

CONCLUSIONES

**GRUPO DE TRABAJO FIDE: ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN,
MADRID**

Fide, 1 octubre 2018

El presente documento recoge las conclusiones de las tres reuniones del **Grupo de Trabajo Fide: Acuerdos de refinanciación** celebradas en **Madrid** el 3 de abril de 2017, el 29 de mayo de 2017 y el 22 de enero de 2018*. Sus integrantes y finalidades se detallan al final del documento.

Sumario:

- I- Introducción. Análisis y estadísticas.**
- II- Conclusiones de la primera sesión.**
- III- Cuestiones específicas abordadas en la segunda sesión: plan de viabilidad, diseño y modelo.**
- IV- Cuestiones prácticas abordadas en la segunda sesión: pasivo financiero.**
- V- Cuestiones prácticas abordadas en la segunda sesión: efectos de la impugnación.**
- VI- Cuestiones prácticas abordadas en la tercera sesión: efectos del incumplimiento de un AR homologado.**
- VII- Cuestiones prácticas abordadas en la tercera sesión: acciones de reintegración.**
- VIII- Cuestiones prácticas abordadas en la tercera sesión: protección frente a acciones rescisorias en AARR de grupo, cuando se declaran procedimientos principales de insolvencia en otro estado UE.**

Con el fin de analizar los principales problemas generados por la regulación de los acuerdos de refinanciación, y sugerir propuestas de mejora, el grupo de expertos reunidos por FIDE celebró una sesión constitutiva inicial, con fecha 3 de abril de 2017, donde se pusieron de manifiesto una serie de cuestiones de interés que fueron la génesis de las dos siguientes sesiones, celebradas con fecha 29 de mayo de 2017 y 22 de enero de 2018. A continuación, se expondrán de forma sistemática las cuestiones abordadas en dichas sesiones, y las conclusiones generales a las que se llegó.

I- Introducción. Análisis y estadísticas.

En los últimos años se viene constatando que las reformas legislativas destinadas a agilizar mecanismos alternativos al concurso para la solución de la insolvencia empresarial, aun susceptibles de mejora, están dando resultados. Muy en particular, se han intentado analizar los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente- DA 4ª LC- (en adelante AARR).

El punto de partida- análisis de datos estadísticos- ha sido particularmente trabajoso, a pesar de los esfuerzos por obtener datos veraces. La estadística judicial no es fiable- especialmente en los primeros años, dada la disparidad de criterios de los letrados de la administración de justicia para cumplimentar los boletines estadísticos-, y los datos no han podido ser obtenidos a través de los distintos registros de los decanatos de grandes ciudades, por similares razones. Por dicha razón, el análisis estadístico realizado ha partido de las resoluciones publicadas en el CENDOJ, llevando a un muestreo suficientemente significativo de la realidad- 131 datos-, donde pueden constatarse los siguientes datos:

- El 80% de las 587 sociedades afectadas por esos acuerdos de refinanciación forman parte de un grupo de sociedades.
- Desde el año 2014 el incremento de procedimientos de homologación es ya relevante.

- La amplísima mayoría de las empresas que se han acogido a este procedimiento pertenecen al sector inmobiliario.
- Madrid y Barcelona acaparan la mitad de las refinanciaciones que tienen lugar en España.
- Solo el 4% de las empresas que obtuvieron la homologación judicial del acuerdo de refinanciación han presentado, de momento, concurso de acreedores posterior.

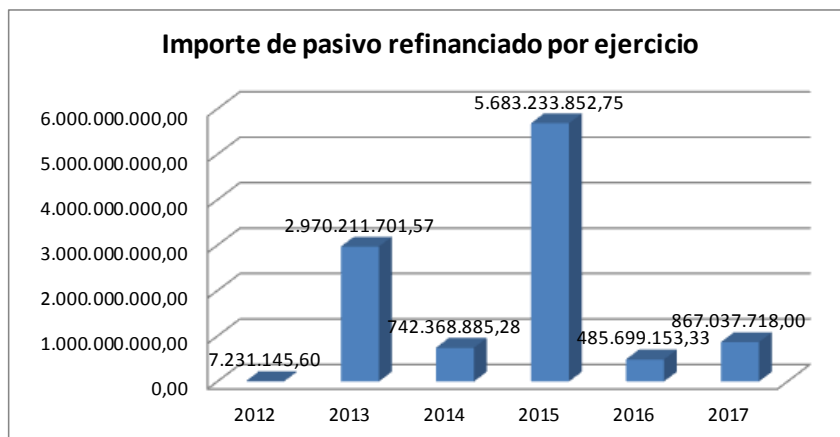
Estas estadísticas iniciales se completaron con otras, más actualizadas, proporcionadas en la segunda sesión, relativas a los AARR tramitados por los Juzgados Mercantiles de Barcelona, sobre la base de la información aportada por los mismos.

Ataño a un total de 38 autos de homologación, que s.e.u.o., que son todos los dictados en Barcelona durante el periodo de 05/06/2012 a 08/04/2017. Se incorporan como dato significativo el importe de pasivo refinanciado.

Los 38 autos afectan a un total de 227 empresas. Resaltamos que el 52,63 % forman parte de grupos de sociedades.

Mediante los citados autos se ha procedido a refinanciar un total pasivo de aproximadamente 10.784.549.627,83 euros.

Se inserta a continuación un cuadro con la distribución por ejercicios del pasivo refinando:

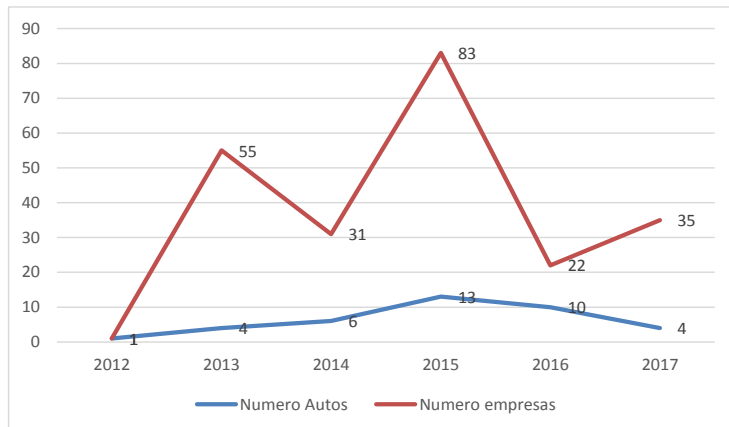


El sector más refinanciado en este período en Barcelona ha sido el de construcción e Inmobiliario, que representa el 66,83 % del total refinanciado, por un importe de 7.187.729.923,21 euros. Hay que tener en cuenta el importe de la refinanciación de FCC que supuso refinanciar pasivo por importe de 5.224.000.000,00 de euros.

El siguiente sector más refinanciado es el metalúrgico con un total importe de 2.542.244.833,39 euros, representando un 23,64 % del total. Hay que tener en cuenta que en el ejercicio de 2.013 se produjo la refinanciación de Grupo Celsa con 2.500.000.000,00 euros de pasivo.

El mayor volumen de pasivo refinanciado se acordó durante el ejercicio 2015, que supone el 35,65 % de las sociedades refinanciadas durante todo el periodo estudiado, con un total de 83 empresas.

Se inserta a continuación cuadro ilustrativo de los autos dictados y de las empresas refinanciadas durante el período objeto de la estadística.



El estudio estadístico nos da una idea de la importancia que este instrumento tiene para la reestructuración y refinanciación de las empresas, en orden a su viabilidad.

II- Conclusiones de la primera sesión.

En resumen, el grupo terminó la primera de las sesiones con las siguientes conclusiones:

1- Conveniencia de disponer de un registro de autos de homologación de acuerdos de refinanciación, ya sea el propio registro público concursal, en una sección especial, ya sea en otro registro específico. Sería más conveniente lo primero, porque guarda lógica con la inclusión de los acuerdos de refinanciación en el anexo A del Reglamento de Insolvencia. En este sentido, también tendrían que registrarse correctamente las comunicaciones de los letrados de la administración de justicia del 5bis, distinguiendo, dentro de las mismas, aquellas negociaciones que pretenden alcanzar un acuerdo de refinanciación. En el caso de los autos de homologación de AARR, sería deseable reflejar los pasivos financieros tomados en consideración para la homologación y el número de sociedades del grupo afectadas. Aunque es difícil, convendría que reflejase el tipo de empresa y actividad a la que se dedica.

2- Por lo que se refiere a la estrategia, y con vistas a la extensión de efectos fuera de España, se advierte al conveniencia de, o bien permitir de forma análoga a los convenios concursales que el auto homologando el acuerdo de refinanciación pueda quedar condicionado de forma suspensiva o resolutoria- a otros acuerdos o convenios de reestructuración respecto de otras sociedades del grupo abiertas en otros países; o bien sugerir la aplicación del ámbito de aplicación de la ley modelo UNCITRAL de insolvencia transfronteriza a procedimientos como

el español de homologación de AARR donde propiamente no existe nombramiento de administrador o síndico que supervise la actuación del deudor en el cumplimiento del acuerdo. Si esto no fuera posible, estudiar cómo con la regulación actual española se puede completar este requisito sin cambiar más el procedimiento. Por último, habría que estudiar en qué medida sería posible el juego del artículo 218 de la ley concursal.

3- Se advierte una dispersión de criterios judiciales seguidos para la homologación de las propuestas de acuerdos de refinanciación en lo que respecta al concepto de pasivo financiero. Se han puesto de relieve los diferentes criterios seguidos en las distintas plazas judiciales-pasivo refinanciado vs totalidad del pasivo-. También en qué medida deben quedar afectados los créditos por aval o los contratos de disposición de crédito o póliza de descuento. La situación actual en la que no cabe recurso de apelación ni contra el auto de homologación ni contra la sentencia que resuelve la impugnación impide que pueda existir unificación por vía de recurso. Por ello, sería necesario articular algún medio de unificación de criterios. La propuesta de Directiva prevé el recurso de apelación. Si llegase a aprobarse en este sentido y hubiera de trasponerse, habría que asegurar a toda costa la celeridad de la apelación, pues el éxito actual de los AARR está basado en la agilidad de los trámites.

4- Otro aspecto que fue objeto de análisis y que debe seguir siéndolo el relativo al alcance de la revisión judicial de la propuesta de homologación en relación con el plan de viabilidad; esto es, cuál es la posición del juez a quien corresponde, y si este

a- Debe examinar el mero cumplimiento de requisitos formales y la seriedad de la propuesta y el plan, dejando para la eventual impugnación, con la consiguiente contradicción, la verificación del cumplimiento de dichos presupuestos, o si

b- Debe examinar con mayor profundidad el cumplimiento de presupuestos y, por tanto, la seriedad de la propuesta respecto a la viabilidad.

El seminario ha servido para constatar, frente a quienes tienen que prestar el consentimiento al acuerdo, los aspectos o rasgos en que deben basarse para comprobar la viabilidad de la empresa en relación al acuerdo propuesto; resta pensar en qué medida estos criterios pueden ser empleados por el juez en un primer momento cuando, sin contradicción, le corresponda el examen de la propuesta.

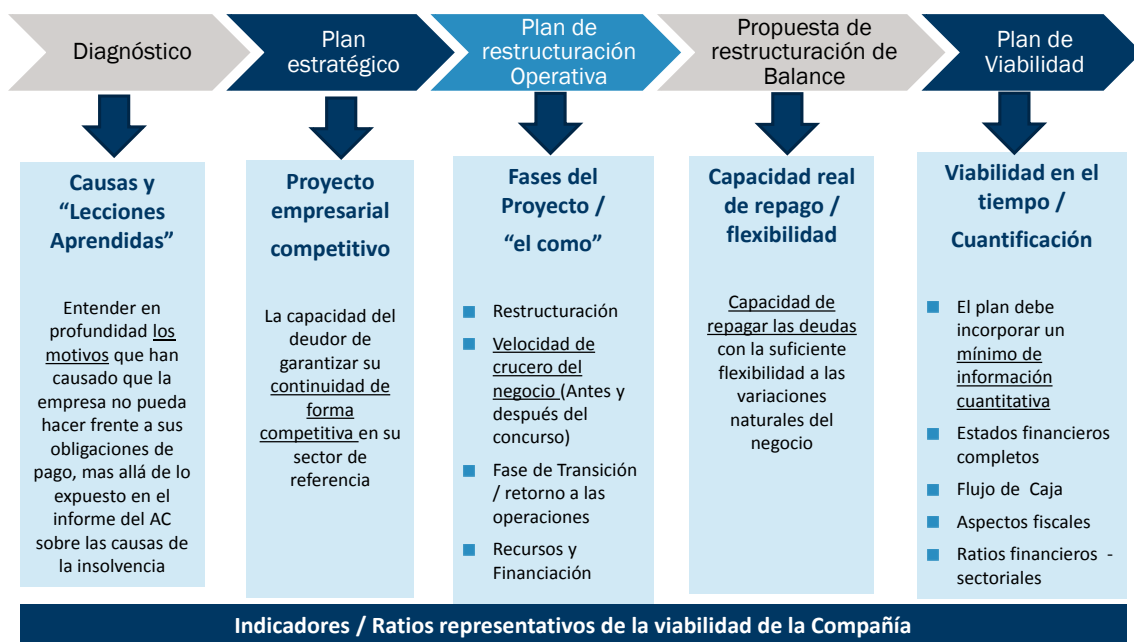
5- Esto último entronca con el alcance y legitimación para impugnación del auto aprobando la homologación. Respecto de la extensión de efectos, está claro que el juez puede confiar en los acreedores financieros afectados para, por la cuenta que les trae, se opongan. Pero no solo por el sacrificio desproporcionado, sino también por el incumplimiento de los requisitos del apartado primero de la DA 4ª. El problema radica en los supuestos en que se pretenda una homologación a los efectos de blindar un acuerdo frente a futuras acciones rescisorias caso de frustración de los acuerdos. En estos casos, el presupuesto de irrevocabilidad radica en la verificación judicial del cumplimiento de los requisitos del apartado primero. El problema es que difícilmente habría impugnación- y, por tanto, tampoco contradicción-por los acreedores afectados por dicho acuerdo.

III- Plan de viabilidad; diseño y modelo¹.

Discusión sobre el Uso del Plan de Viabilidad:

- El plan de viabilidad debe marcar el campo de discusión, los criterios de discusión.
- La función del juez en el trámite de homologación (según la información que dispone) debiera ser supervisar el plan de viabilidad presentado, en cuando a su forma, estructura y contenido.
- Durante el trámite, la supervisión del juez debería ser más respecto de “la forma” y “estructura”, así como la verificación de la inclusión de un contenido mínimo en el plan.
- Sin embargo, en sede de impugnación, la supervisión del juez debería alcanzar también al “contenido”, en función de unos parámetros y eventualmente, con el auxilio de un informe pericial.
- Además, se propuso por algún asistente que el Plan incluya un “juicio probabilístico”, que podría cuantificarse en el apartado de análisis de sensibilidad de las palancas del plan.

Se propone la **siguiente estructura de mínimos** que un plan de viabilidad debiera tener:



¹ Miguel Temboury indica en este punto que uno de los principales fundamentos de la reforma, era presumir que lo que acordase una mayoría cualificada de acreedores y el deudor debía entenderse automáticamente como lo más conveniente para todos, aunque diferenciando en función de las mayorías alcanzadas, los efectos frente a terceros. Por ello, el control del juez debía manifestarse por dos vías exclusivamente: i) con carácter previo, un control exclusivamente formal de las mayorías alcanzadas, y ii) a posteriori por si hubiese impugnación basada en un sacrificio desproporcionado para alguno de los acreedores. En este punto, se reafirma en el espíritu de la reforma y manifiesta respetuosamente su parecer discrepante con la mayoría del grupo.

Asimismo, se definen puntos específicos que deberían ser incluidos:

Diagnóstico “causas y lecciones aprendidas”, que permita entender en detalle que ha motivado la insolvencia del negocio.

1. Mercado
2. Negocio
3. Equipo gestor
4. Financiero

En particular son clave las causas que rodearon el circulante y las causas del negocio

Plan Estratégico, que permita entender la capacidad del deudor de garantizar su continuidad de forma competitiva

5. Determinación de las palancas clave del negocio
6. Operaciones estructurales: ¿qué debe cambiar en el *status quo* del negocio para ser viable?

Reestructuración Operativa: ¿El cómo, el qué va a cambiar para que el negocio sea viable?

7. Reestructuración operativa
8. Establecimiento de la velocidad de cruce del negocio en cada fase del proceso
9. “Probar” el interés y apoyo de los varios influyentes: accionistas, clientes, empleados, etc

Reestructuración del Balance que permita una financiación y capital estable en el tiempo acorde a sus necesidades de capital y repague un nivel de deuda sostenible

10. Establecimiento de la deuda sostenible en función del excedente de caja operativo y también de niveles de mercado que permitan el trading en el futuro
11. Reestructuración del balance: Propuesta de convenio
12. Valoración que al menos permita el establecimiento de extremos de cara al sacrificio desproporcionado del acreedor
13. Estructura de capital y necesidades de financiación

Escenarios: El plan de viabilidad debiera contemplar “la elasticidad “del negocio ante cambios de sus principales palancas.

14. Análisis de sensibilidad de las principales palancas operativas y financieras que establezcan marcos de flexibilidad ante las previsiones variaciones del negocio.
15. Plan de contingencia, que permita anticipar y compensar el efecto de dichas variaciones

Además, el análisis de sensibilidad de las palancas más importantes del negocio es clave para determinar “el Juicio probabilístico” del cumplimiento del plan. Dicho juicio podría tener una base cuantitativa según umbrales definidos en los escenarios de sensibilidad de las palancas del negocio.

Ratios – definición de parámetros de cara a posibles impugnaciones.

La realidad económica de una empresa no puede generalizarse, si bien existen ratios que por sectores podrían ser comparables. Dichos ratios y parámetros debieran servir al juez como base para la resolución de las impugnaciones de forma simplificada

Se propone que el plan defina una “cascada” de ratios que según el nivel puedan servir de mayor a menor “juicio probabilístico” para toma de decisiones de las impugnaciones.

La cascada incluiría:

1. Forma y estructura mínima del plan, por ejemplo, acorde a los 15 puntos arriba planteados.
2. Parámetros mínimos generalmente ligados a ratios financieros y de liquidez:
Ejemplo: Margen EBITDA, servicio de deuda/EBITDA, LTV, Caja mínima, etc.
3. Parámetros sectoriales que puedan servir de comparables.

Respecto a la forma del plan:

Se propone que como mínimo se incluyan estados financieros (PyG, Balance y Flujo de Caja indirecto) a 5 años con desglose mensual (2 primeros) y trimestral (después). Además del Flujo de caja directo el primer año.

IV- Pasivo financiero.

La definición de pasivo financiero es el aspecto de la sesión al que menos tiempo de discusión se le dedicó. Solo al final se suscitó la admisibilidad de acuerdos de refinanciación limitados al pasivo refinanciado. En esta cuestión se apuntó que su admisión podría apoyarse en que esta posibilidad también la contempla la propuesta de Directiva.

Quedaría pendiente de desarrollar, sobre la base de determinados ejemplos- como el de FCC- cómo puede concretarse la determinación del pasivo refinanciado, aportando ideas que puedan justificarlo, y teniendo presente la idea de que no puede constituir ningún tipo de fraude o discriminación para otros acreedores.

Habría que pensar, cara a la trasposición de la Directiva, cómo se plasmaría la introducción de clases y su incidencia en el pasivo refinanciado, para introducir ideas que, sin ser rígidas, contemplen la evitación de abusos.

Cuando se alude a “pasivo refinanciado”, ineludiblemente puede haber impugnación por sacrificio desproporcionado por quien haya sido incluido. Por parte del juez no debería prevalecer la visión paranoica del engaño, sino solo la verificación de los estándares mínimos, cambiando el rol en la impugnación, en la que a la vista de las razones aportadas en la demanda de impugnación y de las pruebas aportadas, podría juzgarse con mayor detenimiento. Los casos de abuso de carácter sustantivo se han de reconducir, primariamente, por el sacrificio desproporcionado; y, excepcionalmente, a través del abuso de derecho.

Cuando se trata de todo el pasivo, es necesaria una reflexión sobre el pasivo contingente y sobre las pólizas de disposición, en relación con los efectos novatorios sobre los mismos- quita y

espera-. El análisis de esta cuestión quedó sin discutir, y sería conveniente analizarla sobre la base de unas preguntas concretas extraídas de la realidad.

V- Efectos de la impugnación.

Existió un amplio debate sobre los efectos de la estimación de la impugnación. Latían dos posturas, la de quienes ponían el acento en que debían ceñirse a quien impugnó y la de quienes entendían que podría afectar a la propia viabilidad del acuerdo y, por lo tanto, a todos los acreedores vinculados por el acuerdo.

A modo de intento de concluir una discusión, que tampoco sería aceptada por todos, pero que podrían concitar un cierto consenso mayoritario, nos ha parecido que podrían alcanzarse las siguientes conclusiones:

- a- El sacrificio desproporcionado, en principio, debería afectar al acreedor que lo hace valer. De estimarse la impugnación, en principio quedaría fuera del acuerdo, pero sin lastrarlo.
- b- En algunos casos, por la relevancia de ese acreedor, podría descomponer el acuerdo y convertirlo en inviable. De tal forma que en esos casos podría estar justificado que el juez extendiera la ineficacia a todo el acuerdo.
- c- Si la impugnación tiene fundamento en la falta de concurrencia de los presupuestos o de la viabilidad, en la medida en que es un presupuesto para la homologación, la estimación de la impugnación y con ello la ineficacia del acuerdo podrá tener un efecto *erga omnes*.
- d- No puede perderse de vista que la impugnación puede ser realizada por el efecto de arrastre o, simplemente, por la protección frente a una futura acción rescisoria concursal. De tal forma que, si el motivo de impugnación afecta únicamente al arrastre, en cualquier caso el acuerdo debería ser válido respecto del blindaje frente a la acción rescisoria, salvo que concurra alguna circunstancia especial (asociada a la voluntad de los que lo firmaron) que justificara otra cosa.

En este sentido, la aproximación a esta materia no ha de ser rígida. Hay que identificar las razones por las que en uno u otro caso el juez deba anularlo o darle solo determinados efectos, partiendo de las siguientes opciones:

- a- Estimación total de la impugnación, dejando sin efecto la homologación.
- b- Extensión de efectos solo a acreedores que no hubieran impugnado, y desvincular a aquellos que hubieran vencido en la impugnación.
- c- Si el sacrificio patrimonial se impone a un solo acreedor, habrá que ver si este es de tal calidad o entidad que la estimación de la impugnación haría inviable por completo el acuerdo.
- d- Si solo ha sido objeto de impugnación el arrastre, habría que determinar si perdura la validez de los acuerdos de refinanciación respecto de su protección frente a la rescisoria concursal.

Entre algunos de los asistentes, late la sensación de que no existe una protección de los acreedores ajenos al acuerdo frente a abusos que pudieran quedar blindados con la

homologación del acuerdo. En la práctica, si se busca la protección del acuerdo frente a la rescisión concursal, difícilmente podría impugnarlo alguno de los posibles perjudicados en caso de frustración del acuerdo y apertura de concurso.

VI- Efectos del incumplimiento de un acuerdo de refinanciación homologado.

Nos situamos ante un acuerdo de refinanciación (en lo sucesivo AR o AARR cuando nos refiramos a ellos en plural) homologado y firme, en cuanto que las eventuales impugnaciones han resultado desestimadas.

1. Respecto a la legitimación para instar la declaración de incumplimiento del AR, si bien el apartado 11º de la DA 4ª se refiere a que cualquier acreedor, adherido o no al AR, podrá solicitar la declaración de su incumplimiento, a través de un incidente concursal, parece lógico entender que se trate de un *acreedor directamente afectado por el AR*. Esto es, un acreedor de crédito financiero y, excepcionalmente, otro distinto que se hubiera voluntariamente adherido. En el caso de los acreedores financieros, la ley emplea el término “cualquier acreedor” para advertir que incluye no sólo a los adheridos, sino también a los no adheridos.

2. Existe acuerdo entre los miembros del seminario en que, por el tenor de la DA 4ª, los efectos derivados de la estimación de la acción de incumplimiento regulada en el apartado 11º de la DA no son equivalentes a los de la resolución del convenio (artículo 140 LC). La DA 4ª expresamente ha excluido efectos resolutorios a la declaración de incumplimiento, al reservar este efecto solo a los casos en que se hubiera pactado en el AR. ²

En realidad, el apartado 11º prevé, para el caso de incumplimiento, y como consecuencia de su declaración, que puedan ejercitar judicialmente las reclamaciones los acreedores afectados por el AR, tanto a través de acciones individuales, como de la posibilidad de instar el concurso de acreedores del deudor refinanciado y, por supuesto, la ejecución de las garantías concedidas en el AR. ³

La ley, sobre todo, regula la ejecución de las garantías otorgadas en el AR con idea de asegurar su efectividad.

3. El resto de los acreedores, respecto de sus créditos afectados por el AR, podrían reclamar, a través de acciones individuales, los créditos vencidos. La mayoría de los asistentes entendió que la declaración de incumplimiento no provoca necesariamente el vencimiento anticipado de los aplazamientos concedidos y, por supuesto, tampoco deja sin efecto la novación de los créditos respecto de las quitas convenidas. En este mismo sentido, esa falta de efectos resolutorios de la declaración de incumplimiento no deja sin efecto las capitalizaciones de la deuda.

VII- Acciones de reintegración.

1. El grupo analizó a continuación el apartado 13º de la DA 4ª, que expresamente excluye de las acciones de reintegración los AARR de refinanciación homologados judicialmente. Esto es, en

² No obstante, alguno de los asistentes entendía que no podía negarse en todo caso la posibilidad de resolución por incumplimiento, atendiendo a la naturaleza sinalagmática del AR.

³ Algún asistente sugiere que, *de lege ferenda*, el apartado 11º debería dejar claro si, para la ejecución de las garantías, sería precisa la previa declaración de incumplimiento.

caso de que se frustre el AR y acabe por declararse el concurso de acreedores, no podría en ese concurso ejercitarse la acción rescisoria del artículo 71 LC.

En realidad, la justificación de esta restricción estaría en que la homologación de los AARR, cuyo contenido es equivalente al previsto en el artículo 71 bis LC, presupondría una verificación de que se cumplen los presupuestos del apartado primero del artículo 71 bis, que los hacen merecedores de protección frente a la acción rescisoria concursal.

2. La mayoría de los asistentes, después de debatirlo, concluyen con dos apreciaciones⁴:

a) La ley es taxativa a la hora de excluir la acción rescisoria concursal, por lo que difícilmente cabe una interpretación contraria.

b) *De lege ferenda*, sería conveniente someter estos AARR al régimen del artículo 71 bis LC y, por tanto, que pudiera discutirse que se cumplen los presupuestos del artículo 71 bis 1º, pues la supuesta revisión judicial mediante la homologación resulta insuficiente.

Lo que verdaderamente puede asegurar su revisión es que la verificación del cumplimiento de este presupuesto pueda ser susceptible de efectiva contradicción por los afectados; y, en el caso de la homologación de los AARR, esta contradicción no se permite de manera efectiva por dos razones: i) porque es difícil que encaje dentro de los motivos o causas de impugnación de los AARR; y ii) porque los perjudicados serían el resto de los acreedores no afectados por los AARR que, en ese momento, no están en condiciones de valorar el perjuicio que la frustración del AR les deparará en un posterior concurso de acreedores.

3. El apartado 13, cuando dispone que «el ejercicio de las demás acciones de reintegración se someterá a lo dispuesto en el artículo 72.2», está admitiendo que puedan ejercitarse otras acciones de ineficacia distintas a la acción rescisoria concursal. Estas acciones podrían ser, por ejemplo, la pauliana y la de nulidad por ilicitud de la causa.

En realidad, es difícil representarse que pueda prosperar una acción pauliana en un AR homologado, por la propia circunstancia de la homologación judicial. Solo cuando el fraude es muy evidente, tanto que se encuadra en lo que la jurisprudencia ha afirmado como “causa del negocio” y que, por tanto, provoca la nulidad del negocio por ilicitud de la causa, podría prosperar la impugnación.

4. Los asistentes mantienen que estos últimos supuestos de nulidad son muy excepcionales, normalmente asociados a que la adhesión del 51% de los acreedores persiga únicamente la protección frente a la acción rescisoria concursal, cuando sea muy evidente el propósito de garantizar unos créditos y muy evidente la imposibilidad de cumplir el AR, con vistas a la viabilidad de la compañía.

⁴ Para quienes sostienen que, a pesar de la dicción literal del precepto, cabría la acción rescisoria sujeta a las exigencias del artículo 71 bis LC, no sería necesaria ninguna reforma legal.

VIII- Protección frente a acciones rescisorias en AARR de grupo, cuando se declaran procedimientos principales de insolvencia en otro estado UE.

1. Como los AARR están incluidos en el anexo A) del Reglamento de Insolvencia 2015/848 (en adelante EIR), desde la admisión de la solicitud de homologación hasta su aprobación definitiva, debe considerarse como procedimiento de insolvencia principal de cada una de las sociedades del grupo afectadas por el AR.

Esto presupone que todas ellas tienen el centro de intereses principales (CoMI, en lo sucesivo) en España, aunque alguna de las sociedades pueda tener la nacionalidad de otro Estado miembro de la UE (o incluso de un tercer Estado).

El hecho de que un tribunal español haya admitido la petición de homologación de un AR que afecte a varias sociedades del mismo grupo, aunque alguna de ellas tenga la nacionalidad de otro Estado miembro de la UE, supone que hasta la firmeza del acuerdo no se pueda abrir un procedimiento de insolvencia principal fuera de España. Posteriormente, si el AR se frustra, cabría abrir un procedimiento de insolvencia principal de alguna de estas sociedades en otro Estado miembro, pero debería acreditarse que ha habido alguna circunstancia nueva que permita concluir que el CoMI ha cambiado, ha dejado de estar en España y ha pasado a estar en ese otro país donde se pretende abrir el concurso.

2. Si es así, y finalmente, como consecuencia del fracaso del AR, se abre un procedimiento de insolvencia principal de alguna de las sociedades del grupo en otro estado UE, deberíamos cuestionarnos en qué medida resulta oponible en aquel procedimiento la previsión contenida en la DA 4ª.13 LC. Esto es, si la imposibilidad de ejercitar la acción de rescisión frente a los AARR opera también en los procedimientos de insolvencia abiertos en otros países, bajo la legislación concursal correspondiente (artículo 7 EIR).

En principio, la respuesta es afirmativa. Esto es, la protección que brinda la DA 4ª 13 al AR se aplica también si posteriormente se abre un procedimiento concursal en otro Estado de la UM. Esta conclusión se puede alcanzar bien mediante el reconocimiento de los efectos de la decisión española en el otro Estado (Art. 32 del Reglamento) bien mediante el juego del Artículo 16 del Reglamento. Conforme a este precepto cual «No se aplicará lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, letra m), cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que:

- a) dicho acto está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento, y que
- b) en ese caso concreto, la ley de dicho Estado miembro no permite por ningún medio que se impugne dicho acto»

El AR que se pretende rescindir está sujeto a la legislación española, y de acuerdo con la DA 4ª.13, no es susceptible de rescisión concursal. Esta prohibición de rescindibilidad debe entenderse que es aquella a la que se refiere el artículo 16 EIR, de tal forma que, en aquel procedimiento, el concursado o los acreedores financieros que fueron parte en el AR y que pudieran verse afectados por la rescisión, podrían oponer lo previsto en el artículo 16.

Anexo

I.- Fide: www.fidefundacion.es

Fide es un think-tank jurídico-económico, un centro operacional del conocimiento en estado práctico, que se hace posible gracias a la participación activa de todos los estamentos de la sociedad civil que tienen algo que decir al respecto: desde la alta dirección de las empresas a los despachos de abogados, desde las cátedras universitarias hasta los tribunales de justicia, desde todas las instancias de la administración hasta los profesionales de diferentes ámbitos relacionados con el mundo del Derecho y de la Empresa. Todos ellos tienen un lugar, y un lugar preferente, en Fide.

II.- Objetivos del Grupo de Trabajo

Se han celebrado tres sesiones sobre diferentes cuestiones en materia de refinanciaciones, con la finalidad de abrir un coloquio abierto y distendido entre profesionales que desde una u otra institución están vinculados con estas materias.

Materias abordadas:

- **¿La actual Ley Concursal es adecuada para la reestructuración de un grupo de sociedades?, o ¿es necesario introducir mejoras con motivo de la entrada en vigor del Reglamento de Insolvencia EU y la nueva propuesta de directiva EU?**
- **Análisis de las experiencias de los AR-AEF hasta la fecha:**
 - o Estadísticas: Tipologías, problemáticas que resolvían y soluciones alcanzadas.
 - o Como se han planteado en la práctica: exposición de casos reales.
- **Estrategias para asegurar el éxito de los AR-AEF:**
 - o Estrategias legales respecto de sociedades del mismo grupo ubicadas dentro y fuera de la UE.
 - o Mecanismos para evitar la apertura de procedimientos de insolvencia y ejecuciones de créditos.
- **Problemáticas en torno a la determinación del pasivo financiero:**
 - o Criterios empleados en la práctica. ¿Cabría o sería conveniente una unificación de criterios en el seno de la jurisdicción mercantil? Las decisiones obtenidas hasta el momento ¿constituyen precedentes dentro de la misma jurisdicción, teniendo en cuenta que no existe recurso de apelación?

- ¿A través de qué medios puede el Juzgado verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la homologación de los AR-AEF? En concreto ¿Cómo verificar que el contenido del AR-AEF sea adecuado para alcanzar la viabilidad de la compañía o el grupo, a corto y medio plazo?
- Análisis del informe del experto independiente, ¿vale la pena aportar este informe con los AR-AEF que se quieren homologar? Ventajas e inconvenientes.
- ¿Qué efectos prácticos puede generar el informe del experto independiente con vistas a la homologación y a la eventual impugnación?
- **La impugnación de los AR-AEF:**
 - Criterios para valorar el sacrificio desproporcionado en los que fundar la impugnación de los AR-AEF. Dificultades prácticas para ilustrar y probar que hubiera sido mejor otra solución que la obtenida mediante el AR-AEF.
 - ¿Sobre la base de qué motivos se puede impugnar la homologación de un AR-AEF? ¿Cabría alegar el carácter desproporcionado de las garantías prestadas, la búsqueda injustificada de la protección frente a acciones rescisorias? ¿Quién podría impugnar?
 - Con qué medios reales se cuenta para instar la ineficacia de un AR-AEF?
 - Efectos derivados del incumplimiento del AR-AEF?

III.- Integrantes del Grupo de Trabajo

1. **Ángel Alonso Hernández**, Abogado Socio del Departamento de Reestructuraciones y Concursal de Uría Menéndez.
2. **José María Blanco Saralegui**, Magistrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo-Área Civil.
3. **Marta Cervera Martínez**, Magistrada del juzgado Mercantil 8 de Barcelona.
4. **Bárbara Córdoba Ardao**, Magistrada titular del juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona.
5. **José María Fernández Seijo**, Magistrado Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.
6. **Juan Ferré Falcón**, Socio de Jones Day de la práctica de Reestructuración e Insolvencias.
7. **Antoni Frigola i Riera**, Of Counsel del Departamento Procesal y Regulatorio de EY. Magistrado especialista en asuntos de lo mercantil en excedencia.
8. **Julio Fuentes Gómez**, Subdirector General de Normativa Marítima y Cooperación Internacional en la Dirección General de la Marina Mercante, Ministerio de Fomento. Administrador Civil del Estado.

9. **Francisco José Garcimartín Alferez**, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Linklaters.
10. **Blas Alberto González Navarro**, Fundador del despacho Blas González Abogados. Juez de lo mercantil en excedencia.
11. **Aurelio Gurrea Chalé**, Presidente de Dictum Abogados y Presidente del Colegio de Titulares Mercantiles de Málaga.
12. **Julio Ichaso Urrea**, Abogado. Socio del Departamento de Derecho Procesal y Concursal de PwC. Responsable del área Concursal.
13. **Cristina Jiménez Savurido**, Presidente Fundación FIDE. Magistrada en excedencia.
14. **Amparo López Senovilla**, Subsecretaria de Economía y Empresa.
15. **Luis Martín Bernardo**, Socio Abencys. Presidente de la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC).
16. **Eduard Milá Visaconill**, Socio de FTI & Partners corporate recovery Spain, S.L.P.
17. **Francisco Pérez- Crespo Payá**, Socio de Cuatrecasas.
18. **Ignacio Sancho Gargallo**, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
19. **Miguel Temboury Redondo**, Anteriormente Subsecretario de Economía y Competitividad.
20. **Adrian Thery Martí**, Socio del Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias, de Garrigues.
21. **Ignacio Tirado Martí**, Investigador Principal del Proyecto de la Comisión Europea sobre solución contractual a la insolvencia. Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.
22. **Javier Vaquer Martín**, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
23. **Sergio Vélez Álvarez**, Senior Managing Director, Co- Leader de Corporate Finance de FTI CONSULTING y responsable la oficina de Madrid.
24. **Pere Vilella Xampeny**, Economista de FTI& Partners.
25. **Íñigo Villoria Rivera**, Abogado. Socio de Clifford Chance, Departamento de Litigios y Arbitrajes. Responsable del Área Concursal.
26. **Javier Yañez Evangelista**, Socio de Uría Menéndez Abogados.

*Todos los integrantes han participado a **título individual** y no institucional.*

Octubre 2018

***Estas conclusiones fueron asimismo valoradas y debatidas el pasado 8 de mayo de 2018 por un grupo de expertos en Barcelona.**