

Seminario del Consejo General del Notariado en los Cursos de Verano de El Escorial

El control de legalidad notarial es determinante para garantizar la idoneidad de los acuerdos preconcursales

- En la fase preconcursal, la figura del notario determina los informes técnicos, el plan de viabilidad, la finalidad del 'fresh money' o los quórums de los acreedores, entre otros controles, aclara el notario Leopoldo Martínez de Salinas.
- El magistrado de lo mercantil, Borja Villena, mostró su preocupación por los efectos suspensivos de la homologación de los acuerdos de refinanciación y la paralización de las ejecuciones.
- El abogado Santiago Ezquerro apoyó que los acuerdos de homologación judicial exijan a entidades financieras cubrir el 75% de la refinanciación por su capacidad para incorporar a disidentes al consenso global.

Madrid, 17 de julio de 2012.- La segunda y última jornada del seminario sobre *Los acuerdos preconcursales de refinanciación*, organizado por el Consejo General del Notariado en el marco de los Cursos de Verano de El Escorial, se inició con la conferencia del notario Leopoldo Martínez de Salinas sobre el "Control notarial de los acuerdos de refinanciación y efectos: el privilegio de *fresh money* e irrevocabilidad del acuerdo", en la que señaló la importancia de la intervención notarial en la fase preconcursal de cualquier situación de insolvencia empresarial. No sólo porque el legislador eligió, en la reforma de la Ley Concursal del pasado año, la figura del notario para realizar una supervisión del proceso, sino porque el control de legalidad notarial es determinante para que no pocas variables de estas negociaciones consigan eludir el concurso".

De Salinas quiso hacer hincapié en que el control de legalidad notarial responde a "la determinación de los límites que la ley establece y la búsqueda de soluciones que permite". Y que, en el terreno de los acuerdos preconcursales, resulta "crucial", por ejemplo, para concretar la irrevocabilidad o no de estos pactos, la configuración real de los quórums de acreedores que se requieren para determinar si un acuerdo es irrevocable (tres cuartas partes

del total) o puede llegar a ser homologable ante el juez (tres quintas partes) a partir del plan de viabilidad que deber suscribir un experto independiente.

Seguridad jurídica notarial

A su juicio, “pudiera parecer que este control es liviano, pero no es así porque la propia Ley Concursal admite que en este proceso contractual puede haber espacios interpretables, cuya concreción corresponde al notario”. En concreto, su artículo 71.6.2, que dice: “... cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo”, sin quedar, según De Salinas, “al arbitrio de las partes”, por lo que esta labor “debe ejercerla el notario”. A este respecto, mencionó dos escenarios prácticos. El primero, la determinación de si la tipología de pactos que puede darse en estos procesos –de irecindibilidad, homologables antes el juez o privilegiados- cumplen con el mandato legal de que “no caben de manera aislada”; es decir, que no pueden “operar de forma independiente entre sí”. El segundo, durante la “conformación de la masa pasiva, si los quórum son los que realmente incorpora el informe técnico de expertos y se adecúan a cada una de los tipos de acuerdos” que pueden surgir. “Y en este instante, sólo el notario puede intervenir” frente a las partes.

También en las operaciones de *fresh money*, término anglosajón al uso en la jerga concursal, y que la legislación española define como los “acuerdos para acceder a créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería” (artículos 84.211 y 91.6 de la Ley Concursal) es crucial este control de legalidad. Porque la norma no contempla como flujos monetarios legales ni las mercancías de proveedores ni posibles nuevas aportaciones de socios. O porque el préstamo “no valore suficientemente los riesgos”, que el destino del *fresh-money* se use para pagar deudas pre-existentes o que no se vincule convenientemente estos consensos en el plan de viabilidad, precisó De Salinas.

En su opinión, este control de legalidad no difiere sustancialmente de los que el notario realiza en otro tipo de intervenciones, como testamentos, capitulaciones matrimoniales, particiones de herencias o constituciones de servidumbres. “Es un proceso discreto, que los notarios realizamos y que se concreta al firmar la escritura”, explica De Salinas. Pero antes y durante el instante mismo de formalizar estos documentos “hay un concienzudo análisis intelectual y jurídico que determina si se puede seguir adelante, si se paraliza o si se introducen nuevos términos que ampara la legalidad”.

La visión judicial

Por su parte, Borja Villena, magistrado del Juzgado nº 8 de lo mercantil de Madrid, realizó un análisis de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 38/2011 en la que se regula la *Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*. En su intervención, puso de manifiesto los defectos de regulación sustantiva y procesal de la norma y su preocupación respecto de la interpretación que ha de darse a los efectos suspensivos de la homologación del acuerdo y de la paralización de las ejecuciones singulares, señalando que la ejecución hipotecaria no quedaría sujeta a tal parálisis.

Asimismo, Villena señaló la importancia de la facultad moderadora que la ley reconoce a los jueces, al poder determinar que la espera a los terceros ajenos al acuerdo no se les pueda extender cuando les suponga un sacrificio desproporcionado.

Auto de homologación de acuerdos

El abogado Santiago Hurtado, socio de Broseta y ex secretario general técnico del Ministerio de Justicia durante la redacción del proyecto de ley 38/2011 analizó, en la sesión vespertina del pasado lunes, la “Financiación de las empresas en crisis: *fresh money* y *schemes of arrangement*”, asunto que invitó a sondear los razonamientos jurídicos de uno de los tres autos pioneros en España de un procedimiento de homologación judicial de un acuerdo de refinanciación. El dictado por el juzgado mercantil número 6 de Barcelona.

Hurtado, respaldó su introducción en la reformas concursal y señaló que estos acuerdos tan sólo son vinculantes cuando hayan sido aprobados por el 75% de las entidades financieras acreedoras. Además inició en el efecto arrastre que supone la aprobación por esta mayoría cualificada respecto de terceros acreedores que duden de que su incorporación al convenio de globalidad les pueda beneficiar. “El problema posterior es de los bancos que desean, para su propia seguridad, que los disidentes acepten el acuerdo”. De hecho “este escenario es, básicamente, lo que pretende la regulación de los pactos de homologación” judicial, señaló.