

LA RESCISIÓN CONCURSAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Ignacio Sancho Gargallo

Doctor en Derecho

Presidente de la sección 15ª (mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona

Acadèmic electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

1. Los acuerdos de refinanciación como tratamiento preconcursal de la insolvencia

Los acuerdos de refinanciación aparecen regulados en la actualidad, en la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal, introducida por el DRL 3/2009, de 27 de marzo (de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica).

Se entiende por tales: *“los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas”*. Y, además, *“tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”*.

Se configuran así como un remedio preconcursal, pues persiguen remover, evitar o prevenir la situación de insolvencia¹, antes de que el deudor se halle incurso en un procedimiento concursal.

La concesión de nuevo crédito o la modificación de las obligaciones que penden sobre el deudor común permiten eludir el estado de insolvencia actual, que concurre *“cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”* (art. 2.2 LC). En cuanto dejan de haber obligaciones exigibles, que el deudor no estaba en condiciones cumplir de forma regular, porque son novadas por otras sujetas a término o se satisfacen mediante daciones en pago, se remueve el estado de insolvencia, y con ello tanto la posibilidad de que sea instado por un acreedor el concurso (art. 3.1 LC), como el deber legal que recae sobre el deudor de instar su propio concurso voluntario en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento o pudo conocer de la situación de insolvencia (art. 5.1 LC).

Es imprescindible que el deudor no sólo no haya sido declarado en concurso, sino también que no esté en trámite de ser declarado, por haberlo solicitado alguno de los legitimados (art. 3 LC). En principio, este tratamiento parece incompatible con el trámite especial introducido por el RDL 3/2009, en el art. 5.3 LC, por el que el deudor en estado de insolvencia actual puede comunicar al juzgado, dentro del plazo indicado de dos meses, que está iniciando negociaciones para una propuesta anticipada de convenio, de forma que se le conceden tres meses para llevar a trámite esas negociaciones, sin que durante este tiempo nadie pueda instar su concurso. No obstante, en la práctica podría darse que durante este periodo de “amparo judicial” del art. 5.3 LC, en la negociación con sus principales acreedores el deudor alcanzara un acuerdo de refinanciación, y con ello removiera el estado de insolvencia. Este acuerdo de

¹ L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los “acuerdos de refinanciación” (disp. ad. cuarta LC)» (www.arbo.org.es).

refinanciación, por el mero hecho de haberse realizado en ese periodo de “amparo judicial” del art. 3.5 LC, no estaría viciado de nulidad y, por lo tanto, caso de que, tiempo después, se frustrara la finalidad perseguida y acaeciera de nuevo la insolvencia y con ella la declaración de concurso, el acuerdo de refinanciación podría acogerse a la protección de la disposición adicional 4ª si reúne todos sus requisitos.

La regulación contenida en la disp. adic. 4ª LC lo que pretende es facilitar algunos acuerdos de refinanciación que, por su interés, merece la pena “blindar” del régimen de la rescisión concursal del art. 71 LC.

Hasta ahora, existía un cierto recelo por parte de algunas entidades de crédito de realizar operaciones de refinanciación pues, por su contenido, resultan muy vulnerables a la rescisión concursal. Ordinariamente, estos acuerdos de refinanciación contienen a favor del financiador nuevas garantías, que con frecuencia cubren las obligaciones crediticias anteriores y las nuevas; es fácil que se trate de una operación compleja, en la que existan amortizaciones anticipadas de créditos, muchas de ellas a través de daciones en pago (pago de deudas no vencidas mediante la entrega de solares u otros inmuebles, de difícil realización en el estado actual del mercado).

2. La reintegración de la masa del concurso

El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición patrimonial perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con ello, la Ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de “rescisión concursal”. Excepcionalmente algunos actos de disposición del deudor están excluidos de la rescisión concursal o sujetos a un régimen más oneroso de impugnación (art. 71.5 LC).

En realidad, el sistema de reintegración ideado por la Ley Concursal es plural, pues conservando la vigencia dentro del concurso de las acciones impugnatorias extraconcursoales –pauliana, nulidad absoluta o relativa...-, idea una propia, la rescisión concursal, compatible y por lo tanto acumulable a las anteriores (art. 71.6 LC). No obstante, todas ellas estén sujetas para su ejercicio a un mismo régimen procesal, pues deben ejercitarse ante el juez del concurso, a través del incidente concursal y conforme a las mismas normas de legitimación (originariamente le corresponde a la administración concursal)².

a) Es una acción concursal

La rescisión concursal nace con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de

² Para conocer con mayor detalle los aspectos procesales del ejercicio de las acciones de reintegración, I. SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», RJC 2/2006, pp. 321 ss.

los créditos, así como salvaguardar la *par condicio creditorum*, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar³.

b) Naturaleza rescisoria

La rescisión responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss. CC). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que -una vez declarado el concurso- verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Es una ineficacia funcional⁴.

Un negocio rescindible es aquél válidamente celebrado, pero que produciendo un perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que se estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal que obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su ineficacia) a petición del perjudicado. El fundamento común a las diferentes figuras de rescisión viene determinado, como afirmaba la STS (1ª) 17-IV-1943, por la concurrencia en todos ellos de un agravio jurídico-económico. Son principios de equidad los que, ante este agravio jurídico-económico, muestran la necesidad de remediarlo dejando sin efecto, en la medida necesaria según los casos, el negocio que lo había ocasionado. Las mismas razones de equidad que justifican el surgimiento y desarrollo de la acción *pauliana* -evitar el perjuicio que para terceros acreedores puede derivarse de la disminución del patrimonio del deudor, última garantía para el cobro de sus créditos- son las que presiden las acciones rescisorias concursales, connotadas además con la necesidad de salvaguardar la *par condicio creditorum* que debe presidir toda ejecución concursal⁵. El fundamento de la acción, en ambos casos, es la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito conforme al art. 1911 CC y, ahora, al art. 76 LC.

Así lo ha entendido la SAP Barcelona (15ª) 8-I-2009 (r.a. 497/08), al observar que “el nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la *rescisión*, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de *acto perjudicial para la masa activa*, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz”.

³ En este sentido se pronunció la SAP Barcelona (15ª) 2-V-2006 (RJC 2008/IV pp. 1075 ss.). Antes, I. SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», RJC 4/2004, p. 158.

⁴ I. SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», RJC 4/2004, p. 158, donde se advierte que las categorías de ineficacia estructural y funcional están tomadas de la clasificación de DIEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, ADC 1961, XIV, págs. 825-830.

⁵ F. DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del CC», RDP, Año XIX, nº 226-227, 1932, p. 202; L. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II-1º, Barcelona, 1978, p. 343; I. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, 1997, p. 243; ÍDEM, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», RJC 4/2004, p. 159; J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude e acreedores: la acción pauliana*, 1988, p. 35. En relación con la actual acción rescisoria concursal; R. ESCRIBANO, «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», ADCo 10/2007, p. 11.

La naturaleza rescisoria se plasma, no sólo en el fundamento de la ineficacia, sino también, y de forma consiguiente, en sus efectos, que serán los propios de las acciones rescisorias: la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y la no afectación a los terceros de buena fe (art. 73 LC). Y esta naturaleza común a la acción rescisoria por fraude de acreedores permitirá integrar las lagunas de la regulación concursal con la prevista en los arts. 1291 y ss. CC⁶.

c) Objeto de la rescisión: actos de disposición del deudor

A través de la acción rescisoria concursal es posible impugnar actos de disposición “patrimonial” realizados por el deudor (se excluyen los sacrificios patrimoniales realizados por terceros, como pudiera ser un socio, un administrador o un cónyuge) dos años antes de que fuera declarado en concurso, siempre que hayan ocasionado perjuicio para la masa activa. Pero la rescisión concursal no alcanza a las enajenaciones de bienes o derechos realizadas en el curso de una ejecución judicial forzosa, pues no derivan del ejercicio de una facultad de disposición patrimonial del deudor, sino de una imposición judicial como consecuencia del auto de adjudicación⁷.

d) Fundamento objetivo: el perjuicio

El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no. El perjuicio para la masa es un criterio objetivo de impugnación que la Ley no define, y debemos llenar de contenido.

En cualquier caso, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor al realizar el acto ni el *consilium fraudis* de quienes negocian con él⁸. Su consecuencia práctica es que se facilita el ejercicio de la acción y, en concreto, la prueba de sus presupuestos, pues es más fácil de acreditar un elemento objetivo como es el perjuicio, que la intención subjetiva.

⁶ I. SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», RJC 4/2004, p. 159.

⁷ Este es el criterio de la jurisprudencia respecto de las acciones de retroacción. Así se pronunciaba la STS (1ª) 28-IX-1998 (RJ 1998\6801) y más recientemente lo hacía la STS (1ª) 17-XII-2008 (RJ 2009\293), que expresamente declara “la imposibilidad de calificar como acto de dominio o disposición del quebrado la ejecución realizada por un tercero de una prenda sobre créditos constituida con anterioridad a la fecha de la retroacción de la quiebra”. Por su parte, la RDGRN 7-I-1999 (RJ 1999\42) declaró que “la nulidad de los actos realizados en el período de retroacción ... no puede alcanzar ni a la sentencia condenatoria dictada, ni a la realización forzosa de los bienes del condenado, llevada a cabo por el juez en ejecución de aquélla”.

⁸ En realidad este requisito subjetivo no constituye un elemento esencial en la rescisión, sin perjuicio de que alguna de sus modalidades, como es la acción pauliana, lo exija. Y así, con anterioridad a la rescisión concursal, existían otras acciones rescisorias que se fundaban exclusivamente en el elemento objetivo del perjuicio, en la lesión. Éste es el caso de la rescisión de la partición hereditaria (arts. 1073 y ss. CC) o la rescisión por *laesio ultra dimidium* en el Derecho civil catalán (art. 321 CDC).

De todas formas, aunque en principio no sea necesario hacer referencia al fraude o a la mala fe, ésta puede constatarse y declararse así, pues tendría sus efectos propios.

i) De una parte, porque según el art. 73.2 LC la rescisión del negocio llevará consigo la obligación de restituir las prestaciones, y cuando la extraída del patrimonio del deudor no pueda reintegrarse por haber ido a parar a un tercero de buena fe, entonces habrá que entregar el valor del bien al tiempo de su enajenación, más los intereses legales, salvo que la sentencia declare que quien contrató con el concursado lo hizo de mala fe, pues entonces se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

ii) De otra parte, conforme al art. 73.3 LC, el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

iii) Además, porque el art. 164.2.5º LC tipifica como culpable el concurso del deudor cuando durante el periodo sospechoso hubieran salido fraudulentamente de su patrimonio bienes o derechos. Tratándose de una norma sancionadora, debe interpretarse restrictivamente, y por ende no bastará con que el juez hubiera estimado una acción rescisoria concursal, sino que será necesario que expresamente se declare la concurrencia del fraude. En este caso, el efecto de la sentencia traspasaría los propios de la reintegración, constituyendo un hecho justificativo de la calificación culpable del concurso, y por ello podría acarrear cualquiera de los pronunciamientos complementarios previstos en el art. 172 LC.

iv) Las hipotecas inscritas a favor de entidades de crédito de acuerdo con la Ley del Mercado Hipotecario⁹ *“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 tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen”*. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe” (art. 10 LMH). Ello conlleva que junto a los presupuestos propios de la rescisoria concursal (que el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca se haya realizado en el periodo sospechoso y que haya ocasionado un perjuicio para la posterior masa del concurso del hipotecante), será necesario probar la concurrencia del fraude no sólo en el hipotecante sino también en el acreedor hipotecario.

3. El perjuicio en la rescisión concursal

El perjuicio para la masa activa es un concepto jurídico indeterminado, que la Ley no define, de modo que la determinación de su contenido ha quedado a la interpretación judicial.

Una primera aproximación, guiada por una interpretación literal del art. 71.1 LC, podría llevarnos a considerar que el perjuicio solo opera si existe un auténtico detrimento

⁹ Conforme a la reforma operada por la Ley 41/2007, 7-XII.

patrimonial, que se daría cuando, como consecuencia del acto de disposición, disminuye el patrimonio del deudor, luego concursado¹⁰. Frente a esta interpretación más estricta del perjuicio, se ha impuesto otra más amplia que se extiende a los supuestos en que propiamente no existe aminoración patrimonial, pues la disminución del activo es correlativa a la disminución del pasivo, pero altera el principio de paridad de trato: “el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores –esto es, de la masa pasiva-, no al interés individual de un acreedor singular, a diferencia de lo que sucede en las acciones de impugnación de aplicación general. Se entiende así que existe perjuicio cuando el acto impugnado disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales¹¹”.

La primera interpretación estricta parece insuficiente, pues de alguna manera contradice la idea del legislador que en las presunciones de perjuicio introduce dos casos en que el patrimonio queda inalterado, pero se vulnera la *par condicio* porque se concede una garantía especial de cobro (art. 71.3 LC) o porque se paga anticipadamente un crédito (art. 71.2 LC). Y la segunda es excesivamente amplia pues, aunque no cabe duda de que el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, no debemos equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicion creditorum*, porque se extendería excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleve una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. En realidad, como se ha apuntado en la doctrina, para delimitar el concepto de perjuicio es preciso atender –que no hacer equivalente- al principio de paridad de trato¹².

Es necesario, por lo tanto, partir de un concepto de perjuicio que suministre un criterio objetivo y operativo, que permita juzgar cada caso atendiendo sus concretas circunstancias. Para ello debemos acudir en primer lugar a la regulación legal.

De una parte, el apartado 1 del art. 71 LC, que se refiere a los “*actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”.

Y de otra, los apartados 2, 3 y 4 del art. 71 LC que, al establecer los criterios de acreditación o prueba del perjuicio, suministran indirectamente información sobre qué entiende el legislador por perjuicio. La Ley establece una regla general, en el art. 71.4 LC, sobre la carga de la prueba del perjuicio, que se atribuye a quien interese la rescisión del acto de disposición. Y junto a ello añade dos reglas especiales: la primera, presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario (*iuris et de iure*) en dos casos en que, por su propia naturaleza, se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan (art. 71.2 LC); la segunda presume el perjuicio, *iuris tantum*,

¹⁰ J.J. PINTO, «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», *Estudios Olivencia*, t. IV, pp. 4305, se refiere a “una significativa disminución de la solvencia y, consecuentemente, de la eficacia de la posible realización de valor de aquella –masa activa- y, por ende, una disminución (evidentemente lesiva) de la posibilidad de percepción por los acreedores del todo o parte de sus respectivos créditos”. También A. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 370, quien, partiendo de un concepto estricto de perjuicio, advierte que la Ley desvincula el perjuicio tanto del estado de insolvencia, previo o provocado por el acto de disposición, como de la *par condicio*

¹¹ F. LEÓN SANZ, «art. 71», en ROJO-BELTRAN, *ComLC*, pp. 1307-1308.

¹² R. ESCRIBANO, «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», *ADCo* 10/2007, p. 23.

en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). Ello supone, en un orden práctico, que si el acto impugnado puede incardinarse en alguno de los dos previstos en el art. 71.2 LC, no será necesario probar el perjuicio; y fuera de estos casos, el perjuicio o su ausencia serán objeto de prueba, dependiendo de si operan o no las presunciones del art. 71.3 LC.

Interpretando estos preceptos, la SAP Barcelona (15ª) 6-II-2009 (r.a. 607/08) puso de manifiesto que el perjuicio 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 LC), y que ello no se encuentre justificado.

El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todo acto de disposición patrimonial (por ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente). Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.

Esta falta de justificación subyace a los supuestos en que el art. 71.2 LC presume el perjuicio. En el caso de las donaciones y, en general, con las transmisiones a título gratuito, pues se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas. Y en el caso de los pagos anticipados, cuyo perjuicio para la masa activa también se presume *iuris et de iure*, la falta de justificación radica en la inexigibilidad del crédito satisfecho y el efecto que ello ocasiona: distraer el importe abonado de la masa activa en beneficio de un acreedor que debería formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49 LC). Fuera de estos supuestos, cuando el acto de disposición no es a título gratuito, en la medida en que suponga un detrimento patrimonial deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización.

En el caso de los pagos, la justificación vendrá determinada por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Por ello, la regla general será que un pago debido realizado en el periodo sospechoso, siempre que esté vencido y sea exigible, goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa, máxime si se trata de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, expresamente excluidos de la rescisión por el art. 71.5 LC¹³.

Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales, como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor, que puedan privar de justificación al pago, en atención a la vulneración de la *par condicio creditorum*¹⁴.

¹³ SAP Barcelona (15ª) 22-V-2008 (r.a. 646/07).

¹⁴ I. SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», RJC 4/2004, p. 159 y 165; C. GUILARTE, «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», ADCo 10/2007, pp. 82-84. Para esta autora, el perjuicio para la masa activa debe apreciarse no sólo cuando concurra en un plano estrictamente patrimonial y contable, porque la masa activa tendría

En este sentido la SAP Barcelona (15ª) 8-I-2009 (r.a. 497/08), interpretando la dicción literal del art. 71.1 LC cuando se refiere a “perjuicio para la masa activa”, aclara que “la norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquéllos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter *iuris et de iure*) y en el apartado 3 (aquí *iuris tantum*) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado)”. Pero advierte que “fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no”.

4. Riesgo de rescisión de los acuerdos de refinanciación

Los acuerdos de refinanciación están expuestos a una posible rescisión concursal, caso de que se frustre la perseguida viabilidad de la actividad empresarial del deudor y se declare el concurso del deudor refinanciado, dentro del plazo de dos años desde el acuerdo, pues suelen contener algunas operaciones que constituyen actos de disposición afectados por las presunciones de perjuicio antes expuestas.

No es infrecuente que un acuerdo de refinanciación contenga la amortización de un crédito, que no estaba vencido, mediante una dación en pago. Esta forma de extinción de la obligación, en cuanto que se trataba de una obligación sujeta a término, que no era exigible sino después de la declaración de concurso, se encuentra afectada por una presunción *iuris et de iure* de perjuicio (art. 71.2 LC).

Por otra parte, es lógico que la refinanciación de una deuda lleve consigo el otorgamiento de nuevas garantías, que cubran no sólo la nueva obligación, o el crédito ampliado, sino también el anterior. La constitución de esta garantía se vería afectada por la presunción de perjuicio, en este caso *iuris tantum*, del art. 71.3.2º LC. En la práctica, algunos tribunales se han mostrado muy estrictos, negando eficacia a cualquier constitución de garantías a favor de obligaciones preexistentes, aunque fueran ligadas a otras contraprestaciones, para lo cual han llegado incluso a declarar la ineficacia parcial de la garantía¹⁵; mientras que en otros casos se ha valorado en su conjunto el acuerdo de

mayor valor de no haberse celebrado el acto impugnado, sino también cuando el concursado, en estado de insolvencia y próxima la apertura del concurso, concluye actos unilaterales de pago o cumplimiento de sus obligaciones, desatendiendo otros también vencidos y exigibles.

¹⁵ La SAP Vizcaya (4ª) 12-VI-2008 (Roj SAP BI 1216/2008), en un supuesto en que un banco obtuvo un derecho de prenda en garantía de deudas preexistentes de la concursada, de las cuales, una ya estaba asegurada por prenda, y la otra carecía de garantía real alguna, distinguió entre una y otra, de modo que a la segunda le aplicó la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º LC, mientras que a la primera le aplicó el régimen general del art. 71.4 LC. Respecto de la segunda, la sentencia argumenta que “el fundamento de la rescisión de la prenda se sitúa en el perjuicio que supone para los demás acreedores la constitución de la prenda por el importe que, antes de su renovación, carecía de garantía real alguna, perjuicio que, por otra parte, presume el artículo 71.3 LC y no ha quedado desvirtuado por prueba alguna en contrario”. Respecto de la primera, entra a analizar las condiciones de la segunda prenda en relación con la primera y llega a la conclusión de que son más beneficiosas para el concursado, pues el crédito garantizado no devenga intereses moratorios y las vacas pignoradas son menos (6.000 frente a 8.678), razón por la cual

refinanciación, para juzgar si a la vista de la contraprestación recibida en su conjunto, estaba justificado el sacrificio patrimonial que suponía el otorgamiento de las garantías¹⁶.

Sin perjuicio de que en puridad debiéramos acogernos a esta segunda interpretación, que permitiría valorar en su conjunto las contraprestaciones percibidas por el deudor, para juzgar si justificaban el otorgamiento de garantías o la propia amortización anticipada de una deuda, para evitar este riesgo y dotar de mayor seguridad a las entidades crédito y, en general, a los acreedores que están dispuestos a refinanciar a un deudor en dificultades económicas, el RDL 3/2009 ha introducido una nueva excepción a la rescisión concursal, regulada en la nueva disp. adic. 4ª de la Ley Concursal.

5. Exclusión de la rescisión concursal en los acuerdos de refinanciación que cumplen los requisitos de la DA4ª LC

La disp. adic. 4ª de la Ley Concursal excluye “*los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos*” de la rescisión concursal del art. 71.1 LC, siempre que se cumplan una serie de requisitos, que justifican y garantizan la razón de la excepción:

i) El acuerdo de refinanciación responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto o medio plazo.

ii) Respecto del contenido de los acuerdos, deben suponer para el deudor una ampliación significativa del crédito, en cuanto que conlleven una inyección de liquidez o dinero fresco, y/o, dependiendo de los casos, el aplazamiento de la exigibilidad de una deuda (disp. adc. 4ª.1 LC). La Ley no ha querido establecer límites mínimos a esta ampliación “significativa” de crédito y/o aplazamiento de pago, sino que prefiere optar por una solución flexible y finalista, en cuanto que lo liga a que sean objetivamente idóneos para la viabilidad de la empresa del deudor, a corto y medio plazo.

iii) Por lo que se refiere a los sujetos, el acuerdo debe estar suscrito por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del

concluye que no existe perjuicio. En consecuencia, la Audiencia de Vizcaya rescinde parcialmente la prenda, en el sentido de que el crédito garantizado con la prenda sólo sería el primero, pero no el segundo.
¹⁶ La SAP Barcelona (15ª) 6-II-2009 (r.a. 607/08): “El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra 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 los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior–, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio”.

acuerdo [disp. adic. 4ª.2.a) LC]. Como la Ley no distingue y, además, el acuerdo se alcanza fuera del concurso de acreedores, para el cómputo de esta mayoría del pasivo no se excluye ninguna clase de créditos, tampoco los que, una vez declarado el concurso, justificarían su clasificación de subordinados. En realidad, el porcentaje de 3/5 es suficientemente elevado como para reducir estos acuerdos a los casos en que la crisis es eminentemente financiera y la viabilidad de la empresa depende de la refinanciación de la deuda, que ordinariamente ostentarán sobre todo las entidades de crédito.

iv) Para dotar de objetividad a la idoneidad del acuerdo de refinanciación para lograr la viabilidad de la continuidad de la actividad del deudor, la Ley exige el informe favorable de un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los arts. 338 y ss. RRM.

El apartado 2.b) de esta disp. adic. 4ª LC especifica el contenido de este informe al disponer que contendrá un juicio técnico sobre:

1º La suficiencia de la información proporcionada por el deudor,

2º El carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1 –la ampliación significativa de crédito y/o el aplazamiento de pago de la deuda exigible que permita la viabilidad a corto y medio plazo de la actividad empresarial o profesional del deudor–.

3º La proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo”.

Con ello el control de la justificación del sacrificio patrimonial que puede conllevar para el deudor el acuerdo de refinanciación, y que, en caso de un posterior concurso, podría motivar el ejercicio de la rescisión concursal, se lleva a cabo a priori por un experto independiente. Si el experto lo estima justificado, y se cumplen el resto de los presupuestos legales, que no gozan de este carácter esencialmente estimativo o valorativo, el acuerdo de refinanciación y los actos realizados en su cumplimiento, quedarán fuera de la rescisión concursal, si dentro de los dos años siguientes, y como consecuencia de no haberse logrado el objetivo último que perseguía la refinanciación, se declara el concurso. En este caso, ya no podrá juzgarse la justificación de estos actos de disposición, desde la perspectiva de la rescisión concursal.

Si el informe no es favorable en todos sus extremos, el acuerdo ya no podrá quedar amparado por la disp. adic. 4ª LC (caso de que se frustre la viabilidad perseguida y dentro de los dos años siguientes se llegue a declarar el concurso). Pero ello no impide que su contenido pueda ser valorado aplicando el concepto de perjuicio expuesto, para juzgar si encierra o no un sacrificio patrimonial injustificado, y que dicha valoración deba hacerse en su conjunto.

v) Para que quede constancia formal del cumplimiento de todos estos requisitos legales, el apartado 2.c) de la disp. adic. 4ª LC exige 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*”. De este modo la escritura pública, además de contener los acuerdos de refinanciación, deberá incorporar el plan de viabilidad, la documentación contable que justifique que los acreedores refinanciadores

representan 3/5 del pasivo en ese momento, y el informe favorable del experto independiente¹⁷.

c) Otras acciones de impugnación

Cuando el apartado 3 de la disp. adic. 4ª LC dispone que, “*declarado el concurso, sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acción de impugnación contra estos acuerdos*”, explicita que tales acuerdos y los actos de disposición realizados en cumplimiento de los mismos sólo quedan excluidos de la rescisión concursal del art. 71.1 LC, pero ello no impide que puedan ser objeto de impugnación por cualquiera de las acciones extraconcursales que conforme al art. 71.6 LC pueden ser también ejercitadas para la reintegración del patrimonio del deudor concursado. Esto es, nada impide que puedan ejercitarse acciones de nulidad, como la fundada en la ilicitud de la causa (art. 1277 CC), o la pauliana (art. 1111 y 1291.3 LC), si se cumplen sus respectivos presupuestos legales.

¹⁷ La disp. adic. 1ª RDL 3/2009 dispone que para el cálculo de los honorarios notariales de esta escritura de formalización de acuerdos de refinanciación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “documentos sin cuantía”, previstos en el número 1 del RD 1426/1989, 17-XI, por el que se aprueban los aranceles notariales. Y añade que “*los folios de matriz de la escritura y de las primeras copias que se expidan no devengaran cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive*”.