre otras.

Este mismo concepto restrictivo de accesoriidad, fue acogido por la Sala Primera del Tribunal Supremo al considerar en su Sentencia de 28 de noviembre de 1997, que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, «cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriidad».

Sin embargo, esa postura se ha flexibilizado, puesto que la DGRN ha admitido la hipoteca única para garantizar varias obligaciones, e incluso de diferente naturaleza jurídica, e incluso antes de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la Dirección General entendió en sus Resoluciones de 1 de junio, 26 de septiembre de 2006 y 18 de marzo de 2008<sup>25</sup>.

La Ley 41/2007 modifica la Ley Hipotecaria, introduciendo el artículo 153 bis<sup>26</sup>, que refrenda legalmente la posibilidad de constituir hipotecas flotantes o globales, a favor de determinadas entidades y con sujeción a ciertas condiciones. Por hipoteca flotante o global se entiende aquella por la que «se pacta una inclusión en la cobertura en garantía de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas cuando se constituye la hipoteca, pero que son determinables conforme a ciertos criterios de integración pactados por las partes»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Estas resoluciones mantienen la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto.

<sup>26</sup> Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a) A favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,
- b) A favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que derivan o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>27</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Pamplona, 2002, pág. 565.

Resulta evidente la utilidad de este instrumento para las entidades de crédito, que ven así abierta la posibilidad de sujetar con una única garantía hipotecaria una pluralidad de obligaciones, ya sean éstas presentes o futuras, asumidas o por asumir por el deudor frente a su acreedor hipotecario. Se consigue así mantener un rango hipotecario preferente frente a los restantes acreedores del hipotecante.

El reconocimiento legal de la hipoteca global en nuestro ordenamiento jurídico va a contribuir a simplificar la creación de paquetes de garantías en el ámbito de la financiación, así como a mejorar la estructuración de operaciones bancarias destinadas a financiar operaciones complejas, por ejemplo las de *project finance*, pues hasta ahora las entidades se veían obligadas a constituir una hipoteca en garantía de cada una de las obligaciones que se derivaban de los contratos de financiación del proyecto (préstamo principal, préstamo IVA, derivados, etc.). Con la figura de la hipoteca flotante, la responsabilidad hipotecaria máxima es única y cubre todas las deudas de la financiación (presentes y futuras), con lo que se facilitará la perfección de las garantías, se reducen los costes registrales y notariales <sup>28</sup>.

En todo caso, en opinión de GÓMEZ GALLIGO <sup>29</sup>, las disposiciones que se hagan al amparo de una hipoteca flotante, no constituyen nuevas garantías, ni sustitución de otras anteriores y, en consecuencia, no podrán ser objeto de la rescisión prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal.

#### 4.2.2. La hipoteca recargable.

Es la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007), por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, la que introduce la llamada «hipoteca recargable» en nuestro Derecho, si bien es cierto, que no hace una mención expresa y explícita a esa figura, no lo es menos, que se desprende de forma clara de su articulado, en particular, de la nueva redacción que da a los párrafos 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios:

«2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i) La ampliación o reducción de capital.
- ii) Alteración del plazo.
- iii) Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente.

<sup>28</sup> RIVERA ROMERO, R. y RAVINA MARTÍN, P., «Novedades en el mercado hipotecario: Financiación y refinanciación», *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez)-núm. 20, mayo 2008.

<sup>29</sup> Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal, *Anuario de Derecho Concursal* núm. 15, 2008, págs. 323-344.



- iv) El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras de préstamos.
- v) La prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»

Con esta reforma hipotecaria lo que se pretende es introducir seguridad jurídica y claridad en materia de novaciones de préstamos hipotecarios, incorporando dos nuevos apartados en el artículo 4 de la Ley 2/1994, a la sazón que introduce nuevas posibilidades de novaciones modificativas.

La incorporación de la hipoteca recargable a nuestro ordenamiento jurídico se presenta para muchos como un intento de aliviar el endeudamiento de empresas y familias, ya que ofrece la posibilidad de que el titular de la hipoteca tenga financiación para otros fines, disponga de nuevo del dinero que haya amortizado y lo utilice para lo que más le convenga.

Con la hipoteca recargable, se evitarán los gastos de constitución de una nueva hipoteca (comisiones bancarias, costes notariales, registrales, fiscales y de tasación). En contra de la opinión de GÓMEZ GALLIGO<sup>30</sup>, que considera que existe la posibilidad de recarga de la hipoteca en todos aquellos préstamos hipotecarios en los que no se haya pactado lo contrario, ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL<sup>31</sup>, critica esa postura, ya que ello supondría una reserva de rango sin causa que lo justifique que nos conduciría a la figura prohibida en nuestro ordenamiento de la hipoteca de propietario. Es, por tanto, necesario ese pacto expreso de los contratantes, que es lo que justifica la adecuación de la operación al ordenamiento jurídico. Así, cuando se practique la inscripción del préstamo hipotecario, según el artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007, se deben identificar «las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su obligación», por lo que se deberá dejar constancia del pacto de recarga que contenga el préstamo hipotecario convenido por las partes, con el fin que los terceros tengan conocimiento de la situación del deudor, «el cual puede tener comprometido su patrimonio a favor de una entidad financiera no por la cantidad debida sino por la total responsabilidad hipotecaria»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal, Anuario de Derecho Concursal núm. 15, 2008, pág. 323.

<sup>31</sup> Cfr. en ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL L., «Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario». Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado, 2008, págs. 298 y 299.

<sup>32</sup> ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL L., «Hacia un nuevo derecho hipotecario...», ob. cit., pág. 299.



La recarga del capital del préstamo garantizado por la hipoteca, siempre que con dicha ampliación no se exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, en ningún caso supondrá la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. El rango es, pues, una atribución legal que se confiere a la cifra de responsabilidad. Por debajo de ella, se conserva el rango aunque el capital del préstamo se amplíe. Por encima de ella, el rango se pierde legalmente.

Para que la refinanciación se lleve a cabo no es preciso una mejora de las condiciones financieras, es suficiente que el deudor acepte tal novación modificativa. Por último, reseñar que la refinanciación que se efectúe al amparo de una hipoteca recargable no puede ser objeto de las acciones de rescisión del artículo 71 de la Ley Concursal, ya que la ley lo configura como una mera novación modificativa, siempre que no se incremente la cifra de responsabilidad hipotecaria, ya que si esto ocurre dará lugar a una novación extintiva, que no modificativa, o lo que es lo mismo una nueva garantía susceptible de rescisión concursal<sup>33</sup>.

#### 4.2.3. El artículo 10 de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario.

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal no faltaron opiniones<sup>34</sup> que consideraban que este precepto había quedado derogado tácitamente, en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley Concursal, al ser incompatible con lo dispuesto en la nueva normativa concursal: La Ley 22/2003, prescindía del elemento subjetivo del fraude, estableciendo un elemento objetivo, cual es, la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial para la masa activa dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Sin embargo, la modificación que la Ley 41/2007 hizo del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario<sup>35</sup>, en el sentido que las hipotecas de la entidades de crédito a que se refiere el artículo 2

<sup>33</sup> Ésta es la postura que defiende GÓMEZ GALLIGO, «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal* núm. 15, 2008, pág. 323; sin embargo, no falta alguna opinión en contra, como es el caso de DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 6727, de 4 de junio de 2007, quien considera que uno de los inconvenientes de la hipoteca recargable, es el riesgo de que sea objeto de una acción rescisoria en caso de concurso de acreedores del deudor por el tramo de la ampliación o «recarga», si ésta ha tenido lugar en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

<sup>34</sup> PULGAR EZQUERRA J., «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6963, de 9 de junio de 2008. PULGAR EZQUERRA, J., «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *Diario La Ley*, núm. 7097, de 21 de enero de 2009.

<sup>35</sup> Redacción de este artículo vigente desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 8 de diciembre de 2007.

Artículo 10. [Impugnación de hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras].

Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél.

Redacción de este artículo vigente desde el 9 de diciembre de 2007.

Artículo 10. [Impugnación de hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras].

Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que

de la Ley del Mercado Hipotecario, sólo pueden ser rescindidas si se demuestra la existencia de fraude en la constitución del gravamen<sup>36</sup>, ha vuelto a reavivar el debate sobre cuál es el régimen concursal aplicable a las hipotecas concedidas por entidades de crédito.

A ello contribuía la redacción de la disposición adicional segunda, apartado 2 a), de la Ley Concursal, en su primitiva redacción, considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (arts. 14 y 15, modificado por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria), así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.

Ante este panorama, son varias las posturas adoptadas por la doctrina científica, sobre si las financiaciones o refinanciaciones hipotecarias, estarían dentro del ámbito de aplicación de la norma:

- Interpretación restrictiva, que considera que las previsiones de la Ley 2/1981 sólo se refieren a los préstamos que se titilizan.
- Interpretación finalista, según la cual habría que atender no al tenor literal sino a la finalidad perseguida por el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. Esa finalidad, era proteger los títulos hipotecarios emitidos por entidades titulares de hipotecas, protegiendo de la retroacción de la quiebra la hipoteca que los garantizaban<sup>37</sup>, esto es, los préstamos con garantía hipotecaria a favor de entidades financieras que sean susceptibles de ser titulizados, debiendo cumplir una serie de requisitos<sup>38</sup>, quedando excluidas de la protección de dicho precepto la hipoteca naval, la hipoteca mobiliaria, así como las refinanciaciones con garantía hipotecaria<sup>39</sup>.

---

tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe.

<sup>36</sup> La exigencia de la prueba de «fraude», es criticada por PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8/2008, págs. 161 y 162, por ser un mal ejemplo de la adaptación de la normativa concursal a las operaciones financieras.

<sup>37</sup> PULGAR EZQUERRA J., «Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6963, de 9 de junio de 2008, que a su vez cita a MADRID PARRA, *El mercado hipotecario EEUU-España*, Madrid, 1990.

<sup>38</sup> Artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario. [Garantía de los préstamos. Límites y ampliación].

Los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos.

El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.

<sup>39</sup> ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, págs. 94 y ss.

- Interpretación literalista<sup>40</sup>, según la cual del tenor literal y la remisión que hace al artículo 2 de ese texto legal, el ámbito de este precepto sería aplicable a las hipotecas constituidas por cualquiera de las entidades referidas en ese artículo 2, entre las que se incluirían las refinanciaciones de deuda con garantía hipotecaria, en la medida en que, para su rescisión y reintegración a la masa, la administración concursal debe probar:
  - a) Que existe perjuicio patrimonial para la masa activa, según lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal.
  - b) Que existe fraude en la constitución del gravamen, recayendo la carga de la prueba en la administración concursal.

La ambigua redacción del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario no ha zanjado la discusión, estando abierto el debate sobre su verdadero alcance, esto es, si comporta a efectos concursales un privilegio para las hipotecas concedidas por las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario, o sólo las que cumplan con los requisitos de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Ley del Mercado Hipotecario. Dado lo reciente de la reforma, son escasos los pronunciamientos judiciales al respecto, que a mí me conste, a ello se refiere la Sentencia de 2 de enero de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Toledo (Incidente Concursal núm. 159/2008), que parece decantarse por el criterio literalista. La sentencia trae causa en la demanda interpuesta por la administración concursal contra varias entidades financieras que intervenían como prestamistas. La demanda tenía por objeto la rescisión de una hipoteca formalizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en garantía de un préstamo sindicado de 29 millones euros, de los que un primer tramo (21.500.000 €) se garantizó con la hipoteca que se pretende rescindir por los administradores, en base al artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal. El Juzgado considera que la solución a la demanda de rescisión instada por la administración concursal, pasa por el análisis de los requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley Concursal, que gira sobre la interpretación del concepto de perjuicio, si bien debe matizarse que por exigencia de la Ley 41/2007, que da nueva redacción al artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que la administración concursal demuestre el fraude en la constitución de la hipoteca, y el concepto de fraude es mucho más restrictivo y exigente que el concepto perjuicio: la sentencia, no sin antes advertir las dudas interpretativas sobre el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario en la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007, considera que no se ha demostrado por la administración concursal el fraude en la constitución de hipoteca, sino que se ha demostrado lo contrario, la ausencia de fraude, por lo que desestima la demanda de rescisión.

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en su artículo 8 incluye en la letra a) del apartado cuatro de la disposición adicional segunda de la Ley Concursal la referencia expresa al artículo 10 de la Ley 2/1981, declarando carácter de legislación especial de aplicación no sólo en los concursos de las entidades de crédito, sino también a las operaciones y contratos que en ella se contemplan, esto es, a las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

<sup>40</sup> GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, págs. 323-344.

## V. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO

En el BOE del pasado 31 de marzo de 2009, se publicaba el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, sobre medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Hacía meses que desde distintos ámbitos y sectores se estaba pidiendo una reforma de diversos aspectos de la Ley Concursal, pero por encima de todos ellos sobresalía uno, sobre el que existía opinión, prácticamente, unánime: era preciso regular la refinanciación de deudas a empresas en crisis y, sobre todo, dotarles de protección frente a las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 de la Ley Concursal. El citado real decreto introduce una disposición adicional cuarta en la Ley 22/2003, bajo el epígrafe «Acuerdos de refinanciación» que, en mi opinión, responde a una doble finalidad: en primer lugar, facilitar la refinanciación de empresas que puedan atravesar por dificultades financieras para evitar una situación de insolvencia; en segundo lugar, dar seguridad jurídica a este tipo de operaciones que no tenían regulación legal en el ámbito concursal.

La técnica legislativa utilizada para la reforma de la Ley Concursal, vía real decreto-ley aprobado por el Consejo de Ministros, no es la más adecuada, hubiera sido deseable su tramitación y discusión parlamentaria, pero no es menos cierto, que la evolución de la crisis económica mundial y su impacto en nuestra economía, hacían necesaria y sin más demora, esta reforma concursal que, aunque tardía, es bienvenida. Por otro lado, llama la atención la técnica jurídica que utiliza el legislador, mediante la inclusión de una nueva disposición adicional cuarta, referida exclusivamente a los «Acuerdos de refinanciación», en lugar de modificar el articulado del texto de la Ley Concursal. Por tanto, nos encontramos con una regulación general contenida en los artículos 71 a 73 y, por otro lado, con una regulación específica de los mencionados acuerdos, entendiendo por tales las operaciones definidas en el apartado uno de la mencionada disposición adicional cuarta, que reúnan los requisitos del apartado dos de la misma.

### Concepto de acuerdos de refinanciación.

El apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, que introduce el artículo 8.3 del Real Decreto-Ley 3/2009, define como acuerdos de refinanciación, «los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas».

Sobre esta definición que el legislador hace de los acuerdos de refinanciación, se pueden hacer varias interpretaciones:

- 1.<sup>a</sup> Según una interpretación literal, el acuerdo debe consistir o en una ampliación del crédito disponible o en una modificación de sus obligaciones. De modo que operaciones denominadas como «reestructuración de deudas», tan habituales en la actualidad, por ejemplo,

daciones en pago de deuda, venta de activos con amortización de deuda, no tienen cabida en el concepto de acuerdos de refinanciación.

El acuerdo puede consistir en una ampliación significativa del crédito disponible, pero ¿qué debe entenderse por ampliación significativa?, o dicho con otras palabras, ¿si amplió el crédito disponible en un 10 por 100 no será significativo, mientras que si lo amplió en un 60 por 100 sí lo es? En mi opinión, dado que la norma no establece ningún límite, umbral o porcentaje que sirva de referencia para determinar lo que es o no significativo, cualquier ampliación del crédito que se efectúe podrá considerarse ampliación significativa, si con ello se consigue la continuidad de la actividad de la empresa que, en definitiva, es el objetivo que persigue la norma.

Obsérvese la similitud que guardan las operaciones que, literalmente, constituyen un acuerdo de refinanciación, con la reciente reforma del mercado hipotecario articulada a través de la Ley 41/2007, a la que me he referido en páginas anteriores, que modificó el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios <sup>41</sup>, y que considera como novaciones modificativas: la ampliación o reducción de capital, alteración del plazo, modificación de condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, modificación del método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras de préstamos, la prestación o modificación de las garantías personales.

- 2.<sup>a</sup> Interpretación teleológica, desentrañando el verdadero sentido de la norma que se infiere inductivamente tanto de su forma como de su contenido, mediante el análisis del texto legal, el estudio de su preámbulo y trabajos preparatorios, por lo que por acuerdos de refinanciación habrá que entender no sólo la ampliación del crédito disponible, la modificación de sus obligaciones, como la concesión de nuevas operaciones de financiación, sino también negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, porque el fin último de los mismos es conseguir la viabilidad a corto y medio plazo de la empresa y la continuidad de su actividad.

Por último, la finalidad de estos acuerdos de refinanciación, según el último inciso del apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal es que han de responder «a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo». Otro de los problemas que plantea este último párrafo es qué debe entenderse por corto/medio plazo. El Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE de 20 de noviembre de 2007), que aprueba el Plan General de Contabilidad, distingue entre corto (hasta un año) y largo plazo (más de un año). La referencia temporal de la viabilidad

<sup>41</sup> Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i) La ampliación o reducción de capital.
- ii) Alteración del plazo.
- iii) Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente
- iv) El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras de préstamos.
- v) La prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

de la empresa a corto plazo queda clara (hasta un año), pero a medio plazo, es un concepto indeterminado que la normativa contable no recoge, y que puede dar lugar a hipótesis e interpretaciones no deseadas, habiendo sido más recomendable que el legislador estableciese un plazo determinado a efectos de determinar la viabilidad de la empresa.

### **Requisitos de los acuerdos de refinanciación.**

El apartado 2 de esta disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, señala los requisitos para que los acuerdos de refinanciación no estén sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal, y que son los siguientes:

- 1.º Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- 2.º Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor.
- 3.º Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Pues bien, analicemos cada uno de ellos.

En cuanto al primer requisito, el acuerdo deberá contar con la aprobación de «acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor», en el momento de formalizarse dicho acuerdo. En cuanto a la exigencia de que el acuerdo cuente con el respaldo de acreedores que representen el 60 por 100 (3/5) del pasivo del deudor <sup>42</sup>, entiendo que es un quórum aceptable, ya que es una mayoría lo suficientemente cualificada para que el acuerdo de refinanciación cuente con el consentimiento de la mayor parte de acreedores profesionales (sobre todo entidades de crédito), ya que exigir mayorías superiores e incluso unanimidad, supondría el fracaso del acuerdo. Sin embargo, la norma no precisa cuántos ni cuáles acreedores pueden formar ese porcentaje de 3/5 del pasivo, por tanto, puede tratarse de un elevado número de acreedores, o un grupo minoritario (habitualmente entidades bancarias), que reúnan ese montante de créditos.

Los acreedores que suscriban el acuerdo de refinanciación, no significa que se les vaya a refinanciar, ampliar, o novar sus créditos, la mayoría de los 3/5 está referida al quórum necesario para que el acuerdo resulte aprobado. Ahora bien, dentro del contenido puede darse el caso de acreedores que suscriban el acuerdo, y no se les refinancien o modifiquen sus créditos, y su respaldo sea meramente por el interés que tienen en la continuidad de la empresa, como sería el caso de trabajadores y proveedores.

<sup>42</sup> Es la mayoría que se exige en el Derecho italiano, para los accordi di ristrutturazione dei debiti del artículo 182 bis de la Legge fallimentare.

Por otro lado, la praxis nos dice que en la inmensa mayoría de empresas en crisis la mayor parte de sus créditos son titularidad de entidades de crédito, con esta premisa no cabe duda que, la regulación legal de los acuerdos de refinanciación y su protección frente a las acciones rescisorias, por un lado, y el quórum de acreedores que representen los 3/5 del pasivo, por otro, incentivarán las financiaciones indicadas.

Otra de las cuestiones que plantea este primer requisito, es si dentro del cómputo del 60 por 100 de los créditos que son necesarios para aprobar el acuerdo de refinanciación, deben tenerse en cuenta todos los créditos del deudor, incluidos contingentes, condicionales y litigiosos. En mi opinión, el quórum de los 3/5 se debe calcular respecto del pasivo del deudor que conste en balance, de modo que los créditos que no figuren en balance, quedarán excluidos de dicho porcentaje.

El segundo de los requisitos exige, que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil<sup>43</sup>. Nada dice el legis-

<sup>43</sup> Artículo 338. Solicitud del nombramiento de expertos independientes.

1. La solicitud de nombramiento de uno o varios expertos independientes para la elaboración de un informe sobre las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas o comanditarias por acciones se hará mediante instancia por triplicado, dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Denominación y datos de identificación registral de la sociedad o, en su caso, el nombre y apellidos de las personas que promuevan la constitución de la sociedad, así como su domicilio.
- 2.<sup>a</sup> Descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, así como del número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.
- 3.<sup>a</sup> Declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otra valoración de los mismos bienes, realizada por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.
- 4.<sup>a</sup> Fecha de la solicitud.

2. La instancia deberá ir suscrita, al menos, por una de las personas que promuevan la constitución de la sociedad o, si ya estuviera constituida, por la propia sociedad.

Artículo 339. Tramitación de la solicitud.

1. Presentada la instancia, se practicará en el Libro Diario el correspondiente asiento de presentación, en el que se identificará al solicitante y al presentante, y se indicarán sucintamente los bienes a valorar.
2. Practicado el asiento de presentación, se procederá a la apertura de un expediente numerado, cuya existencia se hará constar por nota al margen de aquel asiento. En el expediente se recogerán todas las incidencias a que se refieren los artículos siguientes.

Artículo 340. Nombramiento de expertos independientes.

1. Dentro de los quince días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el Registrador designará, conforme a las normas que se dicten y, en ausencia de éstas, a su prudente arbitrio, un experto independiente entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones.

2. Cuando los bienes a valorar sean de naturaleza heterogénea o, aun no siéndolo, se encuentren en circunscripción perteneciente a distintos Registros mercantiles, el Registrador podrá nombrar varios expertos, expresando en el nombramiento los bienes a valorar por cada uno de ellos.

3. En la resolución por la que se nombre al experto o expertos independientes, determinará el Registrador la retribución a percibir por cada uno de los nombrados o los criterios para su cálculo.

La retribución de los expertos habrá de ajustarse, en su caso, a las reglas establecidas por los respectivos Colegios Profesionales y a las normas que a tal efecto se dicten por parte del Ministerio de Justicia.

4. El nombramiento se hará constar por diligencia en los ejemplares de la instancia presentada, uno de los cuales se entregará o remitirá al solicitante, otro será archivado en el Registro y el tercero se remitirá al experto. En caso de pluralidad de expertos, se enviarán fotocopias diligenciadas a cada uno de los nombrados.



lador sobre cuál debe ser la idoneidad y cualificación profesional del experto que debe emitir el informe. Por eso considero que debe de tratarse de profesionales que, habitualmente, intervienen en la solución de crisis empresariales (abogados, economistas, auditores), como de sociedades que tienen por objeto la consultoría y auditoría.

Artículo 341. Incompatibilidades del experto.

1. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los peritos por la legislación procesal civil.
2. Cuando el experto nombrado fuese incompatible, deberá excusarse inmediatamente ante el Registrador quien, previa notificación a los interesados, procederá a la designación de otro nuevo.

Artículo 342. Recusación del experto.

1. En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.  
Transcurridos cinco días desde la notificación sin que el experto se haya opuesto compareciendo ante el Registrador, se anulará el nombramiento procediéndose a otro nuevo.
2. Si el experto se opusiese a la recusación, el Registrador, dentro de los dos días siguientes, resolverá según proceda. Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, a contar de la fecha de notificación de la resolución.

Artículo 343. Nombramiento en favor de un mismo experto.

El nombramiento de un experto que ya hubiera sido designado por el mismo Registrador dentro del último año deberá ser puesto en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Artículo 344. Notificación y aceptación del nombramiento.

1. El nombramiento se notificará al experto designado por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.
2. En el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación deberá el nombrado comparecer ante el Registrador para aceptar el cargo, lo cual se hará constar por diligencia en la instancia archivada en el Registro.  
Aceptado el cargo, se extenderá el correspondiente asiento en el Libro de nombramientos de expertos y auditores, indicándose el número de expediente.
3. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior sin haber comparecido el designado, cualquiera que fuese la causa que lo haya impedido, caducará su nombramiento, procediendo el Registrador a efectuar un nuevo nombramiento.

Artículo 345. Plazo de la emisión del informe.

1. Los expertos elaborarán su informe por escrito razonado en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la aceptación del nombramiento.  
Cuando concurren circunstancias excepcionales, el Registrador, a petición del propio experto, podrá conceder un plazo mayor.
2. Si el informe no es emitido en el plazo concedido, caducará el encargo, procediéndose por el Registrador a un nuevo nombramiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido el experto por el incumplimiento de su mandato.

Artículo 346. Emisión del informe.

Emitido el informe, el experto entregará el original a la persona que hubiera solicitado su nombramiento y comunicará tal entrega al Registrador Mercantil que lo hubiera nombrado, quien lo hará constar en el expediente, que cerrará en ese momento mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará asimismo al margen del asiento de nombramiento.

Artículo 347. Caducidad del informe.

El informe emitido por el experto caducará a los tres meses de su fecha, salvo que con anterioridad hubiera sido ratificado por el propio experto, en cuyo caso prorrogará su validez tres meses más, a contar desde la fecha de ratificación.

Artículo 348. Percepción de la retribución.

1. Los expertos percibirán la retribución directamente de la sociedad en cuyo nombre se hubiera solicitado el informe y, si ésta no se hubiera constituido, de quien hubiera firmado la solicitud.
2. Los expertos podrán solicitar provisión de fondos a cuenta de sus honorarios antes de iniciar el ejercicio de sus funciones.



El informe que emita el experto debe contener un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Esta última exigencia puede plantear controversias pues, ¿qué se entiende por condiciones normales de mercado? Obviamente, las condiciones de financiación que en el mercado se ofrecen a un deudor solvente, son distintas a las condiciones que se ofrecen a deudores en crisis, según el parámetro que se tome como referencia, las garantías serán proporcionadas o desproporcionadas.

Por último, aunque la norma hace una remisión a los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil para el procedimiento de designación del experto independiente, tanto los preceptos a que nos remite como la propia disposición adicional cuarta, nada dicen sobre cuestiones referentes al ejercicio del cargo, responsabilidad o separación del experto que, aunque fuera de forma simplificada, debería haber abordado el legislador, porque la emisión del informe encomendado al experto, va a condicionar el curso de las negociaciones entre deudor y acreedores.

En cuanto al tercer requisito, de tipo formal, el acuerdo se debe formalizar en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

En mi opinión, el Notario en su condición de fedatario público cumple elevando a instrumento público los acuerdos de refinanciación alcanzados entre deudor y acreedores, sin deber entrar a valorar si los mismos cumplen o no los requisitos exigidos por la Ley Concursal, porque si así lo hiciese se excedería en sus funciones. Si el acuerdo incumple los requisitos exigidos por la disposición adicional cuarta, no gozará de protección frente a las acciones de rescisión y reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal. Por otro lado, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 3/2009, a efectos del cálculo de honorarios notariales, considera a la escritura pública de formalización de acuerdos de refinanciación como «Documentos sin cuantía», y los folios de matriz de la escritura y de las primeras copias que se expidan no devengarán cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive.

Por último, la cuestión fiscal. Es práctica habitual constituir determinadas garantías reales (prendas de créditos, de participaciones de fondos de inversión, de acciones, de imposiciones a plazo fijo, etc.), en pólizas intervenidas por Notarios y no sujetas a tributación. El hecho de formalizar en escritura pública los acuerdos de refinanciación, puede suponer que garantías como las citadas, que no tributan, puedan quedar sujetas a Actos Jurídicos Documentados, por lo que habrá que estar al contenido de los acuerdos para determinar la fiscalidad de los mismos.

### **Eficacia de los acuerdos de refinanciación.**

La perfección de un acuerdo, produce efectos vinculantes entre las partes que lo suscriben, y cumpliendo los requisitos que exige la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, en la redac-

ción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, los acuerdos de refinanciación, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa ley. En caso de producirse la declaración de concurso del deudor, sólo la administración concursal está legitimada para instar las acciones de impugnación de los acuerdos<sup>44</sup>, cuyo éxito o fracaso dependerá de que los acuerdos cumplan los requisitos legales, si así fuere quedarán inmunes frente a la impugnación ejercitada.

### **Aplicación retroactiva.**

La disposición transitoria cuarta del Real Decreto-Ley 3/2009, prevé que el régimen contenido en la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal sea aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2009, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplan los indicados requisitos.

## **VI. CONCLUSIONES**

- 1.<sup>a</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, el tratamiento concursal de las refinanciaciones de deuda estaba sometido a una inseguridad jurídica que estaba repercutiendo negativamente en el mercado del crédito. Pese a algunas reformas legales (RD-L 5/2005 y Ley 41/2007), que trataban de minimizar ese impacto negativo, era necesario regular los acuerdos extrajudiciales de refinanciación, que repercutiría en un ahorro de costes económicos y temporales de los largos y costosos procesos concursales.
- 2.<sup>a</sup> La regulación legal de los acuerdos de refinanciación introducidos en la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, aunque es mejorable debe ser bienvenida, y va a servir para dotar a nuestro sistema concursal de una seguridad jurídica que carecía hasta la entrada en vigor del mencionado real decreto-ley.
- 3.<sup>a</sup> Esta nueva regulación servirá para incentivar la participación de las entidades de crédito en las refinanciaciones, porque desde un punto de vista económico-financiero tiene importantes consecuencias para ellas, por las obligaciones que les impone la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, de dotar provisiones por insolvencia, más elevadas en casos de declaración de concurso que en otros escenarios de soluciones negociadas.

<sup>44</sup> De este modo la ley desplaza la previsión contenida en el artículo 72.1 de la Ley Concursal sobre legitimación subsidiaria de los acreedores concursales para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación.

# Bibliografía

- ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.
- AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed. Giuffrè, Milán, 2005.
- BONFATTI, S., «Reforma concursal italiana versus reforma española», traducción de Andrés Gutiérrez Gilsanz, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Pamplona, 2002.
- DE CASTRO ARAGONÉS y FERNÁNDEZ SEJO, «Los créditos de entidades financieras en la Ley Concursal: reformas, contrarreformas y chapuzas legislativas (a propósito del RDL 5/2005, de 11 de marzo, sobre reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3/2005.
- DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamo hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 6727, de 4 de junio de 2007.
- DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS, «Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas», *Revista Jurídica La Ley*, 27 de abril de 2005.
- ESCRIBANO GAMIR R., «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10/2007.
- GÓMEZ GALLIGO, J., «Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008.
- GROSS, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo*, Ed. Giuffrè, Milán, 2005.
- GULLÓN BALLESTEROS A., *El derecho real de subhipoteca*, Bosch, Barcelona, 1957.
- INNOCENTI, FEDERICA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*.
- JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Manuels, Litec, 5.ª ed., 2007.
- JEANNTIN, M. et LE CANNU, P., *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7.ª ed., 2006.
- LA RICA y ARENAL R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas*, Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1948.
- LEÓN SANZ F., en Ángel Rojo-Emilio Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2004.
- «El régimen de reintegración concursal de las garantías financieras», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6.

- MANZANARES SECADES, A., «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», *Diario La Ley*, núm. 7109, de 6 de febrero de 2009.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- PEROCHON, F. et BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit e de paiement*, Manuel, LGDJ, 7.ª ed., 2006.
- PIÑEL LÓPEZ, E., «La reintegración concursal y las operaciones financieras», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8/2008.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5/2006.
- «Refinanciaci3nes de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6963, de 9 de junio de 2008.
- «Rescisi3n concursal y refinanciaci3nes bancarias», *Diario La Ley*, núm. 7097, de 21 de enero de 2009.
- REMERY, J.P., «L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises», *Semaine Juridique*, núm. 2, 2008.
- RIVERA ROMERO R. y RAVINA MARTÍN P., «Novedades en el mercado hipotecario: Financiación y refinanciación», *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez), núm. 20, mayo 2008.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Vol. 1.º, 7.ª ed., Bosch, Barcelona.
- ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, L., «Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario». *Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado*, 2008.
- SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, Vol. 2º, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1991.
- VERNA, G., «I nuovi accordi di ristrutturazione /art. 182 bis, legge fallim)», págs. 942-960, ambos en *Revista de Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Vol. 82, núm. 6 de 2007.
- WESTLAW-ARANZADI.
- ZABALETA DÍAZ, M., «El nuevo concordato preventivo italiano», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007.