

Jurisprudencia de interés en el marco de la financiación de proyectos

En esta nota se resumen los fundamentos de Derecho más relevantes en que se basa la sentencia número 38/2014 dictada en fecha 12 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Alicante en el marco del concurso de la sociedad Ciralsa Sociedad Anónima Concesionaria del Estado ("**CIRALSA**"), en el marco de la financiación del proyecto de construcción, explotación y mantenimiento de la autopista de peaje circunvalación de Alicante y demás obligaciones derivadas de la concesión administrativa adjudicada por RD 282/2004 de 13 de febrero

Breve reseña sobre los antecedentes de hecho del caso enjuiciado

CIRALSA suscribió el 4 de agosto de 2005 un contrato de financiación senior con varias entidades financieras para financiar los costes y gastos derivados de la construcción, explotación y mantenimiento de la autopista de peaje circunvalación de Alicante y demás obligaciones derivadas de la concesión administrativa adjudicada por RD 282/2004 de 13 de febrero. En el marco de dicha financiación, se otorga un contrato de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de financiación, y CIRALSA realiza una cesión en garantía a favor de las entidades bancarias de los derechos de crédito derivados o que pudieran derivarse en el futuro, frente a las respectivas contrapartes contractuales, de las Cuentas del Proyecto, de los Contratos del Proyecto (incluyendo, entre otros, el contrato de concesión) y de los Contratos de Cobertura de Tipos de interés, referidos en el contrato de 4 de agosto de 2005, y constituye derecho real de prenda a favor de las entidades bancarias sobre los citados derechos de crédito.

Contenido

- Tipología de derecho de crédito que supone la RPA
- Alcance del privilegio especial de la prenda de créditos futuros sobre la RPA
- Alcance del privilegio especial de la prenda de las cuentas del proyecto
- La subordinación de créditos concursales titularidad de socios con participación indirecta en la concursada

Es relevante asimismo a los efectos de esta nota-resumen, lo siguiente:

- Bankia es la titular al 100% de Corporación Financiera Caja Madrid, S.A.
- Corporación Financiera Caja Madrid, S.A. es la titular al 99,98% de Sociedad de Promoción y Participación Empresarial Caja Madrid, S.A.
- a la fecha de suscripción de los contratos de financiación, Sociedad de Promoción y Participación Empresarial Caja Madrid, S.A. era titular del 25% de CIRALSA

Tipología de derecho de crédito que supone la RPA

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, en su acrónimo RPA, debe entenderse como una responsabilidad "ex lege" de origen contractual, al derivarse de la resolución del contrato de concesión administrativa, determinado en su importe máximo desde el mismo contrato y la forma de cálculo, por lo que es determinable sin precisar un nuevo convenio entre los contratantes.

Por lo tanto, continua la sentencia, puede concluirse que es un derecho de crédito futuro, pues aunque se prevé su existencia en el propio contrato y desde su perfección, nace o se activa en el momento de la resolución del contrato – operando como una especie de condición suspensiva.

Alcance del privilegio especial de la prenda de créditos futuros sobre la RPA

Partiendo de la base de que un deudor puede dar en prenda créditos futuros no nacidos en el momento de la constitución de la garantía, en la sentencia se confirma que no hay discusión que la prenda alcanza a todos los créditos que vayan naciendo hasta la declaración de concurso. Sin embargo, se añade, la respuesta no es pacífica respecto de los créditos que nacen con posterioridad a la declaración de concurso, pues se plantea si nacen en cabeza del deudor-concurrido, como activo que se integra libre en la masa sin carácter privilegiado para el acreedor, o por el contrario nacen afectos a la prenda y, en consecuencia, el destinatario de dichos activos es el acreedor pignoraticio.

El artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, en su redacción actual, no aporta solución sobre el alcance del privilegio por lo que el juez de instancia, tal y como hizo en la anterior sentencia de 20 de julio de 2012, analiza las distintas tesis mantenidas por la doctrina (la inmunidad absoluta, la tesis intermedia, la tesis estricta y la tesis de la analogía) para acabar centrándose en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013. A la luz de la misma, señala, se confirma la doctrina según la cual la cesión de créditos futuros en garantía es resistente al proceso de insolvencia ulterior del cedente, si en el momento en el que se pactó ya estaban adecuadamente determinados los caracteres definitorios del crédito que se cedía, de manera que "*nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio*". Aún siendo

consciente el juez que existen algunas diferencias entre la cesión de créditos y la prenda de créditos, entiende que dada la ligación entre sí de ambas figuras, no se aprecia circunstancia alguna que impida trasladar esta doctrina a la prenda de créditos.

En definitiva, dado que la RPA se trata de un derecho de crédito futuro derivado de un contrato de concesión que en el momento en que se pactó (previo al concurso) ya estaba adecuadamente determinado en sus caracteres definitorios – se señala en la sentencia que el importe estaba previsto y era determinable ab initio-, la consecuencia es que la prenda constituida sobre el mismo despliega su eficacia, aunque dicha RPA nazca con posterioridad al concurso, de manera que lo hará ya pignorada.

La sentencia concluye la disertación sobre esta cuestión poniendo de manifiesto el cambio de criterio respecto de sus sentencias anteriores sobre la misma materia. Al respecto a la jurisprudencia, se une el hecho de que existen diferencias evidentes de naturaleza fáctica entre ambos supuestos enjuiciados que justifican que en el pasado se haya optado por la tesis estricta (entre otros, el hecho de que la pignoración se llevó a cabo escasamente siete meses antes del concurso y sobre gran parte de los activos de la deudora, con frustración en un alto grado de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios en general y de los créditos derivados del mantenimiento de la actividad), mientras que en el caso de autos se considere idóneo optar por la tesis intermedia.

Alcance del privilegio especial de la prenda de las cuentas del proyecto

El análisis del artículo 15 del Real Decreto 5/2005 no puede hacerse perdiendo de vista que, por su extensión, lo pignorado en el caso de autos es la práctica totalidad de los ingresos, ordinarios y extraordinarios, que vaya obteniendo la concursada en el desarrollo de su actividad. En tal contexto, señala la sentencia, resulta necesario delimitar los términos de la inmunidad al proceso concursal que establece dicho artículo.

Lo dispuesto en dicho artículo, continúa diciendo, no puede significar que la práctica totalidad de los ingresos derivados de la actividad de la concursada, que deben engrosar las cuentas pignoradas, nazcan por ello pignorados, pues ello haría ilusorio el principio de mantenimiento de la actividad empresarial del artículo 44 de la Ley Concursal, ya que esa prenda sería ejecutable sin cortapisa alguna.

La constitución de la prenda al amparo del Real Decreto 5/2005 no exime de verificar los requisitos que debe reunir el derecho pignorado, y en concreto su determinación (artículo 1.273 del Código Civil), de manera que sólo podrán nacer pignorados los créditos nacidos después del concurso del pignorante que estén plenamente determinados o sean determinables en virtud de criterios extraños al arbitrio exclusivo del acreedor prendario o, según señala el Tribunal Supremo "*que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes...*".

La subordinación de créditos concursales titularidad de socios con participación indirecta en la concursada

Referencia al régimen legal

La Ley Concursal establece en los artículos 92.5º y 93.2.1º, en su redacción actual, que los créditos concursales de aquellos socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social (si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial), o un 10% (si no los tuviera) tendrán la consideración de subordinados. Se exceptúan sin embargo los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios que reúnan las condiciones de participación en el capital indicadas.

La Ley Concursal, en su redacción inicial de 2003, no hacía referencia alguna al momento temporal en el cual debía efectuarse el test de participación en el capital social de la concursada, para entender si el crédito debía considerarse o no como subordinado. Sin embargo, fue mediante reforma de la misma de 2009, cuando el legislador confirmó que el citado test únicamente debía llevarse a cabo en el momento del nacimiento del derecho de crédito, y no después.

Solventada esta primera cuestión, faltaría por determinar por el legislador en qué medida la participación en el capital social de la concursada debe entenderse exclusivamente como una participación directa o, por el contrario, podría hacerse extensiva la calificación de subordinada a aquellos acreedores con una participación indirecta en la concursada.

Corriente jurisprudencial dominante: interpretación literal del régimen legal y extensión de la condición de socio a los indirectos

Ante esta laguna legal, han sido varias las Audiencias Provinciales que hasta la fecha se han pronunciado sobre la cuestión (SAP de Toledo (Sección 1ª) 107/2008, de 14 de marzo, SAP de Castellón (Sección 3ª) 53/2012, de 1 de febrero o SAP de Castellón (Sección 3ª) 66/2012, de 9 de febrero), concluyendo que debe reputarse como socio a los efectos del test no sólo los directos sino también aquellos que mantuvieran una participación indirecta en la concursada. Especialmente destacable fue la SAP de Toledo (Sección 1ª) 107/2008, de 14 de marzo, en la que se recalca la necesidad de tomar partido por una interpretación literal del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal, sin entrar a valorar otras consideraciones como el intento de fraude o simulación, la mala fe o el intento de perjudicar a otros acreedores. Asimismo, se añadía, no es admisible la prueba en contrario en la valoración de si las personas deben considerarse especialmente relacionadas con la concursada, a diferencia de lo que sucede con el artículo 93.3 de la Ley Concursal.

Nueva interpretación: valoración subjetiva asociada al supuesto fáctico concreto

La sentencia que es objeto de análisis en la presente nota se dicta precisamente en el marco del concurso voluntario de una mercantil (CIRALSA) en el que una entidad financiera (Bankia)

participaba indirectamente en la concursada (a través de la participación que Bankia mantenía en Corporación Financiera Caja Madrid, S.A. y en Sociedad de Promoción y Participación Empresarial Caja Madrid, S.A.), tal y como se describe en los antecedentes de hecho. A mayor abundamiento, el *test* de participación previsto en el artículo 93.2.1º de la Ley Concursal se verificaba en el momento del nacimiento del crédito.

En la sentencia, el juez confirma que el socio con participación directa en la concursada es persona especialmente relacionada, si bien a la hora de analizar si esta circunstancia debe proyectarse a la entidad financiera (con participación indirecta en la concursada), hace las siguientes consideraciones:

- desde un punto de vista literal, el socio debe reputarse como el titular de las acciones o participaciones sociales de la concursada, sin que pueda predicarse tal condición del partícipe indirecto; no es posible a su juicio llevar a cabo una interpretación extensiva de una norma sancionadora y excepcional como es la regla de la subordinación crediticia;
- desde el punto de vista sistemático, la situación de participación indirecta del acreedor está ya contemplada en el apartado 3º del artículo 93.2 de la Ley Concursal, en el que debe valorarse si cabe predicar especial relación por existencia o inexistencia de grupo de sociedades, siendo ésta norma especial que desplaza al apartado 1º del mismo artículo; y
- el remedio del fraude de ley.

Estos argumentos son los que se esgrimen para no participar de la conclusión a la que habían llegado las Audiencias Provinciales mencionadas anteriormente. El propio juez pone de manifiesto que aún siendo consciente de la existencia de estas sentencias y de los fallos vertidos en las mismas, confirma que no comparte sus conclusiones por las razones mencionadas.

Ante maniobras evasivas que tengan por objeto la inaplicación del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal (por ejemplo, mediante la creación de sociedades pantalla o supuestos patológicos de grupo), entiende que la cortapisa debe ser el artículo 6.4 del Código Civil, que impide el fraude de ley, en vez de una aplicación extensiva o analógica del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal. Lo cual, en último extremo, implicaría levantar el velo de la sociedad interpuesta y atribuir la condición de verdadero socio al acreedor.

Como corolario de todo lo anterior, concluye en relación al supuesto de hecho enjuiciado lo siguiente:

- no se invoca situación fraudulenta alguna, que no se puede presumir por la existencia de participaciones ramificadas, al ser el grupo empresarial una realidad admitida por el legislador; y
- en todo caso, no se vislumbra qué ventaja posible pudo obtener la entidad financiera, o riesgo posible para otros acreedores, a la hora de la concertación del crédito por el hecho de que una sociedad participada tuviese el 25% del capital social de la financiada, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la concertación del crédito, que deriva de una operación bancaria sindicada, con el control y supervisión que implica.

Aunque evidentemente hay que hacer notar que esta sentencia no constituye jurisprudencia, entendemos que por lo elaborado y fundamentado de su argumentación debe tenerse en cuenta, puesto que es previsible que sus tesis sean consideradas por otros órganos jurisdiccionales que en el futuro diriman cuestiones similares.

Contacto

Clifford Chance

Madrid - Paseo de la Castellana 110

Tel.: +34 91 590 75 00

José Guardo

Socio Responsable de Financiero y Bancario

T: +34 91 590 75 95

E: jose.guardo@cliffordchance.com

Alejandro León

Asociado de Financiero y Bancario

T: +34 91 590 75 72

E: alejandro.leon@cliffordchance.com

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2014
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.