



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL MEDIANTE LOS
ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

Tesis Doctoral realizada por

María Isabel Márquez Martínez

Tesis Doctoral dirigida por

Dra. María Isabel Martínez Jiménez

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona

Bellaterra, Junio de 2017



Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL MEDIANTE LOS
ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

Tesis Doctoral realizada por

María Isabel Márquez Martínez

Tesis Doctoral dirigida por

Dra. María Isabel Martínez Jiménez

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona

Bellaterra, Junio de 2017

LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL MEDIANTE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

ÍNDICE

ABREVIATURAS..... 10

INTRODUCCIÓN..... 12

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN Y MARCO NORMATIVO DE LA VÍA PRECONCURSAL Y DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN ESPAÑA

1. El precurso en el ordenamiento jurídico español. El temor que se encauzó hacia una alternativa al concurso de acreedores 17
2. Real Decreto-Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Primer rasgo del precurso . 20
3. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal. Proceso legislativo. Continuación de la formación del precurso. 29
 - 3.1. Novedades que introdujo la L38/2011 para reforma de la LC. Comunicación art. 5 bis LC..... 32
 - 3.2. Tipos de acuerdos de refinanciación en la L38/2011. Los antecedentes de los acuerdos de refinanciación actuales 34
 - 3.3. Acuerdo de refinanciación ordinario de la L38/2011. La negociación sin intervención judicial..... 35
 - 3.4. Primer acuerdo de refinanciación homologado mediante la L 38/2011. El intento del legislador de aportar seguridad jurídica al negociador precurso 47
4. Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Disminución de la mayoría necesaria en el acuerdo de refinanciación ordinario mediante introducción del art. 71 bis LC..... 60
 - 4.1. El art. 21 LE sobre acuerdo extrajudicial de pagos de la LC. Breve explicación de modelo diferente de acuerdo extrajudicial 61
 - 4.2. El art. 31 LE sobre acuerdos de refinanciación. Desarrollo de nombramiento de experto independiente mediante el nuevo art 71 bis LC y tercera reforma de la DA.4ª LC: modificación de mayoría necesaria..... 63
5. El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Cuarta reforma al espacio precurso..... 64

5.1. Modificación del art. 5 bis LC sobre comunicación de negociación al Juez. Protección de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y paralización y suspensión de ejecuciones singulares en la comunicación al Juez.....	66
5.2. El traslado del acuerdo de refinanciación ordinario del ex art.71.6 LC al art. 71 bis LC y el nuevo acuerdo de refinanciación especial del 71 bis 2. LC..	68
5.3. Cuarta reforma sobre la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la DA 4.ª LC mediante el RDL 4/2014. Efectos sobre acreedores con garantía real y segunda disminución de la mayoría exigible	72
6. El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.....	75
7. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Originaria en el RDL 4/2014	78
7.1. Medidas convalidadas por la Ley 17/2014 y que provienen del RDL 4/2014. Interpretación de lagunas de la norma realizada por los Jueces Mercantiles de Madrid.....	79
8. La Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, de medidas urgentes en materia concursal, que proviene del RDL 11/2014. Breve modificación a los acuerdos preconcursales sindicados	85

CAPÍTULO 11. EL TRATAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN PRECONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. La recomendación por parte de la UE a los estados miembros sobre prevención y anticipación.....	88
2. La negociación preconcursal en el marco del derecho estadounidense.....	91
3. El “ <i>accordi di risanamento dei debiti</i> ” y el “ <i>accordi di ristrutturazione</i> ” del derecho italiano	98
4. El acuerdo de “ <i>conciliation</i> ” y el acuerdo de “ <i>sauvegarde</i> ” en el derecho francés .	108
5. El cambio normativo de los legisladores. La idea de la prevención.....	118

CAPÍTULO III. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACION ACTUALES COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN DE INSOLVENCIA

1. Interpretación del significado de los acuerdo de refinanciación	120
2. Naturaleza jurídica de los acuerdos de refinanciación de deuda: contractual y concursal.....	126
3. Finalidad preventiva de los acuerdos de refinanciación de deuda. El objetivo de continuidad de actividad empresarial y el cumplimiento de obligaciones	128
4. La causa de los acuerdos de refinanciación. La inminente insolvencia y la insolvencia firme	130
4.1. Caracterización del afectado insolvente. El solicitante de negociación preconcursal.....	135
4.2. Alertas a tener en cuenta para predecir y prevenir futuras insolvencias	137
5. Los acuerdos de refinanciación en la actualidad. El inicio de los acuerdos de refinanciación. Importancia de la comunicación al Juez mediante el art. 5 bis LC. La suspensión y paralización de ejecuciones singulares	144
6. El acuerdo de refinanciación básico. La base de la formación del acuerdo actual mediante el art. 71 bis.1 LC.....	150
7. Acuerdo de refinanciación especial. La protección contra rescindibilidad sin necesidad de cumplir con las mayorías de pasivo exigidas.....	162
8. Acuerdo de refinanciación complejo. La homologación de la negociación preconcursal.....	164
8.1. La extensión de efectos a acreedores disidentes con o sin garantía real debido a la homologación de acuerdo de refinanciación.....	170
8.2. Procedimiento de homologación actual. La paralización de ejecuciones singulares. La valoración reglada del Juez. La extensión de efectos detallada por el deudor. La publicación de la homologación judicial del acuerdo	179
8.3. Los efectos que produce la homologación del acuerdo de refinanciación. La irrevocabilidad concursal. Los efectos novatorios y la cosa juzgada.....	185
8.4. La acción de impugnación por parte de disidentes afectados o disconformes. El control de sacrificio desproporcionado	186

CAPÍTULO IV. CONTENIDO PRINCIPAL Y ADICIONAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDA

1. Contenido principal de los acuerdos de refinanciación. Necesidad del plan de viabilidad	196
1.1. El corto y medio plazo requerido para la continuidad de la actividad empresarial. La disparidad de opiniones a la hora de concretarlo.....	200
1.2. Forma y contenido que debe tener un plan de viabilidad a niveles prácticos.....	202
2. Introducción al contenido adicional de los acuerdos de refinanciación	206
3. Las modificaciones estructurales como parte de un acuerdo de refinanciación.....	207
3.1. Los tipos de modificaciones estructurales	211
3.2. Beneficios e inconvenientes del uso de las modificaciones estructurales dentro de los acuerdos de refinanciación.....	217
4. La capitalización de deuda como instrumento de prevención dentro de un acuerdo de refinanciación	219
4.1. Los tipos de capitalización de deuda para los acuerdos de refinanciación	220
4.2. Beneficios e inconvenientes de la utilización de capitalización de deuda dentro de un acuerdo de refinanciación.....	223

CAPITULO V. LA RECUPERACIÓN DE EMPRESA CON LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Introducción al espacio entre precurso y concurso de acreedores. Diferente manera de solucionar la insolvencia.....	230
2. Solicitud para instar inicio de concurso y sujetos que pueden hacerlo. Supuesto de acuerdo de refinanciación desfavorable y posterior inicio de concurso de acreedores del art. 5 bis.5 LC. Supuesto de solicitud conjunta de concurso voluntario y concurso necesario	236
3. Concurso voluntario. Solicitud de deudor y necesidad de insolvencia actual a diferencia del acuerdo de refinanciación de deuda.....	242

4. Concurso necesario. Solicitud de acreedores y comprobación de situación de insolvencia. La diferencia de colaboración del acreedor hacia el deudor en los acuerdos de refinanciación y el concurso de acreedores	244
5. Declaración judicial de concurso. Un procedimiento reglado sin opción de voluntad a las partes	249
6. Inicio de la fase común. Determinación de la masa activa y de la masa pasiva y el informe de la administración concursal. El traspaso de capacidad para gestionar la insolvencia del deudor al administrador concursal	250
7. Inicio de la fase concluyente: la elección de la vía de convenio como medida de solución para los acreedores. La propuesta anticipada de convenio: similitudes con los acuerdos de refinanciación de deuda	261
8. Inicio de la fase concluyente: la elección de la vía de la liquidación. El interés predominante de los acreedores por encima de la viabilidad de la actividad empresarial	278
CONCLUSIONES.....	287
BIBLIOGRAFÍA.....	295
LEGISLACIÓN.....	312
JURISPRUDENCIA	317
PÁGINAS WEB.....	322

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
BC	“Bankruptcy Code”
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCF	Código de Comercio Francés
C.de C.	Código de Comercio
C. Com.Franc.	Código de Comercio Francés
CE	Constitución española
CNMV	Comisión Nacional de Mercado de Valores
Coord.	Coordinación
EDJ	El Derecho-Base de Datos de Jurisprudencia y Legislación
Dir.	Dirección
EE.UU.	Estados Unidos
LC	Ley Concursal
LF	“Legee Fallimentare”
LME	Ley de modificaciones estructurales
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRLC	Ley para la reforma de la Ley Concursal
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de sociedades de capital
LSE	Ley salvaguarda de las empresas

núm.	Número
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDL	Real Decreto Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RLAC	Reglamento de Auditoría de Cuentas
RRC	Reglamento del Registro Civil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La insolvencia financiera es un problema que ha preocupado siempre a las empresas. Una crisis económica supone que no se puede cumplir con las deudas pactadas de manera constante. Es decir, no se trata de un momento puntual de falta de pago. Consiste en la imposibilidad de cumplir con lo exigible por acreedores de forma continuada. La dilatación en el tiempo de esta situación económica provoca como consecuencia que se agrave la situación y pueda desembocar en quiebra de la sociedad en cuestión. El cierre de la sociedad provoca que se eliminen puestos de trabajo que afectan a personas y se convierte en un problema mayor que llega a las casas de los afectados. Por lo tanto, una sociedad con problemas financieros supone inseguridad para los que forman parte de ella y también para los que se interesan por la misma, como por ejemplo los inversores. Los primeros se encuentran afectados debido a que sus ingresos dependen de las ganancias de la empresa. Los segundos valoran si es beneficioso o no relacionarse con sociedad concreta. Así pues, la insolvencia financiera en una empresa afecta a la misma como persona jurídica, pero también a todas las personas físicas que la forman.

La manera habitual para solucionar la insolvencia de una sociedad es a través del procedimiento de concurso de acreedores. Para su utilización, es necesario encontrarse en una situación de insolvencia actual o firme. El procedimiento de concurso de acreedores permite la posibilidad de intentar conservar la actividad empresarial mediante el convenio ordinario o realizar la liquidación de la sociedad. En efecto, cuando no exista acuerdo alguno ni posibilidad de mantener la empresa, se reparten los activos existentes para el pago de deudas, según su prioridad o privilegio, mediante la fase de liquidación de concurso de acreedores.

El concurso de acreedores ha llegado a ser temido por las empresas porque se relaciona con la finalización de la misma. Durante mucho tiempo se ha creído que el procedimiento de concurso de acreedores beneficia al cobro de deudas de los acreedores y que predominan los intereses de los mismos sobre los del deudor. Por este motivo, las sociedades intentan evitar dicho procedimiento. La manera en la que intentan evitar el procedimiento es manipulando las cuentas contables de la sociedad o endeudándose en mayor medida para poder pagar las deudas existentes en primer lugar. El problema es que realizando dichas acciones de encubrimiento la situación se agrava y magnifica

cuanto mayor es el periodo de tiempo que transcurre. La liquidez financiera se acaba, los bienes inmuebles se encuentran gravados con cargas y la nueva financiación acaba por desaparecer en ausencia de nuevas garantías que constituir. Por este motivo, los procedimientos concursales finalizan en el mayor número de casos en liquidación que en convenio, porque cuando se trata de negociar, los activos que pueden quedar solamente pueden llegar a cumplir con las deudas exigibles y no siempre abarca para todas ellas.

El gran problema de la utilización del procedimiento concursal es la necesidad de estar en situación de insolvencia firme. Esto supone que la empresa con dificultades ya ha llegado a una situación de gravedad muy importante. Asimismo, también conlleva la publicación de dicha situación en los medios públicos que permiten que se conozca el estado de crisis por todos. También es importante destacar que el coste de procedimiento es elevado y aquí aparece otra dificultad para los deudores. Cuando una sociedad se encuentra en una situación de crisis financiera grave, invertir en un procedimiento concursal supone gastar parte de los recursos que le quedan para ello. Además, el tiempo que se necesita para la utilización del concurso de acreedores perjudica también el escenario de la empresa. No se trata de un procedimiento rápido.

Por todo ello, se inicia una búsqueda de nuevas maneras de enfrentar a la insolvencia empresarial. Debido a la situación de las empresas con problemas económicos, el legislador comienza a introducir en la normativa concursal española a partir de 2009 métodos extrajudiciales para incentivar las negociaciones entre partes. Entre dichas negociaciones extrajudiciales se encuentran los acuerdos de refinanciación de deuda, que tienen su origen en el régimen italiano.

Los acuerdos de refinanciación de deuda suponen la posibilidad de iniciar negociaciones entre una empresa deudora y sus acreedores para conseguir un pacto que permita la continuidad de la actividad empresarial. Esto supone que la voluntad de las partes decide actuar en un periodo de tiempo anterior al espacio del procedimiento concursal. Dicho espacio lo conocemos en la actualidad como espacio preconcursal. En los acuerdos de refinanciación de deuda no es necesario esperar a tener una insolvencia firme y actual, a diferencia del concurso de acreedores. La negociación extrajudicial permite actuar en caso de prever no poder cumplir con las obligaciones en un futuro

cercano. Por lo tanto, los acuerdos de refinanciación son creados para funcionar en estado de inminente insolvencia.

Desde su aparición los acuerdos de refinanciación han sufrido varias modificaciones por medio de reformas a la Ley Concursal. El legislador ha intentado promover dicha herramienta con la finalidad de apoyar a los deudores y a las empresas. Cada vez más predomina la idea de motivar el saneamiento de la sociedad por encima de los intereses de cobro de los acreedores afectados. Por lo tanto, la idea de sanear y reactivar se refleja dentro de la herramienta preconcursal como objetivo principal. Las ideas de prevención y anticipación de crisis financieras mediante el uso de mecanismos extrajudiciales aparecen reflejadas en la normativa comunitaria para concienciar a todos los estados miembros a la importancia de tales mecanismos. Esto último se refleja en los ordenamientos jurídicos de muchos países que como el nuestro han decidido utilizar la idea de viabilidad a través de acuerdos extrajudiciales. Dichos mecanismos son provistos de menor coste en su creación así como también de disminución en el tiempo para pactarlos. Todo ello para agilizar una actuación en un escenario de crisis. Por lo tanto, los estados se están preocupando de abastecer de alternativas tempranas a las empresas para poder solucionar sus problemas financieros y no tener que esperar a largos procedimientos judiciales para ello.

La problemática que observamos en nuestra alternativa preconcursal es que los acuerdos de refinanciación de deuda no han tenido desde su formación el recibimiento esperado por el legislador. Esto es argumentado por la doctrina y jurisprudencia en base a la inseguridad jurídica que transmite dicha herramienta. Parece ser que las lagunas existentes en la regulación normativa concursal ha supuesto el descenso de su uso. Las negociaciones extrajudiciales que no afectaban a terceros disidentes o no firmantes o la no suspensión de ejecuciones singulares sobre bienes necesarios para el buen funcionamiento de las negociaciones y del propio uso de la empresa son algunos ejemplos de desconfianza que hemos visto en la evolución de los acuerdos de refinanciación.

Por otro lado, el mal uso de la herramienta por los deudores tampoco ha favorecido en las estadísticas de uso de los acuerdos de refinanciación. El intento de negociación extrajudicial a las puertas de una quiebra dificulta el pacto con unos acreedores que ven en peligro el cobro de sus créditos. Es difícil solventar una crisis

cuando se espera demasiado en el tiempo para solucionarlo. El paso del tiempo produce que el deudor acumule más deuda y que los acreedores desconfíen en mayor medida del cobro de los créditos exigibles. Esto supone la falta de interés de negociación previa al concurso y, por lo tanto, la pérdida de oportunidad de actuar en consonancia con una situación de necesidad, que requiere agilidad de actuación.

Otro problema importante que observamos es la manipulación de información contable que se forma en ocasiones en las empresas. La no aceptación de la realidad sobre una mala utilización de los recursos y el endeudamiento masivo provocan a veces situaciones que las empresas alargan en el tiempo culminando en grandes deudas difíciles de combatir. El desconocimiento o no reconocimiento por los deudores sobre las alertas o señales que predicen la situación de inminente insolvencia inhabilitan la posibilidad de saneamiento. No es fácil para las sociedades comprender que cuando se necesita financiamiento para cumplir con otras deudas ya vencidas, existe un peligro inminente para la empresa. Nos resulta alarmante pensar que una empresa pueda maquillar sus variables para aparentar mantener la calma sobre el negocio cuando existe un problema de liquidez oculto.

Por ello, todas estas reflexiones nos hacen pensar en si los acuerdos de refinanciación de deuda son un buen mecanismo de solución de insolvencia o simplemente se trata de un último recurso antes de caer en un procedimiento concursal. Creemos que si el legislador se ha esforzado en reformar la herramienta de manera progresiva es para fomentar su utilización y ser un instrumento que tiene posibilidades de aliviar los problemas de las empresas. Analizaremos la formación y el funcionamiento de los acuerdos de refinanciación de deuda. Buscaremos la manera correcta de ser utilizados. El escenario de aplicación de la herramienta preconcursal, el tiempo en el que se debe utilizar, la forma y el contenido apropiado serán otros de los objetivos que investigaremos. En conjunto, nuestro fin será el de encontrar la manera eficaz de utilizar los acuerdos de refinanciación de deuda como método de prevención, saneamiento y recuperación de empresa, sin tener que recurrir al procedimiento concursal y a los niveles de insolvencia de tal gravedad para ello.

La normativa principal a estudiar es la Ley Concursal y, más concretamente, los artículos 5 bis sobre comunicación al Juez de negociaciones extrajudiciales, 71 bis sobre

acuerdos de refinanciación básico y especial y disposición adicional cuarta sobre acuerdo de refinanciación homologado.

El trabajo se organiza en cinco capítulos. En primer lugar, la evolución normativa corresponde al primer capítulo y hace referencia a los antecedentes concursales hasta la actualidad. Abarcaremos las reformas ocasionadas sobre concursabilidad desde el momento que surge en la Ley Concursal en 2009 hasta la actualidad. En segundo lugar, veremos el tratamiento de la negociación concursal en el derecho comparado. Los ordenamientos jurídicos escogidos son: el norteamericano, italiano y francés, siendo el último muy importante para nuestro trabajo. En este segundo capítulo, las negociaciones extrajudiciales nos ayudarán a observar el enfoque general de las herramientas de concurso o prevención en un escenario más amplio. En tercer lugar, se ha redactado un capítulo que comporta las bases de los acuerdos de refinanciación actuales, tal y como lo entendemos. Por un lado, se establece un contenido mínimo de definición, finalidad y naturaleza. Por otro lado, establecemos la tipología actual de los acuerdos de refinanciación. En este tercer capítulo se habla también de la percepción temprana de señales de insolvencia futura y de la necesidad de negociar desde el inicio de buena fe por las partes vinculantes. En cuarto lugar, nos hemos centrado en los campos adicionales a la refinanciación concursal, puesto que creemos que es un tema que se ha explorado en menor medida tanto por los autores como por el legislador y que podrían ser de mucha utilidad en los futuros acuerdos de refinanciación que se establezcan. Por último, el quinto capítulo trata sobre el procedimiento concursal de acreedores. Hemos considerado oportuno que para poder decidir que el sistema de los acuerdos de refinanciación pueden ser la alternativa al concurso de acreedores, debemos conocer primero la herramienta como tal y por ello le hemos dedicado un capítulo. Una vez finalizado los cinco capítulos, se dará paso a las conclusiones a las que se ha llegado con la investigación realizada.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN Y MARCO NORMATIVO DE LA VÍA PRECONCURSAL Y DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN ESPAÑA

1. El concurso en el ordenamiento jurídico español. El temor que se encauzó hacia una alternativa al concurso de acreedores

Existe una tendencia a pensar que hasta el año 2009 no se legisla sobre la concursabilidad o la preinsolvencia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, es en leyes societarias y no concursales donde ya se inician estos términos.¹ Por un lado, normativa sobre sociedades incorporaba desde el año 1951 diversos preceptos que hablaban de la integridad de capital social. Tal normativa tenía como función la de advertir de forma preventiva cuando existieran carencias patrimoniales de notoriedad importante o alarmante.²

¹ Vid. VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.9. Dicha obra reconoce la existencia de preceptos de materia preinsolvente en ámbito societario antes de la legislación creada en 2009 a modo de materia urgente y preconcursal. Ya existían indicios en materia societaria sobre medidas extrajudiciales para solventar problemas de insolvencia. La materia societaria incorporaba desde 1951 varias previsiones para el mantenimiento e integridad del capital social de una sociedad. La utilización de alertas de prevención frente a la quiebra de patrimonios significativos. Se interpreta de lo leído la propia obligación de aumentar la financiación de las sociedades y establecer un “colchón” para el aseguramiento de cumplimiento de deudas con los acreedores antes de detectar una inminente insolvencia. Medida de prevención, controlada por los administradores como una de sus obligaciones de mantenimiento de una sociedad. También se puede observar sobre derecho de preinsolvencia en otras obras: Vid. DOMINGO MONFORTE, J., “Actividad y solución preconcursal. Exoneración de la responsabilidad concursal ex lege” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775/2009 parte Comentario. ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p.2-3. Dicho autor menciona que la legislación mercantil-societaria contempla mecanismos concursales. Situaciones en las que se quiere evitar estados de insolvencia y de posteriores declaraciones de concurso, por medio de la reducción obligatoria de capital por pérdidas (art. 260.4 LSA y 104 LSRL), la obligación de dotar la reserva legal del art. 214 LSA y la prohibición de distribuir beneficios si el patrimonio neto contable resulta inferior al capital social (art.213.2 de la LSA). A nivel práctico, vid. SAP de Lleida, sec.2º, núm. 262/2004 de 13 de julio, que expone un mecanismo preconcursal desde la vertiente societaria para evitar una posible insolvencia. Según sentencia, una sociedad puede evitar su disolución acordando un aumento o reducción de capital. Consiste en un mecanismo preconcursal, que obliga a la sociedad a que cuando se prevea una inminente insolvencia, se intente adoptar acuerdo alternativo para reconducir el patrimonio social o, incluso, reintegrarlo.

² Vid. Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Reformada por medio de la Segunda Directriz de la Comunidad Económica Europea 77/91, de 13 de diciembre de 1976. Mediante las reformas comunitarias a la primera Ley se lucha por preservar el capital de una empresa, dar garantías a los acreedores y limitando a la sociedad de posibles actividades adversas para la economía de la sociedad. Se crea una finalidad de control sobre prohibición de realizar negocios sobre las propias acciones de la empresa para preservar la constitución financiera de la sociedad (art.209.1.B y ss. LSA, de 1951). Vid. DOMINGO MONFORTE, J., “Actividad y solución preconcursal. Exoneración de la responsabilidad concursal ex lege” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775/2009 parte Comentario. ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p.2. Observación de legislación mercantil-societaria que ya contemplaba mecanismos de concursabilidad mediante vía de la reducción obligatoria de capital por pérdidas (art.260.4 LSA y 104 LSRL), obligación de dotar la reserva legal del art. 214 LSA y la prohibición de distribuir beneficios si el patrimonio neto contable resulta inferior al capital social (art.213.2 de la LSA).

Dichas normas eran para asegurar la garantía de cobro de los acreedores mediante el mantenimiento de un patrimonio contable, en una franja de valor superior a la mitad del capital social, para que en una situación en la que las empresas tuvieran progresivo deterioro financiero, existiera financiación dentro de la propia sociedad. Es decir, las propias compañías tenían un mecanismo de aviso y caja de ahorro para posibles momentos de descubierto financiero, en el cual se aumentaba la financiación propia de la empresa.

Para que tal herramienta se cumpliera con efectividad y se utilizara, los administradores tenían la obligación de vigilar las dificultades de insolvencia mediante las alarmas creadas. Asimismo, existía responsabilidad de los administradores por incumplimiento de dicho control. Por otro lado, disposiciones de la reglamentación española en materia de auditoría de cuentas, también en ámbito de las sociedades mercantiles, se consideraron medidas preventivas contra la inminente insolvencia e incluso para poder evitarla.³ Incluso en el ámbito judicial ya se conocían mecanismos concursales. En efecto, en la rama judicial ya se afirmaba obligar a una sociedad a evitar la quiebra mediante actos concursales, bien fuera liquidándose o adoptando un acuerdo alternativo encauzado a reconstruir el patrimonio social.⁴ No obstante, el principal antecedente de la concursalidad actual se define en el año 2008.

En el año 2008 se comienza a hablar en España de crisis económica y declive nacional. Como consecuencia de la crisis, se produjeron muchos expedientes de regulación de empleo en empresas como “Seat”, “Ford” o “Spanair”⁵. Tal situación creó una gran alarma social. Durante el primer trimestre de 2009 fue empeorando la

³ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.p.13y ss. La LSA en su art.209.1.b es la referencia a dichas menciones sobre posibilidad de alertas y dicho autor comenta la iniciativa.

⁴ Vid.SAP de Lleida, de 13 de julio, núm. 262/2004 (AC 2004/1791), que determina en su fundamento segundo “*La ley establece como causa de disolución la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente*”. Se observa un mecanismo concursal en la alternativa a intentar dar opción de resarcir la condición de insolvencia.

⁵ En el diario “EL PAIS”, en fecha 1 de octubre de 2008 podemos encontrar la noticia virtual en el link de la web: http://elpais.com/diario/2008/10/01/economia/1222812032_850215.html , donde se indicaba las primeras acciones por parte de la empresa “SEAT” a consecuencia de un descenso de las ventas de vehículos. Se enviaba a los trabajadores a casa y se paralizaba la producción; La empresa “Ford” destacó la cerrada del año 2008 con pérdidas de once millones de euros, también por el descenso de las ventas, tal y como se indica en una noticia del diario web de “EL PAIS”, en fecha 29 de enero de 2009: http://economia.elpais.com/economia/2009/01/29/actualidad/1233217978_850215.html; Más grave fue el caso de “Spanair”, tal como se indica en el diario virtual “EXPANSIÓN.COM”, en fecha 16 de julio de 2008, link: <http://www.expansion.com/2008/07/16/opinion/1146592.html>

situación. En el ámbito de las insolvencias, el número de expedientes concursales aumentaba en referencia al año anterior. El sector de la construcción fue el más afectado debido a la caída de la demanda como consecuencia de la rescisión, el descenso de los precios de la vivienda y la restricción del crédito derivado de la crisis financiera internacional. A su vez, se empezaron a producir resoluciones judiciales que dieron ineficacia a negocios creados con anterioridad al concurso, que desataban aún más el pánico entre las empresas en situación de insolvencia y las entidades financieras. El motivo principal de temor era que las empresas temían que se declararan nulos muchos de los negocios realizados con anterioridad a los concursos de acreedores.⁶

Por este motivo, viendo la situación sobre la rescisión de acuerdos realizados con anterioridad al concurso de acreedores y observando el posible colapso de multitud de empresas importantes, además, en un momento donde muchas se encontraban en situación de renegociación de sus propias deudas, perjudicando a la vez al sector bancario⁷ entre otros, el Gobierno decidió recular de forma urgente el Real Decreto-Ley

⁶ Vid. NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.10. NIETO DELGADO nos explica en la obra citada que durante el periodo entre 2008 y 2009, en los Juzgados Mercantiles de diferentes provincias de España, se presentaron los concursos de sociedades constructoras como Martinsa Fadesa (7.155 millones de euros), Habitat (2.807 millones de euros), Tremón (919 millones de euros) o Nozar (1.563 millones de euros), entre otros. En algunos de los concursos nombrados, en sus expedientes, NIETO DELGADO, nos describe que la administración concursal ejerció acciones de reintegración dirigidas a que se declarase la ineficacia de operaciones bancarias importantes previas a la declaración de concurso (acción de reintegración ejercitada contra una operación de refinanciación concluida en mayo de 2008 entre Martinsa Fadesa y un sindicato de 48 entidades bancarias, destinado a la renegociación de 3.742 millones de euros, introduciendo garantías reales de gran importancia, que *a posteriori* son objeto de renuncia por las entidades financieras). A parte, se produjeron resoluciones judiciales que dieron ineficacia a negocios creados con anterioridad al concurso que desataron aún más el pánico entre las empresas en situación de insolvencia y las entidades financieras. Vid. JM nº 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2007. Declara ineficacia del efecto de la reintegración de una operación de refinanciación que crea garantías reales sobre una deuda existente con anterioridad y, además, ineficaz también el préstamo subyacente. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias” en *La Ley* nº 7097, 2009, p.4.

⁷ Vid. AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, nº. 7161, sec.tribuna, abril, 2009, p.1. El autor refleja el temor que tenían las entidades financieras antes de las reformas concursales. Cuando una entidad financiera concedía financiación para cancelar obligaciones que ya existían en un momento anterior, reunificando todas las deudas, y procuraba garantizar el nuevo crédito con hipoteca, corría riesgo de verse afectado por la reintegración de la masa prevista en el ex. art.71 LC, produciéndose la rescisión de la hipoteca. Esto suponía que la entidad se convertía en acreedor ordinario, sin privilegios. Por este motivo, es tan importante la constitución de nuevas garantías reales en los casos de refinanciación de deuda de un deudor que no puede hacer frente a sus obligaciones. En otra época, las entidades podían prescindir de constituir garantías reales para dar crédito a un deudor. Sin embargo, en la actualidad es un requisito necesario y de seguridad para las entidades financieras.

3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.⁸

2. Real Decreto-Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Primer rasgo del precurso

La primera reforma que se hizo a la Ley Concursal⁹ en relación al inicio del precurso tal y como lo conocemos hoy fue con el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, consideraba que eran acuerdos de refinanciación de deuda aquéllos que, acompañados de un plan de viabilidad, se alcanzaran *“por el deudor en virtud de los cuales se procedía, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la ampliación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas”*¹⁰.

Este texto legal, en su art. 8, con título de “reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación”, se inició la iniciativa de aumentar la seguridad jurídica en el sentido de la refinanciación por medio de una DA 4.^a¹¹, que se introducía en la misma norma. No obstante, se cree que quizás ya en dicha reforma se debería de haber reconsiderado

⁸ Vid. AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, nº. 7161, sec. tribuna, abril, 2009. p.1. Los autores reflexionan sobre el hecho de que en todas las épocas de crisis económica se decide realizar una reforma de la Ley Concursal. Ya eran muchos los que en el año 2003 querían que se realizara una reforma de la LC 22/2003, puesto que consideraban que no ayudaba a la realización de operaciones encaminadas a favorecer la continuidad de empresas en general. Uno de los principales motivos era el antiguo art. 71.3.2º, que ya establecía presunción “*iuris tantum*” de perjuicio patrimonial en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas consumadas en sustitución de las primeras. Perjuicio patrimonial que de conformidad con el ex art. 71.2 LC podía conducir a rescisión concursal de las garantías que se hubieran constituido dentro de los dos años anteriores a fecha de declaración de concurso.

⁹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003. Referencia: BOE-A-2003-13813. A partir de ahora lo simplifcaremos como “LC”

¹⁰ Vid. RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009. A partir de ahora, RDL 3/2009., de manera resumida. Texto sacado del art. 8.3 RDL 3/2009.

¹¹ En el art. 8.3 RDL 3/2009, se introduce nueva disposición adicional cuarta (a partir de ahora DA 4.^a LC), sobre acuerdos de refinanciación.

la idea de reformar el artículo 71 LC¹² sin aportar apéndices externos al precepto para complementarlo¹³.

El RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, fue el que inició la idea sobre que los acuerdos de refinanciación de deuda que entraran dentro de lo establecido de forma legal, y respondieran a un plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad empresarial a corto o medio plazo, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarían sujetos al riesgo de rescisión previsto en el art. 71.1 LC¹⁴ y siempre que se cumplan determinados requisitos.¹⁵

¹² Destacar que se hace una pequeña modificación mediante el art. 8.2 RDL 3/2009. Se modifica la redacción del art. 71.5 LC sobre casos en los que no puede haber rescisión concursal.

¹³ Por un lado, Vid. NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.11. Considera que la DA 4.ª que añadió el RDL 3 / 2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes, era un sistema de blindaje o escudo protector que operaba como inmunidad de jurisdicción de los acuerdos de refinanciación frente a futuras acciones rescisorias concursales, mediante la idea de un cumplimiento de requisitos para la formalización de los mismos. Consiste en una idea de protección por medio de cobertura ante ciertas acciones. Por otro lado, Vid. GALEOTE, M., “Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal” en *Diario La Ley*, nº. 7375, sec. doctrina, 821/2010, abril, 2010, p. 1, 2 y 3. En dicho artículo, se expone la idea de que acreedores y deudores intentan mantener acuerdos fuera del proceso concursal desde siempre y que tal acción ya era denominada también entonces desjudicialización del marco de tratamiento de crisis económica del deudor común. Sin embargo, dicha reforma fue considerada ya por la especialista un “guiño” más que un avance. Habla de un intento de recoger de forma judicializada esa extrajudicialidad reclamada por muchos. Asimismo, se denota la falta de acuerdo con lo legislado al crearlo escaso. La autora expresa que la prórroga mencionada en la comunicación para realizar acuerdos extrajudiciales fue escasa. Apunta que la legislación española no cuida de los acuerdos extrajudiciales y menos en marco de crisis empresariales y pese a la reforma de 2009, los acuerdos extajudiciales difícilmente podían salir favorables y que, incluso, podían desembocar en que alguno de los acreedores decidiera instar concurso de acreedores. Por último, se decanta más por la propuesta anticipada de convenio, pese a la que también ve inconvenientes durante tal reforma de 2009. Vid. AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, nº. 7161, sec. tribuna, abril, 2009, p.3. En este artículo se habla de “*técnica jurídica defectuosa*” al realizarse una introducción de una nueva disposición adicional cuarta (siempre refiriéndonos a la de la reforma por RDL 3/2009 de aquel momento) relacionada con los acuerdos de refinanciación, que solamente podía ser de utilidad para las operaciones que se encontraran dentro de la definición de acuerdos de refinanciación que aportaba dicha reforma en el apartado primero de la ex DA.4ª. Los autores consideraron que se trataba de ley especial en operaciones de refinanciación frente a lo que aparecía en el art.71 LC, que sería ley general. Por lo tanto, se entiende una introducción de una herramienta complementaria y especializada (ex DA 4.ª) frente al precepto genérico ex 71 LC. Por este motivo, se está de acuerdo con los autores cuando se considera que en lugar de haber realizado un complemento mediante dicha disposición adicional, se debería de haber realizado una reforma del art. 71 LC completa sin apéndices externos al artículo.

¹⁴ El art. 71 LC recoge las acciones de reintegración de la nada. En el punto 1. Se habla sobre la rescisión de los actos cometidos en los últimos dos antes de la declaración de concurso, que puedan ser perjudiciales para la formación de la masa activa

¹⁵ Así se recogieron los casos dentro de la DA 4.ª LC, creada en la reforma dentro del art. 8.3. RDL 3/2009.

Sin embargo, sólo estaba protegido, por entonces y aún hoy, de la rescisión del art.71 LC mientras que no de otras vías como la del 1111 CC¹⁶ o 1291 CC¹⁷. Por un lado, el artículo 1.111 del CC expone que los acreedores que tienen pendiente el cobro de deudas, después de intentar cobrarlas mediante los bienes del deudor, pueden ejercitar todas aquellas acciones y derechos que consideren oportunas para poder cobrar. A su vez, pueden impugnar actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. Todo para proteger a los acreedores y su derecho de cobro. Por otro lado, el artículo 1.291.3 del CC permite la rescisión de actos fraudulentos que anulen el derecho de cobro de los acreedores. Estos preceptos indican la posibilidad de los acreedores de ejercitar medidas contra las acciones de los deudores.

En efecto, el hecho de que se establezca un acuerdo de refinanciación de deuda y sea protegido por lo expuesto en el ex¹⁸ art. 71.6 LC, no significa que no hayan otros medios de anular las negociaciones. La doctrina¹⁹ considera que por mucho que se evite la rescisión en un eventual concurso de acreedores, la impugnación de los mismos puede llevarse por otras vías. Nosotros queremos creer que los acreedores ejercitarán dichas acciones permitidas del CC cuando el deudor actúe de manera fraudulenta, puesto que los artículos hablan de “fraude”²⁰. Pero los acuerdos de refinanciación, no se pensaron para actuar de manera fraudulenta. Más bien para negociar con los acreedores de abiertamente y de manera anticipada. Una vez hecha dicha reflexión, continuamos con la evolución normativa.

¹⁶ El art. 1111 del Código Civil (CC a partir de ahora), permite a los acreedores perseguir el cobro de las deudas mediante los bienes del deudor y , posteriormente, puede ejercitar todas las acciones que permite la Ley e incluso impugnar las del deudor que le perjudiquen.

¹⁷ El art. 1291.3 CC habla sobre lo que es rescindible en tema de acreedores: los contratos celebrados en fraude de acreedores.

¹⁸ Veremos varias reformas del art. 71.6 LC y el de la reforma del RDL 3/2009 no es igual al actual.

¹⁹ Vid. AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, nº. 7161, sec.tribuna, abril, 2009.p.3. Aunque en dicha reforma ya se reconocía que los acuerdos de refinanciación que cumplieran los requisitos expresados en los preceptos no estarían sujetos a riesgo de rescisión regulado en el ex art. 71.1. LC, la protección desaparecía ante las vías de los artículos 1111 CC o 1291 CC. Asimismo, tal carencia de cobertura continuó así también en la reforma propulsada por L 38/2011.

²⁰ Así lo expone el art. 1111 CC cuando dice (...) “los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho” y en art. 1291.3 CC, cuando dice “los celebrados en fraude de acreedores (...)”.

Se llevaron a cabo otros cambios mediante la reforma de 2009. Dichos cambios introducidos en la LC por el RDL 3/2009, se vieron complementados por la edición de un último inciso a la LC en su art.5 LC²¹ (ex art. 5.3 LC) en el que se establecía una moratoria de hasta cuatro meses en el cumplimiento del deber de solicitar concurso, de forma general, cuando un deudor declarara su estado de insolvencia al Juez competente y le comunicara su intención de establecer negociaciones con sus acreedores. Por lo tanto, dicha moratoria conllevaba la condición de que debía producirse la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones. Sin embargo, tales negociaciones sólo iban dirigidas a la conclusión de una propuesta anticipada de convenio, no se hablaba de acuerdo de refinanciación de deuda. En cualquier caso, durante el periodo de cuatro meses existía una situación de protección y suspensión contra posibles solicitudes de concurso necesario, que no se podrían tramitar hasta que no acabara la prórroga de cuatro meses²².

Este precepto inició la vía de la preconcursalidad y de la protección de los procesos de negociación preconcursales²³. Por lo tanto, dicho artículo marcó la base de esta vía. No obstante, aunque decimos que era vía de preconcursalidad, en realidad sólo protegía a las propuestas anticipadas de convenio, sin que se extendiera de forma expresa dicho mecanismo a los acuerdos preconcursales de refinanciación de deuda.

Por un lado, el mecanismo de suspensión de eventuales solicitudes de concurso necesario sólo se ejercía ante negociaciones mediante propuesta anticipada de convenio, pero no se suspendían las solicitudes de concurso cuando se trataba de acuerdo de refinanciación. Por otro lado, existía indeterminación legal sobre la actuación procesal del Juez y la comunicación por el deudor de realizar negociaciones. No se especificó qué debía presentarse junto con la comunicación y el procedimiento a seguir. La jurisprudencia de los jueces de lo mercantil no era uniforme a primera instancia,

²¹ Los cambios son introducidos por el art.10.1 RDL 3/2009, dicho artículo es el que introduce un nuevo punto en el antiguo art.5 LC. Introduce el apartado 5.3 LC, ya anticuado, que correspondía a la comunicación al Juez sobre intención de conseguir adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y el no deber de solicitar declaración de concurso mientras tanto.

²² Vid. GARCÍA-VILLARUBIA, M., RODRÍGUEZ,L., “Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 3.5 de la Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, p592.

²³ Vid. HERNÁNDEZ ARRANZ, M., “La nueva fase preconcursal”, en *Diario La Ley*, núm.7272, 2009, en www.laleydigital.es, núm.18797/2009,pp.6, 11 y 15. Se inicia la manera de incluir los acuerdos de refinanciación en los preceptos normativos.

respecto a lo que el deudor debía probar con su comunicación o sobre los documentos que debía aportar junto con la comunicación.

Un sector jurisprudencial minorista entendió que la presentación de una comunicación ex art.5.3 LC sólo recogía el deber del deudor de solicitar su concurso, si se acreditaba el estado de insolvencia actual, prueba del inicio de negociaciones y prueba de no incurrir en las prohibiciones del art.105 LC²⁴. Por otro lado, un sector jurisprudencial mayoritario entendía la comunicación como un acto formal, donde el deudor no debía acreditar su insolvencia y tampoco el estar iniciando negociaciones con los acreedores, sólo bastaba con que el deudor solicitante alegase sus circunstancias bajo su responsabilidad que, en su caso, podría acabar en calificación de un concurso eventualmente declarado, si se entendía que el deudor agravó su estado de insolvencia y no actuó con diligencia.²⁵ Se establecían incoherencias con otros preceptos de la LC que solicitaban la acreditación de documentación para solicitar un concurso necesario²⁶. Si para concurso se debía acreditar la situación de insolvencia y existía una forma de actuar procesal, para el funcionamiento de negociaciones preconcursales, debía ser igual y la reforma no lo recogía.

²⁴ Así lo exponían el Auto del Juzgado Mercantil de Granada, de 11 de mayo de 2009, que dice así: *“(...) no alude a una insolvencia actual, sino a lo sumo inminente, y en todo caso es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2 de la LC, pues así lo dispone el nuevo artículo 5.3. Pero sobre todo, no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado (...), sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya --pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3-- y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante.”*

²⁵ Así vid. Auto del Juzgado de lo mercantil núm.8 de Madrid, de 29 de diciembre de 2009, ponente: Javier Yáñez Evangelista, ref.: 588/2009 en *Tirant lo Blanch Online* que dice así: *“(...) del escrito de la mercantil (...) cuyo objeto es comunicar al Juzgado el inicio por tal persona de negociaciones con sus acreedores a fin de alcanzar una propuesta de convenio concursal anticipado, previa a la presentación misma de la solicitud de concurso voluntario.”* Y otras similares vid. Auto del Juzgado de primera instancia núm.6 Mercantil de Badajoz de 11 de mayo de 2009; Auto de Juzgado Mercantil núm. 2 de A Coruña de 16 de junio de 2009; Auto Juzgado Mercantil núm.8 de Barcelona.

²⁶ El art.14.1 LC. Se analiza solicitud de concurso de acreedores con documentación aportada.

Reiteramos el hecho que el ex art. 5.3 LC sólo resultaba aplicable para propuesta anticipada de convenio por no recoger de forma expresa a los acuerdos de refinanciación de deuda. No obstante, se consideraba la posible analogía para dichos acuerdos y se aplicaba a los acuerdos de refinanciación²⁷. Sin embargo, se dudaba sobre qué ocurriría con la prórroga cuando, en primer lugar, la utilización de la moratoria establecida no fuera solicitada para prácticas de refinanciación sino para otros fines. Si tal acción podría ser conducida a la denegación judicial de los efectos legalmente vinculados a dicha comunicación o, en segundo lugar, si la constancia posterior, en el caso de eventual concurso, de que la moratoria hubiera sido utilizada para una operación de refinanciación y no para la negociación de una propuesta anticipada de convenio, pudiera considerarse un retraso culpable de la solicitud de concurso²⁸ sobre calificación de concurso). Calificándose como culpable, con riesgo de responsabilidad para los administradores²⁹.

Pese a todo, con dicha reforma del momento y con los cambios que se produjeron, se originó que a lo largo de 2009 noventa empresas decidieran acogerse a tal mecanismo de renegociación³⁰. La acogida fue positiva al inicio. Sin embargo, pronto se observaron las faltas de la reforma.

²⁷ Vid. jurisprudencia Auto del Juzgado de 1º Instancia Mercantil de Córdoba, núm.9, de 10 de septiembre de 2009, ponente: Fernando Caballero García, ref. 164/2009 en *Tirant lo Blanch Online*, donde se expresa la analogía posible pese a no aparecer en el art. Ex 5.3 LC los acuerdos de refinanciación: “ (...) Si bien la dicción literal del artículo 5,3 de la Ley Concursal no resulta muy afortunada en cuanto que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación de la solicitud de concurso (con o sin propuesta anticipada de convenio) obviando otras posibilidades como son el incumplimiento de esta obligación legal, nos podemos encontrar con otras situaciones como un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia (actual o inminente) de la solicitante pudiera desaparecer.” Y en doctrina misma opinión Vid. GARCÍA-VILLARUBIA, M., RODRÍGUEZ,L., “Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 3.5 de la Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 2010, p.593.

²⁸ Supuesto del art.165.1.1º LC, sobre presunción de culpabilidad en caso de no solicitar a tiempo el concurso de acreedores.

²⁹ En referencia al art.172.3.LC sobre culpabilidad de los administradores en caso de concurso culpable.

³⁰ Para conocer datos más concretos de estadísticas Vid. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes muebles y Mercantiles de España. *El concurso de acreedores en cifras, en Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2009,pp.128-130, en su link web:

https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

En primer lugar, con la reforma la doctrina³¹ observó que el periodo de prórroga era insuficiente para conseguir procedimientos de refinanciación. Aunque se produjera una suspensión de posibles solicitudes de concurso durante un periodo de tiempo, tal moratoria no era suficiente para conciliar con una lista extensa de acreedores, ni tampoco suficiente para establecer un negocio ni conseguir un plan de mejora para la sociedad implicada. Dicha moratoria de cuatro meses alargaba el tiempo de poder analizar la situación, pero no de obtener una solución. A la práctica, ese tiempo sólo servía para localizar acreedores, establecer las deudas y negociar con los principales acreedores financieros.

En segundo lugar, el hecho de no establecer de forma desarrollada a los acuerdos de refinanciación de deuda y de forma expresa su objetivo y contenido, creaba inseguridad jurídica y disminuía su utilización³².

En tercer lugar, la insuficiencia de la reforma de la LC por el RDL 3/2009, y de la DA 4.^a para acabar con las solicitudes oportunistas de concurso necesario por acreedores que no estaban de acuerdo con la renegociación pactada entre los acreedores financieros mayoritarios o con mayor significación en la operación y el deudor de la empresa en cuestión.³³

³¹ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en AA.VV, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.11.El autor analiza dos situaciones en relación a la moratoria. Por un lado, el hecho que no fuera posible utilizar la moratoria para caso de acuerdo de refinanciación cuando la norma solamente indica la propuesta anticipada de convenio de manera expresa. Por otro lado, en el hipotético caso que se produjera un concurso de acreedores y se hubiera utilizado la moratoria no para intentar conseguir adhesiones a propuesta anticipada, sino que para negociar un acuerdo de refinanciación, si se consideraría retraso culpable del concurso, según lo expuesto en el art. 165.1 LC sobre concurso culpable.

³² La no determinación de los acuerdos de refinanciación como parte del ex art.5.3 LC, creaba inseguridad jurídica y falta de aplicación, pese a conocer de su existencia. Lo observamos en la poca jurisprudencia que encontramos del año 2009 en referencia a acuerdos de refinanciación, pero sí a propuestas anticipadas de convenio. Pese a que hay jurisprudencia que define la refinanciación, se refiere en todo momento a la propuesta anticipada. Vid. Auto de Juzgado de 1º Instancia Mercantil, núm 9 de Córdoba, de 10 de septiembre de 2009, ponente: Fernando Caballero García, ref: 187/2009, *Tirant lo Blanch Online*, que aceptar la existencia de los acuerdos de refinanciación y detalla pese a no estar expresamente recogido en el ex. art. 5.3 LC: “Si bien la dicción literal del artículo 5,3 de la Ley Concursal no resulta muy afortunada en cuanto que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación de la solicitud de concurso (con o sin propuesta anticipada de convenio) obviando otras posibilidades como son el incumplimiento de esta obligación legal, nos podemos encontrar con otras situaciones como un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia (actual o inminente) de la solicitante pudiera desaparecer.”

³³ Opinión extraída de autor Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.12.

En cuarto lugar, se denotó la ausencia de estímulos para que las entidades financieras ampliases el crédito a las empresas en situación de insolvencia inminente al faltar aún, durante dicha reforma RDL 3/2009, el “*fresh money*”³⁴ o dinero nuevo, para ayudar a la recuperación de la sociedad mediante ampliación de crédito significativo.

En último lugar, se observaba que dicha normativa estaba pensada para empresas grandes. Para poder llevar a cabo los acuerdos de refinanciación, la aportación de financiación o la modificación de obligaciones ya pactadas con anterioridad, suponía la necesidad de establecer nuevos avales o garantías. Para una pequeña empresa, el esfuerzo que supone crear nuevos compromisos limita la posibilidad de escoger la opción de la preconcursalidad.³⁵ Una pequeña o mediana empresa para su funcionamiento común ya suele utilizar los avales, garantías y afianzamientos de los bienes presentes y futuros de sus socios y los propios del deudor para poner en funcionamiento la actividad económica. Por este motivo, cuando se localiza una situación de insolvencia, se encuentran limitados de posibilidades. Asimismo, además de que en una refinanciación se necesitan avales, garantías y afianzamientos de toda clase, los procesos de este tipo solían alargarse en el tiempo, hasta el punto de que las propias negociaciones, que podían llegar a durar más de un año, debían volver a iniciarse cuando los supuestos que se fijaron en un inicio volvían a cambiar, normalmente, al empeorar la situación del deudor. A nivel práctico, el método de negociación consistía en el hecho de que cuando los perjudicados eran entidades de crédito, las operaciones mayores se reagrupaban en bancos que ya conocían la situación del deudor, a veces por ser colaboradores y asesores financieros, en otras ocasiones por existir un importante cúmulo de crédito impagado o, finalmente por la información que

³⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012. / Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, pp. 1-6.

³⁵ Vid. RODRIGUEZ CONDE, C., *Los acuerdos de refinanciación de la Reforma Concursal 2011: medidas para el aseguramiento de la continuidad de la actividad empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2012, p.26. El autor comparte nuestra opinión sobre que en la reforma anterior a la Ley 38/2011 tales acuerdos de refinanciación estaban pensados para empresas grandes y, hasta la actualidad, han sido utilizados de forma escasa por empresas pequeñas o medianas. Comprende la misma idea que en el presente trabajo sobre el hecho de que una pequeña empresa ya no puede aportar nuevas garantías, puesto que cuando se encuentra en un momento de insolvencia ya ha utilizado todos los requisitos posibles a su disposición. El autor en su obra también deja expuesto el papel de los acreedores y los diferencia en tres sectores. En primer lugar, los acreedores profesionales que se encuentran dentro de la empresa aportando financiación bancaria. Son los que cuentan con información privilegiada sobre la empresa. En segundo lugar, los que necesitan cobertura de seguro de crédito con información actualizada del funcionamiento del deudor, que supone un coste ya que deben suscribir una póliza de seguro de crédito. Por último, los que apuestan por el deudor teniendo un propio riesgo personal al apostar por el deudor. No tienen garantías, información privilegiada y tampoco cobertura aseguradora.

ofrece la Central de información de Riesgos (RAI)³⁶ y las bases de morosidad (ASNEF).³⁷ La conclusión sobre el procedimiento de ayudas de refinanciación se resumía en que las entidades financieras, acreedores profesionales, permitían una renegociación de la deuda, conociendo la situación del deudor, manteniendo sus propios derechos de forma prioritaria por encima del resto de acreedores y, para llegar a un acuerdo, la necesidad de aportar fiadores y avalistas por el deudor.

El método de asistencia a la financiación de las empresas regulado de forma extrajudicial se veía cada vez más mermado. El número de refinanciaciones en España durante el año 2010 bajó a casi la mitad del año anterior (52 refinanciaciones)³⁸.

Dicha reforma no cumplió su objetivo. Por un lado, en la exposición de motivos del RDL 3/2009³⁹ se pretendía favorecer la refinanciación de empresas que pudiesen estar pasando dificultades financieras y que se encontraran en situación de insolvencia. El objetivo descrito nunca se consiguió, puesto que hemos visto la poca jurisprudencia que hay y las estadísticas de uso de la herramienta. Por otro lado, en relación a la DA 4.^a introducida por esta reforma, se destaca su falta de utilidad. Se reitera el poco uso de la herramienta y, únicamente, por empresas grandes. No por empresas medianas o pequeñas, para las cuales no cabía posibilidad de cumplir requisitos.

No obstante, es cierto que el RDL 3/2009 abrió las puertas de forma inicial al panorama preconcursal e inició un debate sobre dicho cuerpo normativo que dio lugar a una nueva reforma de la LC mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal.

³⁶ El RAI, o Registro de Aceptaciones Impagadas, es uno de los mayores registros de morosos españoles y a su vez el más importante de España ya que contiene la mayor fuente de información negativa sobre sociedades.

³⁷ ASNEF, es una base de datos de morosos gestionada por EQUIFAX IBERICA S.L., que se nutre de la información aportada por sus propios socios, integrados básicamente por Entidades Financieras (Bancos, Cajas, Entidades Financieras de Crédito, etc.), Entidades de Telecomunicaciones (Fijas y Móviles), Operadoras de Servicios (Electricidad, Agua, Gas), Editoriales y Aseguradoras. Estar incluido en Asnef es relativamente sencillo, ya que devolver un recibo telefónico, bancario o de servicios, puede ser motivo para la inclusión en el Fichero de Morosos ASNEF.

³⁸ Vid. Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España, *Anuario 2010. Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras, Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2010, p. 128 y ss., en web: https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

³⁹ Vid. Exposición de motivos, 6º párrafo, RDL 3/2009 que dice así: “Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.”

3. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal. Proceso legislativo. Continuación de la formación del concurso.

A mediados del año 2009, a causa de las demandas de inseguridad jurídica, el Ministerio de Justicia decidió delegar a una Sección Especial de la Comisión General de Codificación la creación de una propuesta de reforma de la Ley Concursal⁴⁰. Dicha Comisión presentó al Ministerio de Justicia un documento titulado “Criterios para la elaboración de una propuesta de reforma de la Ley Concursal” estructurado en ocho puntos. En un primer momento, no se mencionaba modificar la regulación de los acuerdos de refinanciación en dicho articulado. Las materias de las que se creía que debía regularse eran sobre el sobreendeudamiento de particulares, la exoneración del pasivo para concursados no fraudulentos, la preparación de los administradores concursales, el tratamiento de los créditos post-convenio, la reforma laboral, el procedimiento abreviado y el concurso de grupos, entre otros ámbitos.⁴¹

En la Propuesta de Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal que surgió de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, en relación con la materia de refinanciación, solamente se pensaba en reformar levemente el e art.5.3 LC⁴² con la

⁴⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.1. La autora consideró una reforma demandada por muchos, pero esencialmente técnica. La catedrática llegó a formar parte de la sección especial constituida en la Comisión General de Codificación por el ministro de Justicia en julio de 2009. Dicha sección especial estaba integrada por especialistas de la rama concursal: rama académica, judicatura, rama económica y de la abogacía. La autora puso de manifiesto sobre la reforma que en ese momento se iba a producir, que aunque fuera una reforma que se constituía dentro de un contexto de crisis económica, la elaboración legislativa entre manos no constituía realmente una reforma concursal de crisis económica puesto que se regulaban temas como el ahorro de costes temporales y económicos del concurso a través de procedimiento abreviado, o la maximización del valor de los activos en fase común admitiendo su venta directa o la promoción de la propuesta anticipada de convenio y la responsabilidad concursal de los administradores que seguirían planteándose en eventual momento de crecimiento. Consideró que tales temas, incluido el de los acuerdos de refinanciación, no son solamente una medida anticrisis económica. Considera que la regulación sobre acuerdos de refinanciación no es sólo una medida para dar solución a crisis económica. En efecto, aún cuando en un contexto de crisis puede ser de utilidad, no lo es menos cuando se considere que refinanciar constituye parte del objeto social de las entidades financieras que necesitan seguridad y certeza jurídica para funcionar en el mercado, con un capital de riesgo que es propio de los depositantes. Dicha necesidad de seguridad jurídica se manifiesta particularmente en situaciones de insolvencia de los prestatarios, permitiendo a las entidades financieras calmar las provisiones que impone el Banco de España en situaciones de concurso de sus prestatarios, mejorando sus cuentas. Así pues, es parte del sistema financiero tal dependencia del tráfico de crédito.

⁴¹ Esta información la hemos encontrado en la obra siguiente: Vid. NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en AA.VV, NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.14, donde el autor nos explica la elaboración legislativa que se siguió para la formación de la norma L38/2001. Sobre este mismo tema vid. SANCHO GARGALLO, I., “La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación” en GUERRERO LEBRÓN, M.J.; ESCRIBANO GAMIR, C., (et al), *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2010, ISBN 978-84-9768-839-0, pp. 31-46.

⁴² Posteriormente, lo que será el art. 5 bis LC modificado.

intención de reformar la moratoria prevista en dicha norma a las refinanciaciones y eliminar todo atisbo de control jurisdiccional de dicho trámite. Sin embargo, el resto de regulación relacionada con el tema como era la DA 4.ª, entonces vigente, no variaba más que en leves modificaciones de ubicación normativa de la DA 4.ª al art. 71.6 LC.

Asimismo, a parte de un cambio de ubicación de la información de la DA 4.ª LC al ex art. 71.6 LC, en el Anteproyecto de Ley de 19 de febrero de 2010, apareció por primera vez el contenido sobre homologación de los acuerdos de refinanciación.⁴³

No obstante, por entonces ya hubo dificultades a la hora de realizar la formación del propósito de homologación. Se observaban defectos en la disciplina propuesta. Citamos opinión de autor⁴⁴ que explica que carecía de definición legal del trámite procesal que debía seguirse para realizar la homologación. Existía falta de definición legal del trámite procesal a seguir para la suspensión de las ejecuciones singulares. Tampoco había definición sobre trámite por el que debía sustanciarse la oposición a la homologación y la posible legitimación para deducirla por parte de otros acreedores distintos de los financieros que hubieran quedado vinculados por el acuerdo.

En el trámite de la aprobación parlamentaria, en el Congreso de los Diputados, se presentaron enmiendas a la DA 4.ª que no resultaron aprobadas por parte del Grupo Parlamentario Vasco (enmiendas número 82 a 86, cuyo objetivo era la extensión de la vinculación de los acuerdos homologados a los acreedores con garantía real; la supresión de la alusión al sacrificio patrimonial desproporcionado por existir lagunas en el concepto, la exigencia de que la mayoría del 75 % se alcanzara en cada clase de acreedores); y por el Grupo Parlamentario Popular (enmienda nº 153, que proponía la remisión del tratamiento preventivo de la insolvencia a un proyecto de ley distinto, a aprobar en el plazo de seis meses). Sin embargo, sí resultó aprobada la enmienda 201 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, que suponía la adición a la DA 4.ª sobre publicidad de la presentación del decreto de admisión a trámite de la homologación en el Registro Público Concursal, con indicaciones de disponibilidad en el Registro Mercantil; Extensión de la paralización de las ejecuciones individuales por el mismo

⁴³ Tal y como se indica en Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en AA.VV, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.14, aparece contemplada la homologación judicial por primera vez para los acuerdos de refinanciación suscritos por el deudor y el 75 por ciento de los acreedores financieros.

⁴⁴ Opinión a destacar Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en AA.VV, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.14.

plazo que la vigencia del acuerdo, que no podría exceder de tres años; Ampliación del plazo para deducir oposición a la resolución homologada de diez a quince días; Posibilidad de instar la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación por los trámites de un incidente concursal, facultando la sentencia estimatoria del incumplimiento para la solicitud de concurso o la iniciación de ejecuciones individuales.

Posteriormente, el texto se remitió al Senado, la Cámara alta dio respaldo a modificaciones sobre el texto del Proyecto de Ley en cuanto a la regulación de los acuerdos de refinanciación con las que se pretendía que la autoridad judicial ante la que se presentase la comunicación previa de refinanciación al amparo del art. 5 bis designase a un profesional que reuniera las condiciones para ser nombrado Administrador concursal con la misión de tutelar todo el procedimiento, dejar constancia e informar de todo el proceso del acuerdo de refinanciación. Asimismo, también se hablaba de realizar un Título X (artículos 231 a 249) a la L 22/2003, con el título de “Acuerdos de refinanciación”, incluyendo provisiones sobre la convocatoria de los acreedores a la negociación, su forma y contenido, la comunicación al Juzgado y sus efectos jurídicos, el desarrollo de las negociaciones en la mesa de los acreedores, la aprobación del acuerdo, su publicidad y su rescisión. Sin embargo, finalmente, dichos cambios fueron rechazados en la votación final en el Congreso de los Diputados, por lo que el texto que finalmente quedó aprobado fue esencialmente idéntico al de la regulación de las refinanciaciones al que había sido inicialmente remitido por la Cámara baja. Dicho texto pasó a ser la L38/2011, que pasó a ser ley precipitada que en su propio preámbulo de forma literal aseguraba recoger “con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo”, hecho que con el tiempo y a la vista de la nueva reforma, se demostró que no reflejaba la realidad. Lo cierto es que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal⁴⁵, traspasó lo dispuesto en la DA 4.ª del RDL 3/2009 sobre el “concepto” de acuerdo de refinanciación al art.71.6 reformado⁴⁶. Intentó desarrollar de forma más amplia este mecanismo de preconcursalidad mediante la

⁴⁵ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE*, n.245, de 23 de noviembre de 2011. A partir de ahora nos referiremos a ella como L38/2011.

⁴⁶ Vid. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, ed. Tecnos, 19ª, v.II, Madrid, 2012, p.565. La obra expone las novedades de la reforma concursal y las posibles deficiencias tenidas en consideración. Según autor se amplía la regulación de los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso de acreedores, con las novedades de la homologación judicial, permitiendo ser vinculantes en ciertos casos con una serie de requisitos y la novedad del “privilegio del dinero nuevo o fresh money”.

homologación de los acuerdos. En ese momento, era la mayor regulación de la alternativa preconcursal (acuerdo de refinanciación de deuda) que aportaba la Ley y donde se introducía por primera vez el término privilegio del dinero nuevo o “*fresh money*”⁴⁷.

Los preceptos que hablaban de los acuerdos de refinanciación de deuda eran mínimos. Se destacaba la comunicación al Juez y el plazo de moratoria alargado del art.5 bis LC, que derogaba parte del art. 5 LC. Se exponía como estructurar los acuerdos de refinanciación de deuda y los requisitos necesarios para su homologación (DA 4ª. y 71.6 LC). Se anunciaba la forma de evitar la eventual rescisión concursal (art.71.6 LC). Se destacó la ampliación de capital mediante “*fresh money*”, la homologación y las nuevas competencias del experto independiente en el estudio de los acuerdos.

3.1. Novedades que introdujo la L38/2011 para reforma de la LC. Comunicación art. 5 bis LC

El art.5 bis LC fue el primer precepto del cuerpo normativo reformado que nombraba a la refinanciación⁴⁸. Trataba la comunicación que debía exponer el deudor al Juez sobre el hecho de que estaba intentando establecer negociaciones con los acreedores.⁴⁹

⁴⁷ Vid. QUIJANO, J., “El proceso de reforma de la Ley Concursal” en AA.VV., BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., PRENDES, P., (et al), *La reforma concursal*, Madrid, 2011, pp.43 y ss. Reflexiona sobre el método de utilización de alternativas al concurso de acreedores. Se plantea el hecho de haber creado una alternativa de acuerdos extrajudiciales que no estuvieran dentro de la propia Ley Concursal y su unidad.

⁴⁸ El art. 5 bis LC reformado por la L 38/2011, se encuentra redactado en el artículo único y titulado como: “Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso.”

⁴⁹ En la L38/2011 reforma tenía un plazo mayor (hasta cuatro meses más en total) para cumplir con sus obligaciones para con el concurso. Vid. en relación a las novedades de la L 38/ 2011 y su art.5 bis LC, CUTILLAS TORNOS,J., “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario” en MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., ARIAS, VARONA, F., (et al). *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, ed. Tecnos, Madrid, 2012,p.45 y ss., habla de dos novedades en dicho artículo: “a) la cita expresa del inicio de negociación para alcanzar un acuerdo de refinanciación, con una amplia regulación de la misma, (...) y b)la previsión legal de la remoción de la insolvencia, evitando la declaración de concurso dentro del mes siguiente al transcurso del plazo de tres meses desde la comunicación del juzgado”. A primera vista parece que la reforma de la LC mediante la L38/2011 expone que se aportan alternativas al concurso de acreedores, dando soluciones más ágiles y económicas a las empresas.

Dicho comunicado podía realizarse en cualquier momento pero antes del vencimiento del plazo de dos meses.⁵⁰ Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado⁵¹, el deudor hubiera obtenido acuerdo o no, debía solicitar la declaración de concurso durante el siguiente mes al plazo expuesto con anterioridad⁵², a menos de no estar declarado como insolvente.⁵³

Este artículo 5 bis LC L38/2011 que exponía una moratoria mediante comunicación al Juez competente para instar negociaciones con sus acreedores, apareció después de la modificación y parte de derogación del art. 5 LC. Se derogó el tercer apartado, el art. 5.3 LC⁵⁴, en primer lugar, por crear inseguridad jurídica respecto al objeto de negociaciones y, en segundo lugar, por llevarse a cabo la utilización de los acuerdos de refinanciación de deuda en un ámbito no desarrollado por la ley ni expuesto de forma expresa. A causa de esta modificación, se decidió modificar también el art. 15 LC⁵⁵, estableciendo en su apartado tercero que mientras no transcurriera el periodo de tres meses previsto en el art. 5 bis LC, no se admitirían solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor.

Así pues, con la reforma de 2011, se ampliaba el plazo de moratoria para que el deudor intentara negociar su deuda. Durante este periodo no se permitía solicitudes de

⁵⁰ El plazo de dos meses como máximo para realizar comunicación aparece en el art. 5 bis.1 LC de la L38/2011 (que, posteriormente, volverá a tener modificaciones y por eso señalamos la Ley al lado del artículo) y lo redirige al art. 5 LC, porque el deudor tiene de plazo de máximo dos meses también para solicitar concurso voluntario desde su conocimiento de insolvencia. No obstante, el solicitar la comunicación al Juez sobre negociaciones, paraliza la propia solicitud posterior de concurso.

⁵¹ El art.5 bis.4 LC L38/2011, indicaba el periodo de tres meses que tenía el deudor para establecer las negociaciones.

⁵² Si transcurre el plazo de tres meses sin éxito de negociación conseguida, el art. 5 bis.4 LC L38/2011, decía así: “deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia”

⁵³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p. 5. Habla de un plazo mayor al de otras interpretaciones de otros autores. PULGAR habla en su artículo de seis meses de tiempo para realizar negociaciones. Destaca el hecho de que se impide al acreedor durante el periodo de tiempo interpretado (ya sean cuatro o seis meses) sobre presentación de una solicitud de declaración de concurso hasta que transcurra ese plazo (art. 15 LC).

⁵⁴ El ex art. 5.3 LC se añadió en el RDL 3/2009 por la reforma de su art. 10.1 que decía “*El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.*” Y se derogó en la L 38/2011 para realizar el art. 5 bis LC.

⁵⁵ El art. 1.10 L 38/2011, realice modificación del art. 15 LC. Se introduce el punto 3 del art. 15 LC, sobre no admisión de solicitudes de concurso de acreedores durante el periodo de negociación de tres meses del art. 5 bis LC.

concurso que promovieran otros legitimados. Si el deudor no cumplía el compromiso, el Juez tendría que reabrir el curso de los concursos necesarios que se hubieren solicitado y estuvieran suspendidos hasta la fecha.⁵⁶

3.2. Tipos de acuerdos de refinanciación en la L38/2011. Los antecedentes de los acuerdos de refinanciación actuales

La reforma de la LC mediante la L 38/2011 aseguraba en su Exposición de motivos que se había producido nueva legislación para establecer las bases de acuerdos de refinanciación para dar mayor seguridad jurídica a las empresas con problemas financieros.⁵⁷ Se establecieron dos modalidades de acuerdos de refinanciación de deuda típicos:

En primer lugar, los denominados acuerdos de refinanciación ordinarios. Estaban regulados en el ex art.71.6 LC⁵⁸ y eran aquellos que no tenían homologación judicial⁵⁹. Eran los que alcanzaba el deudor con el sesenta por ciento del pasivo, con los requisitos legalmente exigidos.

En segundo lugar, los acuerdos de refinanciación de deuda homologados (DA 4.^a LC)⁶⁰. Sin ser acuerdos extrajudiciales como los ordinarios, tampoco judiciales pero sí con homologación judicial, por tanto, intervención judicial sí existía en estos casos. Además de cumplir los requisitos de los acuerdos ordinarios, debían de ser suscritos por acreedores que representaran, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, extendiéndose a todos los acreedores financieros la

⁵⁶ Reforma realizada por la L38/2011, art.1.10, sobre modificación art.15 LC, en la introducción del art. 15.3 LC, se expone así: *“Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.”*

⁵⁷ L 38/2011, Exposición de motivos, III, habla sobre las “alternativas” preconcursales y de esta manera lo destaca en el párrafo: *“la ley profundiza en las «alternativas» al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.”*

⁵⁸ Reforma por la L38/2011, art. único. cincuenta. Modificación del art. 71 LC.

⁵⁹ Reforma por la L38/2011, art. único. ciento doce. Modificación de disposición adicional cuarta. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p.305. Expone: *“el grado máximo de `desjudicialización` de los acuerdos preconcursales y amistosos entre el deudor y sus acreedores, no concurriendo intervención judicial alguna.”*

⁶⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p.305. Define como *“Instancia intermedia de desjudicialización”* a los acuerdos de refinanciación homologados.

espera acordada hasta un máximo de tres años y pudiendo producirse, además, por ese mismo plazo, la suspensión de ejecuciones de tales acreedores.

En ninguna de las dos modalidades se estableció una regulación del propio acuerdo. Los vacíos legales debían complementarse con las normas generales. Por este motivo, en el caso de llevarlos a cabo, se debían de aplicar las normas generales sobre integración de los contratos⁶¹. Dicha reforma tampoco esclareció la forma de actuar ante la adopción de otras medidas adicionales del acuerdo. Queremos decir el introducir modificaciones estructurales o capitalización de deuda. Pero interpretamos que se podían introducir en el mismo y que debían de tener las mismas coberturas que el propio acuerdo de refinanciación, al entenderse que eran necesarias para su eficacia.

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento de los requisitos legales no evitaba el riesgo de la calificación como culpable⁶² del concurso que llegaba a declararse, con la eventual declaración de complicidad de los acreedores firmantes que, con dolo o culpa grave, hubiesen cooperado en la realización de actos que fundamentaran la calificación culpable del concurso⁶³ o ,incluso, su consideración como administradores de hecho y la consiguiente responsabilidad concursal⁶⁴, lo que podía suceder cuando el deudor ya se encontrara en estado de insolvencia.

3.3. Acuerdo de refinanciación ordinario de la L38/2011. La negociación sin intervención judicial

El primer acuerdo de refinanciación de deuda ordinario aparece de manera expresa y no de forma análoga (como pasaba en el RDL 3/2009) en la L 30/2011. Este tipo de acuerdo consistía en una negociación entre el deudor y la mayoría de sus

⁶¹ Vid. art. 1258 CC, que promueve el cumplimiento de lo pactado y también de las consecuencias que se produzcan, siempre conforme la buena fe, la costumbre y la norma. Y el art. 2 de Código de Comercio (A partir de ahora C. Co. y originario en Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. BOE, núm. 289, de 16 de octubre de 1885, ref. BOE-A-1885-6627). Sobre actos de comercio, regidos por dicho código.

⁶² La calificación culpable del concurso se recoge en el art. 164 LC y se expone que el concurso se califica culpable cuando se agrava la situación de insolvencia por culpa del deudor o de sus representantes legales. En el mismo artículo se indican las causas que pueden llevar a esto. Por ejemplo: no llevar una contabilidad anual, hubiera doble contabilidad, se produzca un incumplimiento de convenio pactado, entre otras causas (art. 164.2 LC). Sobre el concurso calificado como culpable, vid. ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, ed. Civitas Thomson, Navarra, 2012, pp. 367 y ss. El autor indica que la calificación culpable del concurso se produce cuando se hubiera agravado más la situación de insolvencia debido a comportamientos “irresponsables” del deudor o terceros.

⁶³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 594 y ss.

⁶⁴ Sobre la responsabilidad concursal podemos observar el art. 172 bis LC que recoge, entre otras cosas, la pluralidad de culpables , incluyendo los administradores concursales.

acreedores, pero no constituía un convenio de masa.⁶⁵ Por ello, no impedía a los acreedores con garantías reales y no adheridos al acuerdo el poder iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, o que alguna de las Administraciones Públicas pudiera ejercer el mismo derecho de iniciar procedimientos administrativos de ejecución, si lo creían necesario.

Para que existiera acuerdo de refinanciación ordinario, debía producirse una serie de circunstancias que aparecían tipificadas dentro de la norma y que veremos a continuación.⁶⁶

a) El primer requisito que regulaba la L 38/2011 en su antiguo artículo 71.6 LC era la necesidad de que existiera refinanciación, es decir, que en tales acuerdos existiera una ampliación significativa del crédito disponible o que se produjera una modificación o sustitución de las obligaciones.

⁶⁵ El art. único. cincuenta de la L 38/2001, que desarrolla la modificación del art. 71 LC en aquel momento en 2011, pone de manifiesto en su punto 6 los acuerdos de refinanciación que no serán rescindibles. La norma expresaba así: “No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso”.

⁶⁶ Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E., “Lección I. Regulación jurídica de la insolvencia. La legislación concursal” en MENÉNDEZ, A., ROJO, A., (dirs.), URÍA, R., (et al), *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012, pp.26 y ss. Dicha compilación desarrolla en su primera lección los acuerdos de refinanciación, tipos y antecedentes de los mismos, siendo leales al texto legal de la reforma L38/2011. La obra es de utilidad para una primera visión de los acuerdos desde el punto de vista del legislador y para entender su estructura tal y como lo redacta el legislador en la reforma L38/2011.

La primera posibilidad era el acuerdo de ampliación “significativa”⁶⁷ del crédito disponible⁶⁸. Debía de existir un aumento del riesgo acreedor (no solamente se trataba de aportar financiación para la deuda anterior) y tal ampliación tenía que ser significativa y realizarse mirando cada caso concreto y sus características⁶⁹. Sin embargo, contaba con la protección de formar parte del acuerdo de refinanciación y, a su vez, de la cobertura de exención rescisoria.

La segunda posibilidad era la modificación de las obligaciones del deudor⁷⁰, que podía tratarse, en primer lugar, de una prórroga en el plazo del vencimiento de la obligación o, en segundo lugar, de la creación de obligaciones que sustituyeran a unas ya existentes o la modificación de unas contraídas con anterioridad.

⁶⁷ En el capítulo III del presente trabajo, en el punto titulado 5.2.1. sobre requisitos de contenido del un acuerdo de refinanciación básico actual hacemos reflexión sobre la palabra “significativa” en relación a la ampliación del crédito.

⁶⁸ El art. 71.6 LC de la L 38/2011 expresaba así: “*ampliación significativa del crédito disponible*”.

⁶⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.5. La incentivación de financiación preconcursal es para esta autora una de las grandes novedades que se produjeron en la reforma de la LC producida por la L 38/2011. No obstante, destaca la necesidad de proporcionar al acreedor financiero la seguridad de que en un concurso, en el caso de que se produjera, el acreedor pudiera recuperar su crédito a su vencimiento, valorándose el riesgo asumido y sin tener que formar parte de la lista de acreedores. Esto último sólo es posible mediante la vía de la prededucibilidad del crédito a modo de compensación por la situación de mayor riesgo en el que se concede el crédito. Sin embargo, no deja de verse como un privilegio ante otros acreedores, pero sin olvidar el sacrificio y riesgo que asume dicho acreedor financiero. Asimismo, se recuerda en este artículo que el privilegio del “*fresh money*” solamente es para acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos de la formación de los mismos y, a su vez, se protege de ser rescindible. Así es, protección bajo la exención rescisoria.

⁷⁰ El art. 71.6 LC de la L 38/2011 expresaba así: “*la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*”.

El establecimiento de nuevos ingresos podía ser considerado parcialmente, ya que solamente afectaba al cincuenta por ciento de los mismos, como un crédito contra la masa en los casos que se hubiera concedido créditos o préstamos nuevos en el marco de un acuerdo de refinanciación (antiguo art.84.2.11 LRL 38/2011 LC), considerándose el otro cincuenta por ciento como crédito con privilegio general (art. 91.6 LRRC).⁷¹

Tales artículos sólo hablaban de ingresos de tesorería, y esto hacía entender que, en principio, era aportación de patrimonio instado por entidades financieras en el marco de un acuerdo de refinanciación típico, con el objetivo de aportar dinero para afrontar la deuda existente con los acreedores.

La reforma L38/2011 no recogía sobre aportaciones realizadas por el propio deudor ni por los socios de forma expresa. Durante la tramitación parlamentaria se excluyó del concepto de ingresos de tesorería los realizados por el propio deudor o por personas relacionadas a través de un aumento de capital, préstamos o actos similares y esto creó descontento en parte de la doctrina⁷². Creó discordia por pensar que sería conveniente permitir a los socios que aportaran financiación preconcursal mediante financiador externo o, al menos, que asumieran ciertos esfuerzos de financiación adicionales.

La determinación de la nueva financiación o novación de obligaciones se vería respaldada por lo que exponía el segundo requisito del articulado. La ley expresaba que mediante el plan de viabilidad se debería demostrar la continuidad de la empresa.

⁷¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.6. Se opta por una vía intermedia frente a otros modelos comparados, como el italiano, en el que se extiende el privilegio al cien por ciento del crédito refinanciado, lo que trata de reducir el riesgo de empequeñecer la masa en satisfacción de otros créditos. La autora cree que pese al avance de nuestra norma en esos momentos, se debería haber seguido el ejemplo italiano. Debería haberse extendido al cien por ciento de la masa y el argumento es que el reconocimiento de un privilegio general poco añadiría a la posición de dichos acreedores financieros que ya suelen tener posición privilegiada y, normalmente, dotados también de garantía real. La catedrática también hace mención de dos carencias más en la reforma, caracterizando a la opción del “*fresh money*” como “*light*” por falta de lo siguiente: por un lado, al criterio de pago de los créditos contra la masa, en cuyo ámbito se sitúa el cincuenta por ciento de la financiación reconocida y, por otro lado, el tratamiento que se da a la financiación interna ofrecida por socios en forma de préstamos y no de aportaciones de capital.

⁷² Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y *fresh money*”, *RDCP* núm.15, en www.laleydigital.es, núm. 14340/2011, 2011, pp. 11-12. y Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, pp. 1-6. La autora muestra su disconformidad con el hecho de no permitir introducir ampliación de crédito de por ejemplo los socios de la empresa.

b) El contenido del acuerdo de refinanciación de la L 38/2011 debía de fijarse por medio de un plan de viabilidad⁷³, que permitiera la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo⁷⁴. No obstante, el plan de viabilidad no sería lo que determinase dicha continuidad. En realidad, lo que tenía que permitir la continuidad de la actividad profesional o empresarial sería la ampliación de crédito o la modificación o novación de obligaciones, pero el plan de viabilidad fijaba la forma para conseguirlo o, al menos, la idea encaminada en esa dirección.⁷⁵

⁷³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 278 y ss.

⁷⁴ El art. 71.6 LC de la L 38/2011 expresaba así: “*siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso*”

⁷⁵ Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Ciudad Real, de 7 de agosto de 2012, ponente: María Dolores García Benítez, ref.: 244/2012. En el auto se habla de la homologación de un acuerdo de refinanciación para la empresa CONSTRUCCIONES LEON TRIVIÑO, S.A. Aunque estemos revisando el requisito de plan de viabilidad dentro del acuerdo de refinanciación ordinario del ex art. 71.6 sin homologación, como la DA 4.ª LC se dirige al mismo para cumplimiento de dichos requisitos también, procedemos a utilizar el presente ejemplo para explicación del plan de viabilidad. En este caso, la empresa solicitó una homologación de acuerdo de refinanciación mediante la DA 4ª L 38/2011. El acuerdo se suscribió por la mayoría de 60 por ciento solicitada por el ex art. 71.6 LC L38/2011 y también cumpliendo la mayoría de 75 por ciento de entidades financieras (BANKINTER S.A., BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A., REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A., PROBISA PRODUCTOS BITUMINOSOS S.L., entre otros) para poder acogerse a la homologación. Asimismo, en el informe del experto independiente (D. Imanol) se afirma que la empresa solicitante presenta un acuerdo de refinanciación con los datos suficientes y que el plan de viabilidad que aporta es razonable. En el plan de viabilidad, se presentan dos alternativas adecuadas y se expresa en el auto: “*en cuanto al grado de razonabilidad y realizabilidad exigibles para que la entidad pueda generar suficientes recursos a lo largo de los periodos proyectados (...). Se aprecia pues como realizable el plan de viabilidad.*” Por lo tanto, entendemos que el plan de viabilidad debe exponer alternativas que la empresa pueda llegar a cumplir. Tiene que ser posible y veraz, puesto que si no lo fuera, solamente se perjudicaría al deudor, ya que el plan de viabilidad no hace por sí sólo desaparecer el problema. El plan de viabilidad fija la posible idea para conseguir sanear la situación.

El plan de viabilidad debía de llevarse a cabo estableciendo unas bases que ayudarán a valorar la situación de la empresa en caso concreto, pero el hecho de que funcionase o no como solución, no dependería del plan de viabilidad ni sería el motivo de fracaso. Aún hoy, no puede valorarse lo que pasará en un futuro por dicho requisito.

76

A nuestra forma de entender el texto normativo, el precepto quería decir que de lo que se trataba era que se hiciera un buen plan de viabilidad para mayor beneficio futuro, independientemente de lo que sucediera después. Realizar un balance y supeditar opciones o cambios.

c) El acuerdo de refinanciación de deuda del ex art. 71.6 LC de la L 38/2011 debía de ser suscrito por acreedores cuyos créditos representasen al menos tres quintas partes del total pasivo (60 por ciento sobre un 100).⁷⁷

⁷⁶ Auto del Juzgado de lo Mercantil, nº 3 de Gijón, de 10 de julio de 2012, ponente: Fco. José Pañeda Usunariz, ref.; 186/2012 en *Tirant lo Blanch Online*. En este auto se presenta el caso de la sociedad TABLEROS Y PUENTES, S.A., que mediante su procurador que lo representa, quiere solicitar la homologación de acuerdo de refinanciación, mediante lo expuesto en ex art. 71.6 LC L 38/2011 y DA 4.º LC L38/2011. De la misma manera que ocurre en el ejemplo anterior de la cita 74, se cumplen los requisitos necesarios para ello y se vuelve a destacar por el experto independiente en su informe: “*el carácter razonable y realizable del Plan de viabilidad (...) y, por tanto, la posibilidad de continuidad de la solicitante en el ejercicio de su actividad conforme a las previsiones e hipótesis utilizadas*”. En este caso se deja clara la “posibilidad” que permite el plan de viabilidad, que no es lo mismo que “seguridad”. Una vez más, se deja clara la idea que el plan de viabilidad puede presentar maneras razonables de conseguir el objetivo de sanear la situación de inminente insolvencia o insolvencia, pero el hecho de que funcionase o no como solución, no dependería del plan de viabilidad ni sería el motivo de fracaso. Vid. también con la misma opinión Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, de 22 de febrero de 2013, ponente: Yolanda Ríos López, ref.; 53/2013 en *Tirant lo Blanch Online*, que expone: “*el plan de viabilidad contempla las hipótesis utilizadas por la sociedad; que éstas responden a previsiones razonablemente argumentadas, y hacen que el citado plan sea tácitamente razonable*”

⁷⁷ El art. 71.6.1º, primera parte LC de la L 38/2011 expresaba así: “*El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación*”

Este porcentaje de pasivo no tenía que refinanciar ni aportar nuevos fondos, sino simplemente aceptar el acuerdo. Dicha mayoría podía alcanzarse con cualquier tipo de créditos, incluyendo los que en el concurso posterior pudieran ser clasificados como subordinados, y, en concreto, de personas relacionadas y de acreedores privilegiados. La norma no hacía distinciones entre los tipos de acreedores, pero sobre esto la jurisprudencia nos aporta mayor entendimiento, diciendo que deben ser los acreedores mayoritarios afectados los que acepten el acuerdo⁷⁸.

Una de las novedades de la reforma de la LC por la L 38/2011 fue en materia de “quórum” en los casos de refinanciaciones de grupo.⁷⁹

⁷⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, de 22 de febrero de 2013, ponente: Yolanda Ríos López, ref.: 53/2013 en *Tirant lo Blanch Online*. En él se desarrolla el caso de acuerdo de homologación de la sociedad TEXSA, SA. Se realiza análisis de la posibilidad de aceptar la homologación de un acuerdo de refinanciación con sus acreedores, que finalmente es aceptado por el Juez. Sobre el tema de mayoría de acreedores y a pesar de que estamos hablando del acuerdo de refinanciación del ex 71.6 LC L 38/2011 y no del homologado de la DA 4.ª LC L 38/2011, podemos entender de manera análoga lo siguiente: los acuerdos de refinanciación de deuda afectan a todo el pasivo del deudor y será necesario la mayoría de los acreedores a los que afecte el acuerdo. En el caso concreto, a los acreedores financieros. En el auto se expone así: “Se entiende, por tanto, que si el acuerdo afecta a una categoría concreta de acreedores deben ser éstos los que voten a favor con un porcentaje suficientemente amplio y representativo, como es el 75%, computado respecto a acreedores financieros con garantía real o sin ella.” En la misma tesitura también Auto del Juzgado Mercantil nº8 de Barcelona, de 23 de enero de 2013, ponente: Marta Cervera Martínez, ref.: 963/2012, en *Tirant lo Blanch Online* “En cuanto al requisito del quórum exigido (...) me alinee con una posición doctrinal (CARMEN MUÑOS DE BENAVIDES y FERNANDO CALBACHO) que considera que si el acuerdo afecta a una categoría concreta de acreedores serán estos los de deben votar a favor con un porcentaje suficientemente amplio y representativo (...) tanto con garantía real como sin ella, lo que supone en los tiempos que corren prácticamente la totalidad del pasivo del deudor.”

⁷⁹ El art. 71.6.1º LC de la L 38/2011 expresaba así: “En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.”

En el caso de acuerdos de grupo⁸⁰, el porcentaje señalado se calcularía de forma individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, y de forma consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

La L38/2011 expresaba que en el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado debía calcularse tanto en base individual, en relación con todas o cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

Queremos destacar que dicha L 38/2011 dejó lagunas en relación a los acuerdos de refinanciación entre grupos de sociedades y subgrupos. Simplemente, se remitía al art.42.1 del C.de Co., para lo relacionado con grupo de sociedades⁸¹. Entendemos que sólo se acogían a este precepto un cierto tipo de grupo de sociedades, mientras que los grupos horizontales quedaban excluidos al no estar recogidos. Sobre los subgrupos, la

⁸⁰ Un ejemplo se presenta en vid Auto del Juzgado Mercantil nº8 de Barcelona, de 23 de enero de 2013, ponente: Marta Cervera Martínez, ref.: 963/2012, en *Tirant lo Blanch Online*. En el presente procedimiento se solicita la homologación del acuerdo de refinanciación suscrito por el grupo IMAGINA, dividido a su vez en GRUPO MEDIAPRO y GRUPO GLOBOMEDIA. IMAGINA es la sociedad matriz y dominante de un grupo de sociedades que se dedican a actividades relacionadas con la explotación de derechos audiovisuales, entre otras actividades. En 2012 se realiza inicio de tramitación de acuerdo de refinanciación entre el grupo de empresas y los acreedores más representativos, habiendo ya entrado en concurso una de las sociedades del grupo (MEDIAPRODUCCIÓN SL). El acuerdo de refinanciación suscrito tiene el siguiente contenido de espera: (a) una modificación de las obligaciones existentes con las entidades financieras mediante la prórroga de su plazo de vencimiento estableciendo como fecha final de vencimiento el 15 de marzo de 2015 así como el establecimiento de un calendario de amortización para el pago de la deuda y (b) respecto de los instrumentos financieros de riesgo como los avales otorgados por la entidades financieras, se prevé el establecimiento de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de las primitivas para el caso de ejecución de los avales vigentes. El acuerdo de refinanciación está acompañado de un plan de viabilidad, consta el informe favorable del experto independiente. Además, se realiza en escritura pública y se registra. Por tanto, se cumplen todos los requisitos solicitados. tanto en el ex art. 71.6 LC L 38/2011, como los de la homologación de la DA 4.ª LC L 38/2011.El acuerdo se suscribe por todas las entidades financieras menos BANKIA. Por último, se acepta la homologación y se acuerda la paralización de las ejecuciones promovidas o que pudieran instarse por las entidades financieras acreedoras contra el refinanciado durante el plazo de tres años.

⁸¹ El art. 42.1. C. Co. Describe los casos de sociedad dominante y dependientes de la primera. Expresa así: *“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente (...) (a) Posea la mayoría de los derechos de voto. (b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. (c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. (d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores”*.

L38/2011 dejaba un vacío. No sabemos con exactitud las características que debían de tener este conjunto o cómo se calcularía el “quórum” de tres quintas partes en subgrupos. Consideramos que no definía el contenido o requisitos para ser subgrupo y que podía producir inseguridad entre sociedades al no saber a qué categoría pertenecían. Sobre este tema, es importante la opinión de autor⁸², que nos ayudó a ver la falta de legislación en casos de negociación de grupos y subgrupos.

Otra discordancia de la reforma de la LC en 2011 se observa en este punto de “quórum” y en el control del mismo y su debido cumplimiento, puesto que la ley no lo recogía y dejaba otro vacío legal. Así es, la verificación de la concurrencia de la mayoría legalmente exigida no aparecía y podía ser presentada, si fuera necesario, por un informe de experto contratado o asalariado en el momento de formalizar con escritura pública el acuerdo. Tampoco en el antiguo ex art.71.6.2º. L 38/2011 que mostraba el contenido del informe del experto independiente.

El caso es que el “quórum” recogido no era limitativo ni estaba controlado. Se consideraba requisito su cumplimiento pero la ley decía suscrito por acreedores con “al menos tres quintas partes del pasivo, no “debe ser” o “sólo será cumplimiento tres quintas partes”. Consideramos que no estaba bien definida la mayoría necesaria ni la verificación de su cumplimiento. El antiguo art.71.6.3º L 38/2011 exponía que cuando el acuerdo de refinanciación debiera ser formalizado en escritura pública, se permitiría toda aquella documentación que pudiera demostrar el contenido de dicho acuerdo. Es aquí donde se entiende que pese a que no era necesario el control de la mayoría por el experto independiente, se podía demostrar el cumplimiento del requisito mediante documentos anexos. No entendemos como un documento de un auditor contratado es suficiente para demostrar cumplimiento y podía ser exigido pero no dentro de las competencias del experto independiente requerido⁸³.

⁸² Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.22.

⁸³ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.22.

d) Para continuar, debía existir el informe favorable⁸⁴ del experto independiente⁸⁵. Sobre este requisito se introdujeron dos importantes novedades. Por un lado, se introdujo la novedad sobre que el experto debía de ser designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil (antiguo art. 71.6.2º LC)⁸⁶. Por otro lado, si el acuerdo de refinanciación afectaba a varias sociedades del mismo grupo, el informe podía ser único y realizado por un solo experto⁸⁷ (designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo, o, por defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo). El informe debía analizar la suficiencia de la información expuesta por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad en orden a la continuidad en el corto y medio plazo y la proporción de las garantías conforme a las condiciones de mercado. No obstante, lo que nos sorprendió fue que el experto no comprobaba si la empresa era insolvente o no⁸⁸ o el contenido del pasivo.

⁸⁴ El hecho de que el informe debía de ser favorable era una de las novedades de la L38/2011. Suceso que nos parece evidente, puesto que si el informe no era favorable, no se podría continuar con los trámites de negociación.

⁸⁵ La necesidad de informe de experto independiente venía recogido en la L 39/2011 en el ex art. 71.6.2º LC, que expresaba así: “*El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.*”

⁸⁶ En la redacción anterior a la reforma de L 38/2011, el experto independiente encargado de informar sobre el acuerdo de refinanciación debía ser designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor con arreglo al procedimiento establecido en el RRM art.338. y ss. Lo expuesto fue modificado por la L38/2011 y entonces solamente se señaló que el experto independiente sería nombrado por libre albedrío del registrador mercantil, sin existir o estar regulado por ningún procedimiento específico del Reglamento. Se habló de prudente arbitrio del registrador, pero en realidad el cambio no fue tan grande a como se desarrollaba con anterioridad a la reforma por L 38/2011. Este trabajo no consiste en observar las actuaciones del registrador en la decisión de escoger experto independiente, pero es curioso observar ciertos detalles de la propia elección del experto independiente. Con la reforma L 38/2011 parecía que se diera más libertad al escoger al experto independiente. No obstante, eso no significaba que no pudiera haber incompatibilidades con el elegido. Es decir, podía existir arbitrio del registrador, pero debía regirse por unas normas generales y respetar ciertos límites y un procedimiento a seguir, pese a no aparecer indicado en la ley. Tampoco se conoce por dicha L38/2011 con exactitud en qué momento debía escogerse al experto independiente.

⁸⁷ Vid. SAN GIL, P., “Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales” en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales en crisis empresariales y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p.115. Y en el ex art. 71.6.2º LC lo exponía así: “*Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.*”

⁸⁸ Vid. PRENDES CARRIL, P., PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., GÓMEZ MARTÍN, F., (et al), *Guía práctica concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp.102 y ss.

No entendemos como el experto independiente no debía valorar la situación de insolvencia o inminente insolvencia del deudor, puesto que consideramos que es el inicio de todo, la situación de crisis. Si no se valoraba por el experto independiente la base del problema, no entendemos cómo podría valorar el plan de viabilidad que recogía la forma de estabilidad del propio deudor o empresa en apuros y tampoco cómo analizaría las propias negociaciones que se deciden en un acuerdo de refinanciación. Lo primero que debería analizar el experto independiente tendría que ser la situación del momento de la empresa, para poder así entender el plan de viabilidad, a continuación, las negociaciones introducidas en el acuerdo de refinanciación y, por último, la aceptación de la mayoría necesaria de acreedores.

Por último, si dicho escrito contenía reservas, debía ser valorado por los firmantes del acuerdo⁸⁹. No entendemos el motivo por el cual el informe favorable debía ser valorado por los firmantes. En primer lugar, los firmantes no tenían por qué tener conocimientos que les permitieran entender el contenido del informe. En segundo lugar, los negociadores vetarían o eliminarían toda aquella información que pudiera ser perjudicial a su acuerdo de refinanciación. Por último, si se trataba de una medida de control, no podía ser supervisado por los implicados con competencia para valorar reservas o limitaciones y modificar lo que creyeran conveniente, puesto que se daba a entender eso a nuestro parecer. Si se quisiera una segunda opinión debería haberse escogido un segundo experto independiente o un auditor. En cualquier caso, el precepto lo intentaba solucionar permitiendo el control judicial de la valoración.

⁸⁹ Vid. PRENDES CARRIL,P., PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., GÓMEZ MARTÍN, F.,(et al), *Guía práctica concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.pp.54.

Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.22 y ss.

e) Para finalizar, el acuerdo de refinanciación ordinario de la L 38/2011 debía formalizarse en instrumento público⁹⁰ (antiguos art.71.6.3 y DA 5.ª L 38/2011), al que se adjuntaban todos los documentos pertinentes a su contenido y que fueran solicitados por la Ley. Sin embargo, dicho acuerdo ordinario no era necesario depositarlo en el Registro Mercantil ni existía obligación de comunicarlo al Juzgado de lo Mercantil competente para el concurso.⁹¹ Este punto es muy importante, ya que era una de las diferencias y características más visibles respecto al acuerdo de refinanciación homologado⁹² de la L 38/2011.

Si una vez establecido el acuerdo de refinanciación ordinario se llevaba a cabo un eventual concurso de acreedores, la LC reformada por L 38/2011, provocaba la irrevocabilidad concursal del propio acuerdo y de los negocios que lo integraban⁹³. Sin embargo, aunque se protegía de la rescisión del ex art.71 LC, el acuerdo si podría ser

⁹⁰ Es comentado por varios autores que al escriturar el acuerdo de refinanciación es posible hacerlo de forma parcial o fragmentada dependiendo de los intereses individuales de los acreedores según el tipo o clase. Vid. PULGAR EZQUERRA J., “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores” en UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. *La Ley*, Madrid, 2009, p.105. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta idea puesto que la DA 4.ª L 38/2011 habla de homologación de un acuerdo de refinanciación. Si existe un deudor con una serie de acreedores y con la necesidad de aceptación de la mayoría, no debería permitirse la fragmentación de los mismos de forma particular puesto que crea incongruencia con la estructura y los requisitos y volvemos a la incertidumbre de que la teoría y la práctica en el ejercicio de la preconcursalidad no van unidas. Vid. NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. *Francis Lefebvre*, Madrid, 2012, p.22 y ss.

⁹¹ La comunicación del ex art. 5 bis LC fue una de las novedades de la reforma L 38/2011. Sin embargo, no era necesaria para el tipo de acuerdo de refinanciación que no asimilaba, además, lo establecido en la DA 4.ª L 38/2011. Es decir, al no ser un acuerdo homologado, cumplía con los requisitos del ex art.71.6 LC y podía ser protegido de la rescisión concursal, pero en un eventual concurso no tenía las mismas garantías de protección que un acuerdo homologado y que además de cumplir con los requisitos del ex art.71.6 LC, fuera complementado por lo expuesto en la antigua DA 4.ª L38/2011.

⁹² El acuerdo de refinanciación homologado L38/2011 exigía la necesidad de comunicación al Juez de instar negociaciones del ex art.5 bis LC, junto con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ex art.71.6 LC y la ex DA 4.ª LC.

⁹³ Sobre este tema vid. SANCHEZ-CALERO, J., “La rescisión de los acuerdos de refinanciación” en BELTRAN, E., SANJUÁN, E. (et al) , *La reintegración de la masa*, ed. *Cizur Menor: Thomson Reuters*, 2012, p. 76 y ss. También SANCHO GARGALLO, I., “La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación” en GUERRERO LEBRÓN, M.J.; ESCRIBANO GAMIR, C., (et al), *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2010, ISBN 978-84-9768-839-0, pp. 33 y ss. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.5. Una de las mayores novedades de dicha reforma para la autora en relación a escudos protectores es la no rescisión del pacto acordado dentro del acuerdo de refinanciación. La autora comenta que es el gran paso para comenzar a hablar de preconcursalidad. Se inicia la posibilidad de optar por una negociación que produzca efectos y no se revoquen. No obstante, nosotros no queremos olvidar la posibilidad de impugnar mediante la norma del C.C.

rescindido por la vía de la acción revocatoria o rescisoria general (art.1111 CC), o impugnado por otra vía.⁹⁴

Hay que tener en cuenta que la rescisión concursal no cabe siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos materiales y formales. Y pese a esto, según el ex art.72.2 LC⁹⁵, se establecía que la administración concursal tenía legitimación para ejercer la acción rescisoria y demás tipos de impugnación contra los acuerdos de refinanciación del antiguo art.71.6 LC, si se consideraba que existía incumplimiento de algún tipo.

Por todo ello, el hecho de no ser homologado ni estar protegido de ningún tipo de acción, ni siquiera la revocatoria, provocaba inseguridad para el deudor y los acreedores aceptantes. Tampoco se dotaba de validez al acuerdo de refinanciación extrajudicial y sin homologación que hubiera producido durante los dos años anteriores a un eventual concurso de acreedores. Por este motivo, no consideramos esta alternativa como eficaz tal y como estaba recogida por la reforma L 38/2011. Sólo se protegía de una acción rescisoria general. Pero no de otras acciones de impugnación como la rescisión por lesión, la nulidad, la anulabilidad, declarativa, simulación o restitutoria. No se regulaba nada respecto a las distintas acciones de impugnación mencionadas. No creemos que aportara protección de ningún tipo, puesto que la rescisoria no era suficiente y la disolución del acuerdo podía ser revocada mediante otras acciones mencionadas.

3.4. Primer acuerdo de refinanciación homologado mediante la L 38/2011. El intento del legislador de aportar seguridad jurídica al negociador preconcursal

En el caso del acuerdo de refinanciación homologado, la L38/2011 modificó la ex DA 4.ª LC. Dentro de tal precepto, se desarrollaba por primera vez el acuerdo de refinanciación homologado. Esto significaba la posibilidad de solicitar homologación

⁹⁴ Así se exponía en el ex art. 71.6.º LC L 38/2011: “*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.*”. Vid. SENÉS MOTILLA, M.C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, nº. 30, 2013, pp. 47-74

⁹⁵ Así se expresaba en el ex art. 72.2. LC L 38/2011: “*Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6.*”

judicial de los acuerdos de refinanciación de deuda, y usarlo como solución preventiva o alternativa al concurso de acreedores, con efectos concursales.

Es muy importante entender que pese a estar regulado en la ex DA 4.ª LC, se debían de cumplir también los requisitos del ex art. 71.6 LC y ser suscrito por acreedores que representaran al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo⁹⁶. Por lo tanto, debían cumplir todos los requisitos del ex art. 71.6 LC con la variación de la mayoría necesaria que era indicada en la propia DA 4.ª LC. Asimismo, dicha mayoría solían ser entidades financieras que proporcionaban crédito y que reclamaban su capital.

Y lo que más nos llama la atención es que la petición judicial de homologación sólo podía ser solicitada por el deudor.⁹⁷ Como consecuencia de esto, se excluía a los acreedores que tuvieran la intención de homologar acuerdos mediante la ex DA 4.ª. Sin importar el tipo o clase de acreedores que fueran.

Esta solicitud de homologación de acuerdos de refinanciación de deuda debía cumplir los requisitos iniciales que aparecían en el ex art. 71.6 LC y, además, los establecidos en la ex DA 4.ª LC. Se complementan los dos preceptos pero también se sustituía alguna condición.

Para que los acuerdos de refinanciación pudieran obtener la homologación judicial, era necesario que hubieran sido suscritos por acreedores⁹⁸ que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo siendo titulares del mismo entidades

⁹⁶ La DA 4.ª1 LC L 38/2011^o indicaba así: “*Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo.*” Como podemos observar, para obtener la homologación de un acuerdo de refinanciación se solicitaba ya en la L 38/2011 el cumplimiento de los requisitos del ex art. 71.6 LC, menos la mayoría necesaria, que cambiaba por otro porcentaje más elevado.

⁹⁷ La DA 4.ª.2. en el segundo párrafo L38/2011, se indicaba que “*La solicitud deberá ser formulada por el deudor*” y no dice nada de la posibilidad de ser instado por acreedores.

⁹⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil, nº 3 de Gijón, de 10 de julio de 2012, ponente: Fco. José Pañeda Usunariz, ref.; 186/2012 en *Tirant lo Blanch Online*. En el auto se expone que TABLEROS Y PUENTES, S.A. solicitaba la homologación judicial en los términos de la DA 4.ª LC para acreedores financieros y también para otros comerciales. Sin embargo, solamente se admitió para los acreedores financieros. Dentro del apartado “fundamentos de derecho” del auto se estipuló que: “*respecto a la solicitud de homologación del acuerdo alcanzado por TABLEROS Y PUENTES, S.A., con sus acreedores comerciales, no procede su aprobación, puesto que la DA. 4ª, que prevé la homologación judicial de acuerdos de refinanciación, únicamente se refiere a los acreedores financieros, limitándose los efectos de los acuerdos de refinanciación con los acreedores comerciales a los previstos en el art. 71 y ss de la LC, sin que sea posible o legalmente previsto una homologación judicial, con extensión de efectos a terceros o paralización de ejecuciones singulares.*” La interpretación de Juez señalaba que la homologación solamente era con acreedores financieros y no con el resto, que debían utilizar el acuerdo ordinario del ex art. 71.6 LC.

financierasen el momento de aceptación del acuerdo, realizando diferencia del resto de acreedores. Esta condición que aparecía en la DA 4.ª, complementaba lo establecido en el ex art.71.6 LC, que sólo mencionaba un sesenta por ciento y no limita a acreedores que sean entidades financieras.

Ambos preceptos debían aplicarse de forma conjunta, ya que lo que aparecía en el antiguo art.71.6 LC era complementado por la DA 4.ª L 38/2011. Si sólo llevábamos a cabo un acuerdo de refinanciación mediante las condiciones establecidas por el ex art.71.6 LC, era un acuerdo de refinanciación ordinario con protección de rescisión concursal en eventual concurso. Pero si, además, queríamos la homologación judicial, a lo establecido en dicho artículo ex 71.6 LC, se le sumaba las condiciones de la DA 4.ª LC L 38/2011, con un aumento del porcentaje de aceptación por los acreedores que representasen al menos el setenta y cinco por ciento titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo.

En relación al requisito de pasivo exigido para homologación dentro de la DA 4ªLC, por la reforma de la L 38/2011 se nos presenta una serie de dudas:

En primer lugar, la definición que daba dicha ley sobre el pasivo titularidad de entidades financieras, no hacía diferencias entre tipos de pasivos, vencidos o no.⁹⁹ Se supone que si un deudor tiene deudas es a causa de obligaciones vencidas y entendemos que así debe interpretarse en la norma. Los firmantes deberían ser titulares de pasivo representativo pero de deudas vencidas. No entendemos por qué se recogía de forma general el concepto cuando debía tratarse de un pasivo vencido, líquido y exigible.

La norma no expresaba ni exigía que los firmantes del acuerdo representasen a titulares de pasivo del tipo vencido, líquido y exigible. Por lo tanto, quedaba incluido

⁹⁹ La da 4.ª LC L38/2001, lo indicaba así: “*al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo*” Según las normas contables, un pasivo se compone de obligaciones actuales surgidas de operaciones producidas en un pasado y para que se extingan estas obligaciones, la empresa necesita recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en un futuro. Así pues, el elemento clave del pasivo es la obligación presente, lo que distingue el mismo del compromiso futuro; en consecuencia, la simple decisión de adquirir activos en el futuro no da origen al nacimiento de ningún pasivo, el cual sólo se genera cuando se haya recibido el activo o bien la entidad haya firmado un acuerdo para adquirir un bien o servicio. Vid. RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, BOE nº.278. Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.26 y ss.

cualquier pasivo dentro de la definición de la L 38/2011 LC, sin importar su exigibilidad o estado.

En segundo lugar, por un lado, la norma 38/2011 exigía que el acuerdo de refinanciación de deuda fuera firmado por acreedores que representasen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras. Existe el interés de la prioridad por los acreedores financieros. Pero creemos que dentro de entidades financieras se puede interpretar financieras a nivel amplio. Pese a que con esta reforma se mejoraba la identificación de los acreedores financieros describiéndolos como entidades financieras titulares de pasivo¹⁰⁰, aún existían dudas. A los efectos de dicha L 38/2011, no se sabía con certeza que debía entenderse por entidad financiera. Si entendemos la entidad financiera a efectos de derecho comparado, pueden existir confusiones con las definiciones de entidad financiera de régimen interno.¹⁰¹ Por otro lado, respecto a las adhesiones al acuerdo, se entendía que podía adherirse al acuerdo acreedores que no reunieran las condiciones de entidad financiera y lo hicieran de forma voluntaria, siempre y cuando se cumpliera el requisito del setenta y cinco por ciento de las entidades financieras. Nos hace interpretar que como no se prohibió la suma de otro tipo de acreedores, podía realizarse de forma voluntaria.

En tercer lugar, no nos queda claro cómo debía llevarse a cabo la acreditación de la adhesión al acuerdo por el setenta y cinco por ciento de las entidades financieras titulares de pasivo representativo de forma mayoritaria. Suponemos que debería ser el

¹⁰⁰ La redacción definitiva de la L38/2011 mejoró lo expuesto en el Anteproyecto sobre acreedores financieros. Por acreedor financiero podía entenderse cualquier titular de un pasivo financiero. Esto desfavorecía al objetivo de homologar sólo acuerdos de refinanciación suscritos por acreedores profesionales. Vid. SENÉS MOTILLA, M.C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n.º. 30, 2013, pp. 47-74

¹⁰¹ En Derecho Comunitario existe definición de entidad financiera que podría ayudar a delimitar a la definición de nuestras financieras de la LC. En la Dir. 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acuerdos de garantía financiera, en su art. 1.2.c considera una entidad financiera a aquellas entidades de crédito conforme se definen en la Dir. 2000/12/CE, art.1.1., incluidas las entidades numeradas en el 2.3. de dicha última Directiva nombrada; las sociedades de inversión, según lo expuesto en la Dir. ,93/22/CEE, art.1.2, en relación a los servicios de inversión en ámbito de los valores negociables; las entidades financieras conforme lo dispuesto en la Dir. 2000/12/CE, del art.1.5; las empresas de seguros recogidas por la Dir. 92/49/CEE, art.1.a, en relación a los seguros directos; organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, Dir. 85/611/CEE, art.1.2; sociedades gestoras según la Dir.85/611/CEE, art.1 bis.2. Vistas estas referencias, observamos que existe la posibilidad de limitar la definición de entidades financieras y debe realizarse dicha modificación para no crear confusiones o libre interpretación de a lo que se refiere la ley con entidad financiera.

deudor el que si quería la homologación del acuerdo de refinanciación de deuda, tendría que demostrarlo mediante prueba al Juez¹⁰².

El procedimiento de homologación en la L 38/2011 comenzaba con la solicitud, que era formulada por el propio deudor. Dicha solicitud debía ir acompañada del propio acuerdo de refinanciación consolidado y del informe favorable del experto, que contendría la solicitud de paralización de ejecuciones singulares¹⁰³. Se entiende que la ejecución que se llevara a cabo era en contra del deudor, aunque la ley no lo especificara. Lo que no queda tan claro es si el ejecutante debía ser entidad financiera o cualquier clase de acreedor o qué tipo de entidad financiera.

Los efectos sólo se podían extender a los que aceptaban el acuerdo y a aquellas entidades financieras que no hubieran firmado, pero que de forma obligada, se extendían los efectos también para ellas, con la condición de que no existieran garantías reales.¹⁰⁴

¹⁰² La ex DA 4.ª 3 L38/2011, regulaba el control por el Juez del cumplimiento de los requisitos expuestos en el punto 1º de dicha disposición adicional cuarta. Por lo tanto, entendemos que sería él quien verificara el cumplimiento del porcentaje de aceptación de acreedores profesionales y, a su vez, la concordancia con la totalidad existente del pasivo.

¹⁰³ En la DA 4.ª 2 LC L38/2011 se expresa así: “*La solicitud deberá ser formulada por el deudor y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado y del informe evacuado por el experto. En la misma solicitud se podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares.*” Sobre la paralización de ejecuciones singulares, debemos dirigirnos al referente del art. 55.1 L38/2011, sobre ejecuciones y apremios, donde se expresa en el ámbito del concurso: “*no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor*” y a continuación dice: “*hasta que no se presente plan de liquidación (...)*”. Este último artículo, debe ser la herramienta análoga para entender que se paralizan acciones hasta que se termine el plazo de presentar acuerdo de refinanciación. Dicho art. 51 LC es de dónde sale lo de paralizar las ejecuciones singulares y el motivo por el que es utilizado la ex DA 4.ª. Sin embargo, aunque entendemos la idea, esto no debería ser así, puesto que debe de dejar de considerarse el escenario preconcursal igual al de etapa concursal. Es a causa de vacíos legales, que debe interpretarse la forma de proceder en los acuerdos de refinanciación de deuda mediante la propia LC y el procedimiento concursal. Por este motivo, nuevamente, debemos dirigirnos a dicho precepto último para entender que respecto a la paralización de ejecuciones singulares, se interpreta las judiciales y las extrajudiciales, por ser así en el procedimiento concursal y por no tenerse más referencias de paralización de ejecuciones.

Vid. SENÉS MOTILLA, M.C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, nº. 30, 2013, pp. 47-74. Vid. NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.26 y ss.

¹⁰⁴ Así lo dispone la DA 4.ª LC L 38/2011 cuando dice : “*Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real*”. Asimismo, dentro de la DA 4.ª LC L 38/2011, en su punto 5 se añadía sobre los efectos de la homologación judicial: “*(...) las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos.*”

Así pues, consideramos que según el texto de la reforma L 38/2011, sólo podían solicitar ejecución singular, las entidades financieras obligadas a asumir la homologación, ya que las firmantes de forma voluntaria no tendría sentido. Es decir, los acreedores obligados por extensión de efectos. Si reflexionamos sobre el ejecutante, creemos que la norma debía referirse en concreto a aquéllas entidades financieras que no estuvieran de acuerdo con la homologación y, por este motivo, decidían no firmar, siendo obligadas de todas formas, a aceptar los efectos de una homologación, puesto que así lo regía la ley, con la aclaración de que debían ser entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estuvieran dotados de garantía real. Otra incoherencia. Qué sentido tiene paralizar la ejecución singular de entidad financiera con crédito sin garantía real, pero permitirle a las entidades financieras con garantías reales continuar con sus ejecuciones. La única posibilidad que se nos ocurre es que la ejecución de garantías reales fuera necesaria para cumplir con el acuerdo de refinanciación.

En referente a los apremios administrativos, la DA 4.ª L 38/2011 no decía nada. En el art.55 LC, sobre “ejecuciones y apremios en el concurso de acreedores declarado”, la ley hace ver que solicitado el concurso no se permitirán ejecuciones de ningún tipo por la administración competente. Por esta razón, interpretamos que en la homologación de acuerdos de refinanciación L38/2011, estaban excluidos de la posibilidad de paralización, ya que no lo exponía de forma expresa en la ex DA 4.ª LC.

La admisión a trámite la revisaba y la llevaba a cabo el secretario judicial por decreto y con plazo de un mes para subsanaciones en caso de defectos. Asimismo, en caso de haberse requerido, podía llegar a declararse la paralización de ejecuciones singulares, por un plazo máximo de un mes, hasta que se produjera la homologación. Esto fue novedad¹⁰⁵ introducida por la L38/2011, pero a nuestro parecer, con incongruencias formales, ya que la reforma no recogió aspectos formales de la

¹⁰⁵ La ex DA 4.ª.2. LC L 38/2011, en el tercer párrafo exponía la función del Secretario Judicial dentro de la homologación del acuerdo de la siguiente manera: “*El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. No obstante, dará cuenta al Juez para que resuelva sobre la admisión cuando estime la falta de competencia o la existencia de un defecto formal y no se hubiese subsanado por el promotor en el plazo concedido para ello, que no podrá exceder de un mes.*”. La petición es “*conditio sine qua non*”. Es decir, que el secretario judicial, según lo expuesto en el precepto, pueda decretar la admisión a trámite de la solicitud y la paralización de ejecuciones singulares. Con el objetivo de que la autoridad judicial pueda después declarar subsistente dicha paralización en la resolución homologatoria.

tramitación de solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación. Es decir, no se detallaba la manera de presentar dicha solicitud. Tampoco recogió cómo el solicitante de la homologación debía especificar las ejecuciones singulares iniciadas contra él. Creemos que era necesario porque suponía que cuando se decretara la admisión a trámite de la homologación, debía comunicarse a dichos órganos.

En relación a la potestad que se le otorga al Secretario Judicial sobre decidir la paralización de ejecuciones singulares, también es una novedad¹⁰⁶. Para ello, entendemos que lo que ha hecho el legislador es extrapolar el comportamiento diseñado para un procedimiento concursal, introduciéndolo en la DA 4.ª LC. El legislador vuelve a adaptar preceptos del espacio concursal dentro de los acuerdos de refinanciación de deuda.

No obstante, la ex DA 4.ª 2 LC en su último párrafo, también añadía que el Secretario Judicial avisaría al Juez cuando existiera falta de competencia o defectos formales. Entendemos que se refería tanto a la solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación como a las solicitudes de ejecuciones singulares, estableciendo un control por parte del Juez cuando no se viera claro el trámite.

El redactado del precepto sobre admisión de solicitud de homologación demostraba el interés por parte del legislador para obtener el máximo control posible en relación al acceso de negociación homologado. Por un lado, el Secretario Judicial “*admitiéndola a trámite*” al referirse a la solicitud de homologación y, posteriormente, repetir por medio de control del Juez “*para que resuelva sobre la admisión*” de la solicitud de homologación. Aunque también interpretamos que se incluye tanto la solicitud de homologaciones como la paralización de ejecuciones singulares.

En caso de presentar una solicitud de homologación defectuosa¹⁰⁷ y no poder subsanarse, siguiendo lo recogido para la LC, ya que no existe otro tipo de precepto que nos ayude de forma análoga y pese a que no nos gusta tratar a los acuerdos de

¹⁰⁶ Mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modificó la LEC española y en su art. 568 reformado por dicha ley, se permite a los secretarios judiciales en materia concursal la suspensión de ejecuciones judiciales en escenario concursal. Art. 568.2 LEC: “*El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*”

¹⁰⁷ El precepto DA 4.2ªLC habla de defecto formal.

refinanciación como espacio concursal, se debía entender solicitud defectuosa no subsanable como lo expuesto para la solicitud de concurso voluntario¹⁰⁸ y resolverse mediante auto desestimando la solicitud susceptible de recurso de reposición y ante el Juez, no el Secretario judicial, tanto la competencia de no aceptación y resolución por auto como la revisión.¹⁰⁹

Sobre el significado de paralización de ejecuciones singulares, queremos exponer un detalle que nos ha llamado la atención. Cuando la norma dice que el Secretario Judicial declarará paralización de ejecuciones singulares no estamos seguros si se refería a las ya iniciadas o a las que se podían solicitar como nuevas. Es la diferencia entre decir que se admite la “suspensión” y “paralización” de ejecuciones singulares, independientemente de la potestad del que lo estime adecuado.

Sobre este tema, hemos observado en jurisprudencia¹¹⁰, que debemos comenzar explicando que la LC hacía un uso equivocado del término "paralización". En efecto,

¹⁰⁸ El art.14.1 de la LC en relación a la solicitud de concurso voluntario.

¹⁰⁹ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.32 y ss.

¹¹⁰ Vid. Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de diecisiete de diciembre de 2012, ponente: Francisco Javier Vaquer Martín, ref. 720/2012 en *Tirant lo Blanch Online*. Corresponde a acuerdo de refinanciación homologado solicitado de la empresa ALBATROS, SL y su grupo con nueve entidades financieras. que cumplen los requisitos del ex art. 71.6 LC L 38/2011 y los de la ex DA 4.ª, LC, pero que además pretenden obtener la suspensión de ejecuciones singulares ya iniciadas y esto es lo que valora el Juez de manera desestimatoria. Es decir, permite la homologación judicial del acuerdo e incluso estima que se paralizen las solicitudes nuevas de ejecuciones singulares, pero en relación a las ya iniciadas, no valora la suspensión de las mismas por mera solicitud de homologación. Y así lo argumenta: “Entre ambas interpretaciones este Tribunal estima que debe estarse a una interpretación literal y rigorista de la Ley; y ello: 1.- porque cuando el legislador concursal ha querido hacer referencia a la cesación de ejecuciones ya en trámite utiliza expresamente el término suspensión de actuaciones; 2.- porque tal interpretación resulta coherente con el tenor literal del art. 568 LEC en cuanto el Secretario mercantil ordena la inadmisión de demandas de ejecución separadas y el Secretario civil ordena la suspensión de sus propias actuaciones ejecutivas en trámite; 3.- porque a lo largo de la norma concursal la paralización de futuras ejecuciones aparece unida al señalamiento de un plazo temporal [lo que no ocurre con la suspensión] o a la finalización de determinada fase procesal, de tal modo que unida aquella paralización a un específico plazo [un mes] o al dictado de determinada resolución [Auto de homologación] mantiene el legislador el mismo esquema procedimental diseñado para la evitación de nuevos procesos de ejecución; y 4.- porque ello resulta coherente con el derecho a la tutela judicial efectiva y con los efectos asignados a la declaración concursal, pues mientras ésta última produce tanto la paralización de ejecuciones como la suspensión de las ya iniciadas, la mera solicitud de homologación del acuerdo contractual abrirá un periodo máximo de un mes donde no podrán admitirse nuevas demandas de ejecución singular, prorrogable a instancia de parte por un plazo máximo de tres años una vez homologado el acuerdo; de tal modo que las ejecuciones singulares en trámite al tiempo de la solicitud podrán continuar por sus trámites en cuanto sólo se suspenderán en los casos señalados en las Leyes [art. 565.1 LEC], esto es, en tanto no se declare la situación concursal.” También vid. Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 8 de León, de 21 de marzo de 2012, ponente: Pablo Arraiza Jiménez, ref.: 29/2012. Solicitud de acuerdo de homologación por la empresa “PARAMO NUTRICIÓN S.L.” que, además, conlleva la paralización de ejecución singular de banco. El Juez dice así: “dispone el apartado 3 de la DA. 4ª de la LC que “en la homologación el Juez, previa ponderación de las circunstancias

mientras la rúbrica del art. 56.1 LC utilizaba la expresión "paralización" para referirse tanto a la imposibilidad de iniciar acciones ejecutivas singulares como a la "suspensión" de las ya iniciadas, distintos preceptos de la Ley hacían un uso conceptual estricto del término "paralización", tales como el apartado 3º del art. 56 LC donde claramente se distinguía entre la "paralización" de las acciones de ejecución aún no iniciadas y la "suspensión" de las actuaciones procesales ya iniciadas, así como el apartado 4º del art. 84 LC donde el término "paralización" se refería a la imposibilidad de inicio de las acciones ejecutivas para el cobro de créditos contra la masa.

Si lo interpretamos de manera estricta, en la ex DA 4.^a LC el Decreto del Secretario del Juzgado Mercantil impedía el inicio y admisión a trámite de demandas de ejecución singular hasta el dictado del Auto de homologación y en todo caso por el plazo máximo de un mes, pero en modo alguno producía la suspensión de las ejecuciones singulares en tramitación; y en igual sentido el Auto de homologación podía ordenar la continuación de la paralización de las ejecuciones solicitadas por las entidades financieras durante el plazo máximo de tres años, pero ningún efecto señalaba respecto a las ejecuciones ya iniciadas por dichos acreedores. En el caso que hemos citado en este párrafo, se observa que el Juez admite la paralización de nuevas ejecuciones, pero desestima sobre la suspensión de las iniciadas. Por lo tanto, entendemos que tanto la norma como la jurisprudencia consideraron que sobre las ejecuciones iniciadas, no se suspendían. Solamente, se permitía la paralización de que entraran nuevas.

Una vez expuesto todo lo anterior, pasamos a comentar que, posteriormente a la reforma introducida por la L38/2011, se comenzaron a observar casos en la jurisprudencia con el inicio de utilización de la herramienta de homologación. Los fundamentos de los autos de homologación se iniciaban con la descripción de los requisitos necesarios para conseguirla. Posteriormente, exponían si la sociedad concreta los cumplía y, finalmente, se instaba fallo con homologación o negación de la misma. Tales autos describieron la posibilidad de homologar los acuerdos que reunían ciertos requisitos.

concurrentes, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años". En el caso concreto, se solicita la paralización de ejecución singular solicitada por CAIXABANC.

Un ejemplo que favorecía a los acuerdos es el auto del Juzgado Mercantil de Barcelona número 127/13, que los describió incluso mejor que la propia normativa¹¹¹. En primer lugar, habló de un control de legalidad establecido por el legislador, refiriéndose al cumplimiento de los requisitos expuestos en el ex art.71.6 LC y la ex DA 4.ª. Consideró a los acuerdos de refinanciación homologados de tipo “*conservativo*” no “*liquidativo*”, refiriéndose al intento de mantener la viabilidad de la sociedad mediante el acuerdo siempre y cuando se realizara cumplimiento de lo expuesto en ley. Y, en segundo lugar, exigía al Juez mercantil llevar a cabo un control de oportunidad, que consistía en asegurarse que el acuerdo no suponía un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no suscribieran el acuerdo. El hecho de que el acuerdo pudiera suponer un sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros que no lo suscribían, debiendo atender a criterios como los efectos que el acuerdo pudiera producir sobre los acreedores (forma de afectar en el pago de sus créditos, existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor o la concesión de garantías a los acreedores afectados), suponía parte de la reflexión por parte del Juez mercantil para poder estudiar junto con los datos aportados por el experto independiente y el plan de viabilidad la posición más beneficiosa. En el caso concreto de dicho auto, se cumplían los requisitos del ex art. 71.6 LC con el quórum del 75 por ciento de los acreedores financieros de la DA 4.ª LC, acuerdo elevado a escritura pública, con reordenación del pasivo del deudor mediante prórroga del vencimiento de las obligaciones, tanto de las vencidas como de las garantizadas, acompañado de plan de viabilidad y con informe favorable del experto independiente. Por ello, respetaba el control de legalidad y el control de oportunidad al haberse solicitado un aplazamiento de las obligaciones por un periodo de tiempo corto, que no desestabilizaba la condición de los acreedores disidentes. Sin embargo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, de 10 de abril de 2013 fue más allá y extendió la paralización de

¹¹¹ Vid. Auto de Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, nº.2, de 10 de abril de 2013, ref.; 127/13 en *Tirant lo Blanch Online*. Asunto de homologación de acuerdos de refinanciación 191/2013, sec. A, en el que aparece como parte demandante la empresa SILVIS, S.A. Dicho auto habla en su fundamento de derecho de los requisitos que se exigen en el ex. art. 71.6 LC y la ex DA 4.ª para la homologación dentro de lo que era la normativa 38/2011, vigor en el momento del auto. Buen ejemplo práctico de la forma en la que se procedía y entendía acuerdo de homologación. En el caso concreto, la sociedad SILVIS, S.A. solicita la homologación de acuerdo de refinanciación y cumple con los requisitos legales en cuanto que el acuerdo ha sido suscrito por tres entidades bancarias, ascendiendo el importe de sus créditos a cantidad de 30.384.098,57 euros, suponiendo un 79,82 % del pasivo financiero. En dicho caso se aportó el informe de experto independiente que emitió dictamen favorable. Dicho acuerdo estaba suscrito por todas las entidades financieras que conformaban el pasivo con excepción de Banco Español de Crédito y Banco de Santander. La primera ostentaba 995.820 euros y la segunda 6.915.138'95 euros, créditos garantizados con garantía hipotecaria.

ejecuciones en marcha a los acreedores dotados de garantía real por una aplicación análoga del art. 56.2 LC, permitiéndose la suspensión de las ejecuciones hipotecarias en marcha cuando los bienes estuvieran afectos a la actividad del deudor.

En el auto se analizó la situación de los disidentes con garantía real y la paralización de las ejecuciones singulares. Si el plazo de espera del acuerdo no era extensible a dichos acreedores, igualmente, tampoco si ya hubieran iniciado una ejecución hipotecaria. La no extensión del plazo a los disidentes con garantía real y la no suspensión de las ejecuciones en marcha suponía poner en peligro el futuro de la entidad por no respetar un breve aplazamiento y la prioridad era mantener íntegro el patrimonio de la sociedad para, finalmente, poder cumplir con los créditos de los disidentes y de los adheridos al acuerdo. Por ello, se produjo la paralización de ejecuciones en marcha promovidas por los disidentes y se extendió a los que tenían garantía real dicho acuerdo hasta su fecha de finalización estipulada en el auto. Por este motivo, el presente auto descrito creó jurisprudencia que le siguió.

La publicación de la resolución del acuerdo sí se recoge en la L 38/2011. Se publica aquel acuerdo que sea favorable en el BOE y en el Registro Público Concursal¹¹². Dicha publicidad es un requisito imprescindible. Sobre todo para aquéllos que quieran oponerse al mismo. Cabía la posibilidad de impugnarla dentro de los quince días siguientes a la publicación, por los acreedores afectados que no hubieran prestado consentimiento.¹¹³ Sin embargo, los motivos para impugnar también estaban limitados ya en la L 38/2011. En efecto, los motivos de impugnación marcados eran ya entonces la falta de concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y la desproporción del sacrificio exigido para los acreedores no firmantes.¹¹⁴

¹¹² Expuesto así en la DA 4.ª 3 LC L 38/2011: *“La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el “Boletín Oficial del Estado””*.

¹¹³ Se recoge de manera expresa dicha información en el apartado de la DA 4.ª 4 LC L 38/2011: *“Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento podrán impugnarla.”*

¹¹⁴ Los motivos por los que se podía impugnar el acuerdo también estaban limitados por la DA 4.ª 4 LC L 38/2011, siendo así: *“Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido.”*

El primer motivo, la falta de concurrencia del porcentaje exigido podía ser comprobado fácilmente. El segundo motivo, el sacrificio desproporcionados de los acreedores, según jurisprudencia¹¹⁵, debía tenerse en cuenta la situación financiera y patrimonial de cada acreedor, la cuantía de su crédito, la existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor, la concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo, entre otros.

Si el deudor incumplía el acuerdo, cualquier acreedor podía solicitar la declaración de su incumplimiento y, declarado, instar la declaración de concurso o iniciar la ejecución singular.¹¹⁶ Instando ante el mismo Juez que hubiera realizado la homologación del acuerdo.

Sobre este tema, un autor¹¹⁷ nos hace reflexionar sobre la idea que la LC no recogía nada sobre la prohibición de instar concurso necesario por parte de un acreedor durante la negociación de acuerdo. Nos referimos a de manera expresa. Si bien es cierto

¹¹⁵ Auto de Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 5 de junio de 2012, ponente: Francisco Javier Fernández Álvarez, ref.: 153/2012 en *Titant lo Blanch Online*. Este auto describe la solicitud de acuerdo de homologación de la sociedad Santa & Cole Neoseries S.L., cumpliendo todos los requisitos. Se realiza acuerdo de refinanciación entre Santa & Cole Neoseries S.L., y las siguientes entidades financieras participantes en el endeudamiento bancario de aquella: Banco de Santander, S.A., Caixabank, S.A., Deutsche Bank, S.A., NCG Banco, S.A., Banco Popular, S.A., Bankinter, S.A., Banco Español de Crédito, S.A. y Banco Vizcaya Argentaria, S.A., si bien las restantes entidades financieras acreedoras de Neoseries, Barclays Bank S.A., Banco Sabadell, S.A. y UNNIM Banc, S.A.. Dicho acuerdo pretendía la modificación de la estructura de endeudamiento bancario de NEOSERIES, mediante novación de préstamos y pólizas, constitución de nuevas obligaciones de la deudora (ej. Constitución de diversas hipotecas inmobiliarias sobre los derechos de aprovechamiento urbanístico propiedad de la sociedad PARC DE BELLOCH, filial a su vez de INTRAMUNDANA, valorados en su conjunto, según tasación independiente acompañada al Acuerdo de Refinanciación en 11.019.652,59. Asimismo, el Juez declara el cumplimiento del resto de requisitos necesarios y sobre la proporcionalidad del sacrificio de los acreedores estipula así: “(...) *Proporcionalidad de las garantías otorgadas, pues éstas superan las obligaciones asumidas en el Acuerdo de refinanciación y se encuentran dentro de un rango comparable de mercado, en la fecha del referido Acuerdo.*” Vid. también otro ejemplo sobre no sacrificio desproporcionado por acreedores no firmantes en Auto de Juzgado de 1º instancia de Logroño, de 4 de abril de 2012, ref.129/2012, en *Tiran lo Blanch Online*. El grupo de sociedades CORCHO DEL PAIS S.A., EUSKALKOR S.L., SUBERTAP S.A. Y UNION DE PRODUCTORES DEL CORCHO S.L. quería conseguir acuerdo con sus acreedores. Cuando se analiza los requisitos necesarios, el Juez indica sobre la desproporción del sacrificio de no firmantes: “ *se debe analizar si existe sacrificio desproporcionado para las entidades financieras no suscribientes, y dado que en el presente caso se ha pactado una espera del abono de la deuda en dos tramos, siendo que siguen abonándose los intereses de toda la deuda, se considera que no existe sacrificio desproporcionado para las entidades no firmantes, por lo que procede homologar el acuerdo de refinanciación suscrito y su aplicación a tales entidades.*”

¹¹⁶ Lo expuesto aparece en la DA 4.ª.6 LC L 38/2011, cuando se indica así: “*En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo Juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.*”

¹¹⁷ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012,p.42.

que se habla de paralización de ejecuciones, no de concurso instado. No obstante, entendemos que se permitía instar la declaración de concurso, si el deudor incumplía con el acuerdo. En ese caso, comprendemos que sí se pudiera solicitar. Por lo tanto, la norma en el punto de incumplimiento del deudor aportaba una facultad de instar concurso necesario que creemos que antes no estaba permitida al inicio de las negociaciones. La reflexión se ha producido al no exponerse nada antes en la LC, puesto que no aparece como prohibida en ninguno de los preceptos relacionados con el acuerdo de refinanciación. Quizás simplemente se trata de un error de interpretación de la norma al aportar la posibilidad de solicitar concurso necesario en un momento de escenario de incumplimiento de acuerdo, no habiendo sido prohibido, aparentemente, con anterioridad y que hace creer que era permitido o, en todo caso, sí se quería hacer entender que también se paralizaba las solicitudes de concurso necesario, pero sin que la reforma lo especificara. Así pues, queremos destacar este punto. En ningún momento la Ley dice que un acreedor no pueda iniciar solicitud de concurso necesario durante un acuerdo de refinanciación homologado, pero creemos que se entiende que no cuando habla de las propias ejecuciones singulares.

La reforma 38/2011 fue una reforma que pretendía cumplir varios objetivos. Por un lado, solventar los problemas de insolvencia de las empresas, dar continuidad a las mismas, disminuir los costes económicos y ofrecer mayor brevedad al proceso. Por otro lado, se pretendía descongestionar los juzgados de lo Mercantil y concluir con la fuga de las refinanciaciones de empresas españolas a otros ordenamientos jurídicos.

Por este motivo, se modificaron, nuevamente, el régimen de acuerdos de refinanciación y la LC ampliando otros aspectos como fue la comunicación preconcursal de la negociación al Juez como amparo de protección (ex art. 5 bis LC). Se subsanó la técnica legislativa del blindaje rescisorio que introducía erróneamente el art. 8 de la antigua reforma 3/2009 en la antigua DA 4.ª, para pasar a ser parte del 71.6 LC de L 38/2011. Se realizaron matizaciones y ampliación de los acuerdos dentro del ex art, 71.6 LC. Se introdujo la entrada del “*fresh money*” (ex art. 71.6 LC art. 84.2.11 y art. 90.6 LC). Se mostró la extensión de los efectos de los acuerdos de refinanciación a otros acreedores o paralización de ejecuciones singulares (ex DA 4.ª). No obstante y, posteriormente, se supo que las innovaciones quedaron escasas ante la práctica de los acuerdos de refinanciación, sobretodo, homologados.

Si bien es cierto que en dicha reforma se establecieron las pautas iniciales para la puesta en marcha de las negociaciones de forma más elaborada que en el RDL 3/2009, todavía existía inseguridad jurídica e incertidumbre para la comprensión y puesta en práctica de los acuerdos de refinanciación y, como consecuencia, no se consideraba alternativa eficaz respecto al concurso de acreedores o a una propuesta anticipada de convenio.

En efecto, el legislador tuvo que observar las carencias de la reforma L 38/2011, ya que a los escasos dos años se decide volver a reforma de la LC y, concretamente, el régimen de los acuerdos de refinanciación mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores, a partir de ahora en el presente trabajo la LE.

4. Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Disminución de la mayoría necesaria en el acuerdo de refinanciación ordinario mediante introducción del art. 71 bis LC

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores realizó cambios importantes en Derecho Mercantil¹¹⁸, en ámbito concursal y, más concretamente, en relación a los acuerdos extrajudiciales de la última reforma hasta ese momento realizada por la L 38/2011. La LE estableció, por un lado, un procedimiento basado en la mediación con la intención de que el deudor alcanzara con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos¹¹⁹. Por otro lado, un nuevo régimen para el acuerdo de refinanciación ordinario mediante un nuevo art. 71 bis LC, que sustituía al art.71.6 LC de la reforma realizada por L 38/2011 y que introdujo un cambio importante: disminución del quórum necesario exigido como requisito para la formalización de un acuerdo de refinanciación.

Para ello, dos son los artículos que destacaron para el tema presente de refinanciación extrajudicial. En primer lugar, el art. 21 de la mencionada norma, que se encuentra dentro del capítulo V titulado “Acuerdo extrajudicial de pagos”. En segundo lugar, el art. 31 LE que introdujo un nuevo artículo 71 bis. LC.

¹¹⁸ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE nº 233, BOE-A-2013-10074. A partir de ahora nos referiremos a ella como L14/2013 o LE de manera abreviada.

¹¹⁹ Este tipo de acuerdo solamente lo nombraremos en este punto, puesto que no es parte del desarrollo de la tesis, pero sí parte de lo que renueva L 14/2013 en materia extrajudicial.

4.1. El art. 21 LE sobre acuerdo extrajudicial de pagos de la LC. Breve explicación de modelo diferente de acuerdo extrajudicial

El art.21 LE denominado “Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal” incluyó modificaciones en varios artículos de la Ley Concursal y estableció la introducción de un nuevo acuerdo extrajudicial de pagos¹²⁰. Cabe decir que sobre dicho acuerdo extrajudicial, el legislador no introdujo blindaje específico frente a acciones rescisorias concursales que en un eventual concurso posterior pudieran ejercitarse. Sin embargo, los criterios aprobados por los Jueces Mercantiles de Madrid afirmaron su irrevocabilidad.¹²¹

En relación a los acuerdos de refinanciación conocidos hasta el momento de entrada en vigor de la LE, el art. 21 LC varió el contenido de varios artículos.

En primer lugar, se modificó el ex art. 3.1 LC¹²². Se cambió el primer apartado de dicho artículo y produjo que pudieran solicitar la declaración de concurso el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal del procedimiento regulado del nuevo título X de la LE.

¹²⁰ Dentro de la LC aparece en el nuevo Título X arts.231 a 240 LC.

¹²¹ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015,p.13. Menciona que los Jueces Mercantiles de Madrid en fecha 11-10-2013, apartado III, punto 5. Consideran que los acuerdos extrajudiciales de pagos son irrevocables; pero no lo son los pagos y otros actos realizados en ejecución de los mismos. Por lo tanto, consideran que en caso de eventual concurso, solamente caerían bajo la rescisión concursal los actos que en cumplimiento del mismo hubieran sido ejecutados.

¹²² Dentro del art. 21 LE, en el punto “uno” se modifica el art.3.1. LC quedando así: “*Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.*”

En segundo lugar, se modificaron los apartados 1, 3 y 4 del art. 5 bis¹²³ (ex art. 5 bis). Se siguió manteniendo el hecho de que el deudor ponía en conocimiento al Juez de estar estableciendo negociaciones con sus acreedores que pudieran concluir en acuerdo de refinanciación o propuesta anticipada de convenio pero, además, se incluyó una tercera opción¹²⁴: llevar a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos con un mediador y el registrador mercantil encargados de la solicitud y la notificación de apertura de negociaciones al juzgado competente y de forma respectiva a sus funciones. En efecto, en los puntos 1, 3 y 4 se introdujo el nuevo acuerdo extrajudicial. Sin embargo, no se amplió aspectos como el plazo de negociaciones de tres meses y el mes posterior para instar concurso.

En tercer lugar, lo mismo vuelve a ocurrir con el antiguo art.15.3 LC¹²⁵ (ex. art.15.3 LC) para introducir el posterior Título X que habla de la formación de dicho acuerdo extrajudicial de pago. Este precepto hablaba de la incapacidad para poder admitirse solicitudes de declaración de concurso en periodo de negociaciones por sujetos distintos al deudor o del mediador concursal en el caso del acuerdo del Título X.

En cuarto lugar, por el mismo argumento, los artículos 71.6.2º, 178.2º y 198.1º se modificaron de la misma forma, para introducir de forma expresa el mismo objetivo: el acuerdo extrajudicial de pagos.

¹²³ Dentro del art. 21 LC, en el punto “dos” se modifican los apartados 1, 3 y 4 del art. 5 bis LC.

¹²⁴ Se introduce como tercera opción extrajudicial al acuerdo extrajudicial de pagos en el precepto de comunicación al Juez para negociaciones, junto con el acuerdo de refinanciación de deuda y la propuesta anticipada de convenio. Se expone así dentro del art. 21 LC, en el apartado “dos”, modificación del punto 1 del art. 5 bis LC. Quedando redactados de la siguiente manera: “*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones (...)En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.*”. Sucede lo mismo en los puntos 3 y 4 del art. 5 bis LC. En el punto 3, sobre constancia de comunicación al Juez para negociación de acuerdo extrajudicial de pagos: “*El secretario judicial (...) procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago*”; y en el punto 4, sobre finalizado el plazo de negociaciones sin conseguir acuerdo, la solicitud de declaración de concurso voluntario: “*transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente(...)*”.

¹²⁵ Se modifica el primer párrafo del apartado 3 del art.15 LC en el que se incluye el caso del acuerdo extrajudicial de pagos: “*una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal.*”

Por último, con dichos cambios introducidos en la LC, se pudo realizar la introducción en la norma del Título X que hablaba del acuerdo extrajudicial de pagos.¹²⁶

Asimismo, a parte de las modificaciones de los anteriores artículos mencionados para la introducción de forma expresa de la nueva herramienta, se incluyó una nueva disposición adicional séptima sobre el tratamiento de los créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pago y disposición adicional novena relativa a remuneración de los mediadores sociales.

4.2. El art. 31 LE sobre acuerdos de refinanciación. Desarrollo de nombramiento de experto independiente mediante el nuevo art 71 bis LC y tercera reforma de la DA.4ª LC: modificación de mayoría necesaria

El art. 31 LE denominado “Acuerdos de refinanciación” introdujo dos novedades importante. Por un lado, un nuevo 71 bis marcando las bases del nombramiento de experto independiente. Por otro lado, y considerado el cambio más importante de este precepto, se redujo el “*quórum*” necesario al 55 por ciento para la formación de acuerdo homologado de la DA 4. ^a

El objetivo de modificar los artículos ya redactados con anterioridad fue el de dar mayor claridad a su formalización como acuerdos de refinanciación de deuda. El preámbulo¹²⁷ hablaba sobre dar claridad a la designación de los expertos independientes¹²⁸.

¹²⁶ Vid el punto “siete” del art.21 LE

¹²⁷ Vid. preámbulo de la LE sobre material preconcursal cuando expresa el argumentos para modificar la LC: “*Se modifica la Ley Concursal en la materia preconcursal de los acuerdos de refinanciación con un doble propósito: de una parte, para regular de una manera más completa y a la par más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos, de suerte que pueda solicitarse del registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado; de otra parte, para incluir una regla más flexible y más clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo y que constituye el requisito legal mínimo para su potestativa homologación judicial.*” Aquí observamos como el legislador quiso justificar la nueva reforma sobre acuerdos de refinanciación. Por un lado, por entender que habían lagunas en relación a la designación de experto independiente. Por otro lado, por considerar que la mayoría necesaria de pasivo exigido era demasiado elevado para poder realizar acuerdo homologado.

¹²⁸ En la LE que reforma la LC, se desarrolla en un nuevo art. 71 bis LC la designación del experto independiente. En el apartado “uno” del art. 31 LE se describe la competencia para el nombramiento de experto independiente : “*será competente para su tramitación el registrador mercantil del domicilio del deudor.*”; se realizará solicitud por el deudor y mediante instancia, incluso antes que se cierre el propio acuerdo (art. 71 bis 2 LC); con los requisitos que estipule el art 71 bis.2.1º, 2º y 3º LC sobre temas de datos formales y de contenido de la solicitud; con comprobación por el Registrador (art. 71 bis.3 LC); con causas de incompatibilidad (art.71 bis.4 LC).

También s flexibilizar al cómputo de la mayoría del pasivo¹²⁹ que suscribe el acuerdo y que es uno de los requisitos principales y necesarios.¹³⁰

No obstante, pocos meses después de la presente reforma de la que se habla, se realizó una nueva. En efecto, a los pocos meses entró en vigor el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Compartimos opinión de autor¹³¹ en relación la idea de que este hecho creó mayor inseguridad y desconfiada, puesto que no se podía creer que en un momento en el que ni se había consolidado una reforma, se estuviera presentando la siguiente. Con el tiempo veríamos que no sería la última.

5. El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Cuarta reforma al espacio preconcursal

El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹³² realizó un cambio importante en el régimen español anterior de las operaciones de refinanciación.

El legislador ya entonces comprendía y, a día de hoy, sigue haciéndolo, que la existencia de dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas inflexibilidades permanentes en la normativa concursal y preconcursal. También sabe que el procedimiento concursal español sigue concluyendo en un alto número de casos en la

¹²⁹ Recogido en el art.31 LE, en el punto “dos” , modificando la DA 4.^a LC por tercera vez (después del RDL 3/2009 y la L 38/2011) expresado de la siguiente manera: “*Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público.*”

¹³⁰ Vid. CANDELARIO MACIAS, M.I., *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.16. La autora comenta la agilización del procedimiento de designación de experto independiente por parte del registrador se muestra en dicha ley en el art. 21.4º LE, al modificar la redacción del art. 71.6.2º

¹³¹ AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.p.22. Considera que la reforma 4/2014 es pobre y deficiente. El presente autor reitera su desconfianza hacia los acuerdos de refinanciación y no es diferente en esta obra. Considera que la reforma es más para las entidades financieras que para los acreedores en general. Desde el punto de vista del deudor, sigue viendo la norma enfocada a empresas grandes. La empresa pequeña y mediana y los particulares están olvidados.

¹³² Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE nº 58, ref.: BOE-A-2014-2485. A partir de ahora lo abreviaremos como RDL 4/2014

liquidación del deudor y que la fase preconcursal es determinante para la reestructuración financiera de muchas empresas. Por ello, confiamos en que el legislador entiende que los acuerdos de refinanciación deben ser los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de deuda.

Una vez expuesto lo anterior y estudiada la norma RDL 4/2014, sabemos que el legislador, nuevamente, vuelve a reformar la LC debido a que considera que, en aspectos preconcursales, se debe intentar impulsar en mayor medida las negociaciones extrajudiciales y no ayudar a que se acelere la insolvencia de los deudores mientras intentan lograr un acuerdo. Dicha reflexión la hemos sacado del preámbulo¹³³ del presente RDL 4/2014.

En este punto, se detectó una serie de puntos en el espacio preconcursal legislado, que producía la ineficacia e inseguridad jurídica suficiente como para no querer utilizar la herramienta extrajudicial. Por ello, resultan pertinentes medidas que contribuyan a garantizar el mantenimiento de estos valores. De esta manera, con la reforma del RDL 4/2014, el legislador intentó mejorar el espacio preconcursal con la finalidad de mejorar la posición patrimonial del deudor y la de sus activos sobre sus pasivos exigibles, y dentro de ellos en la parte apta para atender el cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas. No obstante, tampoco perjudicando al posible eventual concurso de acreedores.

¹³³ El preámbulo, en su apartado IV, del RDL 4/2014 expone lo siguiente sobre la comunicación de negociaciones al Juez: “*se modifica el artículo 5 bis, permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación. Quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público. Se pretende de este modo que el artículo 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes.*”

5.1. Modificación del art. 5 bis LC sobre comunicación de negociación al Juez. Protección de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y paralización y suspensión de ejecuciones singulares en la comunicación al Juez

Hasta 2014, la comunicación del deudor al juzgado expresando la intención de realizar negociaciones con sus acreedores para llegar a un acuerdo de refinanciación o llegar a adherirse a una propuesta anticipada de convenio, solamente evitaba que los acreedores pudieran solicitar el concurso necesario Sin embargo, el nuevo artículo 5 bis, que introdujo la presente reforma, permitió dos novedades muy importantes que siguen a día de hoy, pese a que la redacción actual del art. 5 bis LC ha variado un poco¹³⁴.

Por un lado, se estipuló que desde la presentación de la comunicación por parte del deudor sobre inicio de negociaciones, no se podrían llevar a cabo ejecuciones judiciales de bienes que fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹³⁵.

¹³⁴ Más adelante observaremos que aunque las dos novedades que nombramos en el presente punto siguen estando, la redacción del art. 5 bis LC volverá a variar en la siguiente reforma.

¹³⁵ En el art. 5 bis.4 LC RDL 4/2014 se recoge dicha novedad así: “*no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.*” Por la no ejecución de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, también se modifica por el RDL 4/2014 el 56 LC. para permitir la suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. Con ello se pretende facilitar la financiación de activos mediante estructuras y pactos que permitan la eventual realización del bien con conservación por parte del deudor de título suficiente, aunque sea meramente obligacional, para continuar su explotación.

Por otro lado, se decretó que se paralizaría la posibilidad de iniciar nuevas ejecuciones singulares y se suspendería las que estuvieran en curso, desde la comunicación al Juez de inicio de negociaciones para conseguir un acuerdo de refinanciación homologado¹³⁶. En efecto, si hemos interpretado bien los preceptos, se traslada un beneficio que aparecía en el momento de solicitud de homologación judicial al momento inicial de comunicación al Juez de negociaciones. Eso sí, durante un plazo de tiempo, hasta que se produzca alguno de los actos siguientes:

1.) Se formalice el acuerdo de refinanciación del artículo 71 bis 1 (acuerdo aprobado por más de 3/5 partes del pasivo),¹³⁷ caso en el que se entendería la situación de crisis controlada, o

2.) Se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación¹³⁸, o

3.) Se obtuvieran las adhesiones necesarias para admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio¹³⁹, o

4.) Se hubiera declarado el concurso¹⁴⁰.

¹³⁶ En el Cap. I, punto 3.4.3. *Tramitación de solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación de deuda en la L 38/2011. Admisión a trámite. Tarea del Secretario Judicial*, del presente trabajo p.54, ya hemos estudiado la diferencia entre “paralización” y “suspensión” de ejecuciones singulares en casos de acuerdos de refinanciación homologados. Nosotros entendemos que la L 38/2011 y su reforma a la LC comprendía la paralización de inicio de ejecuciones singulares durante la solicitud de homologación y la no suspensión de las que ya estuvieran iniciadas, en el mismo proceso. Sin embargo, con la reforma producida por el RDL 4/2014 esto cambia y ahora sí se expresa también la suspensión de las sí iniciadas con anterioridad. Es más, se amplifica la protección y ya en la comunicación de negociaciones al Juez se realizará la paralización de ejecuciones singulares y la suspensión de las iniciadas con anterioridad. Y dice así el nuevo art. 5 bis.4 LC RDL 4/2014: “*Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.*”

¹³⁷ Aparecía legislado al inicio del art 5 bis.4 LC RDL 4/2014, de la siguiente manera :” *Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1*”

¹³⁸ Aparecía escrito al comienzo del art 5 bis.4 LC RDL 4/2014, de la siguiente manera: “*se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación*”.

¹³⁹ Aparecía expuesto en el primer párrafo del art 5 bis.4 LC RDL 4/2014, de la siguiente manera: “*se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio*”

¹⁴⁰ Aparecía expresado en el primer párrafo del art 5 bis.4 LC RDL 4/2014, de la siguiente manera: “*tenga lugar la declaración de concurso*”

En caso de producirse cualquiera de las opciones anteriores, siempre dentro del plazo de cuatro meses establecido (tres meses de duración de negociaciones y un cuarto mes hábil de tiempo para presentar la solicitud de concurso voluntario) desde el momento de la comunicación de negociaciones. Esta parte continúa igual.

5.2. El traslado del acuerdo de refinanciación ordinario del ex art.71.6 LC al art. 71 bis LC y el nuevo acuerdo de refinanciación especial del 71 bis 2. LC

Anteriormente, el ex art.71.6 LC L 38/2011 establecía el régimen de protección de los acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios y de los negocios y actos que se constituían en base a los acreedores, siempre y cuando se cumpliera con los requisitos establecidos en él. Cuando se realizó reforma por la LE, se creó el art. 71 bis LC, que desarrollaba la designación de experto independiente y complementaba al ex art. 71.6 LC. Con el RDL 4/2014 el legislador sistematizó y suprimió dicho punto 6 del art. 71 LC , trasladando lo expuesto de acuerdos de refinanciación al art. 71 bis LC¹⁴¹.

Una vez explicado el cambio de articulado, pasamos a distinguir el nuevo contenido del art. 71 bis LC introducido por el EDL 4/2014:

Por un lado, vemos el acuerdo de refinanciación ordinario que ya conocíamos en el antiguo art.71.6 LC y ahora en el art. 71 bis. 1 LC RDL 4/2014. La idea y los requisitos necesarios son muy similares a las de las reformas anteriores, pero con matices significativos.

En primer lugar, no serán rescindibles las refinanciaciones que contengan una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de las existentes, ya sea por ampliación de plazo de cumplimiento o sustitución de la existente y responda a un plan de viabilidad a corto o medio plazo.¹⁴² No obstante, la administración concursal sí continuará estando legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria.¹⁴³

¹⁴¹ En el preámbulo del RDL 4/2014 el legislador indica que: “*en el apartado 1, se mantiene en lo esencial la regulación de los hasta ahora previstos en el apartado 6 del artículo 71, si bien se clarifica su extensión, que comprenderá los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones*”

¹⁴² Recogido en el art. 71 bis.1 a) LC RDL 4/2014.No obstante,

¹⁴³ El RDL 4/2014 también reforma el art. 72.2. LC y mantiene en dicho artículo la posibilidad de la administración concursal para ejercitar la acción rescisoria contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis. No obstante, sólo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento.

Es decir, que este punto continúa siendo parecido a lo reformado por RDL 3/2009 y la L38/2011. Hemos encontrado opinión¹⁴⁴ de autor que considera que siguen sin introducir criterios objetivos para saber cuándo la refinanciación cumple con este requisito.

En segundo lugar, cumplan la mayoría de 3/5 del pasivo del deudor.¹⁴⁵ Es decir, sigue siendo necesario que el acuerdo sea apoyado al menos por acreedores que representen el sesenta por ciento del pasivo del deudor.

En tercer lugar, es necesario que se emita certificado por el auditor de de la sociedad o por uno designado por el registrador mercantil.¹⁴⁶

Vemos que con la reforma hecha por el RDL 4/2014 se elimina el requisito de que el acuerdo de refinanciación deba ser informado favorablemente por un experto independiente designado por registrador mercantil, aunque puede ser solicitada su designación por el deudor o cualquiera de sus acreedores. Por ello, ya no es necesario el informe del experto independiente ni para conseguir el blindaje del art.71 bis ni para conseguir la homologación judicial de la DA 4.^a Por otro lado, se incorpora el requisito de certificación de auditor de cuentas del deudor, en relación a la suficiencia del pasivo necesario para conseguir el acuerdo.

Por último, se formalice en instrumento público y se protocolizan todos los documentos anexados al acuerdo de refinanciación.

Por otro lado, vemos las refinanciaciones del art.71 bis.2 LC¹⁴⁷. Novedad introducida por el RD 4/2014 que, posteriormente, aparecerá también reflejado en la L 17/2014. Se introduce una nueva categoría de acuerdo de refinanciación blindado.

¹⁴⁴ Vid. AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.27-28.

¹⁴⁵ Expuesto en el art. 71 bis.1.b).1º LC RDL 4/2014, como novedad.

¹⁴⁶ Expresado así en el art. 71 bis.1.b).2º LC RDL 4/2014: “Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.”

¹⁴⁷ Vid art. 71 bis.2 LC en el que se expresa al inicio así: “Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación”

Según el preámbulo¹⁴⁸ del RDL 4/2014, el motivo es dar oportunidad a aquellos acuerdos que no cumplen, mayoritariamente, el “*quórum*”.

Se introduce un nuevo tipo de acuerdo en el cual las negociaciones conseguidas se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo. Con ello se permite una negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre y cuando signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, sin perjudicar tampoco a los acreedores. Se realiza un nuevo supuesto de negociación con menos exigencias de mayoría requerida pero sí más en el supuesto que puede utilizarse. Es decir, si en el acuerdo del art. 71.1. bis LC se exige la concurrencia de los tres quintos del pasivo pero se habla de forma más genérica de la mejora de condiciones de financiación, en el acuerdo del apartado 2, a cambio de no requerirse mayoría concreta de pasivo, se exigen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean tampoco rescindibles.

Por lo tanto, el art.71.2 bis LC muestra la posibilidad de blindar los acuerdos de refinanciación que no cumplen con los requisitos del acuerdo ordinario de 71.1. bis., pero cumplan las condiciones siguientes¹⁴⁹:

- 1.) Se realice incrementación de la proporción de activo sobre pasivo previa
- 2.) El activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente
- 3.) El valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no sobrepase de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantía sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta.
- 4.) El tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor de los acreedores intervinientes no supere en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- 5.) Por último, el acuerdo debe ser formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes y dejando constancia de forma expresa de las razones

¹⁴⁸ Vid. en el preámbulo del RDL 4/2014, parte IV.

¹⁴⁹ Dichas condiciones se recogen en la norma en el art. 71 bis.2 LC RDL 4/2014 letras a) a la e).

que justifican los diversos actos y negocios realizados entre deudor y acreedores, sobre todo desde el punto de vista económico.

Según lo expuesto con anterioridad en los cambios sobre acuerdos de refinanciación del nuevo art.71 bis y 71 bis.2 LC, podemos comentar tres puntos que no acabamos de entender en referente a las novedades introducidas.

En primer lugar, los acuerdos de refinanciación englobados en dicho artículo no pueden rescindirse o, al menos, así se expresa al inicio del artículo, pese a que se contradiga esto mismo con lo expuesto en el art. 72.2 LC, donde se dice que la administración concursal tiene legitimidad para el ejercicio de la acción rescisoria contra las refinanciaciones del art. 71 bis LC. Lo dicho se originó en la L 38/2011, propulsora en gran medida de las refinanciaciones, pero ha sido completado con el RDL 4/2014 que comentamos ahora, ya que ha añadido que la acción rescisoria sólo podrá ejercitarse en caso de incumplimiento de las condiciones necesarias para su formación, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Este hecho supone un riesgo para el blindaje de protección, puesto que consideramos que al ser así, cualquier interesado legítimo o con un interés subjetiva puede arriesgar el acuerdo considerando que no se cumplen los requisitos necesarios. De hecho, hay autores que sostienen que el blindaje de protección y el cumplimiento de los requisitos frente a las acciones rescisorias son independientes.¹⁵⁰ Este tema debería aclararse en siguientes reformas.¹⁵¹

En segundo lugar, exponemos que la refinanciación del art.71 bis. 2 LC introduce un escudo protector contra la rescisión concursal, en operaciones en las que se cumplen requisitos de contenido, de carácter material o sustantivo. No obstante, en nuestro Ordenamiento Jurídico, el acuerdo de refinanciación no es un contrato típico por lo que cualquier tipo de operación de nuevo crédito, exista o no constitución de

¹⁵⁰ Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), Memento concursal, ed. *Francis Lefebvre*, Madrid, 2015,p.14. El blindaje de los acuerdos de refinanciación del antiguo art. 71.6 LC frente a las acciones rescisorias debía considerarse a algo distinto a la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos por entonces en dicho artículo. Bajo la nueva interpretación del RDL 4/2014, cualquier persona con derecho subjetivo o interés legítimo podría comunicar a Juez de concurso del deudor refinanciado el incumplimiento de requisito determinante y perjudicar al blindaje de protección de irrevocabilidad. No de forma automática, pero sí siguiendo el proceso de solicitud de rescisión una vez que no hubiera blindaje.

¹⁵¹ Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Más adelante en este trabajo, se observará que dicha reforma aporta solución a las dudas estipuladas en este apartado.

garantías reales, con una o varias entidades financieras, unidas o no a la renegociación de los plazos de pago, podría acogerse a este tipo de acuerdo, si fuera constituido dos años antes de concurso de acreedores. Para solucionarlo, podríamos interpretar que por ello se solicita que el acuerdo de realice en instrumento público.

En tercer lugar, en relación a los requisitos entre a) y e) necesarios para el cumplimiento del acuerdo de refinanciación, entendemos que de lo que se trata con este acuerdo es de dar una oportunidad a los que no cumplan las mayorías exigidas del acuerdo ordinario, pero tengan la certeza de cumplir el resto de exigencias materiales o formales que se solicitan. Por lo tanto, es el cumplimiento de las letras de a) hasta e) que muestran el acuerdo entre las partes y la intencionalidad de cumplir. Podremos considerar este acuerdo de refinanciación especial como una herramienta con el requisito de cumplir un “test”, denominación que ponemos al cumplimiento de las estipulaciones del presente artículo.

5.3. Cuarta reforma sobre la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la DA 4.ª LC mediante el RDL 4/2014. Efectos sobre acreedores con garantía real y segunda disminución de la mayoría exigible

El anterior régimen de homologación de acuerdos de refinanciación estaba dirigido sólo a las entidades financieras y pretendía extender a las disidentes únicamente los efectos de la espera pactada en un acuerdo de refinanciación que tenía que cumplir los requisitos para obtener protección frente a las acciones de rescisión, menos por la mayoría de las tres quintas partes de pasivo. También cabe destacar que dentro de ese régimen anterior, los acreedores con garantía real no podían ser afectados por la homologación judicial del acuerdo pactado.

La reforma que ocupa este apartado, trata de superar las limitaciones en relación a los sujetos afectados, el objeto de la homologación y la agilización del proceso de homologación.

En primer lugar, en el ámbito subjetivo, la reforma del RDL 4/2014 introdujo una gran novedad. Amplió el concepto de acreedores de pasivo financiero. Por lo tanto, implica que no sólo se incluyen a las entidades financieras sino cualquier acreedor

titular de pasivos financiero.¹⁵² Por lo tanto se consigue vincular a mayor amplitud de acreedores. Fueron necesarias cuatro reformas a la DA 4.ª LC para conseguirlo. También en el RDL 4/2014 se recogió que los acreedores especialmente relacionados con el deudor, no entrarían dentro del cómputo necesario de mayoría, pero sí se les extendería los efectos de la homologación¹⁵³. En relación a los acreedores comerciales y los de pasivo de derecho público.¹⁵⁴

En segundo lugar, el RDL 4/2014 estableció como homologación los acuerdos de refinanciación que cumplieran todos los requisitos del art. 71.1. bis LC excepto por la mayoría de tres quintos del pasivo, que no se exige en el RDL.¹⁵⁵ Esto significa que sólo son homologables los acuerdos de refinanciación ordinarios o generales del 71.1.bis, pero no los especiales que se recogen en el 71.2 bis. Asimismo, en relación al pasivo, deberán ser firmados por acreedores por pasivos financieros que representen al menos el 51 por ciento del pasivo financiero total para obtener la homologación general. Por lo tanto, se vuelve a disminuir el “quórum”.¹⁵⁶

Por último, debemos destacar los siguientes efectos causados por la homologación judicial de 2014:

Por un lado, un efecto de protección frente a acciones de rescisión en caso de posterior concurso de acreedores.¹⁵⁷ El acuerdo de refinanciación homologado no podrá ser rescindido ni si quiera a instancias de la administración concursal porque se entiende que si el Juez ha homologado el acuerdo, ya ha comprobado la concurrencia de los requisitos del mismo por lo que no procede someter de nuevo a decisión judicial la

¹⁵² Podemos observar dentro de la DA 4.ª.1 LC RDL 4/2014 como se estipula la afección a mayor número de acreedores *“Tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.”*

¹⁵³ En el segundo párrafo de la DA 4.ª.1 LC RDL 4/2014 lo indica *“No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en esta disposición, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta disposición adicional.”*

¹⁵⁴ Al final del tercer párrafo de la DA 4.ª.1 LC RDL 4/2014 lo indica así: *“Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.”*

¹⁵⁵ Así lo dispone la DA 4.ª.1 LC RDL *“Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.”*

¹⁵⁶ Recordemos que en la anterior reforma hecha por la LE era del 55 por ciento y en la L38/2011 anterior del 75 por ciento

¹⁵⁷ Expresado así en la DA 4.ª LC RDL 4/2014 cuando dice así: *“Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado”*

conurrencia o no de los requisitos para la homologación. Sin embargo, eso no significa que la administración concursal no pueda ejercitar otras medidas de impugnación al igual que si se tratara de un acuerdo de refinanciación blindado según el art.71 bis¹⁵⁸ ..

Por otro lado, un efecto de extensión de efectos a los acreedores financieros disidentes, dependiendo de los porcentajes de aprobación del acuerdo de refinanciación¹⁵⁹ y, en el caso de los créditos con garantía real, del consenso dentro de la categoría de acreedores garantizados¹⁶⁰.

La reforma realizada por el RDL 4/2014 diseña la extensión de los efectos a los acreedores disidentes o con garantía real mediante mayorías más específicas. La determinación de la extensión de los efectos de la homologación a los acreedores disidentes se realiza en atención a la naturaleza de los créditos y a su cobertura efectiva por garantía real, y no en atención a la condición del acreedor. De esta manera, ya no se distingue entre acreedores con o sin garantía real, sino entre créditos, o a la parte de los créditos, cubiertos efectivamente por la garantía real y los créditos, o la parte de los mismos, no cubiertos por el valor real de dicha garantía real.¹⁶¹

Por todo lo expuesto, entendemos que el RDL 4/2014 flexibilizó el régimen de los acuerdos de refinanciación mediante tres acciones principales. La primera de ellas fue considerar que la continuidad de las empresas era beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento de puestos de trabajo. La segunda de las ideas fue actualizar el estado de

¹⁵⁸ El RDL 4/2014 reforma y expresa en el art. 72.2 LC que solamente la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC.

¹⁵⁹ Reforma realizada por el RDL 4/2014 en la DA 4.ª 3 LC, que afecta a los acreedores disidentes sin garantía real: “A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial”, y que observaremos todo su desarrollo en el capítulo III del presente trabajo, por estar aún en vigor y formar parte de los acuerdos de refinanciación actuales.

¹⁶⁰ Reforma realizada por el RDL 4/2014 en la DA 4.ª 4 LC, que afecta a los acreedores disidentes con garantía real: “A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, se extenderán, por la homologación judicial”.

¹⁶¹ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015 p.6.II.1º Con las reformas de septiembre de 2014, posteriores a la presente que se está comentando, se observará que los Jueces Mercantiles de Madrid consideran que los acreedores financieros con garantía real deben ser los mismos fuera y dentro del concurso de acreedores. Por ello, a los efectos de la homologación de la DA 4.ª para acuerdos de refinanciación, consideran que es titular de una garantía todo aquel acreedor que en el concurso sería calificado como acreedor con privilegio especial en los términos del art. 90 de la LC.

“privilegiado” a la realidad económica, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venía a ser el obstáculo principal de los acuerdos preconcursales. Las garantías reales muchas veces no se asemejaban a las circunstancias reales y por ello se debe tener en cuenta el valor real del bien, que la norma recoge en la actualidad. La tercera y última idea principal, fue respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales. Con esto último queremos hacer ver que hay que respetar las garantías reales, pero las mismas deben estar actualizadas y fundamentadas en la realidad económica.

6. El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

El RDL 11/2014¹⁶² se legisló para unificar y dar coherencia al conjunto normativo concursal después de las novedades introducidas en el régimen de los acuerdos de refinanciación por el RDL 4/2014.

La presente reforma pretende defender, de la misma manera que en la fase preconcursal, la viabilidad futura de empresas en espacio concursal mediante el convenio concursal. Por lo tanto, se realizan cambios al convenio concursal, pero también se producen medidas en materia de liquidación y se modifica la clasificación de acreedores. Nosotros nos vamos a centrar en los puntos relacionados con el precurso, en el que vemos como la fase concursal se nutre de ideas preconcursales para mejorar la idea de perpetuar y no liquidar una sociedad.

Cabe decir que sin la modernización de la fase concursal a los avances preconcursales, no se puede crear armonía en el espacio conjunto dentro del mismo texto normativo.

Hasta la reforma de septiembre de la que hablamos, la fase concursal se consideraba un proceso de liquidación ordenado del patrimonio de un deudor y no una alternativa real para reestructurar la deuda y asegurar la viabilidad de las empresas. El legislador quiso cambiar esta imagen mediante la figura del convenio concursal y con el RDL 11/2014.

¹⁶² Vid. Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE nº 217, ref.: BOE-A-2014-9133. A partir de ahora nos referiremos a él como RDL 11/2014.

En primer lugar, el legislador pretende defender la continuidad de las empresas económicamente viable es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, concretamente, para el mantenimiento del empleo. Por ello, en el preámbulo¹⁶³ de la presente norma se dice que quiere seguir el ejemplo y las ideas introducidas por el RDL 4/2014.

En segundo lugar, se quiere acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente. Se observa la DA 4.ª LC RDL 4/2014 y se modifican los artículos 90 y 94 de la LC para utilizar en el procedimiento concursal la misma idea de determinación del valor real de la garantía. Con ello se introduce dentro del procedimiento concursal la manera de obtener el verdadero valor de una garantía. Es decir, deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien.¹⁶⁴

En tercer lugar, respetar la naturaleza de las garantías reales. Como ya hemos comentado en el RDL 4/2014, aunque se pueda determinar el valor real de bien que garantiza, no se trata de privar el privilegio.¹⁶⁵

En cuarto lugar, se flexibiliza la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, Para ello, se modifica el art. 146 bis LC, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones

¹⁶³ Vid. RDL 11/2014, Preámbulo, apartado I cuando señala que sigue las premisas introducidas por el RDL 4/2014: “Este real decreto-ley aborda la extensión de las premisas anteriores al propio convenio concursal.”

¹⁶⁴ Análisis realizado mediante lo expuesto en el preámbulo RDL 11/2014, apartado II, primer párrafo y los arts. 90 y 94 LC. El RDL 11/2014 copia lo expuesto en la DA 4.ª LC sobre privilegios y valor razonable de los bienes, para asimilarlo a las garantías reales protegidas por ser privilegiadas. Para ello, añade un apartado 3 al art. 90 sobre privilegios especiales: “El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza” y se añade en el art. 94 el punto 5: “A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado. A estos exclusivos efectos se entiende por valor razonable(...).”

¹⁶⁵ Vid. RDL 11/2014, Preámbulo, apartado III, párrafo 4, en el que se expone lo dicho: “Tampoco puede considerarse que la determinación del valor de la garantía sea un recorte del crédito garantizado. Es simplemente una valoración diferenciada del derecho principal y del derecho accesorio. No se pone en cuestión el derecho principal, sino que se permite aclarar qué parte del mismo se beneficiará del derecho accesorio y cuál no, debiendo en la segunda recibir el mismo trato que corresponda al crédito según su naturaleza.”

preexistentes impagadas¹⁶⁶. El legislador¹⁶⁷ considera que con esta modificación se facilita la cesión en pago de bienes con determinadas medidas cautelares destinadas a evitar comportamientos fraudulentos.

En quinto lugar, la vinculación a ciertos acreedores disidentes al convenio pactado. Es decir, igual que ocurre en la DA 4.ª LC con los acreedores disidentes o con garantía real, dentro del procedimiento concursal puede arrastrarse a lo pactado en convenio a ciertos acreedores que no han firmado el acuerdo o no han mostrado opinión. Siempre y cuando se cumpla con unas mayorías de pasivo necesarias, tal y como ocurre en la homologación del acuerdo de refinanciación.¹⁶⁸

Expuesto lo anterior y siguiendo la opinión del legislador en el preámbulo de la presente reforma, el RDL 11/2014 intenta trasladar ideas preconcursales al ámbito concursal, para intentar cambiar la idea general sobre que el concurso de acreedores solamente sirve para liquidar y no para conservar.

No obstante, hasta donde hemos estudiado en la evolución del espacio preconcursal, consideramos que la mejor solución para una sociedad es no tener que llegar al concurso de acreedores para solventar las deudas y prevenir antes de llegar a dicho procedimiento mediante mecanismos preconcursales.

¹⁶⁶ El art. 146 bis LC sobre “Especialidades de la transmisión de unidades productivas” recoge la idea.

¹⁶⁷ Vid. RDL 11/2014, Preámbulo, apartado III, párrafo 8. El legislador expresa el motivo por el que realiza esta modificación. Y dentro del cuerpo normativo se recoge en el art. 146.4 bis LC: “*La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión*”

¹⁶⁸ Tal y como ya se indica en el preámbulo del RDL 11/2014, la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias se traslada también al convenio del concurso. Por lo tanto, se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio. No obstante, será necesario superar dichos límites mediante una mayoría reforzada del 65 por ciento. Para determinar las bases, se modifica el art. 124.2 LC para introducir la extensión de efectos a acreedores privilegiados: “*Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las mayorías adicionales que, para la extensión de sus efectos a acreedores privilegiados, sean exigibles conforme a lo previsto en el artículo 134.*” Y como se puede entender por lo expresado en el art. 124.2 LC, se modifica también el art. 134, y se le añade un punto 3 que comienza así: “*(...)los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio concurrán las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase (...)*” Dichas mayorías las resumimos en: (a) Del 60 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a); (b) Del 75 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b). Esto lo veremos más desarrollado en el Capítulo V del presente trabajo, cuando hablamos del convenio concursal.

7. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Originaria en el RDL 4/2014

En lo esencial, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹⁶⁹, convalida lo expuesto anteriormente en el RDL 4/2014, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración. No obstante, también introduce alguna novedad en materia de administradores concursales. Nosotros vamos a centrar en el ámbito preconcursal y con la ayuda de los Jueces Mercantiles de Madrid vamos a terminar de analizar las reformas introducidas por el RDL 4/2014 y la L 17/2014.

El preámbulo¹⁷⁰ de esta norma vuelve a exponer lo que ya decía su precedente. El legislador intenta explicar la mejor forma de favorecer los intereses de todos los vinculados a la insolvencia de una actividad económica. Sigue manteniendo la idea sobre la finalidad de sanear la deuda, para permitir que la empresa vaya atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, genere riqueza y puestos de trabajo. Por ello, la el objetivo principal de las reformas a la LC es conseguir el saneamiento de la deuda.

Según el preámbulo¹⁷¹ de la presente norma que estamos analizando, el legislador también continúa creyendo que la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores deriva de la inseguridad jurídica y no de la voluntad de las partes. De hecho, el procedimiento concursal español continúa desembocando en un gran número de casos de liquidación de las sociedades y no de su recuperación¹⁷². Por este

¹⁶⁹ Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, BOE nº.238, ref.: BOE-A-2014-9896. A partir de ahora la denominaremos L17/2014.

¹⁷⁰ Vid. L17/2014, preámbulo, I, cuando dice: “*con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (...) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera*”. Lo que exponemos lo hemos interpretado del texto del preámbulo.

¹⁷¹ Vid. L17/2014, preámbulo, III, cuando dice: “*Lo paradójico del caso es que, en la actualidad, la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal.*” Lo que exponemos lo hemos interpretado del texto del preámbulo.

¹⁷² Afirmación extraída del preámbulo III de la L17/2014: “*El procedimiento concursal español concluye en un alto número de casos en la liquidación del deudor*”

motivo, se insiste en la idea que la fase preconcursal es determinantes para reflotar la empresa.

El preámbulo de la L17/2014 considera que los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más necesarios para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras. Por este motivo, esta reforma se centra¹⁷³ en la fase preconcursal, ya que depende de esta fase que se evite el posterior concurso.

Una vez expuestas las ideas de motivación del legislador para volver a reformar la LC, se siguen realizando nuevas modificaciones al espacio preconcursal.

7.1. Medidas convalidadas por la Ley 17/2014 y que provienen del RDL 4/2014. Interpretación de lagunas de la norma realizada por los Jueces Mercantiles de Madrid

Siguiendo lo ya introducido por el RDL 4/2014 antecesor de la presente Ley, se legisla medidas con la finalidad de mejorar la posición patrimonial del deudor, proporcionar su pasivo y activo y permitir el cumplimiento de sus obligaciones más urgentes. La parte dispositiva de esta Ley sólo consta de un artículo que modifica varios preceptos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Reiteramos que son innovaciones que ya se introdujeron por el RDL 4/2014 y que ahora complementamos con la opinión de los Jueces Mercantiles de Madrid.

En primer lugar, se convalida el art. 5 bis LC sobre lo ya expuesto en el RDL 4/2014, consintiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para llegar a determinados acuerdos pueda paralizar y suspender las ejecuciones judiciales de bienes que sean necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹⁷⁴.

¹⁷³ Afirmación extraída de lo expuesto en el preámbulo III de la L17/2014, cuando dice: “*la presente reforma se centra en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos.*”

¹⁷⁴ Dentro de la L17/2014, art. único, “uno”, se expone lo ya expuesto en el RDL 4/2014 sobre la modificación de la redacción del art. 5 bis LC. La L17/2014 convalida lo ya introducido por el RDL. En el punto 4 del art. 5 bis LC se expresa lo siguiente sobre el tema que nos concierne en este momento: “*no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación.*”

Sin embargo, el legislador vuelve a dejar lagunas sin resolver que consideramos que se pueden solucionar con la ayuda práctica de los Jueces Mercantiles de Madrid:

1.) El criterio para decidir si es necesario un bien para la continuidad de la actividad empresarial no queda claro por el legislador. Por ello, son, nuevamente, los Jueces Mercantiles los que aportan su criterio que compartimos y expresan que deberá ser el deudor, en primer lugar, el que debe dejar claro en su escrito inicial para la comunicación al Juez, cuales son los bienes necesarios para dicha continuidad que se encuentran sujetos a ejecuciones judiciales.

La petición del deudor será comunicada a los acreedores vinculantes por el Secretario Judicial en caso de querer recurrir dicha intención del deudor. El Juez valorará lo expresado por ambas partes. Sin embargo, para que funcione entendemos que debe seguirse ese mismo criterio en todas las refinanciaciones.¹⁷⁵

2.) Se debe destacar que dicha suspensión será competencia del juzgado que conozca de la ejecución singular, para evitar violación de competencias según el criterio de los Jueces Mercantiles de Madrid¹⁷⁶.

3.) La suspensión de ejecuciones no es una medida cautelar, pero permite que no recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

En segundo lugar, respecto a la paralización de ejecuciones promovidas por acreedores financieros del art. 5 bis 4. LC. Los Jueces Mercantiles de Madrid consideran que sólo es para el supuesto de refinanciaciones de la DA 4. ^aLC, es decir, el homologado. Este hecho se debe a que es el único acuerdo que necesita mayoría del

¹⁷⁵ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p.3. I.2°. Los Jueces Mercantiles consideran la idea de permitir al deudor explicar qué bienes sobre los que recae ejecuciones pueden ser necesarios para su actividad. Este criterio debe ser compartido en todos los juzgados. Ya que si no se lleva a cabo de esta manera de forma unificada, puede producir que ejecuciones idénticas sean suspendidas en unos juzgados sí y en otros no.

¹⁷⁶ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p.2. I. 1°. A partir de la L38/2011 y con la evolución del artículo sobre comunicación al Juez (antiguo 5.3. LC, ahora 5 bis LC), se ha dejado al margen la intervención del Juez Mercantil para dicha tarea y se delegaba al Secretario Judicial. Sin embargo, con esta nueva reforma los Jueces consideran que el legislador quiso evitar valoraciones por la autoridad judicial sobre el origen de la comunicación por los conflictos que suponía. Comentan que ni el Juez Mercantil ni el Secretario Judicial deben realizar dicha tarea y se basan en las normas de competencia para dar solución práctica: arts. 61 y 568 LEC.

pasivo de carácter financiero.¹⁷⁷ Los Jueces pretenden dejar claro que el acuerdo ordinario del art. 71 bis LC no puede por sí mismo conseguir la paralización de ejecuciones y que el hecho de que en la comunicación al Juez sobre negociaciones ya se hable de paralización o suspensión, se refiere a la futura homologación. Asimismo, también indican que la paralización de ejecuciones singulares será por tiempo máximo de tres meses.¹⁷⁸

En tercer lugar, en el art.71 bis LC se mantiene la idea del antiguo 71.6 sobre no rescindibilidad pero con la novedad de que se extenderá a los negocios, actos y pagos cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones. Se incluyen a todo tipo de actos las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago reconocidas en pronunciamientos judiciales diversos. Se elimina de este caso para no rescindibilidad la necesidad de informe de experto independiente y se sustituye por certificado del auditor de cuentas acreditativa demostrando que se cumple con las mayorías exigidas¹⁷⁹.

En cuarto lugar, en el art.71 bis.2 del RDL 4/2014 se convalida y mejora el nuevo supuesto en el que los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo. Permite la negociación directa del deudor con sus acreedores, siempre que la función sea para mejorar la situación de insolvencia y no perjudique al resto de acreedores no comparecientes. Este supuesto tiene unos rasgos más restrictivos, pero aporta más libertad respecto al “*quórum*” de mayorías. Es decir, si en el primer supuesto del art.71 bis, se exige una mayoría de pasivo del 75 por ciento, pero hay flexibilidad en la ampliación de condiciones financieras, en el apartado 2, a cambio de no solicitarse mayorías de pasivo, se exigen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean tampoco rescindibles por motivos diferentes al incumplimiento de las condiciones que expone el propio artículo.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 4.I.3º

¹⁷⁸ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p. 4.I.3º

¹⁷⁹ Expuesto en la norma en el art. 71 bis.1.b.2º) LC L17/2014.

Tampoco será necesario el informe del experto independiente. Los Jueces Mercantiles tampoco lo creen conveniente.¹⁸⁰

En quinto lugar, se modifica el art. 72.2. LC y se atribuye de manera exclusiva a la administración concursal la facultad de instar el control del acuerdo de refinanciación bajo el parámetro del cumplimiento de los requisitos necesarios del art.71 bis sobre irrevocabilidad. Por tanto, se resuelve así lo expuesto en el apartado del RDL 4/2014, que daba opción a poder realizarlo a cualquier sujeto con interés legítimo o interés subjetivo. Sin embargo, surge otra duda en relación al redactado del art. 72.2. LC cuando expresa que “*la acción rescisoria sólo podrá fundarse este en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento*”. La duda se resuelve con la ayuda práctica de los Jueces Mercantiles de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014, puesto que resuelven que la falta de cumplimiento de los requisitos del art.71 bis sólo hace desaparecer el blindaje de protección frente a la acción rescisoria, pero no supone automáticamente que el acuerdo de refinanciación concreto sea nocivo o perjudicial y si realmente se considera perjudicial, debe argumentarse por quien interpone la demanda de reintegración, al amparo del art. 71 bis LC. Asimismo, añaden que la ausencia de cumplimiento de los requisitos del art. 71 bis 1, no determina la validez del acuerdo en relación a las otras acciones determinadas en el art. 71.6 LC.¹⁸¹ Por lo expuesto, queremos destacar que los requisitos sirven para activar el blindaje de irrevocabilidad.

En sexto lugar, para incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal y extraordinaria por dos años desde la puesta en vigor de la presente Ley, la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas relacionadas, con

¹⁸⁰ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015 p. 17.III.3°.

¹⁸¹ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p. 17, ap.III, pto.5° Punto resuelto por unanimidad.

Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015,p.14. Considerada dicha “duda” como primer problema con difícil solución del art.72.2. LC. Comparten la idea planteada por los Jueces Mercantiles de consideran que el hecho de que exista incumplimiento de requisitos, no conlleva a la nocividad del acuerdo.

excepción de las operaciones de ampliación de capital. Transcurrido el plazo extraordinario para los nuevos ingresos de tesorería, se considerarán crédito contra la masa según lo indicado en el art.84.2.11º LC.

En séptimo lugar, se realiza modificación del art.92 LC y no se considera a los socios que realizan capitalización de deuda en el contexto de la refinanciación como persona especialmente relacionada al deudor, a efectos de calificar como subordinada la financiación para ellos otorgada como consecuencia de dicha operación. Por lo tanto, este punto tiene relación con la anterior novedad explicada.

En último lugar, también se convalidan las modificaciones realizadas por el RDL 4/2014 y se ratifica la modificación en el ámbito de la homologación judicial. Por ello, vamos a repasar las novedades en la DA 4.ª LC :

1.) En relación al pasivo, deberán ser firmados por acreedores por pasivos financieros que representen al menos el 51 por ciento del pasivo financiero total para obtener la homologación general. Se disminuye el “*quórum*” (en la reforma por la LE era del 55 por ciento y, anteriormente, en la L38/2011 fue del 75 por ciento). Por lo tanto, se realiza la tercera bajada de mayoría necesaria.

2.) Se amplía el ámbito subjetivo y se extiende la posibilidad de suscribir un acuerdo homologado a todo tipo de acreedores de pasivos financieros, exceptuando a los acreedores por operaciones comerciales y los acuerdos de derecho público.

3.) Se legisla la posibilidad de extender a los acreedores disidentes o no participantes medidas acordadas dentro de los acuerdos de refinanciación como quitas, capitalización de deuda o cesión de bienes para pagos.

4.) Se diferencia a los acreedores con garantía real que verdaderamente cumplan este significado de aquéllos que solamente es a nivel nominal. Es decir, los que se recogen dentro de los términos del art. 90 LC como acreedores con privilegio especial dentro del concurso¹⁸². Los Jueces de los Mercantil consideran que deben ser considerados acreedores con garantía real los mismos que lo serían dentro del concurso de acreedores.

5.) Se diferencia entre obligaciones principales y accesorias.

6.) Se simplifica el procedimiento de homologación, donde el Juez conoce directamente de la solicitud de homologación y se intenta agilizar el proceso en fase preconcursal, vigilando el cumplimiento de las mayorías solicitadas y presando atención a las minorías sindicadas.

7.) Se establecen medidas destinadas a favorecer la transformación de deuda en capital, rebajando las mayorías exigibles por la Ley de Sociedades de Capital.

La evolución que sufrió el Derecho español en ámbito de preinsolvencia experimentó un cambio radical con las modificaciones introducidas por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, y su posterior convalidación mediante la L 17/2014, de 30 de septiembre. Es cierto que se ha ido implantando unas bases a medida que se han ido generando reformas. Sin embargo, creemos que las introducidas por el RDL 4/2014 y convalidadas por la L17/2014 han sido las más destacadas.

¹⁸² Vid. Para el art. 90 LC. son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados; 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado; 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado; 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago; 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados; 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

8. La Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, de medidas urgentes en materia concursal, que proviene del RDL 11/2014. Breve modificación a los acuerdos preconcursales sindicados

Tal y como ocurre con el RDL 4/2014 y la L 17/2014, la Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, de medidas urgentes en materia concursal ¹⁸³, tiene su origen en el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y reúne las novedades que ya se exponían en el RDL y también en el presente trabajo ¹⁸⁴.

Como ya sabemos, con el RDL 11/2014 se introdujo importantes reformas en la LC en materia de convenio y de liquidación concursal con la finalidad de facilitar la continuidad de empresas económicamente viables. Entre otras modificaciones, se extendió al convenio concursal algunas de las normas de los acuerdos de refinanciación. Algunos ejemplos son la posibilidad de extender determinados efectos del convenio a acreedores disidentes al acuerdo pactado, aportar la determinación del valor real del bien, la posibilidad de extender efectos del convenio a acreedores con garantía real y la introducción de medidas para flexibilizar la transmisión de unidades productivas del concursado.

Como ya ocurre entre el RDL 4/2014 y la L17/2014, la L 9/2015 continúa lo ya descrito en el RDL 11/2014 de septiembre de 2014. En la presente reforma, se incluyen novedades ya introducidas en el RDL sobre traslado de ideas preconcursales al ámbito del convenio y liquidación, pero otras nuevas también en materia de refinanciación. Consisten en modificaciones cuyo objeto es aclarar determinadas dudas que se han planteado en la aplicación práctica ¹⁸⁵ durante la transición de reformas. Nosotros nos vamos a centrar en las nuevas modificaciones realizadas a los acuerdos de refinanciación.

¹⁸³ Vid. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE n°.125, ref.: BOE-A-2015-5744. A partir de ahora nos referiremos a ella como L 9/2015.

¹⁸⁴ Vid. Cap. I, punto.6 del presente trabajo.

¹⁸⁵ Vid. en el preámbulo de la L9/2015, parte VI, se describe las modificaciones realizadas a los acuerdos de refinanciación y explica que el objetivo es aclarar dudas a la práctica del uso de los mecanismos, cuando expresa: “*En cuanto a los acuerdos de refinanciación, se incluyen una serie de modificaciones cuyo objeto es aclarar determinadas dudas que se han planteado en su aplicación práctica*”

En primer lugar, con la L 9/2015 se modifica¹⁸⁶, nuevamente, el art. 5.4 bis LC para establecer que, en caso de controversia, será el Juez del concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado. Respecto al debate continuo junto con el resto de normativa modificada con anterioridad, siguen sin quedar clara la controversia existente en el tema de el plazo máximo de paralización de ejecuciones (si 3 o 4 meses)¹⁸⁷.

En segundo lugar, se modifica el art. 71.6 LC, sobre la impugnación de acciones de actos del deudor, aunque consideremos que no aporte ninguna novedad.¹⁸⁸

En tercer lugar, se modifica el número 1º del apartado 1.b) del art. 71 bis LC, incluyendo el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados, que deberá ser mínimo del 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación.¹⁸⁹

En cuarto y último lugar, se modifican los apartados 1 y 2 de la DA 4.ª LC para los acuerdos homologados y se introduce también modificaciones para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado¹⁹⁰.

Fuera del ámbito de la refinanciación, es destacable la disposición final octava que autorizaba al Gobierno para elaborar y aprobar, en un plazo de doce meses, a contar

¹⁸⁶ Vid. L9/2015, art. único, cuatro, sobre “modificaciones en materia de acuerdos de refinanciación”, se realiza modificación del art. 5 bis.4 LC : “*En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el Juez competente para conocer del concurso.*”

¹⁸⁷ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p. 4. Los Jueces afirmaron que “la paralización de las ejecuciones en los supuestos en los que el procedimiento negociador no haya de venir seguido de una solicitud de concurso, tendrá una duración máxima de tres meses”, porque consideran innecesario añadir el mes faltante para la solicitud de concurso.

¹⁸⁸ La reforma realizada por la L 9/2015 modifica el punto 6 del art. 71 de la siguiente manera: “*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72*”

¹⁸⁹ La L9/2015 introduce los pactos sindicados y la mayoría necesaria en la negociación de acuerdos de refinanciación: “*en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación.*”

¹⁹⁰ Se añade los pactos por sindicación también a la DA 4.ª LC: “*En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación.*”

desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Por tanto, ya se daba a entender que habría una nueva reforma Concursal, estando pendiente la conversión en Ley del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras, ya se daba a entender que sería el siguiente paso a reformar y, efectivamente, en julio de 2015 se convierte en Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Hay que destacar que las normas concursales que se mencionan, no se desarrollan en este estudio por no abordar los temas principales de la preconcursalidad, ya que renuevan otros puntos a nivel concursal.

Con la L9/2015 finalizamos el estudio de la evolución normativa del precurso en el ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO 11. EL TRATAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN PRECONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. La recomendación por parte de la UE a los estados miembros sobre prevención y anticipación

En el presente capítulo nos adentramos en el escenario preconcursal a nivel comparado para poder establecer unas bases de las negociaciones extrajudiciales a nivel general. Queremos describir la situación mundial que ha contribuido a la creación de nuestra propia negociación preconcursal. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico observó el de otros países para poder desarrollar los inicios del mismo.

A pesar de que el sistema de las negociaciones iniciales no sigue unas directrices comunes en todos los ordenamientos jurídicos, sí podemos expresar que existe una mayoría de países que siguen la tendencia de optar por la alternativa al concurso. Por este motivo, se legislan normas preventivas o de negociación privada como respuesta a la necesidad de obtener soluciones a las crisis económicas de los deudores.¹⁹¹

¹⁹¹ Vid. CARPUS-CARCEA, M., "La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial" en *RDCyP*, n.º 22, ISSN 1698-4188, 2015, p. 299. La autora opina que "el objetivo de mejorar el rescate de empresas en la Unión no será posible a menos que todos los Estados miembros establezcan procedimientos de reestructuración efectivos a disposición de deudores y acreedores, con independencia de dónde se encuentren ubicados. Además, disponer de procedimientos de reestructuración preventiva no es suficiente per se; deben ser eficientes, rápidos y baratos, incentivando su uso tanto por deudores como acreedores de empresas grandes y pequeñas."

De hecho, creemos que dicha tendencia a legislar siguiendo la vía de la prevención está relacionada con la recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014¹⁹².

La recomendación pretende garantizar que las sociedades viables con problemas financieros, cualquiera que sea su domicilio¹⁹³ dentro de la UE, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les haga posible reestructurarse en una fase inicial de insolvencia, con la finalidad de prevenir la insolvencia y, de esta manera, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y el propio deudor.

Pues sí, lo que se está incentivando en los últimos años es la función que se le asigna al derecho concursal de aportar soluciones preventivas¹⁹⁴. Ya no se trata de sancionar a aquellas empresas que no han sabido gestionar su deuda. Consideramos que la UE, mediante la recomendación 2014/135/UE, también quiere concienciar a las empresas y a los sujetos relacionados (acreedores, proveedores, trabajadores...) sobre la importancia de la intervención temprana para la prevención de la insolvencia.

¹⁹² Vid. Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE pp 65-70 y en el link: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463. Nos referiremos a partir de ahora a ella como 2014/135/UE. La finalidad de dicha recomendación de la Unión Europea es aportar cobertura de protección a las empresas que son viables pero que pasan por dificultades financieras, sin importar el domicilio social que tengan dentro de la UE. La idea es que tengan al menos acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. Dicha recomendación es interesante de leer debido a las ideas que expone de la realidad sobre las refinanciaciones en los estados miembros. En el punto (2) de la recomendación se explica como algunos estados miembros tienen normativa escasa para que los deudores con problemas puedan solventar sus deudas en fase temprana. Asimismo, también reconoce que los países miembros que sí tienen herramientas de reestructuración legisladas no son muy eficaces expresando así: *“la reestructuración es posible en una fase más temprana pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o implican formalidades variables, especialmente en lo que respecta al recurso a los procedimientos extrajudiciales”*.

¹⁹³ La recomendación 2014/135/UE de la que hablamos también declara que el hecho de que no exista analogía entre los estados miembros, supone que las empresas multinacionales pueden encontrarse con una inseguridad jurídica en actuación de caso de refinanciación por existir divergencia entre los países de la propia UE. Por ello, considera que es necesario fomentar una mayor coherencia entre los marcos nacionales de insolvencia a fin de reducir las diferencias que obstaculizan la reestructuración temprana de empresas viables con dificultades financieras. Una mayor coherencia también facilitaría la reestructuración de los grupos de empresas, independientemente de la ubicación de sus miembros en la Unión.

¹⁹⁴ La UE en la Recomendación 2014/135/UE, punto (16) de la Exposición Inicial, lo que pretende es hacer entender que si se gestionan las dificultades de liquidez en una etapa más temprana, la insolvencia inminente puede solucionarse. Este texto de la UE quiere hacer entender que la refinanciación sirve en casos en los que se puede sobrellevar la gestión de la insolvencia. No en caso de quiebra. Lo hemos interpretado del texto siguiente. *“El marco de reestructuración permitiría a los deudores hacer frente a sus dificultades financieras en una etapa temprana, cuando se puede evitar la insolvencia y garantizar la continuación de las actividades empresariales.”*

Por ello, la UE también considera¹⁹⁵ que para promover la utilización de herramientas preventivas por parte de los deudores y acreedores, los legisladores deben ser conscientes que los métodos de prevención deben ser procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para proteger los intereses de los acreedores y terceros que puedan verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso.

Hay muchos países que entienden y legislan la idea de medidas preventivas¹⁹⁶ para resolver la insolvencia temprana. Con el estudio comparado del precurso para pretender enmarcar la situación de nuestro ordenamiento jurídico en el contexto comparado. Para ello, se han escogido los países que creemos que de una u otra manera han influenciado en la creación de nuestro marco normativo preconcursal.

Una vez dicho esto, comenzaremos el análisis de los diferentes ordenamientos jurídicos que hemos seleccionado.

¹⁹⁵ Vid. Recomendación 2014/135/UE, considerando (17).

¹⁹⁶ Queremos destacar que cuando nos referimos a soluciones preventivas nos referimos a negociaciones preconcursales o extrajudiciales para poder diferenciar del concurso de acreedores o la liquidación final de la empresa. No obstante, no existe una categoría global definida como tal a nivel global ni tampoco a nivel europeo. No existe de manera conjunta dicho mecanismo de negociación, aunque el significado sí puede considerarse el mismo para todos los países que tengan tales ideas de salvaguarda temprana.

2. La negociación preconcursal en el marco del derecho estadounidense

Según opinión de autor¹⁹⁷, la crisis económica mundial que vivimos se generó en 2006 en Estados Unidos. Al parecer, se creía que sería una mera recesión económica, pero el tiempo y la complejidad de las causas ha demostrado que no sería así. También cree que las raíces de la crisis actual vienen vinculadas a decisiones tomadas en las décadas de 1970 y 1980, la desregulación de los mercados, las inversiones relacionadas con el petróleo, las estrategias de los bancos y los mercados y las políticas de finanzas. De hecho, existe una opinión general¹⁹⁸ entre economistas sobre que en todas las crisis se producen políticas de préstamos irresponsables y de riesgo; manejo indebido de los fondos que se tienen y, finalmente, congestión en las variantes económicas.

Si pensamos en algún procedimiento concursal norteamericano, nos viene a la cabeza la quiebra de “*Lehman Brothers Holdings, Inc*”¹⁹⁹. Se trataba de una compañía global de servicios financieros de Estados Unidos que destacó en el sector de la banca de inversión, gestión de activos financieros e inversiones en renta fija, banca comercial, gestión de inversiones y servicios bancarios en general, durante 158 años hasta que se declaró en quiebra.

“*Lehman Brothers*” sobrevivió a una guerra civil, a la crisis bancaria de 1907, similar a la originada en 2008, a la crisis económica mundial conocida como el crac de

¹⁹⁷ Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., “Crisis económica, reorganización de empresas bajo el Capítulo 11 del Código de Quiebra estadounidense, críticas y reformas necesarias al sistema de administración concursal de EE.UU.” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p.192. Especial referencia al pie de página 1.en el que se cita a las ponencias de CARLO-ALTIERI, G.A., (coor. y pon.) y RULLÓN, A., “Crisis financiera global y proceso de insolvencia” en el *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal*, en IIDC de la Universidad Interamericana, Escuela de Derecho, Puerto Rico, 24-03-2012. Sobre la insolvencia estadounidense vid. SERRA COELHO, L.M., “Bad news does not always travel fast: evidence from Chapter 11 bankruptcy filings” en *Accounting & Finance*, vol.55(2)June 2015, p.415: “According to the American Bankruptcy Institute, over 431,000 businesses filed for bankruptcy in the United States between 2000 and 2010.1 Although most of these businesses were small and privately owned, some concerned publicly traded firms with very complex asset and liability structures.2 The 10 largest all-time bankruptcies in the United States occurred after 20003 and involved an astonishing cumulative asset value in excess of \$1.5 billion. For example, the dramatic aftermath of Lehman Brothers' demise in 2008 shows how a single bankruptcy can have profound, world-reaching effects.”

¹⁹⁸ Vid. ABADÍA POCINO, L., *La crisis ninja y otros misterios de la economía actual*, ed. ESPASA CALPE, 2009, p.45 y ss. El autor realiza esta afirmación.

¹⁹⁹ Vid. artículo de interés sobre la liquidación de Lehman en Diario “EL PAIS”, de fecha 15 de agosto de 2008, versión Online “Lehman Brothers se declara en bancarrota” en sitio web: http://economia.elpais.com/economia/2008/09/15/actualidad/1221463973_850215.html. Queremos destacar el titular : “La quiebra del cuarto banco de inversión de EE UU confirma los temores sobre la estabilidad del mercado financiero del país”Y también en el Diario “EL PAIS”, de fecha 16 de septiembre de 2008, versión Online: http://elpais.com/diario/2008/09/16/economia/1221516004_850215.html.

1929, entre otros sucesos, pero no consiguió superar la crisis en 2008 que significó, con un pasivo de 613.000 millones de dólares, la mayor quiebra de la historia hasta el momento.

Este ejemplo de caso real nos hace reflexionar sobre la importancia de la prevención económica en las empresas y en el hecho de que cualquier sociedad puede pasar por una crisis financiera, independientemente de su experiencia o magnitud. Por este motivo, creemos que los ordenamientos jurídicos deben proporcionar herramientas de salvaguarda flexibles y rápidas.

El Derecho norteamericano se basa en una estructura federada a lo que se refiere a temas de insolvencia²⁰⁰. Las relaciones entre deudor y acreedores en Estados Unidos se organizan por el derecho de los Estados y se complementa con el régimen de insolvencia estatal (Derecho Concursal Federal Nacional) del “*Bankruptcy Code*” o Derecho de Quiebra²⁰¹.

Se diferencia del derecho europeo en que no hay un marco normativo imperativo de insolvencia²⁰². Este derecho no persigue tanto el dar solución a los intereses entre deudor y acreedores. El interés se encuentra en minimizar el coste del crédito a través de la libre elección de las partes en el mercado para solventar las crisis económicas²⁰³. Es decir, las partes pueden decidir y esto beneficia a las mismas, pero perjudica al control

²⁰⁰ Se supone que la ley de quiebra de EE.UU es de aplicación uniforme en todos los estados. Sin embargo, tuvo que pasar por la modificación de varias enmiendas para conseguirlo en 1898. Sobre la evolución normativa de EE.UU. vid. HOUSTON, W.; AHERN, L., *Bankruptcy reform legislation with analysis* ed. *Thompson-West*, 2005.p .56 y ss.

²⁰¹ El marco normativo estadounidense sobre quiebra se recoge en el “*Bankruptcy Code*” que encontramos por U.S. Code: Title 11 en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>. Los preceptos que más nos va a interesar serán los relacionados con el “*Chapter 11*” titulado “*reorganization*” que van del USC 1.101 al 1.174. Asimismo, sobre lo expuesto en el párrafo, la afirmación la encontramos en la obra citada vid. Vid. CARLO-ALTIERI, G.A., “Crisis económica, reorganización de empresas bajo el Capítulo 11 del Código de Quiebra estadounidense, críticas y reformas necesarias al sistema de administración concursal de EE.UU.” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. *Aranzadi Thomson Reuters*, Madrid, 2014, p.199.

²⁰² Afirmación obtenida de valoración realizada por PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, 2012, p. 154. También vid. COLE, (aut.) BUIL ALDANA, I., (trad.) “El derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global” en *RDCyP* nº 1/1996, pp. 8 y ss. Sobre una visión empírica vid. WESTBROOK, J., “Secured creditor control and bankruptcy sales: an empirical view.(Reforming Chapter 11 Bankruptcy Reorganizations)” en *University of Illinois Law Review*, Spring, 2015, Vol.2015(2), p.831 y ss

²⁰³ Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013, p.36.

en las decisiones y el nivel de insolvencia de los deudores. Por lo tanto, predomina la voluntad de las partes.

La Ley de quiebra de EE.UU es lo que nosotros denominaríamos marco concursal. Su código de quiebra se forma por varios capítulos que va desde la liquidación de la empresa a la rehabilitación de la misma: capítulo 1 (USC 101 a 112), Disposiciones generales y definiciones; capítulo 3 (USC 301 a 366), Administración; capítulo 5 (USC 505 a 562), Relación entre acreedores, deudores y pasivo financiero; capítulo 7 (USC 701 a 784), Liquidaciones; capítulo 9 (USC 901 a 948), Municipalidades; capítulo 11 (USC 1101 a 1174) , Reorganizaciones; capítulo 12 (USC 1201 a 1231), ganaderos o pescadores con bajos ingresos; capítulo 13 (USC 1301 a 1330), sujetos con ingresos ordinarios; capítulo 15 (USC 1501 a 1532), casos de auxiliares y transborderizos ²⁰⁴ .No obstante, no los estudiaremos todos. Por nuestro tema a tratar, nos interesa conocer el capítulo 11.

El “*Chapter 11*” del “*Bankruptcy Code*” otorga una oportunidad para la reorganización de las empresas con problemas financieros²⁰⁵. La idea consiste en ofrecer al deudor la oportunidad de que haga una propuesta de pago a sus acreedores con el objetivo de saldar sus deudas y mantener la sociedad en activo y bajo su dirección²⁰⁶. En efecto, de lo que se trata es de no fustigar al deudor por una mala gestión de sus activos y pasivos e intentar ayudar a resurgir²⁰⁷.

²⁰⁴ Vid. HARNER, M.; SIGNES DE MESA, J., “La reforma del capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, n°. 24, 2016, págs. 537-548.

²⁰⁵ El USC 1101 explica las posibilidades que tiene el deudor de actuar según quiera: “(a) *transfer of all or substantially all of the property proposed by the plan to be transferred; (b) assumption by the debtor or by the successor to the debtor under the plan of the business or of the management of all or substantially all of the property dealt with by the plan; (c) commencement of distribution under the plan*”. Vid. MATHUR, “A., Beyond bankruptcy: Does the US bankruptcy code provide a fresh start to entrepreneurs?” en *Journal of banking and finance*, ISSN 0378-4266, Vol. 37, n°. 11, 2013, pp. 4199 y ss.

²⁰⁶ La afirmación se obtiene de la obra siguiente: KAUP, C.; DORSEY, L., “Chapter 11 Bankruptcy a primer” en Chicago Jul/Aug 2011, vol.28(5), p. 51 “*In the Chapter 11 case, debtors can lump together in a single pleading objections to claims that are based on similar objections. This process is called the “omnibus objection.” The debtor sets forth a general legal basis for a reduction or elimination of particular claims and then attaches as an exhibit a list of claims to which the objection applies. For example, claims that were filed late after the claims filing deadline are typically included in omnibus objections.*”

²⁰⁷ Pese a que se trata de una herramienta para reorganización de empresas en crisis, la doctrina estadounidense también ha criticado el funcionamiento de la misma, puesto que se considera que no siempre se ayuda a dicha reorganización. Vid. BAIRD, D.G.; RASMUSSEN, R.K., “The end of bankruptcy” en *Stanford Law Rev.*, 2002, p.751 y ss.

Debemos partir de la base de que para la ley de quiebra de EE.UU. la insolvencia financiera se produce cuando la suma de los pasivos del deudor es mayor a la suma de sus activos. Esto es similar a lo que pasa en el resto de ordenamientos jurídicos.

Dentro del marco norteamericano existen dos opciones²⁰⁸ para alcanzar un acuerdo entre deudor y acreedores de manera extrajudicial o preconcursal: pueden alcanzar un acuerdo extrajudicial denominado “*workout*” o un acuerdo mixto que contempla aspectos judiciales y extrajudiciales que es el “*prepackaged bankruptcy plan*”.

Pasamos a analizar los dos tipos de acuerdos que hemos nombrado con anterioridad:

a) El escenario norteamericano de los acuerdos “*workouts*” son situaciones en las que empresas viables con deudas a largo plazo, por tanto, no insolvencia inmediata, con buenas perspectivas económicas y buena relación con sus acreedores, deciden realizar acuerdos extrajudiciales llamados “*out of court*” o “*workout*”, para atender a los costes temporales de dicho acuerdo y para atender a las necesidades de todos los acreedores.²⁰⁹

Los “*workouts*” tienen una naturaleza estrictamente negociadora. La autonomía de la voluntad de las partes es la que decide el acuerdo y su contenido con el objetivo de solicitar un procedimiento de reorganización. Sin embargo, estos acuerdos comparten el mismo problema que el de otros modelos europeos, debido a la resistencia, la llamada “*holdout problem*” y se refiere a conductas no cooperativas de algunos acreedores que pueden perjudicar a las negociaciones.²¹⁰

Los requisitos para cumplir con el acuerdo “*workout*” según el USC 303 del “*Bankruptcy Code*” son:

²⁰⁸ Según la forma en la que la autora nos enseña a diferenciarlos vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p.158 y ss.

²⁰⁹ Vid. SAWDEY, R.W., “Out-of-court workouts. (alternative to Chapter 11)” en *The Federal Lawyer*, junio, vol.45(5), 1998, pp.46-50 y sobre el mismo tema RAY, T.E., “Out-of-court workouts, Chapter 11 or liquidation: which door to choose?” en *Tennessee Bar Journal*, mayo-junio, vol.28(3)1992, p.24

²¹⁰ Opinión extraída de autora Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p.159.

1.) Que la solicitud del acuerdo se realice por tres o más acreedores ordinarios o por el deudor²¹¹.

2.) Que el crédito de los acreedores que se suman a la solicitud deben superar el mínimo establecido legal de 10.000\$.²¹²

3.) Que se demuestre por los solicitantes que el deudor se encuentra en estado de insolvencia moderada y no puede hacer frente a sus obligaciones²¹³.

Este modelo es válido para negociaciones, pero se tiene que conocer el hecho de que no cuenta con blindajes de protección ante actuaciones. Por lo tanto, no aporta seguridad jurídica al uso.

b) El segundo tipo de acuerdo norteamericano son los denominados “*prepackage bankruptcy plans*”²¹⁴. Consisten en un acuerdo mixto. Se recogen en el “*Chapter 11*” en los artículos 1.121 a 1.129 BC. Se inician en fase extrajudicial y con anterioridad al concurso, pero para el que, posteriormente, el deudor necesita una homologación judicial²¹⁵. Es un tipo de acuerdo extrajudicial que conlleva a un plan de reorganización y reestructuración de deudas, que puede incluir no sólo capitalización de deuda sino también la enajenación de la empresa en funcionamiento o incluso su liquidación pactada²¹⁶, que ha sido negociada entre deudor y acreedores y sometido, posteriormente, a homologación judicial. Nos recuerda a la propuesta anticipada de convenio que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico²¹⁷.

²¹¹ El texto original lo indica así USC 303. (b). (1) BK: “*by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute as to liability or amount, or an indenture trustee representing such a holder, if such noncontingent, undisputed claims aggregate at least \$10,000 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims*”.

²¹² El texto original lo indica así USC 303. (b).(2) BK: “*if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under section 544, 545, 547, 548, 549, or 724(a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least \$10,000 of such claims*”.

²¹³ USC 303.(b).(3) : “*if such person is a partnership*”

²¹⁴ USC 1.121 a 1.129 del BC. Se expresa de la siguiente manera en norma el tipo de plan que es en el art. 1.121. (a): “*The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case*”.

²¹⁵ Según la doctrina estadounidense, el tipo de acuerdo mixto “*prepackaged bankruptc plan*” contiene lo mejor de ambas fases: la discreción y el bajo coste de las negociaciones extrajudiciales y la autoridad y homologación de la fase concursal que permite cosas como la extensión de efectos a acreedores disidentes. Vid. WARREN, E., WESTBROOK, J.L., “The succes of chaper 11: A challenge to the critics” en *Mich Lw Rev*, 2009, pp.603 y ss.

²¹⁶ Así lo indica la norma sobre contenido del plan en el USC 1.123 y recoge una serie de supuestos y de contenido.

²¹⁷ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, Madrid, 2012, p.70 y ss.

Sin embargo, este tipo de acuerdo no es para todo tipo de deudor insolvente. Está diseñado para empresas grandes con deudas a largo plazo que quieran renegociar. Los deudores con graves problemas de liquidez deben acudir al procedimiento concursal.²¹⁸

Al igual que ocurre en nuestro²¹⁹ ordenamiento jurídico, la utilización de estos acuerdos provoca la suspensión de las ejecuciones siempre y cuando se presente con anterioridad el plan de reorganización al Juez para su homologación. La paralización de ejecuciones singulares en el modelo norteamericano es lo que se denomina “*automatic stay*” y aparece en el USC 362. Por lo tanto, en este caso, si existe cobertura de protección a diferencia de los “*workouts*”.

Su composición se basa en la transparencia de información en referente al estado de insolvencia del deudor (“*Adequacy of disclosure*”)²²⁰ y a la aceptación de los acreedores del plan de reorganización (“*confirmation*”)²²¹. Dicha aceptación por parte de los acreedores es la denominada confirmación que será necesaria para la homologación. Por lo tanto, la confirmación es el segundo mecanismo de este tipo de acuerdo y la pieza que ayuda a mutar su naturaleza. Es decir, la confirmación crea la fase judicial de aprobación del acuerdo.

La homologación de dicho acuerdo puede darse de forma consensuada o no por el Juez. Dependiendo de los grupos de acreedores que acepten el acuerdo y de los que se opongan, el Juez decidirá si debe forzar a la aceptación en caso de no consensuado.

²¹⁸ Afirmación de autores Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, p.36. . Vid. WARREN, E., WESTBROOK, J.L., “The succes of chapter 11: A challenge to the critics” en *Mich Lw Rev*, 2009, pp.603 y ss.

²¹⁹ Recordemos que nuestro acuerdo homologado también lo contiene e incluso en el momento de comunicación al Juez (art.5 bis LC actual) de que se están realizando negociaciones, ya se puede solicitar la paralización y suspensión de ejecuciones singulares.

²²⁰ Informar a los acreedores con una documentación transparente y adecuada, según se dispone del texto normativo en el USC 1.125.(a): “*adequate information*” means information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor’s books and records, including a discussion of the potential material Federal tax consequences of the plan to the debtor, any successor to the debtor, and a hypothetical investor typical of the holders of claims or interests in the case, that would enable such a hypothetical investor of the relevant class to make an informed judgment about the plan, but adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan and in determining whether a disclosure statement provides adequate information, the court shall consider the complexity of the case, the benefit of additional information to creditors and other parties in interest, and the cost of providing additional information”.

²²¹ Según lo dispone el USC 1.126.(b):” *For the purposes of subsections (c) and (d) of this section, a holder of a claim or interest that has accepted or rejected the plan before the commencement of the case under this title is deemed to have accepted or rejected such plan, as the case may be*”.

Los criterios de la homologación se fijan por el art. 1.129. (a)²²² del “*Bankruptcy Code*”, que corresponden a la confirmación del plan y será el Juez quien comprobará el cumplimiento de los requisitos. Asimismo, comprobará la transparencia de información de la situación del deudor y del plan presentado, la buena fe de los que instan dicha solicitud y la constitución de los grupos de acreedores necesarios²²³. También se comprobará la viabilidad del acuerdo y si el deudor podría cumplir con los objetivos expresados en el mismo²²⁴.

Es interesante destacar que la homologación judicial en este acuerdo también provoca la vinculación de los acreedores disidentes, tal y como ocurre con nuestro²²⁵ acuerdo homologado, siempre respetando los porcentajes de mayorías estipulados²²⁶.

En cualquier caso, sobre este acuerdo estadounidense compartimos la idea que expresa autor²²⁷ sobre que en el método estadounidense se cree en un cierto grado de control judicial y que por mucho que se favorezca a las negociaciones privadas, la cobertura de protección aumenta cuando se confía en dicha fase judicial y esto lo extrapolamos a nuestro ordenamiento jurídico²²⁸. Creemos que ante la posibilidad de escoger, el acuerdo homologado es el que mayor seguridad proporciona a nivel de protección. Asimismo, creemos que nuestro propio ordenamiento jurídico preconcursal

²²² Para que se pueda realizar la homologación se requiere una serie de requisitos que se recogen por ley. Vid. USC 1.129.(a): “*The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met*” y se recogen entre los puntos (1) a (5).

²²³ Vid. BAIRD, D., *Elements of bankruptcy*, ed. *Foundation press*, Nueva York, 2001, p. 215 y ss. El autor reconoce la función del Juez de realizar un control de legalidad sobre el cumplimiento de requisitos reglados en la norma, pero también ejerce control sobre la aceptación de los acreedores y de los no firmantes.

²²⁴ El saber si se podrá cumplir con el objetivo de la conservación de la actividad el tiempo suficiente como para por lo menos cumplir con las obligaciones existentes. Sobre el papel del Juez en la decisión de si es válido o no el acuerdo: Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013, p.40.

²²⁵ Recordemos que la vinculación de acreedores disidentes se encuentra legislado en la DA 4.ª.3 LC (acreedores disidentes sin garantía real) y DA 4.ª.4 LC (acreedores no firmantes con garantía real).

²²⁶ Cabe mencionar que según se expresa en obra, los acreedores disidentes quedan vinculados al acuerdo que se homologa. No obstante, debe cubrirse su crédito también. Al parecer el Juez debe realizar un control también de cumplimiento de este hecho. Sin embargo, al ser acuerdos agilizados, el Juez no siempre lo revisa como se debe. Vid. LOPUCKI, L., “*Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*” en *Buffalo law review* [0023-9356], v.52, 2, 2006, pp. 325 -341. Del mismo autor “*Courting failure*” en *University of Michigan press.*, Michigan, 2005, p.70 y ss.

²²⁷ Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013, p.40.

²²⁸ Concretamente lo extrapolamos a nuestro acuerdo de refinanciación homologado de la DA 4.ª LC, con el que vemos ciertas similitudes y creemos que el legislador se fijó en el acuerdo americano para legislar el nuestro.

ha utilizado de referencia el presente acuerdo americano para mejorar nuestro acuerdo homologado.

Hemos observado los dos mecanismos concursales estadounidenses para intentar solventar un problema de inminente insolvencia. De la misma manera que ocurre en otros ordenamientos, existe un mecanismo totalmente extrajudicial y otro con aspectos extrajudiciales y judiciales (mixto). Como ocurre en el ordenamiento español, dependiendo de la judicialidad, habrá mayor o menos eficacia.

3. El “*accordi di risanamento dei debiti*” y el “*accordi di ristrutturazione*” del derecho italiano

El modelo italiano es el que se utiliza con mayor frecuencia para comprender la evolución normativa preconcursal española. Nuestro modelo de acuerdo de refinanciación recoge gran parte de la estructura italiana en base a su idea de negociación extrajudicial, homologación judicial e idea de dinero nuevo o “*fresh money*”. Así como también el mecanismo de protección de rescisión concursal. No obstante, el propio derecho concursal italiano es producto de una evolución normativa extensa²²⁹.

²²⁹ En trabajos publicados en España en lengua española y no italiana pero sí de autores italianos Vid. BONFATTI, S. “Los ‘paraguas protectores’ de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana” en *RCP*, 12/2010, pp.397 y ss. Y también Vid. CASTIELLO D’ANTONIO, A., “La evolución legislativa del derecho preconcursal italiano” en *RCP*, 14/2011, pp. 331 y ss.

La norma concursal italiana se ha reformado²³⁰ durante años, de la misma manera que ocurre en nuestro propio ordenamiento jurídico. La “*Legge Fallimentare*”, de 16 de marzo de 1942, reformada, es la norma que regula la insolvencia en Italia.

El ordenamiento jurídico italiano de 1942 hasta 2005 comprendía la liquidación de la empresa cuando existía una situación de insolvencia. El legislador ni siquiera contemplaba la idea de separación entre el empresario con deudas y la actividad empresarial.

²³⁰ Vid. Regio Decreto n.º. 267 de 16 marzo 1942, sobre “*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*”, (042U0267) en *GU* n.81 del 06-04-1942. Posteriormente, reformada en varias ocasiones: (1) Decreto-Legge n.º35, de 14 marzo 2005, “*Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*”. en *GU* n.62 del 16-3-2005; (2) convertido en Ley mediante Legge n.º80, de 14 de mayo de 2005, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonche’ per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*”, en *GU* n.º 111 del 14-5-2005 (*Suppl. Ordinario* n. 91); (3) Decreto-Legge n.º 5, de 9 de enero de 2006, “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n.º. 80*” en *GU* n.º.12 del 16-1-2006 - *Suppl. Ordinario* n. 13. (4) Decreto-Legge n.º 83, de 27 de junio de 2015, “*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria*”, *GU* n.º.147 del 27-6-2015, convertido en (5) Ley mediante Legge n.º132, de 6 de agosto de 2015, “*conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria*”, en *GU* n.º.192 del 20-08-2015, *Suppl. Ordinario* n.º. 50. A partir de ahora nos referiremos a ella como LF. Y sobre la manera de realizar las reformas a la LF, autor comenta en la siguiente obra una opinión generalizada entre la doctrina: CAIAFA, A., “*Fresh money y posición de los trabajadores en derecho italiano*” en *RDCyP*, n.º 22, 2015, p.329: “*Si bien la solución más racional habría sido la de adecuar la ley a los nuevos tiempos llevando a cabo una nueva redacción integral de la misma, modificando la materia por medio de una regulación, en primer lugar, de la crisis, con identificación de las posibles soluciones y, posteriormente, de la insolvencia y de la fase liquidatoria que va ligada necesariamente a ella, en cambio, la opción ha sido la de dejar inmutada en gran parte la legge fallimentare y afrontar las eventualidades con una legislación en estado de perenne emergencia.*”

La normativa de quiebra se orientaba a liquidar la sociedad y pagar a los acreedores. Se priorizaba el interés del mercado y de los acreedores, quienes se beneficiaban dentro de lo que se podía de la propia liquidación de la empresa²³¹. Partiendo de esto, junto con el procedimiento de quiebra rígido referente a la liquidación de empresas (el denominado “*fallimento*”²³²), existían otros procedimientos también concursales, pero que suponían ser de carácter preventivo como por ejemplo el denominado “*concordato preventivo*”²³³ y el llamado “*amministrazione controllata*”²³⁴, este último desaparecido en la actualidad. Sin embargo, no se recogía negociaciones extrajudiciales. Por lo tanto, el enfoque actual ha cambiado radicalmente. En 2005, 2010 y 2015 se realizaron reformas parciales de la LF que modificaron los ideales antiguos de liquidación y protección de acreedores. Dichas reformas tuvieron dos objetivos fundamentales. Por un lado, abordar la necesidad de priorizar las negociaciones extrajudiciales amistosas y, por otro lado, aumentar las medidas de protección ante un eventual concurso.

El ideal del modelo italiano es que si no se puede salvaguardar la sociedad, al menos se recupere parte de ella y se mantenga la actividad empresarial²³⁵. De hecho, en

²³¹ Vid. PACCHI, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica), La solución dictada por el legislador italiano” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p.250. Para observar la evolución normativa y los objetivos actuales.

²³² Recogido en la LF en el art. 5 al 159. Se trata del procedimiento concursal de liquidación de empresa. La norma comienza describiendo el estado de insolvencia y quien se acoge a dicho procedimiento de quiebra. El significado es similar a nuestro art. 2 LC: “*L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*”. Vid. BONFATTI, S., “Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”, AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità* en *Convegno Nazionale di Reggio Emilia*, 8 ottobre 2010, p.2, en link : <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf>. El autor considera que se usa esta herramienta en casos de máxima gravedad: “*per i finanziamenti all'impresa in crisi che fossero stati rimborsati, o per le garanzie dai quali fossero stati assistiti*”.

²³³ En la LF se recogen en el capítulo VI, arts. 160 a 186 bis. Consiste en una reorganización de la deuda dentro del procedimiento concursal. Algo similar a nuestra fase de convenio dentro del procedimiento concursal español.

²³⁴ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC)*, *Propuesta de reforma legislativa*, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010, p. 88. El autor explica que el “*amministrazione controllata*” consistía en una herramienta concursal de carácter preventivo que desapareció con motivo de la reforma producida a la LF mediante entrada en vigor de Decreto-Ley n.º 5, de 9 de enero de 2006, “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n.º 80*” en *GU* n.º.12 del 16-1-2006 - Suppl. Ordinario n. 13. Consistía en un procedimiento concursal para empresas con problemas coyunturales con la finalidad de permitir al deudor una moratoria de máximo dos años para pagos junto con el establecimiento de medidas para la recuperación de la empresa.

²³⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P., “Perspectivas de reforma de la legislación concursal italiana”, *RCyP*, n.º 1/2014, p.352 y ss.

todos los procedimientos concursales italianos, ya sea en el de quiebra o en los de negociación, se quiere conseguir la conservación del complejo productivo y del patrimonio productivo.

Así pues, hoy en día la LF italiana a parte de seguir teniendo el “*fallimento*” y su renegociación de insolvencia estrictamente concursal (“*concordato preventivo*”), promueve negociaciones extrajudiciales que quieren ayudar a mantener la conservación de la actividad empresarial.

Es destacable mencionar que el legislador italiano se inspiró²³⁶ en el ordenamiento jurídico de EE.UU para crear su propio espacio preconcursal. Observó el “*Chapter 11*” del BC, para mejorar sus instrumentos basados en la prevención, la negociación protegida entre deudor y acreedores y el protagonismo del deudor en la gestión de su deuda.

De igual manera que Italia, podemos decir que la mayoría de países europeos han optado por utilizar dichas directrices en la formación de sus herramientas de saneamiento inicial. Por ello, recalcamos de nuevo la idea de que las herramientas de liquidación y disgregación, deben dejar paso a las nuevas modalidades preconcursales para que los deudores y acreedores puedan intentar solucionar la crisis sin tener que llegar al espacio de remate final de una sociedad.

Son varios los objetivos²³⁷ que quedan claros en la normativa italiana para mejorar la situación de las empresas con problemas y también quedan reflejados en los dos tipos de acuerdos extrajudiciales que comentaremos más adelante:

²³⁶ Vid. PACCHI, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica), La solución dictada por el legislador italiano” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p.253 y ss.

²³⁷ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC)*, Propuesta de reforma legislativa, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010.p. 88 y 89. Los objetivos son interpretados según indica autor en su obra. En la misma dirección de objetivos vid. BONFATTI, S., “Il sostegno finanziario dell’impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”, AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa: opportunità e responsabilità* en *Convegno Nazionale di Reggio Emilia*, 8 ottobre 2010, p.3, en link : <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf> : “La nuova legge fallimentare persegue l’obiettivo di favorire la tempestiva emersione delle situazioni di “crisi” de l’impresa e di garantirne per quanto possibile il superamento o per lo meno la sistemazione in modi più efficienti e più efficaci rispetto al passato. ”. Así indica el autor que el legislador italiano pretende impulsar ayudas a las empresas en crisis para intentar salvaguardar y mejorar su situación por encima del interés de los acreedores.

1.) La salvaguarda del valor de la empresa es uno de los objetivos más importantes y deben contribuir a su protección todos los sujetos vinculados a la misma, directa o indirectamente (socios, administradores, acreedores, financiadores, etc.).

2.) Los acreedores deben estar más interesados en la propia relación que tengan con la sociedad en crisis (relación comercial, financiera o laboral), que en el hecho de obtener el pago de las obligaciones contraídas. Por lo tanto, deben ser sujetos activos en la recuperación de la empresa. Somos conscientes que aún sigue existiendo la idea de que los acreedores solamente están interesados en cobrar. Pero si colaboran en la recuperación de la sociedad, es posible que ellos también se beneficien de ello. Por lo tanto, no es tan descabellada la idea de colaboración conjunta.

3.) Se promueve las soluciones para la conservación de la empresa. Esto implica sacrificios de todos los usuarios relacionados y la colaboración entre partes.

4.) Se permite la autonomía de la voluntad y la flexibilidad en los acuerdos para adoptar mejor el instrumento de negociación al caso concreto. Se considera de más ayuda la flexibilidad que no la rigidez del sistema legislativo marcado en una norma.

5.) Los mejores administradores de la crisis son los propios deudores y acreedores, ayudados por un control imparcial sobre la legitimidad de los procedimientos, procurado por un Juez.

Con lo descrito en los anteriores puntos, podemos observar que en el régimen italiano se ha pasado de un sistema impuesto por el ordenamiento, dirigido al cese de la empresa y el pago de deudas, a un sistema que se basa en la concertación y la negociación²³⁸. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico italiano, para resolver una crisis (entendiendo que es antes de haber llegado a la quiebra) o como método de

²³⁸ Vid. CAIAFA, A., “Fresh money y posición de los trabajadores en derecho italiano” en *RDCyP*, n.º 22, 2015, p.330. El autor también opina el cambio evolutivo que ha realizado la norma italiana, pasando de ser un mecanismo neutral ante la crisis empresarial a intentar salvaguardar la actividad empresarial. Lo dispone de la siguiente manera: “*El legislador, de hecho, movido por la exigencia de deber tener presentes los cambios experimentados por la economía y habiendo abandonado la tendencia anterior a la neutralidad y a la indiferencia, ha centrado la solución en la opción circulatoria de la empresa o de ramas de actividad, hasta el punto de haber introducido normas claramente tendentes a facilitar la realización de operaciones traslativas de complejos empresariales, en un intento por asegurar no sólo el mantenimiento del valor, sino también la preservación de los niveles de empleo*”.

prevención de la misma, deudor y acreedores tienen dos modalidades de negociación²³⁹. Las pasamos a desarrollar a continuación:

a) Los “*accordi di risanamento dei debiti*” son planes de saneamiento certificados que se recogen en el art. 67.3.d) LF²⁴⁰. Este tipo de acuerdo es extrajudicial y permite al deudor realizar negociaciones con sus acreedores para superar una situación de insolvencia o prevenirla, sin intervención judicial y sin sometimiento a requisitos legales. Es decir, no cabe homologación judicial. Es la voluntad de las partes la que predomina en la forma y contenido de dicho acuerdo extrajudicial. Nuestro acuerdo de refinanciación básico del art. 71 bis.1 LC proviene de él.

El deudor y sus acreedores dejan constancia al Juez sobre que están realizando negociaciones. No se exige ninguna mayoría concreta en la LF. Por lo tanto, el deudor negociación el acuerdo con los acreedores que voluntariamente quieran adherirse, independientemente del porcentaje de pasivo que representen²⁴¹. Únicamente, para que pueda utilizarse dicho acuerdo, debe demostrarse mediante plan de viabilidad las posibilidades de saneamiento de la sociedad con problemas y debe existir informe de un experto que contemple, razonablemente, el saneamiento y reforma de la situación financiera de la empresa. El resto de forma, es decisión de las partes.

²³⁹ Vid. Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 50-52.; Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012 pp.135 y ss.

²⁴⁰ El texto original indica la intención del deudor de renegociar la deuda con sus acreedores para “equilibrar su situación financiera”: “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore*”.

²⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC), Propuesta de reforma legislativa, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010.p.93.

La doctrina²⁴² los expone como acuerdos especiales que dependen de la idoneidad que demuestren para poder ser utilizados. Nosotros entendemos que es un requisito obligatorio. Es decir, tal y como pasa con nuestros acuerdos, se debe exponer un plan de negocio que intente demostrar la posibilidad de recuperación. No obstante, entendemos que el plan no puede ser certero al cien por ciento, tal y como se explica en la caso español. Por lo tanto, se basa en una negociación para solucionar una insolvencia previa a la quiebra que permita reorganizar la situación del deudor.

En relación a la cobertura de protección, solamente existe protección ante acciones rescisorias²⁴³ de los actos, garantías y negocios estipulados en el acuerdo en caso de eventual concurso, sobre los acreedores que acepten el plan de negocio, También al igual que en nuestro acuerdo del art. 71 bis.1 LC. No obstante, también hay otra cobertura de protección durante la negociación. El art. 67.2.d) LF expone la exención de revocación²⁴⁴ de los actos constituidos sobre bienes del deudor, en ejecución de un acuerdo que parezca idóneo para propiciar el reflotamiento de la situación de crisis y asegurar el equilibrio de la situación financiera, para no perjudicar a este intento de mejora. Es decir, siempre y cuando se demuestre razonablemente que los actos pactados son necesarios y eficaces para el resurgimiento²⁴⁵ de la situación financiera dañada.

Así pues, se trata de un acuerdo privado con cobertura de protección de rescisión concursal, dirigido por la voluntad de las partes y con libertad de forma y contenido para solucionar la insolvencia.

²⁴² Vid. ARATO, M., *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, en Falimento, 2008, pp.1237 y ss.; Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 51, se expresa: “la protección especial se concede en la medida que el plan “resulte aparentemente idóneo para consentir el saneamiento de la exposición deduroa de la empresa y para asegurar el reequilibrio de su situación financiera”, sacado del art. 67.3.d) LF.

²⁴³ Vid. BONFATTI, S., ““Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”, AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità* en *Convegno Nazionale di Reggio Emilia*, 8 ottobre 2010, p.4, en link : <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf>”. El autor expone esta afirmación de la siguiente manera: “si coloca la “esenzione” dall'azione revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in funzione od in esecuzione di una procedura giudicata dalla nuova Legge fallimentare atta a prevenire , superare o sistemare adeguatamente la situazione di “crisi””.

²⁴⁴ Vid. FALCONE, G., *I piani di risanamento en Commentario Didone*, 2006, p.755 y ss.

²⁴⁵ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012 pp.138, la autora expone la cobertura mínima del “Accordi di risanamento”. Entendemos con esta obra la libre voluntad de las partes en su formación, puesto que no hemos encontrado descripción de estructura ni forma, salvo en el hecho de la necesidad de plan de negocio.

b) Los “*accordi di ristrutturazione*” son los acuerdos de reestructuración de deuda que se recogen dentro del articulado en el 182 bis LF²⁴⁶. Son contratos celebrados entre deudor y acreedores que sí deben cumplir una serie de requisitos con la intención de poder ser homologados judicialmente y resolver la insolvencia del deudor.

A diferencia del acuerdo comentado con anterioridad, el “*accordi di ristrutturazione*” debe obtener una mayoría de pasivo exigible de al menos el 60 por ciento de los créditos, ordinarios o privilegiados.²⁴⁷

Se encuentran sometidos a requisitos más estrictos que el anterior caso²⁴⁸, pero es un procedimiento sencillo²⁴⁹ de seguir. El acuerdo de inicia con la solicitud del deudor con problemas financieros que presenta ante el Juez una serie de documentación recogida en el art. 161.1.II LF (informe de circunstancias de la sociedad, informe de bienes y derechos de propiedad, entre otros) junto con el propio acuerdo de negociación, que debe contener nueva financiación o modificación de obligaciones y un plan de viabilidad. También la mayoría exigida de 60 por ciento de representación de pasivo exigible. Junto a esto, se adjunta informe de experto que certifique de la idoneidad del

²⁴⁶ El art. 182 bis .1 LF comienza así. “*L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini*”. Vid. TERRANOVA, G., *I nuovi accordi di ristrutturazione il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, en *Dir. Fall*, 2012, pp 2 y ss., en relación al “*accordi di ristrutturazione*”.

²⁴⁷ Expuesto en el art. 182 bis.1 LF: “*i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti*”. Asimismo, existen mecanismos para cumplir con los requisitos de mayoría, según comenta en obra autor en vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación* (DA 4.ª LC), Propuesta de reforma legislativa, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010, p.93. El autor expone tres: (1) sobre el cumplimiento del porcentaje exigido de mayoría debe pronunciarse el experto en su informe; (2) los acreedores no firmantes pueden oponerse a la homologación en caso de entrever incongruencias; (3) el Juez realiza control de legalidad sobre el cumplimiento de la mayoría.

²⁴⁸ GABRIELLI, E., “Soluzioni negoziali della crisi d'impresagli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione” en *Rivista di Diritto Privato*, ISSN 1128-2142, n.º. 4, 2011, pp. 559. Pese a que se trata de un acuerdo que tiene que cumplir unos requisitos más estrictos que en el caso del “*accordi di risanamento*”, el de “*ristrutturazione*” sigue siendo menos estricto que lo solicitado en el “*concordato preventivo*”. El “*concordato preventivo*” pretende el pago de las deudas completas mientras que el “*ristrutturazione*” las renegocia. Así opina autor cuando dice : “*La disciplina degli accordi di ristrutturazione, a differenza di quella del concordato preventivo vincola infatti esclusivamente i creditori aderenti all'accordo, non incidendo in alcun modo, sotto un profilo quantitativo né tanto meno qualitativo, sulle ragioni dei creditori estranei ai quali dovrà essere pertanto assicurato l'integrale pagamento del loro credito.*”

²⁴⁹ CASTIELLO D'ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y *fresh money* en Derecho italiano” en *RDCP* núm. 15/2011, p.34 y ss.

acuerdo. Una vez el Juez realiza la homologación, el acuerdo se publica en los registros públicos y los acreedores que quieran oponerse tienen la posibilidad.

Es importante que el plan de viabilidad que se adjunte en el acuerdo pueda asegurar el pago de los créditos de acreedores disidentes, puesto que esto evitará las ejecuciones singulares de los mismos, que pueden provocar la revocación del acuerdo. Por tanto, a diferencia del “*Accordi di risanamento*” que no revisa los intereses de los acreedores disidentes, el “*accordi di ristrutturazione*” sí lo hace.²⁵⁰

Una vez se realice las negociaciones entre deudor y acreedores, se consiga el porcentaje necesario de mayoría y se tenga el plan de viabilidad corroborado por un profesional, el Juez verificará la concurrencia de los requisitos necesarios y pasará a homologar la negociación estipulada.

Como podemos observar, los requisitos de forma y contenido son muy similares a nuestros acuerdos de refinanciación del art. 71 bis.1 LC y también del homologado de la DA 4.ª LC. De hecho, este es el antecedente directo de nuestro acuerdo homologado como tal.

En dicha categoría es importante destacar la posibilidad de introducir el privilegio del “*fresh money*”²⁵¹ a la nueva financiación bancaria acordada, teniendo en cuenta que no deja de ser un incremento de riesgo el acreedor profesional, siendo una situación de insolvencia. Es de este tipo de acuerdo del que el régimen español extrajo la idea del dinero nuevo.

La cobertura de protección es mayor al caso del acuerdo de saneamiento. En primer lugar, el deudor queda protegido desde el momento que se homologa el acuerdo frente a acciones ejecutivas y cautelares singulares de acreedores insatisfechos y ante un posterior concurso de acreedores. En segundo lugar, los acreedores disidentes y el cobro de sus créditos quedan vinculados al acuerdo homologado estipulado entre deudor y

²⁵⁰ Vid. BONFATTI, S., “La disciplina dell’azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa” en obra del mismo autor y AA.VV., *La disciplina dell’azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei fallimenti immobiliari*, Milán, 2005, pp.139 y ss. Y del mismo autor sobre los acuerdos extrajudiciales también “Il sostegno finanziario dell’impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”, AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa: opportunità e responsabilità* en *Convegno Nazionale di Reggio Emilia*, 8 ottobre 2010, en link : <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf>

²⁵¹ Vid. CASTIELLO D’ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y *fresh money* en Derecho italiano” en *RDCP* núm. 15/2011.

algunos de los acreedores. En tercer lugar y último, la protección tanto a acreedores que se acogen al acuerdo como a los disidentes, en caso de que fracase el acuerdo constituido y se produzca un eventual concurso de acreedores, se prevé que todo acto, pago o garantía constituida dentro del acuerdo fallido queda sustraído al ámbito de las acciones revocatorias.²⁵²

Como ya hemos comprobado, la ley italiana se inspiró en las bases comunitarias y en el ordenamiento jurídico norteamericano para reformar su normativa y consagrar la idea de prevención y conservación por encima del interés de los acreedores de liquidación y cobro de créditos.

Ya no se trata simplemente de cuidar los intereses de los acreedores para que puedan cobrar sus créditos. Ahora, son los mismos acreedores los que deben intentar respaldar y colaborar con el deudor para sanear la situación. El objetivo ha cambiado y ha dado paso a la prioridad de salvaguardar la actividad empresarial e incluso a la empresa y el empresario cuando sea viable.²⁵³

Por lo tanto, se ha pasado de una época donde los acreedores habían adquirido una posición pasiva de interlocutores del deudor en la realización de un acuerdo en donde se les informaba de la voluntad de querer negociar y reestructurar, a una actualidad en la que deben colaborar con el deudor para conseguir salir beneficiados en ambas partes. El régimen italiano prospera en situación de precurso con la aplicación de sus acuerdos. No obstante, de la misma manera que ocurre con nuestro propia LC, la normativa deberá ir evolucionando según la necesidad de las empresas.

²⁵² Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012 p.138

²⁵³ Vid. PACCHI, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica), La solución dictada por el legislador italiano” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. *Aranzadi Thomson Reuters*, Madrid, 2014, p.253 y ss.

4. El acuerdo de “*conciliation*” y el acuerdo de “*sauvegarde*” en el derecho francés

El derecho francés²⁵⁴ tradicionalmente ha ofrecido soluciones para la conservación de la empresa desde 1985 con la puesta en vigor de la Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984²⁵⁵, sobre la prevención y el arreglo amistoso y la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985²⁵⁶ sobre el restablecimiento y la liquidación judicial de las empresas.

Previo a 1985 solamente existía un derecho concursal utilizado para que los acreedores cobraran y el deudor quedara como culpable de la crisis. Lo más significativo que encontramos es que el método concursal solamente se iniciaba en situación de insolvencia. Es decir, si no se actuaba cuando se observaba una inminente insolvencia y menos cuando hubieras indicios, significa que no se tenía margen para poder solucionar la crisis a tiempo.

Así es, desde la anterior fecha en este ordenamiento jurídico su objetivo principal no son los intereses de los acreedores sino que lo es la conservación de la empresa en apuros, También en 1985 se comenzó a desarrollar un derecho preconcursal para dar soluciones rápidas, que incluía instrumentos denominados alertas (“*alertes*”). El precurso de entonces ofrecía el denominado “*règlement amiable*”²⁵⁷, que traducimos como arreglo amistoso.

²⁵⁴ Sobre el espacio concursal y preconcursal francés Vid. PÈROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 209 y ss.; del mismo autor, “El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas” en *RCP*, 2008, p.80. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, p.46-50.

²⁵⁵ Vid. Loi n.º 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF*

²⁵⁶ Vid. Loi n.º 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, en *JORF*

²⁵⁷ Este tipo de procedimiento por entonces ya pretendía alertar de la necesidad de actuar cuando se vieran ciertas señales. Se trataba de un modelo para negociar deuda de manera extrajudicial que pretendía salvaguardar en periodo anticipado. De interés por este tema la siguiente tesis doctoral: BACHLOUCH, S., (autor); FAGES, M.B. (dir.), *La prevention et le reglement amiable des difficultes des entreprises en droit compare franco-marocain*, en Université Paris-est 2013 en web: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00846693/document>, p.223: “Selon le législateur de 1984, la prévention des difficultés des entreprises devait passer en premier lieu par la sensibilisation des chefs d’entreprises, notamment par l’obligation d’établir des comptes prévisionnels et par le dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal. C’était une manière de préparer les dirigeants d’entreprises à une prise de décision avant qu’il ne soit trop tard. En outre, la loi a prévue le déclenchement d’une procédure d’alerte interne, par le commissaire aux comptes, par le comité d’entreprise et aussi par les associés et actionnaires.”

El “*règlement amiable*” consistía en una negociación entre deudor y acreedores para intentar solventar el problema. Consistía en un acuerdo confidencial y de naturaleza contractual que concluía con la presencia de un conciliador designado por Juez.

En 2005 se pone en vigor la Ley de 26 de julio de 2005²⁵⁸ para la salvaguarda de las empresas. El derecho francés actual parte de la base de esta norma. Mantiene los objetivos de salvaguarda y prevención de la antecesora pero presenta mejores herramientas tanto concursales como preconcursales. Asimismo, el Código de Comercio Francés (“*Code de Commerce*”²⁵⁹) también ha sufrido modificaciones en relación a la materia de prevención y se ha recogido el acuerdo de conciliación (“*conciliation*”) en él²⁶⁰.

Por lo tanto, respecto a las herramientas preconcursales, existen dos principales: la conciliación (“*conciliation*”) y la salvaguardía (“*sauvegarde*”).

Los instrumentos que mencionamos comparten tres características. En primer lugar, ambos acuerdos de negociación tienen intervención del órgano judicial, pero en distinto nivel. En segundo lugar, ambos se utilizan para la conservación de la empresa. Por último, tienen una naturaleza preconcursal, es decir, que quiere evitar la apertura del concurso y su tramitación.

²⁵⁸ Vid. LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, en *JORF*

²⁵⁹ Vid. Loi n° 15-95 formant le Code de commerce (promulguée par Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1 août 1996)). A partir de ahora nos referiremos a él como C.com.F.

²⁶⁰ La Ordenanza 2014/326, de 14 de marzo de 2014, que modificó el “*Code du commerce*”, reforma entre otras cosas el sistema de acuerdo de conciliación extrajudicial. La reforma introduce una nueva lectura del art. L. 611-7 sobre acuerdo de conciliación. Vid. FERNANDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España Madrid, 2010, pp. 68-84. El autor defiende el régimen preconcursal francés como manera de prevención. Considera que no cabe duda sobre que en el acuerdo de conciliación francés existe una finalidad preventiva de la declaración judicial de la insolvencia.

a) El acuerdo de conciliación, como ya pasaba con su antecesor de 1984, consiste en una negociación extrajudicial entre deudor y acreedores para solventar la crisis que les afecta. Se recoge en el C.Com.F. en los artículos L611-1 a L611-16²⁶¹. Es de naturaleza contractual, en el que interviene un conciliador designado por el Juez para mediar entre las partes y de carácter confidencial.²⁶² Este tipo de acuerdo puede concluir en una negociación privada entre deudor y acreedores o en un acuerdo homologado. Por lo tanto, es un tipo de acuerdo híbrido que puede comenzar como un negocio contractual entre partes y finalizar en la judicialización del mismo (arts. L 611-9 y L 611-10 C.Com.F.). Quien solicita el inicio del acuerdo es el deudor, quien expone su condición económica, sus necesidades financieras y los medios de los que dispone para negociar²⁶³.

En relación a los requisitos necesarios para la formación del mismo:

1.) El deudor puede ser persona física o jurídica.²⁶⁴

²⁶¹ Dentro del cuerpo normativo C.Com.F. se localiza en el Libro VI, Título I, Cap. II.

²⁶² Vid. art. 611-2.I. C.Com.F. que dice que cuando por motivo de alguna prueba se sepa que una sociedad está atravesando dificultades susceptibles de comprometer la continuidad de la actividad empresarial, el presidente del tribunal de comercio podrá convocar a sus dirigentes para que se tomen las medidas oportunas para subsanar la situación. Sobre la conciliación francesa vid. PÉROCHON, F., “La prevención de las crisis en derecho francés” en *RDCP*, 15/2011, p.512.

²⁶³ Expuesto así en el art. L 611-4 C.Com.F.: “*Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.*”

²⁶⁴ En el art. L 611-5 C.Com.F. se recoge esta afirmación y de la siguiente manera: “*La procédure de conciliation est applicable, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.*”

2.) El deudor debe comunicar al Juez de lo mercantil que quiere iniciar una conciliación con sus acreedores a tiempo, para que le designe un mediador.²⁶⁵ Si no informa de su situación y de sus intenciones de negociar y, posteriormente, va al procedimiento de liquidación, puede correr riesgo de sanción por parte de los tribunales.²⁶⁶

3.) Es necesario que se demuestre²⁶⁷ la situación de crisis existente o que se vaya a producir. Interpretamos que se habla de insolvencia reciente o inminente insolvencia, pero que aunque no se haya producido aún, se prevea que pase y que provocará un grave problema económico-financiero.

4.) La conciliación puede realizarse en estado de inminente insolvencia, que consideramos que es lo más eficaz, y en estado de insolvencia firme. Sin embargo, la norma francesa en su art. 611-4 C.Com.Franc. dice que debe ser una insolvencia reciente, no más de 45 días desde el inicio de dicho estado.²⁶⁸ De hecho, en este periodo el deudor puede iniciar la conciliación o procedimiento concursal.²⁶⁹

²⁶⁵ En el art. L 611-6 C.Com.F. se expresa que el deudor pondrá en conocimiento de Juez su necesidad de negociar por falta de liquidez para cumplir con sus obligaciones.

²⁶⁶ Al parecer hay disparidad de opiniones entre la doctrina y los tribunales sobre la sanción o no al deudor en caso de posterior liquidación. Por un lado, hay tribunales que han sancionado al deudor por considerar falta no pedir la conciliación y que después se inste procedimiento de liquidación. Vid. RUBELLIN, P., *Ne pas demander une procédure volontaire est-il constitutif d'une faute de gestion?*, Por otro lado, doctrina considera que el hecho de iniciar las negociaciones mediante el acuerdo de conciliación no es lo que se puede considerar falta sino que el deudor no hubiera declarado su estado de insolvencia Vid. PÉROCHON, F., "Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores" en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p.212.

²⁶⁷ Así lo indica la norma en el art. L 611-2.I. C.Com.F. cuando indica: "*Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.*"

²⁶⁸ Así se expresa en el texto normativo cuando se dice: "*une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours*".

²⁶⁹ Sobre este tema, autor afirma: "*La insolvencia (...) es el criterio tradicional de apertura de los procedimientos concursales; se trata siempre de la imposibilidad para el deudor de hacer frente con su activo disponible a su pasivo exigible*" Vid. PÉROCHON, F., "Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores" en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pie de página n. 12, p.213.

5.) El plazo para la realización de la conciliación es de cuatro meses con posibilidad de ser ampliado un mes más, es decir, cinco meses en total.²⁷⁰ En el caso que hubiera más de una conciliación relacionada con el mismo supuesto de hecho, debe haber una separación de tres meses entre el transcurso de las mismas.

Una vez se cumpla con los requisitos, el conciliador designado tiene que favorecer la intención de realizar un acuerdo de conciliación entre el deudor y sus principales acreedores. El conciliador debe tener toda la información necesaria por parte del deudor y del estado de la empresa. Asimismo, deberá ir informando al Tribunal de los avances realizados (art. L 611-6)²⁷¹. La conciliación termina cuando se consigue el acuerdo o cuando se finaliza el periodo establecido para ello (art. L 611-7 LC). Sabemos que durante el proceso de conciliación existe un plazo de cinco meses máximo para la creación del acuerdo.

Sin embargo, queremos destacar la posibilidad sobre que el acuerdo de conciliación iniciado con conciliador dentro de su plazo, puede ir precedido por un “mandato previo” en el que ya hubieran comenzado las negociaciones.²⁷² Por lo que hemos entendido, el mandatario comenzará a establecer las bases de la negociación entre deudor y acreedores antes de que comience el periodo de máximo cinco meses para formalizar el acuerdo de conciliación. Por lo tanto, entendemos que se trata de una oportunidad de anticipación que permite el Tribunal. Creemos que de lo que se trata es que dicho Tribunal que nombra a mandatario puede presentar documentación previa a la

²⁷⁰ En la norma francesa se indica en el art. L 611-6 C.Com.F. :”*El procedimiento de conciliación es abierto por el presidente del tribunal que designa un conciliador por un periodo no mayor a 4 meses.*”

²⁷¹ Vid. FERNANDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España Madrid, 2010, p.77 y ss.

²⁷² Dicha afirmación se extrae de lo expuesto en art. 611-3 C.Com.F. cuando indica lo siguiente y de donde realizamos interpretación: “*Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc. La décision nommant le mandataire ad hoc est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné. Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas. Le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire ad hoc*”; y de opinión de autor en PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pie de página n. 12, p.214. El autor expresa que como el plazo de establecer la conciliación “*es un poco corto*”, indica “*la conciliación puede ser precedida de un mandato ad hoc cuya duración no tiene límite*”.

solicitud de conciliación, que ha estado recopilando dentro de su permiso “*ad hoc*”. Con ello, se consigue mayor margen de actuación.

Si bien tiene lógica el poder comenzar a trazar unos objetivos para solucionar la crisis, el ordenamiento español no contempla nada sobre planes precedidos. Entendemos que la empresa que pueda realizar dichos avances antes de comunicar al Juez la intención de negociar con sus acreedores, lo hará, simplemente, para comenzar la negociación con un escenario preparado. Por lo tanto, se trata de una anticipación que consideramos podría ser también introducida en nuestros acuerdos de refinanciación. De esta manera, obtendríamos mayor margen de tiempo para preparar el acuerdo de refinanciación.

Así pues, el legislador francés facilita la negociación y formación del acuerdo. También lo hace en relación a la solicitud de concurso de acreedores. Como ya ocurre en nuestro ordenamiento jurídico en referencia a nuestros acuerdos de refinanciación, durante el proceso de conciliación, no se puede iniciar un procedimiento concursal contra el deudor. En este caso, no hay diferencia con nuestro propio acuerdo de refinanciación.

Asimismo, es destacable mencionar que el deudor sigue administrando sus acciones pero también debe seguir cumpliendo con sus obligaciones (art. L 611-6 C.Com.F.), salvo que pueda beneficiarse de un periodo de carencia negociado y limitado a dos años con acreedor concreto. En este caso, el legislador francés vuelve a ayudar explicando en norma²⁷³ que no se trata de que lo realice con todos y suspenda toda obligación constituida. Será el Juez de lo mercantil quien lo permita cuando lo estime oportuno y en los supuestos que considere.

El contenido del acuerdo es libre. Se trata de un acuerdo de derecho privado que se rige por las normas contractuales²⁷⁴. La voluntad de las partes lo rige. Normalmente, el contenido son plazos de pago y a veces condonaciones de acreedores que lo permiten.

²⁷³ Observamos en el art. L611-7, párrafo quinto C.Com.F.: “*Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. Dans ce cas, le créancier intéressé est informé de la décision selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.*”

²⁷⁴ Vid. LE CORRE,P.M., *Droit des entreprises en difficulté*, ed. Dalloz, 2015, p. 163 y ss. Y del mismo autor “Le privilège de la conciliation ” en *Gazette du Palais. Recueil bimestral*, ref.: ISSN 0242-6390, ed. Dialnet, vol. 134, nº. 1, 2014,p.33 y ss.

También puede consistir en dinero nuevo con o sin garantías vinculadas, entre otras medidas.

Como hemos mencionado anteriormente, el acuerdo puede quedarse como negocio privado entre partes o homologarse. Por un lado, un acuerdo de conciliación de tipo constatado, que significa que el Juez comprueba y da fe de la creación del mismo, pero que no se publica para promover la discrecionalidad y tampoco es recurrible. Es confidencial. Suele ser el más común, ya que a nivel empresarial no interesa exponer los problemas financieros. Por otro lado, el acuerdo de conciliación que se homologa (arts. L 611.9 y L 611-10 C.Com.F.).

Si se solicita la homologación del acuerdo, la norma²⁷⁵ exige que deba haber desaparecido el estado de insolvencia, el contenido del acuerdo debe permitir la continuidad de la actividad empresarial y asegurar que no se lesionan los intereses de los acreedores no firmantes.

El acuerdo de conciliación homologado tiene muchas similitudes con nuestro acuerdo homologado de la DA 4.ª LC, en relación a protección del deudor para con los acreedores disidentes. Según opinión de autor²⁷⁶, la protección que tiene el deudor en el acuerdo de conciliación francés es de las más fuertes que existen entre los acuerdos preconcursales de derecho comparado. Por un lado, porque de lo que se explica en el art. L 631-5 y L 640-5 C.Com.F., los acreedores no firmantes no puede iniciar solicitud de concurso de acreedores mientras exista un procedimiento de acuerdo de conciliación abierto. Por otro lado, porque se permite al deudor la facultad de solicitar al Juez la concesión de ciertos beneficios judiciales de aplazamiento de pagos de los créditos de los acreedores no firmantes en un acuerdo de conciliación consolidado (art. L 611-7 C.Com.F.).

²⁷⁵ Así queda expresado en el art. L 611-8.II C.Com.F. : *“Toutefois, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies :1° Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;2° Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;3° L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.”*

²⁷⁶ Vid. FERNANDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España Madrid, 2010, p.79.

Asimismo, también se protege a los bienes necesarios para la negociación mediante la suspensión de ejecuciones sobre los bienes (art. L 611-10-1 C.Com.F.²⁷⁷)

En caso de incumplimiento de la conciliación, el tribunal decidirá la resolución pertinente según cada caso concreto y el tipo de incumplimiento (art. L611-10-3 C.Com.Franc.), que conducirá a la desaparición de las condonaciones pactadas y los plazos novados al deudor, permaneciendo las garantías, según la doctrina²⁷⁸, puesto que la jurisprudencia no se ha pronunciado aún.

En caso de que se llegue a un acuerdo de conciliación, se producirá una serie de efectos. Los efectos pueden ser positivos o negativos, según se cumpla con lo acordado, o negativo en caso de que no.

El acuerdo de conciliación francés es una herramienta de negociación bastante utilizada en Francia. No obstante, sigue siendo mayoritario el uso del procedimiento concursal²⁷⁹, tal y como ocurre en nuestro propio régimen español.

b) El procedimiento de salvaguarda es una herramienta para ofrecer una oportunidad de seguimiento y recuperación de la empresa en crisis. Se recoge en los artículos L 626-1 a L 626-35 del C.Com.F. del capítulo VI titulado con el nombre de “*Du plan de sauvegarde*”. Procedimiento judicial y voluntario, inspirado en el “*Chapter 11*” norteamericano²⁸⁰. El deudor se pone en manos del tribunal para reorganizar su empresa dentro del marco de un plan de salvaguardia que el deudor inicia para, posteriormente, aportar al tribunal.

El procedimiento comienza con un periodo denominado de “observación” de unos meses que van entre cuatro y seis hasta doce o trece en la práctica, durante el que

²⁷⁷ Vid. Art. L 611-10-1 C.Com.F. “*Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet*”.

²⁷⁸ Vid. PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 216.

²⁷⁹ Vid. PÉROCHON, F., *Entreprises en difficulté* ed. LGDJ, Lextenso, 2014., p.346

²⁸⁰ Opinión extraída de la obra Vid. PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 220.

el deudor no puede cumplir con el pago de los créditos pero tampoco puede ser perseguido por los acreedores ni hacer actos graves sin permiso del Juez.²⁸¹

Durante dicho plazo, el deudor ayudado por un administrador, elabora un plan de rescate en el que se debe explicar la manera de mantener de forma completa o parcial la actividad empresarial y las obligaciones contratadas con los acreedores.²⁸²

Una vez el deudor presente al tribunal el plan de negocio, el último consultará con los acreedores sus opiniones sobre el plan. La consulta se realiza a cada acreedor de manera individual y se le ofrece una propuesta. Por ejemplo, el deudor puede proponer pagar un sesenta por ciento de cada crédito en cinco plazos, el doce por ciento cada año.

Los acreedores deben dar una respuesta a si se acogen o no al acuerdo y si no la dan en un plazo de un mes, supone que es un consentimiento tácito (art. L 626-5.2 C.Com.Franc.).

Una vez se realizan las negociaciones con los acreedores y se estudie las contestaciones de éstos, el tribunal aprobará el plan y determinará la manera de pago de los acreedores acogidos al mismo.²⁸³

En 2014 se introdujo la novedad extraída del derecho americano sobre que los acreedores también podían colaborar con un plan y plantearlo al deudor.

El tribunal homologa el plan siempre y cuando lo considere apropiado.

Por otro lado, en el derecho francés también existe otro mecanismo de prevención. No se trata de un acuerdo para negociar la deuda, pero sí está relacionado con la prevención. Consiste en unas señales o alertas para anticiparnos a la crisis. El legislador francés recoge en los arts. L 234-1 a L 234-4 C.Com.F.²⁸⁴ un procedimiento de aviso de alerta de crisis a nivel interno de la empresa y a nivel externo denominado “*procédure d’alerte*”. Sin embargo, cabe decir que es incompatible con los instrumentos

²⁸¹ Así lo estipula el art. L 626-1 C.Com.F. cuando dice: “*Lorsqu’il existe une possibilité sérieuse pour l’entreprise d’être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d’observation. Le plan de sauvegarde comporte, s’il y a lieu, l’arrêt, l’adjonction ou la cession d’une ou de plusieurs activités.*”

²⁸² En la sección I. del capítulo VI, arts. L 626-2 a L 626-8 C.Com.F., se estipula la elaboración del plan iniciándose según dispone el art. L 626-2 C.Com.F.: “*Au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental, le débiteur, avec le concours de l’administrateur, propose un plan, sans préjudice de l’application des dispositions de l’article L. 622-10.*”

²⁸³ La sección II, del capítulo VI lo recoge del art. L 622-9 al 626-28 C.Com.F.

²⁸⁴ Vid. en el cuerpo normativo del C.Com.F., Cap.IV titulado: “*De la procédure d’alerte*”.

preconcursoales de “*conciliation*” y “*sauvegarde*”²⁸⁵. El sistema se desarrolla en cuatro fases y recoge la presencia de hechos susceptibles de comprometer la continuidad de la empresa. La finalidad es predecir una posible crisis mediante la observación y el estudio de señales que se consideren peligrosas para la continuidad de la actividad empresarial. El aviso de alerta puede ocurrir mediante intervención interna en la empresa, por el “*commissaire aux comptes*” (auditor de cuentas); por el comité de empresa; por los propios socios. También por intervención externa y de oficio por el presidente de Tribunal de Comercio o por los “*groupements de prévention agréés*”²⁸⁶.

El procedimiento de utilización consiste en un anuncio interno en la empresa por el sujeto que detecte el problema al resto de niveles de responsabilidad de la empresa, de forma confidencial con el fin de buscar una solución.

Por ejemplo, el auditor interno de la empresa detecta una señal de alerta e informa al consejo de administración de la empresa o al director. En caso de no obtener respuesta o no ser argumentada, el auditor pasaría a comunicar el problema al comité de empresa, convocando una reunión²⁸⁷. Si todavía continúa comprometida la continuidad de la sociedad, el tercer nivel pararía a ser a modo externo de la empresa y ya no confidencial y se realizaría un informe a los socios²⁸⁸. Finalmente, si las soluciones que adopten los socios no son suficientes, el auditor pondría en conocimiento de la situación al presidente del tribunal de comercio para que estime opciones²⁸⁹.

²⁸⁵ Así lo dispone en L234-4 C.Com.F.: “*Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants conformément aux dispositions des titres Ier et II du livre V*”.

²⁸⁶ Asociaciones profesionales que tienen la finalidad de prevenir crisis en empresas.

²⁸⁷ El procedimiento se recoge en el art. L 234-1 C.Com.F.: “*Lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le président du conseil d'administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat (...)*. Sobre este tema también hemos consultado obra vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC), Propuesta de reforma legislativa, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010,p.71 y 72.

²⁸⁸ Vid. Art. 234-2 C.Com.F. primer párrafo: “*Dans les autres sociétés que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes demande au dirigeant, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, des explications sur les faits visés au premier alinéa de l'article L. 234-1*”.

²⁸⁹ Vid. Art. 234-2 C.Com.F. , último párrafo: “*A défaut de réponse du dirigeant ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite, par un écrit dont la copie est envoyée au président du tribunal de commerce, le dirigeant à faire délibérer sur les faits relevés une assemblée générale convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat.*”

Por lo tanto, la legislación francesa se ha esforzado en crear mecanismos de prevención y, además, procedimiento de detección de alertas que puedan poner en peligro la viabilidad de la empresa.

5. El cambio normativo de los legisladores. La idea de la prevención

Después de estudiar los diferentes ordenamientos jurídicos expuestos en el presente capítulo, hemos comprendido que la manera de legislar en la actualidad ha ido evolucionando y cada vez más se valora que se regule métodos de prevención para evitar en mayor medida los escenarios de crisis. Asimismo, nos hemos dado cuenta que los legisladores utilizan una serie de ideas iniciales para crear nuevas regulaciones:

En primer lugar, están creando instrumentos que se encuentran disponibles para el deudor y los acreedores desde el primer indicio de crisis y sin tener que estar ligado, necesariamente, al estado de insolvencia. Deudor y acreedores deben colaborar de manera activa en el momento que se observen indicios anormales en la economía de la empresa.

En segundo lugar, los legisladores quieren que los deudores sigan siendo los administradores de su deuda cuando se está intentando negociar la misma y no desean apartar al empresario de su propio problema. No se puede olvidar que el deudor es el primer interesado en obtener mejoras y, además, será el que mejor conozca la empresa, la situación presente y los motivos que han llevado a la crisis o inminente crisis.

En tercer lugar, otorgan más responsabilidades al deudor y a los acreedores afectados, reduciendo así el papel del Juez como gestor de la crisis. De esta manera, se otorga más valor a la fase extrajudicial. Se intenta desjudicializar una situación para dar mayor libertad a las partes a negociar.

En cuarto lugar, incluyen la intervención de profesionales imparciales para conocer la situación de la empresa y para estipular los planes de negocio necesarios. El hecho que un deudor conozca su empresa y el motivo de las deudas, no significa que deba entender de reorganización. Asimismo, se considera que un experto imparcial en el tema puede aportar mayores conocimientos y, a su vez, estudiar la situación de forma más objetiva. Por tanto, la ayuda de expertos independientes e imparciales aportará una solución razonable al tener experiencia en estos casos. Buscarán oportunidades creíbles con mayor facilidad por no estar implicados en la crisis. Consideramos que esto último

es importante destacarlo. No es solamente falta o no de conocimientos. Cuando la situación es ajena, se puede considerar opciones más amplias por no estar vinculado emocional ni económicamente.

En quinto lugar, insisten en la protección de las operaciones llevadas a cabo dentro de los mecanismos preconcursales. No es posible que se haga un esfuerzo por conseguir un acuerdo, independientemente de que los apoyos sean más o menos, y que en caso de existir eventual concurso, los pactos conseguidos en la negociación previa desaparezcan. Debe existir cobertura de protección.

Por todo lo anterior expuesto en el presente punto, insistimos, cada vez más, en los ordenamientos jurídicos se refleja la idea sobre que el objetivo ya no es ayudar a los acreedores a cobrar sus créditos. En efecto, la finalidad debe ser prevenir con los parámetros que sean necesarios la crisis y una vez detectado, luchar por la conservación de la actividad empresarial. Para ello, y siguiendo la opinión²⁹⁰ de autora, la norma debe ser el arma para organizar la colaboración entre deudor y acreedores y que lleguen a un acuerdo que no sólo beneficie al cobro de los créditos sino que procure la continuidad de la actividad empresarial.

²⁹⁰ Vid. PACCHI, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica), La solución dictada por el legislador italiano” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p.271.

CAPÍTULO III. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACION ACTUALES COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN DE INSOLVENCIA

1. Interpretación del significado de los acuerdo de refinanciación

A día de hoy, se han conocido varias reformas legislativas que introducían el concepto de acuerdo de refinanciación. Existe una situación importante de reglamentación jurídica de la insolvencia del deudor frente a la pluralidad de acreedores que se está recogiendo progresivamente²⁹¹ en una normativa más amplia.

Con cada reforma de la LC, se van introduciendo matizaciones en relación a la situación de insolvencia debido al contexto de crisis económica y al alto crecimiento de declaraciones de concurso y de reconocimiento de situaciones de problemas económicos. Por este motivo, existe la necesidad de reforma constante hasta ver resultados.²⁹²

Los acuerdos de refinanciación se incluyeron de forma legal y expresa por primera vez en ámbito concursal dentro del RDL 3/2009. La definición²⁹³ se añadía dentro de la DA 4.ª LC. En dicha norma, se definían como acuerdos de refinanciación de deuda los alcanzados por el deudor y sus acreedores en virtud de los cuales se procedía al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, por medio de la prórroga del vencimiento o establecimiento de unas nuevas en sustitución de las existentes, acompañados de plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad económica a corto o medio plazo.

²⁹¹ Recordemos que hasta la fecha del presente estudio hemos visto siete reformas en tema preconcursal en el capítulo 1 del presente trabajo.

²⁹² Dicha afirmación es una interpretación nuestra debido a la evolución que hemos visto hasta el momento de la norma y a lo expuesto en los preámbulos de las reformas estudiadas en el capítulo I del presente trabajo. En tales preámbulos, hemos estudiado la intención del legislador de realizar mejorar al espacio preconcursal para ayudar a las sociedades a sanear sus deudas.

²⁹³ Recordemos que la definición que se exponía sobre acuerdos de refinanciación dentro de la DA 4.ª LC de la reforma realizada por el RDL 3/2009 decía así: “*tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o 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. 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*”

Como anteriormente se comenta en el Capítulo I²⁹⁴ del presente trabajo, dicha definición producía problemas de interpretación. Un ejemplo era la variedad de interpretaciones en relación a “ampliación significativa del crédito”. Con dicha definición era difícil tener un concepto claro. No obstante, creemos que lo que se quiso fue exponer un conjunto de ideas. La intención del legislador era hacer entender el motivo de creación de los acuerdos, pero de manera muy abstracta.

Sin embargo, más que una definición, lo que ofrecía tal DA 4.ª LC en 2009 era un reconocimiento de la herramienta dentro de la LC, que posteriormente se iría actualizando con las reformas. Por ello, veremos a continuación como muchos autores coinciden en la idea de que la legislación de la preconcursalidad se ha realizado con “mala técnica legislativa”²⁹⁵. De hecho, existe variedad de opiniones en referente al significado de los acuerdos de refinanciación.

En primer lugar, existe la opinión²⁹⁶ sobre que las refinanciaciones son una modalidad de lo que se conoce a nivel más amplio como reestructuraciones empresariales y que junto a las mismas conviven las reestructuraciones operativas. Es decir, su definición parte de una base societaria y no concursal, puesto que considera que la negociación es la reestructuración de una oferta y una demanda en el escenario de la productividad de la empresa. El autor no contempla la negociación de manera financiera sino más bien reestructura a nivel operativo la propia sociedad en apuros para disminuir las pérdidas.

En segundo lugar, otra opinión de autor distinto²⁹⁷, considera que son las operaciones de refinanciación preconcursales aquellas que se producen en una situación

²⁹⁴ Vid. CAP.I.2.titulado: *Real Decreto-Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Primer rasgo del precurso*

²⁹⁵ Vid. CANDELARIO MACIAS, M.I., *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.51.La autora describe como “auténtica maraña” al referirse al ámbito de la preconcursalidad, por la cantidad de reformas realizadas y cambios que no acaban de organizar la herramienta en cuestión.

²⁹⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales” en *RDCyP*, núm. 16, 2012, p. 121. El autor explica que mientras que las reestructuraciones financieras sirven para reestructurar el pasivo financiero y para corregir los desequilibrios financieros que se pueden producir en el desarrollo de una actividad, las reestructuraciones operativas tienen por objeto principal adaptar la oferta productiva de la empresa a la demanda que de sus bienes o servicios hace el mercado, corrigiendo las deficiencias contractuales que pueden impedir que se supere el umbral de rentabilidad. El significado para este autor se decanta por la vertiente contractual y societaria más que por la concursal.

²⁹⁷ Vid. CARRO ARANA M., SOUSA FERNÁNDEZ. F., “Los Acuerdos de refinanciación de empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procedimientos concursales”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*, núm. 327, junio 2012, pp. 153 y ss.

temporal anterior a la declaración de concurso de acreedores y se denominan de refinanciación porque atienden a modificaciones de la financiación preexistente a la declaración concursal. En este caso, predomina para la definición el periodo de tiempo en el que se utiliza la herramienta de negociación y también la variación de obligaciones ya constituidas con anterioridad.

En tercer lugar, PULGAR EZQUERRA²⁹⁸ los describe como acuerdos de refinanciación que el deudor común que se encuentre en situación de inminente o actual insolvencia económica, pueda alcanzar con sus acreedores, siempre y cuando el contenido del acuerdo contemple un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional en corto o medio plazo. Y añade, al que se puedan añadir otros contenidos que permitan la reestructuración empresarial sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes. Consideramos que esta es la definición más estricta de las que estamos detallando, ya que es la más similar a la que ofrece el propio legislador. No ofrece ningún matiz personal. Simplemente, define lo ya definido en norma.

En cuarto lugar, AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J.²⁹⁹, consideran acuerdo de refinanciación a los alcanzados por deudor y sus acreedores en virtud de los cuales se puede proceder al menos a la ampliación significativa de crédito disponible o la modificación de obligaciones, bien mediante prórroga de plazo de vencimiento o estableciendo nuevas en sustitución de las anteriores. Para los autores, el hecho de realizar acuerdo bilateral y la modificación de obligados es lo que define a la herramienta preconcursal.

En quinto lugar, CANDELARIO MACIAS³⁰⁰ considera que la delimitación del concepto viene determinada por el contenido material de dichos acuerdos, que pueden

²⁹⁸Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.3.

²⁹⁹Vid. AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, nº. 7161, sec. tribuna, abril, 2009, p.4. Es la definición inicial de la reforma de 2009, que se puede extraer de los preceptos expresados. Según tal redacción, interpretan no necesario la modificación “significativa” de las obligaciones pero sí de la ampliación de crédito disponible. Aún entonces no se habló de “fresh money” tampoco. No se creía en el otorgamiento de crédito por acreedores. No entraban dentro de la definición para dicho artículo, según los autores, las operaciones de reestructuración de deuda de empresas mediante dación en pago o capitalización de deuda a menos que se ampliara el concepto de ampliación significativa de crédito disponible o modificación de obligaciones.

³⁰⁰ Vid. CANDELARIO MACIAS, M.I., *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.52.

variar entre ellos, pero que se puede observar que prevalece un contenido común. Considera que el contenido de un acuerdo de refinanciación, sus características y cumplimiento de los requisitos de ley son lo que lo definen. Como bien se indica, la definición de los acuerdos de refinanciación es la suma de varias características necesarias como son el contenido y la forma.

En sexto lugar, GARCIA-CRUCES³⁰¹ considera que los parámetros que definen al mecanismo son la propia finalidad y el hecho de ser actuaciones que se mantienen al margen de un procedimiento judicial. Por ello, considera que sea cual sea el contenido de un acuerdo de refinanciación, debe ofrecer una solución al estado de insolvencia del deudor, que permita dar continuidad a la actividad económica o profesional y desde una vertiente extrajudicial. Por lo tanto, este autor considera que el propio fin solutivo es lo que caracteriza la definición.

En séptimo lugar, DOMINGO MONFORTE³⁰² define a la actividad preconcursal como un conjunto de acciones y medidas jurídico-económicas con finalidad solutiva para evitar a la declaración de concurso. En concreto, a nivel de acuerdo extrajudicial, lo considera pactos entre deudor y acreedores con los que se quiere lograr la satisfacción de un crédito, equilibrando los intereses de acreedores y deudor, de forma autónoma, con propia voluntad y sin intervención de terceros, evitando la situación final de insolvencia y, a la vez, dando solución de continuidad a la actividad empresarial sin perjudicar al patrimonio empresarial.

Una vez expuestas varias definiciones de autores, queremos destacar los parámetros delimitadores de definición de CANDELARIA MACIAS y GARCIA-CRUCES ya que exponen dos teorías diferentes, pero muy interesantes para la formación de una definición: el primero se decanta por una definición en base a un contenido común y el segundo por la finalidad final de todo acuerdo de refinanciación para crear una definición básica.

³⁰¹Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una Lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: El expediente registral preconcursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, septiembre – diciembre, 2010, pp. 14. Los procedimientos concursales encuentran su razón de ser en la prevención del concurso. A diferencia de los procedimientos concursales, los preconcursales tienen una finalidad de recuperación de los deudores en situación de crisis mediante acuerdo extrajudicial para producir el objetivo de continuidad de la actividad económica a corto o medio plazo. Vid. BAUTISTA SAGUÉS, F., *Aspectos prácticos de las reestructuraciones*, RMV, 2009, pp.81-84.

³⁰² Vid. DOMINGO MONFORTE, J., “Actividad y solución pre-concursal. Exoneración de la responsabilidad concursal *ex lege*” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775/2009 parte Comentario. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.p.1.

Además, GARCIA-CRUCES expone unas características³⁰³ generales para todos los acuerdos, que consideramos oportunas para poder concluir una definición:

En primer lugar, la unidad funcional es la primera característica del acuerdo de refinanciación de deuda. En un acuerdo de refinanciación existe una pluralidad de pactos y contratos, de distinta naturaleza jurídica, que en conjunto tienen el mismo objetivo.

En segundo lugar, el variado contenido material de los pactos y contratos es la pluralidad material. Dentro del contenido de un acuerdo de refinanciación, hay varios pactos y contratos de diferente naturaleza. La tipología de los mismos puede llegar a ser extensa y su amplitud dependerá de las necesidades concretas del acuerdo en cuestión.

Sin embargo, existen algunos tipos de pactos y contratos comunes que suelen aparecer en la herramienta extrajudicial. En todo acuerdo de refinanciación suelen existir pactos dirigidos a novar acuerdos ya preexistentes. También contratos de tipo financieros que se celebran con motivo del propio acuerdo de refinanciación, y que facilitan al deudor la liquidez necesaria para que este pueda alcanzar la finalidad perseguida (denominado también “*fresh money*”). Además, compromisos que suelen acompañar a los financieros y que constan de formalización de garantías, para respaldar tanto a los actos acordados ya existentes como a la constitución de nuevos. Directrices para disciplinar el conjunto de la operación de refinanciación, que configuran un régimen unitario de cobertura a todo el contenido del propio acuerdo. Por último, pactos en los que los acreedores o sus representantes disponen de ciertas facultades y poderes que les permiten un control y fiscalización de la futura actuación del deudor, incluso con facultades de influir en las decisiones del deudor. Así pues, existe variedad material dentro de las posibles promesas formalizadas en un acuerdo de refinanciación.

En tercer lugar, se caracteriza por tener un fundamento de voluntad de negociar. Es el acuerdo entre partes, la autonomía de la voluntad, la que permite el llevar a cabo el instrumento.

³⁰³ Vid. GARCIA-CRUCES, J., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp.29-31. Considera que para establecer un concepto que defina la esencia de los acuerdos se deben tener en cuenta diversos parámetros que los rodean y no solamente lo que estipula la norma a simple vista.

Por último, la finalidad de solventar un problema de deuda. En efecto, la finalidad perseguida con todo acuerdo de refinanciación es obtener una solución. El deudor con problemas financieros o declarado ya como insolvente realiza el acuerdo con la intención de que dicho negocio pueda solventar su situación y atender a la deuda establecida. Un acuerdo de refinanciación es una negociación para ofrecer una posible solución.³⁰⁴

Considerando la amplia vertiente de opiniones sobre definición de los acuerdos de refinanciación, creemos que todas ellas tienen parte acertada en los elementos que exponen. Por nuestra parte, creemos que la forma de llegar a la creación de una definición es utilizando los diferentes recursos de los que disponemos.

En primer lugar, los preceptos normativos relacionados con las reformas realizadas a la LC en materia de preconcursalidad son los que manifiestan las características que deben tener dichos acuerdos para su formalización y así obtener un nivel de protección.

En segundo lugar, para complementar a los preceptos legislativos, a nivel práctico, podemos utilizar jurisprudencia³⁰⁵, puesto que las sentencias muestran la vertiente real del uso de los acuerdos de refinanciación en la actualidad y la verdadera finalidad de los mismos.

En tercer lugar, los artículos y opiniones doctrinales pueden ayudar a ordenar las varias ideas relacionadas con el concepto. Es decir, la interpretación de diferentes definiciones realizadas por la doctrina puede ayudar a un mayor entendimiento del concepto.

³⁰⁴ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una Lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: El expediente registral preconcursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, septiembre – diciembre, 2010, pp. 18. Lo esencial no es tanto que el negocio jurídico entre dentro de los parámetros legales estipulados por la DA 4.ª sino que quede acreditado que, independientemente de su contenido, cumpla su finalidad: que su puesta en marcha permita la continuidad de la actividad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo.

³⁰⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sec.4ª, de 26 de marzo de 2012, ref.:133/2012 en *Tirant lo Blanch Online*. Se muestra en los fundamentos de derecho de dicha sentencia (fundamento jurídico segundo) una definición práctica para los acuerdos de refinanciación: son los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda 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 las primeras. Dicha sentencia reconoce la necesidad de plan de viabilidad, que permita la continuidad de la empresa.

Por ello, podemos llegar a definir que un acuerdo de refinanciación es un conjunto de negociaciones entre deudor y sus acreedores, en una situación de insolvencia o inminente insolvencia, en un espacio de tiempo previo al concurso de acreedores y con posibilidad de solicitar homologación judicial, que tiene como objetivo dar continuidad y viabilidad a una actividad económica o profesional y cumplir con las obligaciones pactadas (novación de obligaciones existentes o la creación de nuevas, ampliación de financiación y constitución de nuevas garantías, entre otros, como por ejemplo la novación de préstamos hipotecarios existentes o la cancelación de ellos y constitución de nuevos). Su contenido puede ser amplio y abierto, según las necesidades del caso concreto. Pero siempre será necesario incluir un plan de viabilidad que pueda demostrar de la manera más veraz y razonable dicha continuación.

2. Naturaleza jurídica de los acuerdos de refinanciación de deuda: contractual y concursal

Los mecanismos preconcursales encuentran su esencia en la prevención. A diferencia de los procedimientos concursales, los preconcursales muestran una vertiente de recuperación de los deudores en situación de crisis mediante acuerdos extrajudiciales para salvaguardar la continuidad empresarial.

Existen varias³⁰⁶ posiciones en relación a la naturaleza jurídica de los acuerdos de refinanciación de deuda.

³⁰⁶Vid. SANCHEZ-CALERO, J., “La rescisión de los acuerdos de refinanciación” en BELTRAN, E., SANJUÁN, E. (et al), *La reintegración de la masa*, ed. *Cizur Menor: Thomson Reuters*, 2012, p. 335. El autor expone que los acuerdos de refinanciación no están catalogados de forma clara. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p. 32., expresa que un acuerdo de refinanciación que constituye un negocio jurídico privado y extrajudicial entre un deudor y sus principales acreedores, generalmente financieros, regido por el principio de la relatividad de los contratos (art. 1257 C.C.), puede resultar obligatorio aunque sólo sea parcialmente en alguno de los contenidos a tener un ámbito contractual y, por lo tanto, naturaleza contractual.

Algunos autores se decantan por la teoría de una naturaleza contractual³⁰⁷ y otros autores por una naturaleza concursal³⁰⁸ al estar recogidos en LC y encontrarse junto con el instituto concursal y previo al mismo.

En el presente trabajo se considera que puede tener ambas vertientes. Los acuerdos de refinanciación de deuda pueden contener una doble naturaleza jurídica que se compone de vertiente contractual o societaria y otra concursal.

Por un lado, se trata de una herramienta preventiva³⁰⁹ que no es lo mismo que procedimiento concursal, para proteger y no finalizar una empresa. Consiste en una negociación contractual entre partes para corregir y salvaguardar la situación de una actividad empresarial. Dicha naturaleza societaria se observa durante la creación de la negociación a pactar entre partes. Por otro lado, creemos que también contiene naturaleza concursal por el simple hecho de estar tratando una situación de insolvencia financiera. Se entiende así cuando se inician los preparativos para cumplir con los requisitos de homologación del acuerdo. Entendemos que la vertiente de naturaleza societaria permite la voluntad de las partes para negociar de manera amplia, pero

³⁰⁷ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Reflexiones sobre las soluciones pre-concursales" en *RDCyP*, núm. 16, 2012, p. 121. Dicho autor observa una vertiente contractual desde el momento que analiza a los acuerdos de refinanciación como reestructuraciones financieras y las compara con las reestructuraciones operativas. En la misma dirección contractual, OLIVENCIA RUIZ, M., "El Real Decreto-ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, ed. *La Ley*, 2010, p. 19, declara que los acuerdos de refinanciación de deuda son ajenos al concurso. Los considera medidas de carácter contractual de prevención de la insolvencia, que exceden de los efectos naturales del contrato, para extenderlos a terceros y a la tramitación procesal del concurso, en protección de los acreedores financieros y no de dar continuidad a la actividad profesional.

³⁰⁸ Vid. SANCHEZ-CALERO, J., "La rescisión de los acuerdos de refinanciación" en BELTRAN, E., SANJUÁN, E. (et al), *La reintegración de la masa*, ed. *Cizur Menor: Thomson Reuters*, 2012, p. 335, Consideran la vertiente de naturaleza jurídica concursal de los acuerdos de refinanciación, pero con matices. En la misma dirección, Vid. DAMIÁN, J., "Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, 2010, 163.176, mediante *Dialnet*: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=72487>, p. 174. Cree poder admitirse que los acuerdos de carácter extrajudicial tienen una naturaleza "eminente paraconcursal".

³⁰⁹ Los llamamos herramienta preventiva y no procedimiento. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., "El Real Decreto-ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, ed. *La Ley*, 2010, p. 19. En la obra se declara que no son un procedimiento preventivo del concurso, sino un blindaje de un negocio jurídico extrajudicial ante el riesgo de una futura declaración de concurso y posible impugnación de terceros en ejercicio de las acciones del ahora antiguo art.71 LC. En la misma línea, Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p.42 y 46. No considera que lleguen a mutar hasta convertirse en procedimiento concursal. Tienen una naturaleza de protección y prevención, pero no hasta convertirse en procedimiento concursal sino en medidas cautelosas. En la misma tesis Vid. BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., "Acuerdos de refinanciación" en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, *Cizur Menor: Aranzadi*, 2012, p.153, en la obra de CANDELARIO MACIAS, M.I., *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014, p.58. Expresan con rotundidad que los acuerdos de refinanciación no son ni tienen naturaleza jurídica de procedimiento concursal.

siempre bajo unos requisitos mínimos marcados por normativa concursal. La naturaleza concursal se refleja desde el momento que si no se cumple con los requisitos necesarios para irrevocabilidad o incluso homologación, el acuerdo no puede llevarse a cabo. Eso quiere decir que pese a que la voluntad de las partes (naturaleza contractual) define el acuerdo, las reglas concursales lo formalizan (naturaleza concursal) como válido.

Por lo expuesto con anterioridad, consideramos que ambas naturalezas se reflejan en los acuerdos de refinanciación y creemos que puede ser compatible que los acuerdos de refinanciación contengan doble naturaleza jurídica.

3. Finalidad preventiva de los acuerdos de refinanciación de deuda. El objetivo de continuidad de actividad empresarial y el cumplimiento de obligaciones

Atendiendo a los requisitos establecidos en el cuerpo normativo, la necesidad de formalizar un plan de viabilidad y partiendo de una inminente o definida insolvencia, se llega a la conclusión de que la finalidad principal³¹⁰ de los acuerdos de refinanciación de deuda es obtener la continuidad de la actividad empresarial del deudor³¹¹ en un espacio previo a un posible concurso. Por ello, se trata de una finalidad preventiva. De hecho, consideramos que la finalidad de prevención será más efectiva cuanto mayor anticipación exista en el uso de la herramienta. No se debe esperar a que exista una insolvencia definida. Consiste en actuar cuando se detecten indicios de problemas económicos.

³¹⁰ Por un lado, Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y fresh money” , *RDCP* núm.15, en www.laleydigital.es, núm. 14340/2011, 2011, p. 48. Considera que existe una confusión sobre la finalidad de los acuerdos de refinanciación. Se debe considerar la conservación y continuidad de la actividad económica profesional. No obstante, sin dejar de lado a la satisfacción de los acreedores. No pretende anteponer y cambiar el orden de los fines del sistema concursal, pero sí dar más importancia a la conservación de la actividad empresarial y no sólo a la satisfacción de los acreedores. Por ello, no antepone a la conservación de las empresas por delante de los acreedores, pero sí les proporciona la importancia que merecen. Por otro lado, de forma más próxima a la opción principal de mantener empresas Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, p. 208. Todos los acuerdos de refinanciación tienen en común la finalidad de apoyar a las empresas y asegurar su continuidad como medio para dar mayores oportunidades a obtener cobro de sus créditos o proteger su masa activa al máximo para que pueda hacer frente al pago de deudas. Vid. AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, p.130. Propósito de organizar jurídicamente una pluralidad de intereses con un nexo causal en común: facilitar el saneamiento financieros del deudor y evitar la declaración de concurso. En la misma tesitura Vid. SANCHEZ-CALERO, J., “La rescisión de los acuerdos de refinanciación” en BELTRAN, E., SANJUÁN, E. (et al) , *La reintegración de la masa*, ed. *Cizur Menor: Thomson Reuters*, 2012.p.335. Destacan una finalidad conservativa de la empresa y su actividad al permitirse mediante los acuerdos de refinanciación una modificación de la deuda. Acto que con el concurso no podría ser ignorada.

³¹¹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Refinanciación y reiteración concursal* , en *ADC*, 2010, pp.9 y ss.

Asimismo, creemos que el acuerdo de refinanciación se alcanza también con la finalidad de atender el pago de lo debido por el deudor refinanciado a sus acreedores³¹². Por lo tanto, el objetivo conservatorio es el principal, seguidamente de dar cumplimiento a las obligaciones para con los acreedores, reiterando la necesidad de proceder en fase preconcursal.

Como recalcamos, la finalidad principal es conservar la actividad empresarial y prevenir una situación peor. Antiguamente, con el espacio concursal, lo más importante era dar cumplimiento a las obligaciones con los acreedores. El interés de los acreedores era prioritario a la protección del deudor y su actividad empresarial. Desde el momento que comienza a surgir el espacio preconcursal, los objetivos cambian.

La relación entre acuerdo de refinanciación de deuda y procedimiento concursal se delimita por la fase en la que se procede al uso de cada mecanismo y por el hecho de que uno es procedimiento concursal y el otro no. Por lo tanto, la delimitación de ambos instrumentos se debe a la fase de utilización y al tipo de herramienta. Respecto a la delimitación de finalidad, es la diferencia de prioridades las que muestran la separación de instrumentos.

Consideramos que dentro del procedimiento concursal existe la intención de dar oportunidad a la continuidad del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que estuviera realizando el deudor³¹³. Sin embargo, prevalece el interés de los acreedores financieros y si se observa la imposibilidad de continuidad de la empresa, por insuficiencia de la masa activa y por el coste que conlleva llevar a cabo el concurso de acreedores, una vez declarado el concurso, se solicita al Juez la conclusión y la liquidez del caso concreto³¹⁴.

³¹² Vid. DOMINGO MONFORTE, J., “Actividad y solución preconcursal. Exoneración de la responsabilidad concursal ex lege “en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775/2009 parte Comentario. Ed. *Aranzadi*, Pamplona, 2009.p.1. El autor considera como finalidades importantes a dos: satisfacer a los acreedores y evitar el concurso. Unas finalidades algo atrasadas respecto a la actualidad, puesto que en la época de fecha del presente artículo mencionado a pie de página, no se tenía por prioritaria la continuidad de la empresa. Para este autor, es una finalidad secundaria dar continuidad empresarial.

³¹³ El art. 44 LC habla sobre la continuación del ejercicio de la actividad empresarial

³¹⁴ Vid. art. 176 LC sobre “Causas de conclusión del concurso de acreedores”.

Por ello, se observa que mantener la viabilidad de la empresa no es el objetivo principal del concurso. Sin embargo, en una fase preconcursal se intenta introducir acuerdos (diferente de convenio³¹⁵) que ayuden a mantener y dar continuidad a la actividad de una empresa como objetivo principal. Una continuidad acompañada por una ampliación de crédito, prórroga en el vencimiento de obligaciones y modificaciones en las obligaciones para conseguirlo y dar solución a la deuda establecida. Proceso llevado a cabo de forma extrajudicial y de inferior coste que el proceso concursal. Por lo tanto, el acuerdo de refinanciación es un instrumento alternativo al concurso de acreedores, de carácter preventivo o paliativo al estado de insolvencia.

Destacamos que la delimitación entre ambos instrumentos se observa a través de su fase de actuación y las prioridades en la finalidad final de cada herramienta. Creemos que hoy en día el concurso de acreedores sigue defendiendo la finalidad de cumplir con las obligaciones de los acreedores y que el espacio preconcursal mantiene una finalidad de conservación y solución de crisis empresarial.

4. La causa de los acuerdos de refinanciación. La inminente insolvencia y la insolvencia firme

Durante el presente trabajo se ha hablado en muchas ocasiones que el motivo de la utilización de los acuerdos de refinanciación es el estado de insolvencia³¹⁶ de un deudor frente a su actividad empresarial. El estado de insolvencia conlleva la dificultad económica para poder cumplir con las obligaciones exigibles. Por lo tanto, hablamos de la falta de liquidez.

³¹⁵ Vid. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, ed. Tecnos, 19ª, v.II, Madrid, 2012. Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., (dir.), PUETZ, A., ARIAS VARONA, F., (et al). *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, ed. Tecnos, Madrid, 2012.

Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, p.4. La autora expone que en la reforma de 2011 se entendía dos tipos de acuerdos de refinanciación de deuda: los generales y los particulares, que compartiendo un contenido común y teniendo que concurrir en ellos las mayorías establecidas, informe de experto independiente y elevación a instrumento público (ex art. 71.6 LC), pero que se diferenciaban en el grado de protección. Los acuerdos generales se limitaban a la protección del ex art. 71.6 mientras que los particulares eran de mayor cobertura y correspondían a la suma de dicho antiguo artículo y de la ex. D.A. 4ª. Sobre la misma opinión, Vid. GALEOTE, M., “Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal” en *Diario La Ley*, nº. 7375, sec. doctrina, 821/2010, abril, 2010.

³¹⁶ Vid. Exposición de Motivos, parte II de la LC, el legislador habla de insolvencia o insolvencia futura (la insolvencia inminente).Y también vid. art. 2.2 LC.

A nivel jurisprudencial, hemos encontrado una serie de referencias que nos ayudan a darle forma a la causa de utilización de los acuerdos de refinanciación y de esta manera entender mejor el estado de causa.

En primer lugar, hemos observado como en jurisprudencia³¹⁷ se identifica la insolvencia como la imposibilidad para cumplir con las obligaciones por parte del deudor. En segundo lugar, también como se determina como un estado que depende del tiempo, ya que de lo que se trata es que no se puede cumplir con las obligaciones en un tiempo determinado y no sea simplemente un retraso momentáneo³¹⁸. En tercer lugar, el deudor debe cumplir con sus obligaciones con los medios que tenga. Si tuviera que recurrir a financiación u otro medio, significaría que existe una situación irregular³¹⁹.

³¹⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección primera, de 2 de diciembre de 2009, ponente: María Soler Navarro, ref.: 478/2009/ TOL1.838.023 en *Tirant lo Blanch Online*.

³¹⁸ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 9 de diciembre de 2008, ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Cano, ref.: 660/2008/ TOL2.166.549 en *Tirant lo Blanch Online*. La magistrada interpreta que para tratarse de insolvencia, el deudor no puede cumplir con sus obligaciones regularmente. En este caso concreto se trata de la sociedad “ALGECIRAS CLUB DE FUTBOL”.

³¹⁹ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander, de 8 de mayo de 2006, ponente: María del Mar Hernández Rodríguez, ref.: 243/2006/ TOL982.952 | en *Tirant lo Blanch Online*. En dicha referencia se expone el caso de la sociedad “CABLES CAMARGO, SL” y solicitud de concurso voluntario. Sobre la existencia de insolvencia la magistrada indica: “no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal. En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas”.

Asimismo, sabemos que la insolvencia también puede ser inminente y no firme. Esto quiere decir que el deudor prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones en un periodo de tiempo cercano³²⁰. Significa que es una situación futura y previsible, pero con margen de incertidumbre³²¹, dependiendo de cada caso concreto y de las decisiones económicas que se tomen a raíz de las primeras señales.

Salvo error por nuestra parte, no hemos encontrado ni en la LC ni en jurisprudencia el tiempo definido para una inminente insolvencia. Es decir, no se determina el tiempo que supone una insolvencia inminente. Solamente sabemos que es en un futuro cercano y previsible. Sobre la insolvencia firme, la LC sabemos que es cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones, pero tampoco, salvo error nuestro, marca una pauta de días o meses. Por este motivo, queremos destacar que en el ordenamiento jurídico francés sí se delimita al menos la insolvencia reciente y es la que no dure más de 45 días³²². Se trata de una insolvencia firme y reconocida de menos de mes y medio.

³²⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 8 de mayo de 2009, ponente: Rafael Sarazá Jimena, ref.: 438/2008 / TOL1.725.972 |en *Tirant lo Blanch Online*. Se afirma de manera expresa lo siguiente sobre inminente insolvencia: “*Si la insolvencia no es actual sino inminente (esto es, que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, art. 2.3 “in fine” de la Ley Concursal) no existe un deber legal de solicitar la declaración del concurso.*”

³²¹ Vid. Auto de Juzgado de 1º Instancia Mercantil nº 10 de Santander, de 14 de octubre de 2008, ponente: María Del Mar Hernández Rodríguez, ref.: 433/2008/TOL5.268.078 en *Tirant lo Blanch Online*. En este caso se solicita un concurso voluntario por la sociedad deudora “CONSTRUCCIONES EUGENIO NAVA VIAR, S.A.” al creer que no va a poder hacer frente a sus deudas en un futuro cercano. La magistrada comenta así lo que opina sobre la inminente insolvencia: “*se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre sea mínima y se acerque a la certeza del hecho futuro. Dentro de éstas, cobran especial relevancia, en ocasiones, las coyunturales relacionadas con el ritmo económico general y el específico en que desarrolle el deudor su actividad.*”. Y en el caso concreto, la sociedad que prevenía una inminente insolvencia estaba en lo correcto. En primer lugar, de la lista de acreedores se extrae que pesaban sobre la solicitante deudas vencidas con anterioridad a la solicitud de concurso que no habían sido pagadas. Igualmente. A su vez, existía un importante déficit de tesorería (aumentado por los impagos y devoluciones de clientes) que impedía atender a dichas deudas sin acudir a fuentes de financiación. Por otro lado, no obtuvo nueva financiación. Además, al tratarse del sector en el que la solicitante desarrolla su actividad, la construcción de edificaciones y urbanizaciones y la promoción de viviendas también estaba en crisis. La ralentización del sector inmobiliario perjudicó su situación y produjo un descenso de operaciones de venta de inmuebles, la paralización o retraso de algunas promociones en ejecución y las dificultades de acceder al mercado crediticio, lo que indudablemente se proyecta en la solicitante. Por todo ello, la sociedad pudo predecir la insolvencia inminente.

³²² Vid. El art. L 611-4 LC.com.franc., que viene a decir que “*se establecerá un procedimiento de conciliación ante el tribunal de comercio, al que podrán acogerse las personas que ejerzan una actividad comercial o artesanal que atraviesen una dificultad jurídica, económica o financiera, conocida o previsible, siempre que no se encuentren en estado de insolvencia por un periodo superior a cuarenta y cinco días.*”

Por este motivo, partiendo de la idea francesa, creemos que el legislador español también debería marcar una pauta de periodo para definir al menos la inminente insolvencia. Preferimos referirnos a la inminente insolvencia y no a la firme porque consideramos que para el uso de los acuerdos de refinanciación cabe actuar cuando exista dificultad económica de cierta gravedad, pero no haya aún insolvencia firme. La actuación en plazo de inminente insolvencia puede ayudar a la anticipación de un problema futuro.

Asimismo, creemos que para que el legislador pudiera definir un plazo de inminente insolvencia, se deben estudiar las señales previas al momento de insolvencia firme.

Las causas que producen la insolvencia pueden surgir de muchas maneras. A nivel interno de la empresa, la sociedad ha tenido que advertir un deterioro de sus ratios financieros, un descenso en los ingresos o variables en los flujos de caja (por ejemplo una diferencia entre cobros y pagos). A nivel externo de la sociedad, debe notarse cuando no se puede cumplir con los pagos de créditos ya concedidos o cuando hay dificultad para que concedan nuevos préstamos. Un ejemplo lo hemos encontrado en opinión de autor³²³ que dice que una alerta de insolvencia es cuando se debe prestamizar créditos. Entendemos dicha idea como preocupante que se deba financiar para poder pagar un crédito ya concedido con anterioridad.

³²³ Vid. PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y Ley Concursal*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2016, p. 15. El autor habla sobre las posibles causas de la utilización de la refinanciación empresarial, debido a la insolvencia ocasionada por varios posibles motivos.

A nivel práctico hemos encontrado un ejemplo real³²⁴ sobre señales internas y externas que mencionamos. El ejemplo de “DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS HOLDINGS Inc“ expone los parámetros a los que nos referimos como señales de inminente insolvencia que el legislador debería poder utilizar para regularizar unos varemos a los que se puedan acoger las sociedades en momento de duda, en relación a situación de inminente insolvencia o no.

En definitiva, sabemos que la causa de utilización de los acuerdos de refinanciación es la insolvencia firme o la inminente insolvencia. Creemos que debe ser más bien la insolvencia inminente el motivo para utilizar la herramienta preconcursal, sin lo consideramos método de prevención. Asimismo, pensamos que el legislador debería concretar el periodo que conlleva la insolvencia firme y la inminente insolvencia. Y esta última en base a las señales internas y externas de las sociedades. Al menos, disponiendo de unos varemos que puedan utilizarse por analogía a cada caso concreto.

³²⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 13 de abril de 2007, ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Cano, ref.: 84/2007/TOL5.226.217 en *Tirant lo Blanch Online*. La sociedad “DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS HOLDINGS Inc“ informó en 2007 que se encontraba en estado de insolvencia inminente, alegando que preveía que no podría cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones. Sobre el ámbito interno de la sociedad, en el informe de KPMG acompañado con la solicitud, se hacía constar en las conclusiones que en la segunda quincena de marzo de 2007 (p. 95 del informe), y en función de las previsiones de tesorería, podría producirse un sobreseimiento generalizado de las obligaciones de pago. Por su parte, en la solicitud se hacía constar la previsible incapacidad para atender regular y puntualmente las obligaciones a partir de mediados de abril de 2007 (doc. n. 22 de la solicitud, que se trataba de una carta remitida por el administrador al socio único). Y en la documentación aportada en el día de la fecha, en cumplimiento del requerimiento efectuado por providencia de 4 de abril de 2007, la sociedad solicitante exponía que, actualizadas las previsiones y dado el estado de tesorería, se hacía constar que a primeros del mes de mayo, no podría hacer frente puntualmente a sus obligaciones de pago. Como manifestaciones externas de la situación de insolvencia inminente, la sociedad solicitante alegaba en la solicitud: (1) la escasez de recursos que en atención al estado del momento de tesorería y las previsiones a corto plazo, creyendo que de forma inminente la compañía no podría afrontar sus obligaciones corrientes; (2) la sobre estructura de costes de la sociedad, que dificultaba la generación de negocio ante la imposibilidad de ofrecer condiciones de mercado competitivas, que, por el contrario, sí eran ofrecidas por la competencia; (3) la dificultad o, en ocasiones, la imposibilidad de renovación o sustitución de negocios ya existentes y la pérdida de negocios paulatinamente que no fueron sustituidos, y (4) la consideración de las actividades de la sociedad como no estratégicas, que junto con las pérdidas continuadas, y el nulo interés en el mercado por la adquisición de la misma, hacían que el socio único no pudiera justificar más la situación ante sus acreedores.

4.1. Caracterización del afectado insolvente. El solicitante de negociación preconcursal

En los acuerdos de refinanciación siempre encontraremos a un deudor y a sus acreedores. Ellos serán las partes principales que interferirán en las negociaciones. A parte, la presencia de un auditor de cuentas o de un Juez de lo mercantil, serán para desarrollar el acuerdo en cuestión.

Según el contexto del presente trabajo, consideramos que un deudor es el sujeto que se encuentra con problemas económicos en relación a una actividad empresarial, que tiene una serie de obligaciones que no ha podido cumplir y que si no soluciona su estado de insolvencia o inminente insolvencia ante las obligaciones incumplidas, deberá someterse a concurso de acreedores y, como consecuencia, correr el riesgo de la liquidación de un empresa.

A continuación, con ayuda de un estudio³²⁵ realizado en 2011, podemos conocer a nivel práctico las características generales de las empresas deudoras que recurren a los acuerdos de refinanciación de manera mayoritaria. Sin embargo, esto no significa que no pueda existir otro perfil de deudor. Simplemente, nos ayuda a observar un perfil de deudor y a concretar un poco más la situación que nos interesa.

En relación al estudio mencionamos de 2011, se llegó a las siguientes ideas:

En primer lugar, se observó el aspecto geográfico. En relación al año 2011, se hicieron cuarenta operaciones registradas de acuerdos de refinanciación en toda España. Madrid, Las Baleares y Cataluña son las que tuvieron mayor número de ejercicio.

En segundo lugar, se explican aspectos relacionados con el sector de la actividad profesional o empresarial. El sector de actividades inmobiliarias y la industria de la construcción fueron los que mayor peso tuvieron de forma conjunta en vinculación con los acuerdos de refinanciación, seguido del sector servicios no relacionados con temas inmobiliarios.

³²⁵ Vid. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “El concurso de acreedores en cifras. Estadística concursal. Anuario 2011”. en *Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2011, p.129 y ss. Este estudio nos ha ayudado a comprender mejor las características de los deudores que recurren a la herramienta de acuerdo de refinanciación. Hemos resumido en este apartado las ideas principales que desarrolla dicha investigación. No obstante, es interesante observar la investigación completa por la información que aporta, pero también por los gráficos que ayudan más a visualizar la situación del solicitante.

En tercer lugar, según a qué tipo de sociedad decide establecer alternativas de negociación de tipo preconcursal, estudios del 2011 consideran que alrededor de la mitad de los casos fueron iniciadas por sociedades anónimas, seguidas de muy cerca por sociedades de responsabilidad limitada. Las dimensiones de las propias sociedades que firmaron acuerdos mostró la magnitud de sus pasivos que llegaron a englobar en el año 2011 una cantidad total de 310 millones de euros, según el mencionado estudio de 2011.

En cuarto lugar, mediante otros parámetros que muestra el estudio mediante varios gráficos, se explicaba que el 25 por ciento de los deudores acumulaban menos de 3,5 millones de euros. Por tanto, las sociedades que alcanzaban un acuerdo de refinanciación en 2011, tenían una dimensión significativamente mayor a la reflejada por las que entran en concurso en ese mismo ejercicio (con 6,5 millones de euros de promedio). En el estudio se opina que se trataban de empresas de poca antigüedad. Empresas que se crearon en los últimos quince años y con mucha relación con el sector inmobiliario.

En quinto lugar, otro dato del perfil de empresa o deudor que aparece es la situación de apalancamiento patrimonial. Deudores que continuaban con sus negocios sin obtener beneficios y, como consecuencia, se iban incrementando las deudas. Por tanto, suponía un apalancamiento de la empresa o actividad profesional³²⁶.

En sexto lugar, el corto plazo de vencimiento de deudas es otra de las características del perfil del deudor que puede valorar la idea de acuerdo de refinanciación.

En conclusión, el estudio de 2011 nos muestra un perfil de deudor, mayoritariamente, del sector de la construcción e inmobiliario (todo lo que conlleva el sector de la construcción) con poca productividad y activo negativo que iba acumulando deuda sin obtener beneficios. Con mayor repercusión en las grandes ciudades. Empresas jóvenes (entre 5 a 15 años) que iniciaron su actividad de forma favorable pero que con la crisis del momento comenzaron a menguar. Cabe mencionar, que durante el

³²⁶ Vid. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., "El concurso de acreedores en cifras. Estadística concursal. Anuario 2011." en *Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2011, pp.129-139.

transcurso del 2011, los concursos de acreedores eran mayoritarios ante las cifras de uso de los acuerdos de refinanciación³²⁷.

El ejemplo que ha supuesto analizar el estudio mencionado ha servido para ver las características del deudor que utiliza los acuerdos de refinanciación. No obstante, reiteramos que en los años siguientes a 2011 hasta la actualidad, es posible que dicho deudor haya cambiado en algunos aspectos.

4.2. Alertas a tener en cuenta para predecir y prevenir futuras insolvencias

En los anteriores apartados hemos estudiado la insolvencia y también el perfil del deudor solicitante de acuerdo de refinanciación. En el presente punto queremos observar las posibles alertas que pueden existir y ayudar a predecir una situación de inminente insolvencia, para así utilizar la herramienta de acuerdo de refinanciación de forma eficaz. La idea de encontrar alertas para anticiparnos en los posibles problemas futuros de una empresa, ya viene dada del ordenamiento jurídico francés. Ya hemos hablado de ello en el capítulo II del presente trabajo, cuando se menciona al “*procédure d’alerte*”. En el régimen italiano, según opinión de autor italiano³²⁸, hay que reivindicar el esfuerzo por legislar sobre la anticipación de las señales y la manera previa de detectar problemas económicos.

³²⁷ Vid. Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España, Anuario 2009. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras en Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2009, pp.128 y ss., web:

https://www.registradores.org/estaticasm/Estadística/concursal/Estadística_Concursal_Anuario.pdf Vid. Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España, Anuario 2010. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras en Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2010, pp. 128-136, en web: www.insol-europe.org/download/file/_6312; Vid. Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España, Anuario 2011. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras en Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España*, Madrid, 2011, p. 5 y ss.

en [web: https://www.registradores.org/estaticasm/Estadística/concursal/Estadística_Concursal_Anuario.pdf](https://www.registradores.org/estaticasm/Estadística/concursal/Estadística_Concursal_Anuario.pdf)

³²⁸ Vid. PELLEGGATTA, A., “La c.d. “nuova asseverazione” o “riattestazione”. Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale” en *Rivista di Diritto Privato*, ISSN 1128-2142, n.º. 16-3, julio 2011, p.473, cuando dice: “*ella fase iniziale la fonte ‘diretta’ non può che essere rappresentata dalla stessa impresa in crisi, fermo restando che anche le fonti ‘indirette’ sono altrettanto rilevanti (es: indagini settoriale-li, fattori esogeni che impattano sulla generazione di cassa ecc.). La ‘lettura della matericità’ dei dati aziendali (quantitativi, qualitativi e andamentali) e dei lussi di cassa/tesoreria attesi, peraltro, non dovrebbe mai essere ine a se stessa, ma dovrebbe tendere a una visione prospettica e strategica di medio/lungo periodo (pur nella possibile aleatorietà delle previsioni), proprio per valutare se l’impresa dispone di tutte le necessarie condizioni per proiettare nel futuro le sue potenzialità e le sue aspettative economiche.*”

La idea de obtener un glosario de alertas para detectar la situación de insolvencia a tiempo es un objetivo que ha sido investigado durante años sin conseguir la conclusión definitiva sobre ello³²⁹.

Las primeras investigaciones analizaban los supuestos de fracasos empresariales reales y estudiaban los acontecimientos que se habían producido para después compararlos con sociedades sin problemas financieros. Sin embargo, aún no existe opinión global de los investigadores sobre cuáles son las variables que mejor ayudan a detectar la insolvencia.

La ausencia de unas directrices firmes que relacionen la causa-efecto entre, por un lado, los factores económicos internos y externos de la sociedad, los intereses de las partes vinculantes y la gestión de los deudores de su situación con, por otro lado, la crisis en una empresa, ha sido el motivo por el que cada vez menos se ha analizado por la vía de las teorías económicas y cada vez más se utiliza la experiencia empírica de casos reales, para usarlos en otros supuestos y utilizando las variables que más destacan en las estadísticas que realizan³³⁰.

³²⁹ Se han realizado estadísticas y estudios durante años para comprender los varemos y ratios que avisan de la insolvencia cercana. Vid. POZUELO CAMPILLO, J.; LABATUT SERER, G.; VERES FERRER, E., “Validez de la información financiera en los procesos de insolvencia. Un estudio de la pequeña empresa española” en *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 16, ed. ELSEVIER, 2012, pp.29-40. En esta obra, los autores comentan unos amplios antecedentes de investigaciones realizadas en el campo de las alertas de la insolvencia. Así disponen: “*Los primeros estudios con rigor estadístico se realizaron en el marco del análisis univariante destacando los trabajos de Beaver (1966). Este enfoque será pronto abandonado y sustituido paulatinamente por técnicas más sofisticadas capaces de captar la estructura multidimensional de las firmas, centrándose la atención de los investigadores en primer lugar en el análisis multivariante, concretamente el “análisis discriminante múltiple” (AMD). Destacan los modelos pioneros de Altman (1968), a los que siguieron, con notables mejoras, los propuestos por Deakin (1972), Edmister (1972), Sinkey (1975), Altman et al. (1977) y Taffler (1983)*” Asimismo, confirman que ellos realizan el estudio para obtener modelos financieros que permitan predecir acontecimientos futuros y, en concreto, cuando la sociedad comience a sufrir procesos de degeneración financiera, que puedan llevarla a la insolvencia. Para ello, en su obra analizaron la información financiera de dos muestras de datos financieros de pequeñas empresas expresada en forma de ratios financieros, a diversas pruebas estadísticas. En primer lugar, en un escenario sin crisis, y a continuación, en el contexto de la crisis actual, analizando el comportamiento de los ratios en ambas situaciones. La conclusión a la que llegaron fue que mediante el estudio de los documentos de los estados financieros (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de flujos de efectivo) podían predecir las alertas de problemas financieros. No obstante, siempre teniendo en cuenta la fiabilidad de los documentos aportados. También vid. BALCAEN, S.; OOGHE, H., “35 years of studies on business failure: an overview of the classic statistical methodologies and their related problems”, en *The British Accounting Review*, D/2004/7012/34, Bélgica, 2004, pp. 13-44.

³³⁰ Vid. SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. Fe d'erratas, Madrid, p. 36. Esta obra tiene una amplia bibliografía en estudios de predicción que nos han ayudado a obtener mayor conocimiento en la materia y, a su vez, encontrar nuevas fuentes para analizar.

En relación a los estudios empíricos, sí hay elementos comunes entre investigaciones. Los elementos más utilizados por los expertos son los aspectos contables de las sociedades con problemas. En primer lugar y en mayor medida, la rentabilidad económica, el endeudamiento y el equilibrio económico-financiero. En segundo lugar, las variables de estructura financiera de la sociedad, es decir, la manera en la que está organizada.³³¹ Se tratan de variables que exponen características, estados o situaciones a tener en cuenta de la empresa en estudio.

Por lo tanto, compartimos la idea de autor³³² sobre que utilizando los modelos de predicción de casos reales que han tenido éxito, se pueden tomar decisiones correctas para el futuro de una sociedad con indicios de problemas económicos. En efecto, interpretamos que estos modelos pueden ayudar a la solvencia financiera de una sociedad con problemas, copiando el funcionamiento de otras empresas que se encuentran estables por haber seguido unos patrones de idoneidad.

A continuación, mediante estudios realizados por varios autores, vamos a localizar estas variables o rasgos significativos de situaciones irregulares. Con ellas creemos que podremos llegar a interpretar las alertas que avisan de un funcionamiento irregular en sociedades con inminente insolvencia.

³³¹ Vid. TASCÓN FERNÁNDEZ, M.T.; CASTAÑO GUTIÉRREZ, F.J., “Variables y modelos para la identificación y predicción del fracaso empresarial: revisión de la investigación empírica reciente” en *Revista de Contabilidad*, ed. RC-SAR, León, 2012 pp. 10-36. En esta obra se realiza un estudio sobre el fracaso empresarial. Analiza los pasos que han seguido otros autores para obtener las variables contables necesarias para analizar la situación de una empresa. Sin embargo, en dicha obra tampoco se ha conseguido encontrar las alertas directas que relacionen el comportamiento de la empresa con el fracaso de la misma y lo definen de manera expresa de la siguiente manera: “Una cuestión subyacente en este trabajo es la ausencia de una teoría firme sobre el fracaso empresarial. A pesar del profuso número de trabajos empíricos y teóricos sobre la cuestión, y de la creciente sofisticación de los métodos de medición, no se ha conseguido desarrollar el mapa conceptual de relaciones explicativas entre el comportamiento económico de las empresas, medido con variables internas, fundamentalmente contables, el efecto de los factores externos, tanto sectoriales como macroeconómicos, medidos todos ellos a través de las variables disponibles, y la quiebra efectiva o la posibilidad de quiebra de esas empresas”. Asimismo, es en esta obra donde encontramos que los ratios más utilizados por los expertos son el de rentabilidad y el de endeudamiento. En las conclusiones, aportan dicha información de manera más detallada: “Unas pocas variables parecen estar con gran frecuencia en los modelos: las más generales serían rentabilidad económica y equilibrio económico-financiero. (...) Así, para la muestra de trabajos empíricos analizados, hemos identificado los rasgos siguientes por orden de importancia (frecuencia): rentabilidad, endeudamiento y equilibrio económico-financiero, que aparecerían en todos los trabajos, incluso con más de un ratio por rasgo en algunos casos; seguidos de estructura económica, márgenes y rotaciones, que aparecen con una gran frecuencia”.

³³² Vid. DIMITRAS, A.I.; ZANAKIS, S.H.; ZOPOUNIDIS, C., “A survey of business failures with an emphasis on prediction methods and industrial applications” en *European Journal of Operational Research*, vol.90, ed. ELSEVIER, Madrid, 1996, pp.487-513

En primer lugar, un ejemplo de modelo de predicción real lo encontramos en la obra de autor³³³, donde se expone estudio sobre empresas que intentaron resolver su insolvencia sin éxito, culminando en la liquidación. En el estudio se concluyó que los factores que produjeron la liquidación final fueron: una mala gestión de la insolvencia en un periodo corto de tiempo, la venta de activos necesarios para pagar los intereses que se estaban produciendo por las deudas contraídas y el declive de las acciones en bolsa por el conocimiento de la situación en dichas empresas. Por lo tanto, de dicha mala experiencia, otra sociedad que compare la situación y las alertas puede comprender que es necesario gestionar la deuda de manera temprana y utilizar los activos que se tienen para pagar deuda de manera lógica.

En segundo lugar, otro ejemplo de modelo de predicción es el presentado por autor³³⁴, que investiga casos de empresas que se han ido endeudando más para intentar solventar sus problemas económicos y que, precisamente por eso, han acabado en el procedimiento concursal. En el estudio se utiliza variables de contabilidad como el rendimiento o el endeudamiento dentro del espacio tiempo “corto plazo”. De manera empírica se demuestra que existen sociedades que tienden a creer que se soluciona la insolvencia con la constitución de nuevos préstamos que, como consecuencia, produce la elevación mayor de la deuda en el corto plazo. Lo que se produce con dichas prácticas es el deterioro de la liquidez de las empresas a largo plazo.

A parte de tales prácticas, estas sociedades de las que se habla en el estudio tienen tendencia a manipular la información contable para intentar mantener la seguridad con los acreedores financieros. Sin embargo, a la larga esto también es perjudicial para la sociedad.

Por lo tanto, es necesario reconocer la situación de insolvencia para poder comenzar a buscar una solución, no realizar más endeudamiento y tampoco maquillar los resultados contables que a la larga no benefician a la empresa en problemas. Una

³³³ Vid. SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, p. 37. Las autoras presentan varios ejemplos de estudios de predicción reales, entre los que se encuentra el de DENIS, D.J.; DENIS, D.K; “Performance changes following top management dismissals” en *The journal of finance*, 1995, pp. 1029-1057.

³³⁴ Vid. ANDREEV, Y.; VAN HEMMEN ALMAZOR, S.F. (dir.), “Determinants of the decision-taking process of the entry into insolvency, evolution of the procedure and earnings management: An economic perspective of Spanish distressed companies”, *Tesis Doctoral, Departamento de Economía de la Empresa, UAB*, <http://www.tdx.cat/handle/10803/3978>, 2010

sociedad debe alertarse cuando para cumplir con sus deudas necesita endeudarse más aún y además lo esconde y manipula.

En tercer lugar, otro modelo de predicción que hemos analizado es el que presenta autor citado³³⁵. En este estudio también se observó que las sociedades manipulan los datos económicos mediante los resultados contables. De hecho, al parecer, las empresas en concurso manipulan los datos en mayor medida que las que tienen problemas pero no se encuentran en estado de quiebra.

En cuarto y último lugar, el modelo de predicción que presenta el siguiente autor³³⁶ expone un estudio empírico de empresas reales españolas con problemas y que mediante variables concretas³³⁷ se intenta obtener el nexo, las alertas, para distinguir la situación solvente de la que no. Para ello, se diferencia entre sociedades solventes e insolventes.

Para determinar la insolvencia a corto plazo, se explica que es el cociente entre el total de activos a corto plazo y el total de deudas a corto plazo. De esta manera, determina la capacidad de una sociedad de poder pagar sus deudas con vencimiento inferior a doce meses, utilizando los recursos disponibles durante dicho periodo de tiempo.

Consideramos que son muy importantes las variables que se estudian en la obra citada con anterioridad porque pueden desencadenar en las alertas que nosotros estamos buscando para avisar de la situación de insolvencia. Asimismo, vemos que muchas de

³³⁵ Vid. CAMACHO.MIÑANO, M.M; CAMPA, D., "Integrity of financial information as a determinant of the outcome of a bankruptcy procedure" en *International Review of Law and Economics*, ed. ELSEVIER, 2014.pp.77-85. En la página 77 expresan así: "The main contribution of this paper is the evidence that there are companies that, despite economic difficulties, are run by managers who do not compromise the integrity of the annual report using more extensive earnings management practices than their healthy pairs. These are also the companies which usually receive a 'reorganisation' outcome from a bankruptcy procedure that allows them to continue the normal conduct of the business. On the other hand, a large proportion of troubled companies use earnings manipulation but they end the bankruptcy process with a 'liquidation' decision which sentences the end of the life of the company.. Con lo expuesto de manera expresa en el texto, quiere decirse que las empresas cuanta mayor es la dificultad que tienen, sobre todo las que están en proceso de liquidación, son las que más manipulan los resultados contables. Las sociedad que intentan reorganizarse suelen tener más ética y suelen haber menos manipulaciones.

³³⁶Vid. SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. Fe d'erratas, Madrid, p. 67 y ss.

³³⁷ Vid. SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. Fe d'erratas, Madrid, p.75 En la obra citada se utilizan diecisiete variables económico-financieras para evaluar la situación de empresas sanas y concursadas y utilizar la experiencia para comparar las situaciones y poder aprender de ello.

ellas también han sido utilizadas en las obras que hemos comentado con anterioridad a la obra de SEGOVIA; CAMACHO. Por lo tanto, esto significa que las teorías concuerdan en puntos similares. Por ello, vamos a proceder a revisar tales rasgos e interpretarlos a nuestra manera.

Asimismo, queremos destacar que para que exista certeza y veracidad en las alertas que se pueden encontrar en las empresas, mediante las variables expuestas a continuación, es indispensable tener al corriente las cuentas contables y conocer los flujos de caja en relación a los cobros y pagos. También ser honestos y transparentes con la realidad de la situación de la empresa.

En primer lugar, se valora la variable de la independencia financiera de las sociedades. Para que una sociedad se encuentre en buenas condiciones debe tener independencia económica. Esto significa la cantidad del patrimonio neto en función del total de los recursos disponibles. Para que sea eficaz debe ser al menos superior a un 33 por ciento de sus activos. En caso de ser una sociedad con un patrimonio neto inferior a dicho porcentaje, debe existir alerta. Recordemos que hablamos a corto plazo. Si una sociedad no tiene cierta independencia económica, debe estudiar su manera de gestionar sus cuentas, puesto que podría ser un inicio de un problema mayor con el tiempo.

En segundo lugar, nos centramos en la variable de la viabilidad financiera. Consiste en la obligación de cumplir con los gastos mínimos de una sociedad referentes a impuestos tributarios, intereses por constitución de obligaciones y amortizaciones. La alerta que vemos en este caso es el hecho de incumplimiento de las obligaciones básicas de cualquier sociedad. Son indicios problemáticos que no se pueda cumplir con el mínimo de gastos periódicos.

En tercer lugar, se considera que las sociedades deben tener un fondo de maniobra que les permita actuar en circunstancias no previstas. Se cree que para que no exista alerta, el fondo de maniobra debe cubrir al menos hasta el 41 por ciento del activo total de la empresa. Cuando una sociedad funciona al día sin prever la posibilidad de posibles imprevistos como por ejemplo una bajada de producción o de ventas que afecte a largo plazo. Si no se tienen unos fondos reservados para imprevistos o momentos de necesidad, la sociedad puede estar expuesta a un riesgo que provoque en el tiempo una alerta económica, si la situación se desarrolla en el tiempo.

En cuarto lugar, observamos el porcentaje de activos no corrientes sobre el total de activos. Consiste en los recursos que constituyen la estructura operativa de la sociedad. Se considera que si contiene un porcentaje inferior al 28 por ciento, la empresa se puede encontrar con indicios de insolvencia. Las sociedades deben tener bien organizada su estructura operativa para poder hacer frente a las circunstancias que puedan ir apareciendo.

En quinto lugar, la variable de la solvencia. Debemos considerar alerta de inminente insolvencia cuando una sociedad presenta una cuantía del activo corriente inferior al 50 por ciento del pasivo corriente. Debe alertarse cuando comienzan los indicios sobre que una sociedad no puede pagar sus deudas a corto plazo con la liquidez y recursos de los que dispone.

En sexto lugar, la variable de la transparencia. Cuando una sociedad manipula su información contable, se debe alertar sobre que existe una situación irregular. El hecho de tergiversar información de la situación financiera de la empresa no mejora ni beneficia a ninguna de las partes. Con el tiempo, la situación real sale a la luz y quizás ya la insolvencia es tan grave que no puede realizarse un saneamiento para obtener viabilidad.

Las variables que hemos detallados son algunas de las situaciones que consideramos pueden alertar de una situación irregular. No obstante, queremos destacar que hay más³³⁸. Nosotros hemos escogido algunas de las que creemos son importantes para el estudio que nos ocupa.

En definitiva, en este apartado hemos expuesto una serie de situaciones que consideramos pueden ser alertas o indicios de que en una sociedad están sucediendo irregularidades, que pueden desembocar en una inminente insolvencia en caso de no atenderse. Cuando una sociedad no puede cumplir con las obligaciones mínimas de pagos reglados (impuestos, intereses...) o cuando necesita endeudarse más para pagar dichas obligaciones, significa que la sociedad no funciona correctamente. Lo mismo

³³⁸ Vid. SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, p.75. Nosotros hemos estudiado la obra citada y hemos extraído algunas de las variables que se mencionan. Sin embargo, en la obra citada se utilizan diecisiete variables económico-financieras para evaluar la situación de empresas sanas y concursadas y utilizar la experiencia para comparar las situaciones y poder aprender de ello.

ocurre cuando no se tiene unas cantidades reservadas para imprevistos o por ejemplo cuando se manipulan las cuentas para evadir consultas de los acreedores o inversores.

Si sabemos detectar las alertas e indicios sobre un problema económico y, muy importante, aceptamos que existe dicha situación sin intentar manipularla, quizás con los acuerdos de refinanciación y mediante negociación con los acreedores se puede solucionar el problema de manera rápida. Insistimos en la idea que cuanto antes se detecte un problema económico, mayor anticipación tendremos para poder prevenir una situación más grave.

5. Los acuerdos de refinanciación en la actualidad. El inicio de los acuerdos de refinanciación. Importancia de la comunicación al Juez mediante el art. 5 bis LC. La suspensión y paralización de ejecuciones singulares

Con anterioridad hemos comentado el significado y la finalidad de los acuerdos de refinanciación. También la causa por la que se deben utilizar y en base a qué. A continuación, vamos a proceder a explicar los tipos o clases de acuerdos de refinanciación que se pueden formar en la actualidad.

La clasificación de los tipos de acuerdos de refinanciación de deuda se realiza partiendo del hecho de que es necesario conocer el alcance de protección de los mismos. Los autores los han dividido de diversas maneras.

No obstante, la diferenciación de categoría, solamente expone las prioridades entre unos y otros, pero para las variables de clasificación se necesita cumplir con los mismos requisitos pese a que se denominen de distinta manera

La primera clasificación de acuerdos de refinanciación son los denominados típicos y atípicos³³⁹. Corresponde a una categoría que tienen como principal requisito estar dentro o fuera de los requisitos legales de los acuerdos.

Por un lado, los acuerdos de refinanciación atípicos son los que se rigen por la voluntad de las partes a nivel general y es su principal característica. En todos los acuerdos de refinanciación existe la necesidad de existir decisión y autonomía de la voluntad de las partes para poder realizar el acuerdo extrajudicial. No obstante, en los acuerdos atípicos solamente se rige por este principio y supone no poder tener cobertura de protección en el caso de que suceda un eventual concurso.

Por otro lado, los acuerdos típicos se encuentran dentro del marco legal y cumplen con los requisitos legales de la LC. Dentro de los acuerdos típicos pueden existir subcategorías. Un ejemplo sería el que expone PULGAR EZQUERRA en su obra: acuerdos preconcursales generales de refinanciación y acuerdos preconcursales particulares de refinanciación. Las subcategorías se diferencian en lo siguiente: los acuerdos generales son los que se forman a partir del cumplimiento de los requisitos del ex art. 71.6 LC y los particulares los que aparte de cumplir con los anteriores requisitos, cumplen con lo solicitado para la homologación de la DA 4.^a. Dicha descripción de autor tenemos que asimilarla a las circunstancias legales actuales. Es decir, a la norma actual, debido a que la descripción de PULGAR pertenecía a la norma L38/2011. No obstante, el significado básico de categoría general y particular sería el mismo en la actualidad. Diferencia los acuerdos del art. 71 bis.1 LC del homologado de la DA 4.^a LC.

³³⁹ Sobre tipología de acuerdos de refinanciación típicos y atípicos Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p. 255. La autora explica que los atípicos son aquellos que no se adaptan a los requisitos legales, carecen de protecciones y se fundamentan en la autonomía de la voluntad como característica principal (art. 1.255 CC). En relación a los típicos son los que cumple con los requisitos normativas y pueden tener cobertura legal de protección. Dentro de los típicos nos distingue entre: acuerdos de refinanciación generales y particulares. Para PULGAR los generales son los que participan deudor y todos sus acreedores y los particulares los que se beneficiarán de homologación judicial y participan deudor y un porcentaje mínimo de acreedores financieros (categoría concreta). Recordamos que dicha descripción de categorías pertenece al momento de publicación del libro y, por lo tanto, a la L 38/2011. También es de interés vid. VALENCIA GARCÍA, F., “La tipología de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n. 33, 2014, pp. 65-72.

En segundo lugar, nos encontramos con la clasificación de autores como BELTRÁN y GARCÍA-CRUCES entre los acuerdos de refinanciación ordinarios y los acuerdos de refinanciación homologados³⁴⁰. La diferenciación se basa como ya se muestra en los conceptos, en el hecho de ser homologados judicialmente o no. La importancia se rige en este hecho.

En tercer lugar, autores como CERVERA MARTÍNEZ los clasifica en generales y específicos³⁴¹ para distinguir los que tienen mayor o menor cobertura según su pasivo necesario de aceptación y su cobertura de protección aumentada por la homologación judicial. Categoría muy similar a los subtipos de los acuerdos típicos de la profesora PULGAR.

En nuestro caso, hemos creído conveniente realizar nuestra propia clasificación y tipos de acuerdos. Por ello, consideramos que la clasificación de acuerdos de refinanciación se divide en acuerdos de refinanciación básicos y complejos. El acuerdo de refinanciación básico siempre es el que cumple con los requisitos básicos con cobertura inicial del art. 71 bis.1 LC mientras que los acuerdos de refinanciación complejos son los que además de necesitar la parte básica, se complementan con los requisitos de la DA 4.^a LC. Los primeros no necesitan de los segundos para existir. Sin embargo, los segundos sí de los primeros. Por este motivo, consideramos necesario mantener la conexión entre ellos y exponer su tipología por medio de la cobertura que alcanzan según sean de un tipo u otro y por la conexión que comparte el complejo, al necesitar una base para realizar la homologación judicial.

Expuesto todo lo anterior, como regla general e independientemente de las clasificaciones, todos tienen en común el principio de la libre autonomía de las partes.

³⁴⁰ Clasificación entre ordinarios y homologados Vid. BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., PRENDES, P., “Acuerdos de refinanciación” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, 2012, p. 158 y ss. Realizan clasificación en relación a los artículos de la L38/2011. El tipo ordinario es el que cumple los requisitos del antiguo 71.6 LC y el homologado el que cumple los anteriores y lo complementado por la antigua DA 4.ª LC-L38/2011. Para clasificar, destacan la diferencia de porcentaje necesario para realizar los diferentes acuerdos (60 por ciento para el ordinario y 75 por ciento para el homologado). También es de interés vid. VALENCIA GARCÍA, F., “La tipología de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n. 33, 2014, pp. 65-72.

³⁴¹ Para ver clasificación entre acuerdos generales y específicos vid. CERVERA MARTÍNEZ, A., “Procedimiento de solicitud de homologación judicial de acuerdo preconcursal de refinanciación. Comentario al auto del Juzgado de lo Mercantil, núm.6, de Barcelona, de 5 de junio de 2012”, núm. 17, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2012, p. 195. El autor distingue entre acuerdos de refinanciación generales que son los previstos en el art.71.6 LC (antiguo art. 71.6 LC de la L 38/2011) y acuerdos de refinanciación específicos, que son los que pertenecen a la homologación judicial de la DA 4.ª de la L 38/2011.

Los mecanismos de protección serán lo que medirán su cobertura y, por lo tanto, su introducción en la clasificación. En efecto, según el nivel de protección, se llegará a la clasificación y a los tipos más adecuada.

Una vez estipulada la tipología y expuesta la propia del presente trabajo, pasamos a ver los acuerdos de refinanciación actuales.

Como hemos podido comprobar en el capítulo primero del presente trabajo, los acuerdos de refinanciación han sufrido diversas modificaciones a lo largo de su existencia. Actualmente, creemos que existen tres clases de acuerdos de refinanciación recogidos en la norma concursal. Todos ellos comparten la necesidad de cumplir con la comunicación de negociaciones del art. 5 bis LC.

Sobre la comunicación al Juez, recordemos que el deudor dispone de dos meses para informar sobre sus intenciones de negociar³⁴² y, seguidamente, desde la fecha de la comunicación al juzgado, el deudor dispone de un plazo de tres meses para negociar, y de un mes hábil adicional para solicitar el concurso³⁴³, si no ha suscrito el acuerdo de refinanciación que le haya permitido superar su situación de insolvencia. Por lo tanto, el total de tiempo para conseguir una solución preconcursal es de seis meses.

El periodo de negociación entre deudor y acreedores es la fase más importante a nuestro entender, porque es cuando se debe conciliar con los acreedores financieros y sobre todo los mayoritarios.

³⁴² Actual art. 5 bis.1 LC: “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”

³⁴³ Recogido en el art. 5 bis.5 LC actual: “Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación (...) deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente”

Es el inicio del acuerdo de refinanciación en el que se crea un pacto entre las partes donde se obligan a negociar de buena fe durante el tiempo estipulado para lograr el acuerdo³⁴⁴. A nivel jurisprudencial³⁴⁵ se considera un “pacto de stand still” y según lo que dispone la sentencia que nombramos, también a nivel bancario. Este pacto no viene recogido en un régimen legal de manera concreta, es un pacto usado por costumbre y en la práctica. Por un lado, hace referencia al compromiso de los acreedores de no exigir ni reclamar judicial o extrajudicialmente el pago de la deuda durante el plazo de negociación, suspender las reclamaciones judiciales en curso, facilitar, cuando corresponda, tesorería y no ceder el crédito. Por otro lado, el deudor se compromete a no solicitar concurso de acreedores, no realizar operaciones extraordinarias, no endeudarse más y tampoco pagar obligaciones no vencidas.

³⁴⁴ Vid. AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2016.p.51 y ss. El autor opina que el deudor y sus acreedores tienen la obligación de comportarse lealmente, no sólo durante la negociación del acuerdo de refinanciación, sino en la fase previa conforme el principio de actuación de buena fe.

³⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec.3º, de 30 de julio de 2013, ponente: Pedro José Vela Torres, ref.: 208/2013/TOL4.043.463 en *Tirant lo Blanch Online*. Esta sentencia hace referencia al significado de negociación previa entre un deudor y sus acreedores. El Juez explica que en la jerga bancaria, esta negociación se denomina "stand still" y consiste en un pacto durante el proceso de refinanciación de deuda entre deudor y acreedores, mediante el cual el deudor se obliga a no presentar concurso de acreedores y los acreedores se obligan a no emprender acciones legales o requerir de pago al deudor, hasta la finalización del proceso de negociación y reestructuración de la deuda. Por lo tanto, dicho pacto supone un compromiso de no exigibilidad mientras se desarrolla el proceso negociador; y desde el punto de vista del deudor, un compromiso de no instar el concurso voluntario en dicho lapso temporal.

Lo que sí recoge la LC, es que desde el momento de la comunicación al Juez de la negociación, no se permite el inicio de ejecuciones judiciales ni extrajudiciales contra bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial³⁴⁶. Por lo tanto, se suspenden las que se estuviesen tramitando y se paraliza la entrada de nuevas.³⁴⁷

Dicha situación se mantiene hasta que se formalice acuerdo de refinanciación, se admita a trámite homologación del acuerdo o tenga lugar la declaración de concurso de acreedores³⁴⁸. No obstante, recordemos que existe jurisprudencia que dice que solamente es para los casos en los que se vaya a homologar los acuerdos de refinanciación. Por lo tanto, en este caso el legislador lo expresa de manera más amplia, mientras que los Jueces lo reducen al acuerdo de refinanciación homologado³⁴⁹.

Asimismo, los efectos definitivos que producen los acuerdos de refinanciación sobre las ejecuciones singulares suspendidas y paralizadas dependen del propio contenido material del acuerdo. Sabemos que los bienes necesarios para dar continuidad a la actividad empresarial no podrán ser afectados por las ejecuciones, durante el

³⁴⁶ Recogido en el art. 5 bis.4 LC actual: “Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”

³⁴⁷ En el capítulo I del presente trabajo, donde se comenta la evolución del precurso, podemos ver las novedades actuales sobre la comunicación al Juez, por ejemplo en el punto “5.1.Modificación del art. 5 bis LC sobre comunicación de negociación al Juez. Protección de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y paralización y suspensión de ejecuciones singulares en la comunicación al Juez”. Cap. I, presente trabajo y en el punto “7.1. Medidas convalidadas por la Ley 17/2014 y que provienen del RDL 4/2014”. Interpretación de lagunas de la norma realizada por los Jueces Mercantiles de Madrid”, Cap. I, presente trabajo. Además, a nivel de jurisprudencia también podemos observar como los Jueces interpretan de la misma manera que desde la comunicación al Juez sobre negociaciones y, posteriormente, en la homologación judicial, se paralizan y suspenden ejecuciones contra bienes necesarios. De esta manera, en el Auto del Juzgado nº6 de lo Mercantil de Madrid, de 22 de septiembre de 2016, ponente: Francisco Javier Vaquer Martín, ref.: 297/2016 en *Tirant lo Blanch Online*, donde se homologa acuerdo solicitado por la sociedad “AURANTIA 2003, S.L”, se dice así por el Juez: “De tal régimen jurídico resulta una esencial conclusión, cual es la distinta naturaleza jurídica de los presupuestos para un mismo efecto procesal ,cual es la paralización de ejecuciones singulares, pues mientras la unida a la solicitud encuentra su justificación en la conservación, evitando la disgregación del patrimonio del deudor constante la tramitación de la solicitud homologadora, la segunda encuentra su fundamento en el acuerdo de voluntades propio del negocio jurídico novativo cuya eficacia se extiende a disidentes por efecto de una resolución judicial, si bien con los límites legalmente dispuestos.”También vid. sobre el mismo tema Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2015, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 799/2015 en *Tirant lo Blanch Online* “implica la paralización de las ejecuciones singulares en trámite promovidas por el pasivo financiero afectado por el presente acuerdo de refinanciación así como la prohibición de iniciar ejecuciones singulares nuevas respecto de las mismas hasta la fecha de vencimiento final de la deuda afectada por la refinanciación”

³⁴⁸ Las opciones también se recogen en la norma dentro del art 5 bis.4 LC y hay otras más referidas a la propuesta anticipada de convenio y al acuerdo extrajudicial de pagos, que no mencionamos en el texto.

³⁴⁹ Análisis comentado en el capítulo I del presente trabajo, sobre la evolución normativa, p.80.

proceso de negociación y posterior homologación (en el caso de acuerdos de refinanciación homologados).

No obstante, lo que debe entenderse también es que esto se realiza para que no se produzca un sacrificio desproporcionado de los bienes y derechos del deudor, pero, según jurisprudencia³⁵⁰, tampoco debe ocurrir con los derechos de los acreedores. Por ello, es importante recalcar en las negociaciones y formación de los acuerdos, que los bienes y derechos del deudor deben estar registrados y no ocultos y deben ser veraces y reales, Debe de existir proporcionalidad en las acciones que se realizan por parte del deudor y de los acreedores.

Comentado lo anterior sobre el paso previo de comunicación al Juez, dentro de las negociaciones entre deudor y acreedores pueden surgir distintos tipos de acuerdos de refinanciación que han quedado formados a través de la evolución normativa en los últimos años.

6. El acuerdo de refinanciación básico. La base de la formación del acuerdo actual mediante el art. 71 bis.1 LC

La primera clase que encontramos aparecen actualmente en el art. 71 bis. 1 LC. En el presente trabajo los describiremos como indica el título “*acuerdos de refinanciación básico*”. Pensamos que son utilizados como cobertura media debido a su capacidad de proteger de la rescisión concursal³⁵¹ en un eventual concurso de acreedores. Es decir, aporta protección bajo la posibilidad de reintegración de la masa

³⁵⁰ Vid. Auto del Juzgado nº6 de lo Mercantil de Madrid, de 22 de septiembre de 2016, ponente: Francisco Javier Vaquer Martín, ref.: 297/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. De dicho auto hemos sacado la idea de observar la desproporcionalidad posible al paralizar ejecuciones y el perjuicio al acreedor. Se expresa lo siguiente : “*Los efectos definitivos del acuerdo sobre las ejecuciones singulares pendientes deriva del propio contenido material modificativo o novativo negocial, surge la cuestión de determinar si tal eficacia puede integrar el concepto de sacrificio desproporcionado que como motivo de impugnación reconoce la norma; debiendo dar a tal pregunta una respuesta positiva en cuanto si la novación o modificación del crédito afecta no sólo a las prestaciones que constituyen su objeto sino a las facultades de aquel derecho crediticio para su defensa, conservación y la obtención de su ejecución forzosa ,es decir, el conjunto de facultades propio del titular de derechos subjetivos, tanto unos como otros pueden integrar el juicio de proporcionalidad*”.

³⁵¹ Vid. el art.71 bis.1 LC actual, que habla directamente de protección contra rescisión concursal y se expresa así: “*No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos*”(…).

que explica el art. 71.1 LC³⁵². Sin embargo, solamente protege de esta acción y no de otras³⁵³. Por ello, decimos que la cobertura es mediana.

Este tipo de acuerdo, no ha variado en gran medida con la evolución normativa³⁵⁴. La esencia de dicha negociación es la que se recogía en el ex art. 71.6 LC. Observando los requisitos de contenido y forma que se detallarán a continuación, se podrá observar la evolución ya comentada con anterioridad en el capítulo primero del presente trabajo.

Para que pueda crearse este acuerdo y existir el nivel de protección, deben cumplirse una serie de requisitos que estipula el art. 71 bis.1.a) y b) LC. Dichos requisitos los diferenciamos según contenido y forma, tal y como lo redacta la normativa.

El art.71 bis.1.a) LC establece un contenido mínimo para los acuerdos de refinanciación, que como decíamos no ha evolucionado en gran medida con las diversas reformas concursales. Como sabemos, este contenido que aparece en el art. 71 bis.1 LC para los acuerdos de refinanciación básicos, será también necesario para el acuerdo de refinanciación que quiera homologarse³⁵⁵.

a) Debe existir ampliación significativa del crédito disponible o modificación y/o extinción de obligaciones, para la creación de nuevas³⁵⁶.

La primera posibilidad que vemos es la de la ampliación significativa del crédito disponible. Si nos paramos a observar el tramo del requisito sobre la ampliación “significativa” del crédito disponible y echamos un vistazo a las reformas anteriores, podemos observar que pese a las varias modificaciones concursales, este requisito es

³⁵² Expone la LC: “*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*”

³⁵³ Ya sabemos que pese a evitarse las acciones rescisorias, a parte, pueden existir otras, según art. 71.6 LC actual: “*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72*”

³⁵⁴ Vid. Capítulo I del presente trabajo para analizar la evolución normativa.

³⁵⁵ Recordemos que la mayoría exigida para el cumplimiento de acuerdo homologado sí es diferente al solicitado en el acuerdo de refinanciación básico.

³⁵⁶ Vid. art. 71 bis 1.a).1ºLC, parte en la que se recoge la necesidad de ampliación de crédito o modificación de obligaciones: “*se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*”.

muy parecido en redacción al inicial del RDL 3/2009. Sin embargo, sigue sin describirse con mayor amplitud el concepto de “ampliación significativa”. Por ello, debemos realizar una propia interpretación del precepto para intentar esclarecer el concepto de “significativa” con la ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia para mejor entendimiento.

Por tanto, seguidos por la doctrina³⁵⁷ y la jurisprudencia³⁵⁸, sabemos que tiene que existir un aumento notable pero no abusivo de la financiación. Después de analizar lo citado, creemos que lo importante es que sea la cantidad suficiente, al menos, para la continuidad de la actividad empresarial. Por lo tanto, es muy relativo el concepto de crédito necesario y será necesario observar el supuesto de hecho concreto para poder medir la cantidad necesaria.

³⁵⁷ Vid AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 28. El autor opina que no existe un concepto único de ampliación significativa y que debe mirarse el caso concreto y valorar a partir de las circunstancias y situación patrimonial concreta del deudor en cuestión y cita a varios autores que opinan respecto al carácter significativo de la ampliación de crédito. Además, en la obra de AZNAR, el autor cita a varios autores con sus respectivas opiniones. Por ejemplo, cita a PRIETO GARCÍA-HIETO, I., que considera que la ampliación con carácter significativo “*sea suficiente a priori por si misma o en conjunción con otras variables contempladas en el Plan para posibilitar la referida continuidad empresarial sin insolvencia*”; a PIÑEL LÓPEZ, E., “*tiene que suponer una ampliación y que se consigue mediante la ampliación, no pudiéndose establecer, por tanto, unos criterios cuantitativos concretos sobre lo que se entiende por ampliación significativa*”.

³⁵⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 6 de abril de 2016, ponente: Pedro Márquez Rubio, ref.: 360/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. El caso concreto es sobre la homologación del acuerdo de refinanciación de la empresa “Abengoa SA” por ser necesario para la continuidad de la empresa. En el auto, el Juez señala que tras los préstamos recibidos por “Abengoa” y los posteriores préstamos a la empresa, Abengoa SA puede continuar su funcionamiento. Sobre el tema que ahora tratamos, en este auto, se plantea el significado de la ampliación significativa del crédito o la modificación de obligaciones. Se realiza una reflexión sobre si es necesario analizar los requisitos paso a paso o si lo que realmente importa es el cumplimiento de todos en mayor o menor medida. Es decir, el Juez considera que no es tanto la necesidad de saber si la ampliación significativa es mayor o menor, sino que el cumplimiento de todos los requisitos en conjunto pueden llevar a la formación del acuerdo. Nosotros entendemos que lo que quiere decir es que el cumplimiento del requisito basta sin entrar en valorar si es o no suficiente, puesto que cada caso es diferente y lo que cuenta es el conjunto de requisitos que solicita el legislador (ampliación de crédito, mayoría necesaria, certificación de auditor de cuentas, etc.), demostrable en el plan de viabilidad. Por todo ello, exponemos las siguientes afirmaciones sobre este tema que hemos encontrado en dicho auto: “*considero que el énfasis no debe ponerse en el contenido individualizado y fragmentado del acuerdo, sino en el efecto conjunto resultante del entrelazamiento de la totalidad de sus elementos porque los pactos concretos que se incluyen en un acuerdo de refinanciación no son disociables entre sí ni respecto del acuerdo en su conjunto, sino que responden a la intención global de las partes*”(…); “*el filtro debe superarlo el conjunto del acuerdo de un modo unitario y no separadamente cada una de sus partes, con independencia de que para efectuar ese análisis, no exista otro camino que el estudio individualizado de sus elementos*.”(…); “*la atención ha de centrarse en el hecho de que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial*”. Con las afirmaciones extraídas del auto comentado, el Juez expone su opinión sobre que es efímero valorar si una ampliación es significativa o no. Considera que lo importante es el conjunto de requisitos y que se puedan exponer en el plan de viabilidad.

Además, si profundizamos en el análisis del concepto, podemos decir que aún se puede concretar más el concepto de ampliación “significativa”, según la explicación de la doctrina. Para ello, hay autor³⁵⁹ que nos explica que se debe diferenciar entre cantidad significativa y cuantitativa. En efecto, hemos aprendido que a veces puede ocurrir que la cantidad no sea muy elevada pero significativa por ser la necesaria para el mantenimiento. Dependerá del tamaño de la sociedad, de su actividad empresarial y de la totalidad de deuda. Después del análisis realizado, hemos interpretado que la ampliación significativa oscilará entre el 10 por ciento y el 30 por ciento, según la magnitud de la empresa para hablar de cantidades de crédito disponible significativas y necesarias para la continuidad de la empresa.

En cualquier caso, siguiendo también la jurisprudencia citada en la anterior página, consideramos que la valoración de la ampliación de crédito “significativo” deberá ser analizada junto con el plan de viabilidad de que se acompaña la refinanciación y sobre el que se estructura la continuidad de la empresa o actividad profesional, ya que lo que determina la vinculación es la viabilidad y continuidad empresarial.

También queremos destacar sobre este tema que tenemos que pensar que estamos hablando de una ampliación de un crédito ya existente, por ejemplo: un préstamo sindicado con los acreedores financieros mayoritarios. El cambio es que el importe se amplía. Es importante ver que el crédito ya existe, puesto que si no fuera así, sería un supuesto de crédito nuevo, por lo tanto, no estaríamos ante una ampliación de un crédito preexistente sino ante uno nuevo y se trataría de una nueva financiación, no sería refinanciación³⁶⁰.

³⁵⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p.262, La autora realiza una interpretación del crédito disponible. Considera que la cuantificación se basa en las dimensiones de necesidad del deudor. Cuando se trate de un deudor persona física o empresas pequeñas la ampliación consistirá un aumento de los fondos del 30%. En el caso de empresas grandes o sociedades, sería de un 10% por entenderse que la masa pasiva será más elevada y que un 10% ya será significativo y notable en una entidad de dimensiones más gruesas. Dicha autora destaca al siguiente autor: Vid. SÁNCHEZ-CALERO, G., *Refinanciación y rescisión concursal*, ADCO ,2010, pp. 9-38. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec.15, 6 de febrero de 2009, que dice que la ampliación significativa del crédito será de más de un 20%. Por lo tanto, vemos que los parámetros oscilan entre el 10% y el 30% según la magnitud de la empresa para hablar de cantidades de crédito disponible significativas y necesarias para la continuidad de la empresa.

³⁶⁰ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p.263.La autora nos explica que es importante distinguir que se trata de deudas ya existentes que se modifican o amplían. No se trata de constituir nuevos préstamos sino modificar los existentes.

Debe quedar claro que lo que se intenta es renegociar una deuda ya existente y concretada en su día. Si un deudor tiene contratado varios préstamos con una entidad financiera y no puede pagar las cuotas mensuales, se intenta renegociar dichas cantidades vencidas con la misma entidad financiera. Esta entidad podrá decidir si permite al deudor renegociar los préstamos contratados reagrupándolos en un nuevo préstamo y una sola cuota. Eso sí, con nuevas obligaciones para el deudor y nuevas garantías. Es lo que se conoce a nivel de práctica pero no expuesto en ley como una “reunificación de deuda”, que viene a ser una variante de todo lo que entra dentro de renegociación de deuda. Queremos dejar claro que es un mero ejemplo y que no estamos de acuerdo con el concepto de “reunificación de deuda”, ya que se trata de una renegociación, en la que se recoge toda la deuda existente con un acreedor en un nuevo préstamo y una nueva cuota, pero se trata de una deuda que ya existía y a la que se cambia condiciones, garantías y figura. Renegociar deuda ya establecida.

La posibilidad del dinero nuevo o “*fresh money*” es un buen instrumento siempre y cuando exista la decisión de cumplir con las condiciones que acompañen a tal aportación dineraria por las entidades financieras. Si en el plan de viabilidad no se demuestra que se va a poder hacer frente con el crédito de dinero nuevo, es importante no hacerse cargo de dicho compromiso, puesto que aunque el hecho de disponer de una financiación nueva para una deuda ya existente, lo que crea es un mayor endeudamiento que puede producir dos resultados:

Por un lado, el conseguir sanear la situación del deudor y poder hacer frente con pagos y mantenerse. Por otro lado, se producirá un mayor endeudamiento que a largo plazo creará mayor inestabilidad e incumplimiento de las obligaciones anteriores y las establecidas durante la renegociación.

El beneficio de refinanciar bajo este tipo de acuerdo es en sí el poder utilizar dinero nuevo o “*fresh money*” en los acuerdos de refinanciación y estar garantizada su protección mediante la irrevocabilidad de la financiación privilegiada por la vía del cumplimiento de los requisitos del art.71 bis.1.a) LC. No obstante, debe vigilarse los abusos, ya que un mal uso puede desembocar en una acción de imputación de concesión abusiva de crédito y puede ejercitarse dicha acción por vía de responsabilidad extracontractual. Esto último ocasiona gran inseguridad jurídica.

La segunda posibilidad es la modificación de las obligaciones del deudor, que puede ser, en primer lugar, una prórroga en el plazo del vencimiento de la obligación o, en segundo lugar, la creación de obligaciones que sustituyeran a unas ya existentes o la modificación de unas contraídas con anterioridad.³⁶¹ Nos referimos a las operaciones de quitas y esperas.

b) Dichas negociaciones deben plasmarse y debe relacionarse con el plan de viabilidad que permita dar continuidad a la actividad empresarial a corto y medio plazo³⁶². El plan de viabilidad³⁶³, sigue siendo fundamental para la creación y aceptación de un acuerdo. Es la manera práctica de demostrar la posibilidad que tiene el mismo de ser eficaz. Consideramos que el plan enseña de manera práctica lo que podría llegar a convertirse en una negociación sobre la insolvencia y la actividad empresarial de un deudor.

Si bien es cierto que el plan de viabilidad no puede determinar la continuidad de la empresa de manera fehaciente, sí debe poder demostrar la continuidad de la actividad

³⁶¹ Un ejemplo de modificación o sustitución de obligaciones lo podemos ver en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona nº1, de 14 de marzo de 2016, ref.: 53/2016. En este caso concreto, la sociedad deudora “FUNDACIÓ HOSPITAL SANT PAU I SANTA TECLA” realiza un acuerdo de refinanciación con sus acreedores en el que modifican obligaciones y se sustituyen otras por nuevas. De esta manera, se nova un préstamo y se constituyen nuevas garantías. En relación a la modificación de obligaciones, el acuerdo lo formaliza con CAIXABANK, S.A.; INSTITUT CATALÀ DE FINANCES; CATALUNYA BANC, S.A. y DEXIA SABADELL, S.A y se novan los créditos contratados. Por un lado, se nova un préstamo ya constituido con anterioridad. Por otro lado, se nova también un contrato de pignoración y otro de prenda. Entre las modificaciones introducidas en la novación del préstamo son las siguientes: (1) Se alarga el plazo de vencimiento final del préstamo desde el año 2027, previsto originalmente, hasta el año 2030; (2) Se produce una disminución muy significativa de las cuotas de capital a amortizar durante los próximos 11 años (hasta el 2027), aliviando de esta forma las obligaciones financieras de la Fundación a corto y medio plazo; (3) Se mantiene el tipo de interés aplicable hasta noviembre de 2017 (diferencial del 1,40%), previéndose un incremento del diferencial sobre el EURIBOR en 40 puntos básicos (0,40%) a partir de entonces y hasta la fecha de vencimiento final (diferencial del 1,80%) ;(4) Se introducen una serie de nuevos supuestos de amortización y vencimiento anticipado de la deuda financiera. En relación a la constitución de nuevas obligaciones, se constituyen nuevas garantías. Por ello, se constituye, en favor de los bancos mencionados: (1) Derecho real de prenda sobre los derechos de crédito derivados de los saldos a cobrar en virtud de la relación derivada de la prestación de servicios relativos a la gestión de servicios del Hospital del Vendrell; (2) Derecho real de prenda sobre los derechos de crédito derivados de los importes a percibir por acuerdo transaccional o sentencia relativa al recurso contencioso administrativo instado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Barcelona frente al CatSalut.; (3) Derecho real de prenda sobre los saldos que hayan en cada momento en las cuentas bancarias abiertas a nombre de la Fundación en CAIXABANK, S.A., donde deben abonarse los derechos de crédito pignorados.

³⁶² Aparece legislado en la segunda parte del art. 71 bis 1.a) LC: “*respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*”.

³⁶³ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 278 y ss.

profesional mediante la fijación de ampliación de crédito o modificación de obligaciones.

Consideramos que dicha herramienta fija la posibilidad de llegar a la continuidad de la actividad, pero no de manera absoluta. Es decir, no se puede creer que un plan de viabilidad sea certero al cien por ciento y tampoco se puede considerar el error, en caso de no cumplir con el objetivo que estipula el mismo.

Desde el inicio de este trabajo, hemos considerado que el legislador quería dejar constancia de que se debe intentar realizar de la manera más favorable posible el plan de viabilidad, para así extraer mayor beneficio futuro, independientemente de lo que sucediera después.

En relación al periodo de tiempo del que habla el precepto, el corto o medio plazo es el tiempo en el que se mide la eficacia del plan de viabilidad. Existe diversidad de opiniones³⁶⁴ sobre el límite temporal de corto o medio plazo, ya que aceptan la inexactitud del periodo de tiempo que se ha regulado en la LC. Dichas opiniones exponen las siguientes ideas de determinación del periodo:

En primer lugar, se utilizan las normas contables³⁶⁵ para determinar el tiempo estipulado. En términos de contabilidad el corto plazo es inferior a un año y el largo plazo es superior a un año. Esto es así debido a que en normas contables se considera la

³⁶⁴ Vid. AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.34. Hace una breve reflexión sobre el tema y utiliza en varias ocasiones opiniones de diversos autores. El autor considera que muchos autores se cuestionan la inexactitud del periodo de tiempo. Nombra a las leyes contables y explica que en término de contabilidad el corto plazo es inferior a un año y el largo plazo es superior a un año y, precisamente, nombra a PULGAR EZQUERRA, quien utiliza el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad y entiende que el largo plazo será el que corresponda al superior a un año y el corto y medio plazo inferior al año, teniéndose en cuenta el plan de viabilidad que acompaña al acuerdo de refinanciación. Esto es así debido a que en normas contables se considera la terminación del ejercicio contable de un año. No se observa ni se expone como el nacimiento de una obligación sino como la finalización de un resultado. AZNAR también muestra la opinión de NIETO DELGADO, C., sobre que el corto y medio plazo exige dos periodos de tiempos iguales e inferiores a un año al ser considerados de igual forma en la norma contable. Así pues, si nos regimos por contabilidad, y no en el vencimiento de un periodo de tiempo sino en el inicio de uno después de haber existido un año de resultado, que sería el de estudio de mejora y viabilidad. interpretamos que quiere decir que el corto y medio plazo debería ser de dos años. No obstante, tampoco nos convence esta postura.

Para AZNAR es el plazo que asegure la *“pervivencia de la empresa durante cierto tiempo (...) esa indeterminación, obliga de nuevo a acudir al caso concreto y, especialmente, a la actividad de la empresa y su situación patrimonial y financiera e, importante, su ciclo económico.”*..

³⁶⁵ Vid. Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, BOE nº 278, ref.: BOE-A-2007-19884

terminación del ejercicio contable de un año. No se observa ni se expone como el nacimiento de una obligación sino como la finalización de un resultado.

En segundo lugar, existe la opinión sobre que el corto y medio plazo exigen dos periodos de tiempos iguales e inferiores a un año. Es decir, estamos hablando de dos años.

En tercer lugar, existe la opinión sobre que el corto y medio plazo es el que asegure la continuidad de la empresa. Por lo tanto, como es una opinión muy ambigua, obliga de nuevo a acudir al caso concreto y, especialmente, a la actividad de la empresa, su situación financiera y su ciclo económico, para poder concretar el tiempo necesario.

Consideramos que no se puede dejar al libre albedrío la consideración de corto y medio plazo puesto que genera confusión a la hora de establecer medidas de solución para un periodo de tiempo y existe gran diferencia entre aquéllos que consideran dicho periodo de un año a autores que lo establecen en más tiempo.³⁶⁶

El contenido del plan de viabilidad deberá ser creíble y debe exponer tantos los puntos fuertes del negocio como las debilidades del mismo. Asimismo, el plan debe contener la manera de solucionar dichas debilidades. Nos referimos a que debe incluir las propuestas para negociar con las entidades financieras, incluso los riesgos y beneficios para las propias entidades. También se pueden estudiar en él la opción de constituir nuevas garantías o revisar las existentes, entre otro tipo de negocios.

En cualquier caso, a estos contenidos obligatorios se les podrán añadir modificaciones estructurales, condonaciones o capitalizaciones de deuda (entre otros), dependiendo de lo que acuerden las partes. Nosotros los llamamos contenidos adicionales y hablamos de ello en el capítulo cuatro del presente trabajo.

Pasamos a observar los requisitos necesarios de forma actuales. Los requisitos de forma se encuentran en el art. 71 bis 1.b).1º, 2º y 3º LC. Son los requisitos de “*quórum*”, certificación de auditor de cuentas y formalización en instrumento público,

³⁶⁶ Vid. NIETO DELGADO, C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M, NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.21. El autor critica que el legislador no establezca de forma más coherente el periodo de tiempo “corto y medio plazo”.

respectivamente. Pasamos a describir a continuación el estado actual de los requisitos formales del acuerdo ordinario:

a) Según el art. 71 bis.1.b).1º LC, la mayoría requerida para formar el acuerdo básico es de tres quintas partes de pasivo del deudor en el momento de la fecha de intención de adoptar el acuerdo. Es decir, un 60 por ciento. En dicho precepto se incluye a los acuerdos sindicados y a los de grupos de sociedades. No se realiza distinción entre el tipo de acreedor, por ello, suponemos que en el cómputo se incluye la totalidad del pasivo y la totalidad de los acreedores adheridos, independientemente del rango que pueda tener el crédito para cada uno en caso de posterior concurso.³⁶⁷

Sobre las mayorías necesarias en las refinanciaciones de grupo³⁶⁸, el porcentaje se calculará tanto en base individual, en relación con todas las sociedades vinculadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos el cómputo del pasivo los préstamos otorgados por sociedades del grupo. En relación a los subgrupos, no queda claro debido a que el propio supuesto no tiene una definición clara en el derecho mercantil.³⁶⁹

b) Según el art. 71 bis 1.b)2º LC, se menciona la necesidad de certificación de auditor de cuentas del deudor para medir la suficiencia de la deuda para realizar el acuerdo. En caso de no haber uno, se designaría por el registrador mercantil que respondiera en la zona de domiciliación del deudor.

Como se mencionaba en los antecedentes del primer capítulo del presente trabajo, con las reformas de la LC, deja de ser obligatorio el informe del experto independiente en los acuerdos de refinanciación. Esto supondrá que la función que hacía el experto independiente de valorar de manera técnica el acuerdo de refinanciación, debe realizarlo el Juez.

³⁶⁷ Vid. NIETO DELGADO, C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015,p.21.

³⁶⁸ En las mayorías necesarias en las refinanciaciones de grupo, se mantiene lo expuesto en la antigua L38/2011 a la L17/2014

³⁶⁹ Vid. NIETO DELGADO, C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015,p.21.Considera el autor que el quórum reforzado para el caso de subgrupos genera dudas. La considera entidad de carácter impreciso en el derecho mercantil.

Hay jurisprudencia³⁷⁰ que indica que el Juez deberá realizar un juicio de valor técnico sobre el carácter razonable y realizable del acuerdo de refinanciación. No obstante, cabe añadir que el legislador permite a elección del deudor y los acreedores el nombramiento de experto independiente, como se menciona en el art. 71 bis 4. LC, para informar sobre el carácter razonable del plan de viabilidad u otras inquietudes.

Consideramos que un auditor de cuentas puede aportar veracidad al acuerdo, pero sobre todo al plan de viabilidad que se organiza. Será el interviniente imparcial que puede estudiar la situación como parte no afectada y comprobar las posibilidades de supervivencia de la sociedad y con el acuerdo de refinanciación.

c) Según el art. 71 bis 1.b).3º LC, será necesario que se formalice en documento público y se protocolicen todos los documentos que han sido necesarios y aportados para la creación del acuerdo de refinanciación. En efecto, debe quedar estipulado de manera expresa el acuerdo y todo lo que lo completa. Consideramos que la razón es dar mayor seguridad a las partes de lo que se pacta. Creemos que los documentos privados pueden introducir cláusulas abusivas o desmesuradas que pueden perjudicar la situación ya de por sí delicada.³⁷¹

Así pues, estos son los requisitos formales que solicita el legislador para la creación de acuerdo de refinanciación básico. Sin embargo, ya sabemos que también

³⁷⁰ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 6 de abril de 2016, ponente: Pedro Márquez Rubio, ref.: 360/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. El caso concreto es sobre la homologación del acuerdo de refinanciación de la empresa “Abengoa SA”. Sobre el tema de la no necesidad de informe del experto independiente, pero sí la continuación de la valoración técnica, se indica que debe continuar la valoración técnica a manos del Juez. No obstante, debe quedar claro que el Juez no es experto en materias económicas y realizará valoración sobre si el acuerdo es razonable y realizable. Por lo tanto, no atenderá aspectos económicos concretos. Por ello se indica de la siguiente manera en el auto: “*el control judicial del plan de viabilidad no puede ser de tal intensidad que se extienda a aspectos macroeconómicos o que afecten al ámbito de la discrecionalidad de las decisiones empresariales, por cuanto que la ausencia de un perito en la materia que aporte los conocimientos de los que, en tales ámbitos, carece el Juez, evidencia que el énfasis ha de centrarse en la razonabilidad aparente de las conclusiones y en el grado de implantación e importancia que tiene el acuerdo en la consecución de la finalidad perseguida por el plan.*”

³⁷¹ Vid. MIELGO ÁLVARES, M.T., “Los acuerdos preconcursales de refinanciación” en *Escritura pública*, ISSN 1695-6508, nº. 77, 2012, pp. 64-67. En este artículo se explica la importancia que tiene el formalizar el acuerdo en escritura pública. Cuando se realiza en documento público ante notario, el último realiza una labor de control de lo que se está escriturando para que sea legal y según Ley. De esta manera la autora comenta así: “*Pudiera parecer que este control de legalidad es liviano, pero no es así porque la propia Ley Concursal admite que en este proceso contractual pueda 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 al arbitrio de las partes, por lo que esta labor debe ejercerla el notario.*”

serán necesarios para el acuerdo complejo, el acuerdo homologado, aunque con matizaciones por ejemplo en la mayoría necesaria, que más adelante estudiaremos.

Antes de finalizar este punto, queremos reflexionar sobre el derecho comparado preconcursal. Como ya hemos visto en el segundo capítulo, la norma española ha intentado progresar en preconcursalidad y dar soluciones a la insolvencia observando muy de cerca otros modelos³⁷².

El modelo italiano siempre ha sido la primera referencia. Ya sabemos que nuestro derecho preconcursal recoge gran parte de la estructura italiana en base a su idea de negociación extrajudicial, homologación judicial e idea de dinero nuevo o “*fresh money*”. Así como también el mecanismo de protección de rescisión concursal.

En relación a nuestro acuerdo de refinanciación básico, podemos encontrar similitud con el modelo italiano en el caso del “*accordi di risanamento*”. Como ya ocurre en el acuerdo básico español, el italiano permite más libertad entre las partes pero no ofrece ningún tipo de protección a los acreedores que no se acogen a este tipo de acuerdo. No obstante, si existe protección también de dicho acuerdo y de los actos, pagos y garantías surgidos del mismo (aunque no sea homologado) de un eventual concurso iniciado de forma necesaria por quiebra del deudor, cuando cumpla un requisito imprescindible: cuando se demuestre que dicho acuerdo básico, sin homologación, permite el saneamiento de la situación de crisis del deudor. Es decir, existe una limitación en este caso para que se produzca la protección ante acciones revocatorias y sólo protege a los firmantes del acuerdo, no a acreedores disidentes ni a terceros.

No obstante, queremos destacar el modelo francés. Por un lado, por las similitudes que encontramos entre nuestro acuerdo básico y su acuerdo de conciliación. Por otro lado, por los aspectos que pensamos que son diferentes y que deberíamos aprender de ello.

³⁷² Vid. BIANCHI, A., *Crisi di impresa e risanamento*, ed. *La Ley-Wolters Kluwer*, Milan, 2010.

Vid. CASTIELLO D'ANTONIO, A., “La evolución legislativa del Derecho Preconcursal italiano” en *RDCP*, núm.14/201, pp.331-347. Vid. CASTIELLO D'ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y *fresh money* en Derecho italiano” en *RDCP* núm. 15/2011, p.503 y ss.. Vid. PEROCHON, F., “La prevención de las crisis en Derecho francés”, *RDCP* n. 15/2011, p.511 y ss.. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012. Vid. VALLENS, “El mediador de empresa y los procedimientos franceses de prevención”, en *RCP* 13/2010, p. 468 y ss.

Si comenzamos viendo las similitudes, podemos exponer lo siguiente. En primer lugar, en ambos casos se comparte la idea de prevención y salvaguarda de la actividad empresarial. En segundo lugar, ambos consisten en una negociación extrajudicial entre deudor y acreedores para solventar la crisis que les afecta. En tercer lugar, se realiza comunicación al Juez de lo mercantil sobre que se quiere iniciar negociaciones con los acreedores. En cuarto lugar, la negociación puede realizarse en estado de inminente insolvencia y no solamente en situación de insolvencia firme. En quinto lugar, la negociación entre partes, puede llegar a homologarse por el Juez competente, si se cumplen los requisitos mínimos marcados por la norma. En sexto y último lugar, no cabe instar concurso de acreedores mientras exista la negociación abierta.

No obstante, creemos que en dos aspectos el acuerdo de conciliación francés es mejor que el nuestro.

1.) Como ya se comentó en el capítulo de derecho comparado, la norma francesa en su art. 611-4 C.Com.F. expone que para poder utilizar la herramienta extrajudicial no puede tratarse de una insolvencia mayor de 45 días. Lo que denomina insolvencia reciente.³⁷³ El ordenamiento francés estipula un periodo de tiempo para indicar a lo que se refiere con insolvencia reciente y es algo que valoramos, ya que en nuestro ordenamiento ni se expresa de manera clara el tiempo que se considera insolvencia firme ni la inminente. Simplemente, se indica lo que ya conocemos sobre que la situación de insolvencia es cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones exigibles. Consideramos que el marcar un margen de tiempo definido como es el caso de la “insolvencia reciente” francesa, nos ayudaría a delimitar mejor la decisión del deudor de comenzar a iniciar negociaciones para solucionar antes su crisis. Si se pudiera delimitar la inminente insolvencia en el marco español, el deudor sabría que tendría de tiempo máximo el requerido por inminente insolvencia y que tendría que actuar antes de ese periodo de tiempo, si quiere evitar una situación más grave.

2.) El segundo aspecto que pensamos es mejor en el caso francés es la posibilidad que existe con el acuerdo de conciliación francés sobre que el acuerdo de conciliación iniciado puede ir precedido por un “mandato previo” en el que ya hubieran

³⁷³ Vid. Vid. PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 213. En la obra de autor hemos encontrado el precepto que marca el tiempo de la insolvencia reciente en Francia.

comenzado las negociaciones. El mandato prepara la conciliación y no tiene límite de tiempo.³⁷⁴ Esto sugiere que en nuestra LC, cuando se realiza la comunicación al Juez de negociaciones, tal como indica el art. 5 bis LC, ya vendría precedido de un proyecto en el que el deudor podría haber marcado ya las bases de la negociación.

Por lo tanto, consideramos que si se estudia el ordenamiento francés y el acuerdo de conciliación, quizás el legislador podría estudiar las innovaciones que presenta el legislador francés, para así mejorar aún más nuestros acuerdos de refinanciación

7. Acuerdo de refinanciación especial. La protección contra rescindibilidad sin necesidad de cumplir con las mayorías de pasivo exigidas

Son acuerdos especiales los recogidos en el apartado 2 del art. 71 bis LC. Dicho artículo contempla la posibilidad de crear acuerdo de refinanciación que mantengan protección de no rescindibilidad sin necesidad de cumplir con las mayorías de pasivo exigidas en el caso del acuerdo básico.

El acuerdo especial es bastante novedoso, ya que se introduce a finales del 2014 y se asegura en el 2015, como hemos podido comprobar en la evolución normativa. Consideramos que la cobertura que ofrecen es baja, puesto que pese a que no se debe cumplir con exigencias de mayorías, debe cumplir con estrictos objetivos que a su vez, no podrán acogerse a homologación.

Se permite la negociación entre deudor y uno o varios acreedores sobre la deuda sin perjudicar al resto de acreedores y siempre que sea para una mejora patrimonial del deudor. Por ello, según lo que se expone en el art. 71 bis 2 a) a la e) LC, no serán rescindibles aunque no cumplan con las mayorías del acuerdo ordinario, los acuerdos que contemplen el objetivo de:

- 1.) Incrementar el activo sobre el pasivo existente.
- 2.) El activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.

³⁷⁴ Vid. PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 214. En la obra de autor es donde encontramos por primera vez el significado de “mandato *ad hoc*”, previo al acuerdo de conciliación.

3.) Se consiga que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no sobrepase los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo.

4.) El tipo de interés de la deuda resultante del acuerdo no pase más de un tercio sobre la deuda previa.

Sin embargo, dichos objetivos son más estrictos, ya que al no ser necesario tener mayorías como requisitos, los objetivos se convierten en obligatorios y se deberán protocolizar. Por ello, se cumpla con la necesidad de formalizar el acuerdo en instrumento público por todas las partes vinculadas en la negociación y se especifique de manera expresa en el documento los pactos realizados entre deudor y acreedores, especialmente en la vertiente económica y haciendo referencia a los puntos anteriores sobre mejora patrimonial del deudor.

Para este modelo especial, nos dirigimos al derecho norteamericano para poder encontrar una similitud en derecho comparado. Consideramos que nuestro acuerdo de refinanciación especial se asimila al acuerdo ordinario “*workout*” norteamericano.

El escenario norteamericano de los acuerdos “*workouts*” son situaciones en las que empresas viables con deudas a largo plazo, por tanto, no insolvencia inmediata, con buenas perspectivas económicas y buena relación con sus acreedores, deciden realizar acuerdos extrajudiciales llamados “*out of court*” o “*workout*”, para atender a los costes temporales de dicho acuerdo y para atender a las necesidades de todos los acreedores. Los “*workouts*” tienen una naturaleza estrictamente negociadora. La autonomía de la voluntad de las partes es la que decide el acuerdo y su contenido con el objetivo de solicitar un procedimiento de reorganización. Sin embargo, estos acuerdos comparten el mismo problema que el de otros modelos europeos, debido a la resistencia, la llamada “*holdout problem*” y se refiere a conductas no cooperativas de algunos acreedores que pueden perjudicar a las negociaciones.

Recordemos que hay unos requisitos para cumplir con el acuerdo “*workout*” con según el art. 303 del “*Bankruptcy Code*”:

1.) Que la solicitud del acuerdo se realice por tres o más acreedores ordinarios

2.) Que el crédito de los acreedores que se suman a la solicitud deben superar el mínimo establecido legal de 10.000\$.

3.) Que se demuestre por los solicitantes que el deudor se encuentra en estado de insolvencia moderada y no puede hacer frente a sus obligaciones.

Este modelo es válido para negociaciones, pero se tiene que conocer el hecho de que no cuenta con blindajes de protección ante actuaciones. Lo mismo ocurre con nuestro acuerdo especial.

8. Acuerdo de refinanciación complejo. La homologación de la negociación preconcursal

Este es el tercer tipo de acuerdo de refinanciación existente en la normativa actual. Consideramos que este tipo de acuerdo es el más importante y necesario. Asimismo, la cobertura de protección es la más elevada de los tres tipos de acuerdos que describimos.

Es el acuerdo que ha sufrido más modificaciones a lo largo de la evolución normativa española en relación al concurso. En concreto, siete variaciones desde su creación. De hecho, ha sufrido cambios en los requisitos estipulados para adoptar este acuerdo, también en el propio procedimiento de homologación y, además, se han producido variantes en los efectos que conlleva la homologación, incluso en lo que respecta a los acreedores disidentes con y sin garantía real. Otro de los cambios más notables ha sido la mayoría necesaria que ha ido reduciéndose de 75 por ciento en el 2011 (L38/2011), al 55 por ciento en el 2013 (L 14/2013 LE) y al 51 por ciento en el 2014 (RDL 4/2014) del pasivo financiero, que denota la intención del legislador para que se utilice como herramienta de viabilidad empresarial.

Como sabemos por la evolución normativa y los puntos de este trabajo sobre definición y finalidad de los acuerdos de refinanciación, la intención de la homologación es que el deudor pueda llegar a pactar con acreedores sobre la deuda aunque no sean todos los interesados. El legislador pretende maximizar las oportunidades para que el deudor pueda mantener la actividad empresarial. Durante el tiempo de pacto, los acreedores que se hayan acogido no podrán demandar al deudor. Sin embargo, con los acuerdos homologados lo que se quiere también es que los acreedores que no han pactado, los disidentes o no participantes en el acuerdo, tampoco

puedan ejercer acciones contra tal acuerdo homologado (de momento no distinguiremos si cuentan con garantía real o no). Con ello se consigue la máxima protección que a día de hoy permiten los preceptos sobre precurso. .

La DA 4.^a LC actual expresa³⁷⁵ que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que sea suscrito por los acreedores que representen por lo menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, que cumpla con los requisitos previstos en la letra a) del art. 71 bis 1. LC, es decir, requisitos de contenido y los expuestos en el art. 71 bis 1.b).2º y 3º LC, es decir, requisitos de forma³⁷⁶.

Según opinión de jurisprudencia³⁷⁷, el Juez no tiene la facultad de decidir si homologa un acuerdo o no. Depende del cumplimiento de los requisitos mínimos estipulados en norma. En caso de cumplimiento de los mismos, en el auto citado en este párrafo se indica que el Juez está obligado a homologar el acuerdo.

³⁷⁵ Se regula en la actualidad en la DA 4.^a.1 LC, primer párrafo, los requisitos necesarios para la homologación de acuerdo de refinanciación: *“Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.”* Sobre homologación judicial de acuerdos de refinanciación vid.. CERVERA, M., “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n.º. 33, 2014, pp. 111-123

³⁷⁶ Vid. Los acuerdos de refinanciación ordinarios del capítulo I.

³⁷⁷ Interpretación jurisprudencial extraída del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2015, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 799/2015 en *Tirant lo Blanch Online*. Este auto recoge el caso de la solicitud de homologación de la sociedad “PLUS POWER SA”. En él la Juez interpreta que el Juez no tiene la potestad para decidir si homologa o no un acuerdo. Depende del cumplimiento de los requisitos. Lo expresa así: *“ello no significa que el juez tenga la facultad de decidir si lo homologa o no sino que el juez está obligado a ello siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero”*

Anteriormente a la reforma introducida por el RDL 4/2014, el legislador atribuía al Juez la competencia de examinar de oficio el contenido del acuerdo de refinanciación pudiendo incluso denegar la homologación judicial si consideraba que tal acuerdo suponía un sacrificio patrimonial injustificado³⁷⁸ para los acreedores disidentes. Sin embargo, en la actualidad, en principio solamente debe asegurarse que se cumple con los requisitos necesarios³⁷⁹. Por lo tanto, en caso de cumplimiento de requisitos, el Juez debe homologar el acuerdo de refinanciación y extender sus efectos frente a terceros disidentes, dejando para un momento posterior la posibilidad de analizar si el mismo supone o no un sacrificio patrimonial injustificado para éstos, previa denuncia de parte.³⁸⁰

Sabemos que el legislador cambió esta regla para maximizar el uso de los acuerdos de refinanciación. Por ello, la potestad del Juez pasa a ser de revisión de cumplimiento de los requisitos.³⁸¹

En relación a los requisitos de contenido, en primer lugar, la ampliación significativa del crédito disponibles o la modificación o extinción de obligaciones existentes, bien mediante prórroga de plazo de vencimiento o creación de nuevas

³⁷⁸ Esta afirmación aparecía en el cuerpo normativo de la L 38/2011, dentro de la DA 4.ª LC de dicha norma cuando exponía en su punto 3 así: “*El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron.*”

³⁷⁹ Para ejemplo de caso de cumplimiento de requisitos necesarios vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid nº 3, de 24 de junio de 2014, ponente: Antonio Pedreira González, ref.: 358/2014/TOL4.394.761. en *Tirant lo Blanch Online*. Caso de la sociedad “METROVACESA, S.A.”. Se solicita acuerdo de refinanciación homologado. El acuerdo recoge una quita parcial y la modificación de las obligaciones de la entidad deudora, dando lugar a una prórroga de su plazo de vencimiento. El Juez solamente valora el cumplimiento de los requisitos necesarios en la DA 4.ª LC. Lo expone de la siguiente manera: “*Del examen del acuerdo y documentos aportados cabe deducir, a los efectos estrictamente oportunos en el presente trámite, el suficiente cumplimiento de los requisitos establecidos por el apartado 1 de la disposición adicional 4ª de la LC, en relación con la letra a) y los números 2º y 3º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis de la propia Ley.*”

³⁸⁰ En la actualidad la DA 4.ª.3 LC recoge la extensión de efectos a acreedores disidentes, siempre que se cumplan unos requisitos. No se habla de sacrificio desproporcionado ni en este punto ni en otro de la DA 4.ª LC. Vid. CERVERA, M., “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, nº. 33, 2014, pp. 111-123.

³⁸¹ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2015, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 799/2015 en *Tirant lo Blanch Online*. Este auto recoge el caso de la solicitud de homologación de la sociedad “PLUS POWER SA”. Observar en él cuando la Juez dice que “*tanto la providencia de admisión a trámite del expediente como el propio auto de homologación judicial se convierten en resoluciones prácticamente “regladas”.*” Siguiendo la misma interpretación vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 3 de noviembre de 2014, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 817/2014 en *Tirant lo Blanch Online*. Caso de la sociedad

JOAN MARTORELL SL y ESTAMPACIONES METÁLICAS ZARAGOZANAS SAU, solicitando acuerdo de refinanciación homologado conjunto y en donde se realiza la misma valoración sobre que el Juez pasa de hacer una valoración del sacrificio desproporcionado a analizar el cumplimiento de los requisitos de manera estricta.

obligaciones en sustitución de las primeras creadas³⁸² y, en segundo lugar, que el acuerdo contenta un plan de viabilidad para obtener la continuidad de la actividad profesional o empresarial a corto o medio plazo.

En relación a los requisitos de forma, en primer lugar, es necesaria la suscripción por acreedores³⁸³ que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros³⁸⁴. La referencia para el cálculo debe ser la totalidad del pasivo financiero,

³⁸² En el Auto de Juzgado de lo Mercantil nº1 de Almería de 15 de junio de 2016, ponente: Amparo López Pérez, ref.: 139/2016 en *Tirant lo Blanch Online*, aparece un ejemplo de sociedad que homologa un acuerdo de refinanciación y entre el contenido existe la modificación de obligaciones y la ampliación de crédito. La empresa NATRON WHEEL, SAU, por un lado, pacta con sus acreedores novar modificativamente un contrato de crédito senior, contratos de cobertura, un contrato de crédito Mezzanine, un préstamo participativo, entre otros y, por otro lado, consigue una aportación dineraria de 3.050.000 euros, por parte de los socios.; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Barcelona, de 27 de febrero de 2015, ponente: Yolanda Ríos López, ref.:134/2015/TOL5.402.158 en *Tirant lo Blanch Online*. Se solicita conjuntamente la homologación judicial del acuerdo de refinanciación suscrito por cuatro empresas del “Grupo HOLMES”, en particular, “HP HEALTH CLUBS IBERIA SA”, “COMPLEX ESPORTIU LES CORTS SL”, “CLUB POLIESPORTIU EURÓPOLIS SL”, “CA N'ARIMON MOLLET SL”. Con la solicitud de adjunta acuerdo de refinanciación y plan de viabilidad que contienen las negociaciones pactadas. El contenido de la refinanciación consiste en: (1) La conversión del crédito concedido en virtud del contrato de financiación sindicado en un préstamo participativo.; (2) Sobre la modificación de obligaciones se modifica: (a) pignoración de fechas de vencimiento; (b) mayor concesión en el cumplimiento de ratios financieros; (c) modificación de la obligación de amortización anticipada; (3) realización de fusión por absorción de “HP HOLDING” y “HP ESPAÑA” por la sociedad absorbente “HP IBERIA”, entre otros.; Otro ejemplo de modificación de contenido vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao, de 13 de febrero de 2015, ponente: Zigor Oyarbide de la Torre, ref.: 79/2015/TOL4.850.077 en *Tirant lo Blanch Online*. El auto presenta la solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación de “EROSKI, SC.” y “CAPRABO, SA”. Se pactó (1) la novación modificativa de las obligaciones derivadas de los contratos de financiación existentes, de manera que la deuda resultante se regularía por el contrato de financiación por importe máximo de 2.141.754.720,71 euros. (2) También se pactó prorrogar el vencimiento de diversos créditos con un nuevo calendario de amortización y devengo de intereses frente a la situación de impago de intereses remuneratorios ya devengados por un importe de 30.686.070,23 euros; (3) se novó las garantías reales de prenda e hipoteca, extendiendo los efectos a los acreedores disidentes. Todo ello cotejado en la certificación del auditor de cuentas “KPMG Auditores, S.L.”.

³⁸³ Vid. PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y ley concursal*, ed. *Fe d'erratas*, 2016, p.37. El autor recuerda lo que ya sabemos sobre que se consideran acreedores de pasivo financiero los titulares de cualquier endeudamiento financiera. También sabemos que sí se excluyen a los acreedores comerciales. Sin embargo, queremos destacar la idea de autor que considera que el hecho de integrar a casi todos los acreedores por el legislador es para dar mayor seguridad jurídica. El autor opina que así se permite aplicar de manera cierta las reglas de cómputo de mayorías basándose en la contabilidad del deudor y sin tener que analizar la naturaleza jurídica y la relación con el deudor, una a una, de cada acreedor.

³⁸⁴ Así aparece expresado en la DA 4.ª.1 LC actual y jurisprudencialmente por ejemplo vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, de 21 de mayo de 2015, ponente: María del Carmen Vilellas Sancho, ref.:174/2015 en *Tirant lo Blanch Online*. En este auto se presenta el caso de la sociedad “CHEMIEURO S.L.”. La empresa solicita la homologación de acuerdo de refinanciación con sus acreedores que son Caixabank, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Banco de Sabadell, S.A., IberCaja Banco, S.A., Catalunya Banc, S.A, Caixaering, S.A., y Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito. En el auto se estipula que se cumple con el requisito de 51 por ciento de suscripción de acreedores, a parte de la formalización en escritura pública y certificación de auditor de cuentas. En este caso, es destacable mencionar que los efectos de la homologación, que sí fue aceptada por el Juez, se extendieron a los acreedores no firmantes (BANKIA, SA y BANKINTER, SA).

tanto el vencido y exigible, como el que esté pendiente de vencimiento³⁸⁵. En segundo lugar, la emisión de certificación de auditor de cuentas del deudor, sobre la suficiencia del pasivo que se requiere para alcanzar el acuerdo. En tercer lugar, se formalice en instrumentos público con todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos³⁸⁶.

En el caso de acuerdos sindicados, los porcentajes de pasivo financiero serán los representados por al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo sindicado³⁸⁷. Se establece que con el porcentaje de 75 por ciento se interpreta que todo el crédito sindicado vota a favor de la propuesta, pero no en caso de no llega a dicho porcentaje se entiende lo contrario. Es decir, no que el 100 por ciento rechaza el acuerdo.

Siempre observando el caso concreto, se tiene que comprender que la votación se puede realizar de manera individual, pese a ser acuerdo sindicado. Asimismo, según opinión de autor³⁸⁸, primero deberá cumplirse con el porcentaje del 51 por ciento necesario de mayoría, si se quiere realizar extensión del acuerdo a los acreedores disidentes.

En el caso de los acuerdos de grupo, existen dos maneras de comprender el porcentaje necesario para la creación de los mismos, ya que hay disparidad de opiniones

³⁸⁵ En relación a la inclusión de pólizas de crédito vigentes y no dispuestas en su totalidad, y las líneas de avales. Se cree que tienen que ser computadas por la totalidad del crédito concedido y no por el pendiente en el momento de la refinanciación. Es decir, por el principal y no el pendiente. Esta idea principal la hemos encontrado en la obra de PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y ley concursal*, ed. *Fe d'erratas*, 2016, p.35. A su vez, sobre el mismo tema esta obra también cita a AA.VV. DIAZ MORENO, A., (dir.), LEON SANZ, F., (dir.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p.154. El autor considera que pese a que debe utilizarse el principal de la deuda para la suma de pasivo financiero, para realizar las quitas debe ser el pendiente.

³⁸⁶ Así aparece expresado en la DA 4.ª.1 LC actual, haciendo referencia a los requisitos ya mencionados en el art 71 bis.1.b).2º y 3º LC.

³⁸⁷ Así se recoge en la DA 4.ª.1, cuarto párrafo de la LC.

³⁸⁸ Para mayor entendimiento de los acuerdos sindicados vid. PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y ley concursal*, ed. *Fe d'erratas*, 2016, p.39-40. El autor explica que cuando el pasivo sea mayoritario, los integrantes del acuerdo sindicado podrán extenderlo al disidente cuando concurra la mayoría del 60 por ciento del pasivo financiero total. En función del contenido del acuerdo pactado y sin tener que ser por el 75 por ciento. En efecto, la regla especial del sindicado permite que concurra un 60 por ciento para extender efectos a disidentes para esperas de cinco años. El autor expone un ejemplo para entender mejor la extensión de efectos: si el acuerdo de refinanciación estipula una espera de diez años, pero la mayoría que respalda el acuerdo es del 60 por ciento, sólo se extenderá la espera por cinco años, la mitad del tiempo.

en la jurisprudencia. Por un lado, se realiza una analogía³⁸⁹ con lo dispuesto en el art. 71 bis 1.b).1º LC para las mayorías en caso de grupo dentro de un acuerdo básico y se considera que se debe calcular tanto de forma individual, en relación a todas las sociedades afectadas, como de manera consolidada o conjunta, en relación con los créditos de cada grupo afectado, sin tener en cuenta en ambos casos (individual o consolidada) en la base de cálculo a los préstamos y créditos concedidos por sociedades del propio grupo.

Por otro lado, se ha considerado que como la finalidad de la DA 4ª LC es distinta a la del art 71 bis LC, el respaldo del pasivo en cada caso también es diferente. Lo que define la mayoría en los casos de acuerdos de grupo con intención de ser homologados no es la unidad de decisión sino la situación de control³⁹⁰. Es decir, la

³⁸⁹ Se utiliza de manera análoga para los acuerdos de refinanciación homologados de grupo lo solicitado para el acuerdo básico. Según lo expuesto en el art. 71 bis 1. b).1º LC, segundo párrafo. Sobre las empresas de grupo es interesante observar la siguiente obra vid. DIAZ REVOIRO, E.; BLANCO GARCÍA- LOMAS, L., *El grupo de empresas en situación de insolvencia*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2014, p.33 y ss. Un ejemplo es el caso del auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 6 de abril de 2016, ponente: Pedro Márquez Rubio, ref.: 360/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. En el caso concreto, se pretende la homologación de un acuerdo de refinanciación adoptado por cuarenta y cinco sociedades integrantes de un mismo grupo, por lo que podría plantearse si el porcentaje requerido (acreedores que representen el 51 por ciento de los pasivos financieros) se refiere al total de los acreedores, al del grupo consolidado o al de cada una de las sociedades solicitantes, ya que la DA 4ª LC utiliza de manera análoga lo expuesto en el art. 71 bis 1 LC, pero por sí misma no lo contiene en relación a las mayorías de grupo. El Juez en este caso considera que se realiza un recuento individual y otro consolidado del grupo y comprueba que ningún miembro del grupo es propietario de la deuda afectada por el deudor y, por lo tanto, no tiene consideración de acreedor financiero. El presente ejemplo expone en este punto que la sociedad "Abengoa, S.A" presentó acuerdo suscrito por acreedores que representan, al menos, el sesenta por ciento de los pasivos financieros tanto a nivel individual como consolidado y esto se comprueba por el auditor de cuentas Deloitte, SL.

³⁹⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, de 4 de marzo de 2016, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ref.: 2467/2013/TOL5.664.505 en *Tirant lo Blanch Online*. Supuesto de hecho de "Promoción Inmobiliaria Edificarte, S.A". La L 38/2011 para evitar equívocos sobre la noción de grupo de sociedades, introdujo la actual DA 6.ª LC, según la cual "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio".

Con esta referencia, ahora queda claro que la noción de grupo, en la LC, viene marcada no por la existencia de una unidad de decisión, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 Ccom, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. En el párrafo segundo, expresamente se afirma que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Por lo tanto, el grupo de sociedades viene caracterizado en nuestro OJ por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la idea de "control" implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Dicha STS también hace referencia al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las "combinaciones de negocios", se refiere al "control" como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades".

decisión de una sociedad dominante sobre otras filiales. Dicha noción de “control” supone el poder jurídico de decisión y facultades empresariales para actuar como es la facultad de dirigir las políticas financieras y de explotación de un negocio para conseguir beneficios económicos.

Sea el acuerdo del tipo que sea (bilateral, sindicado o de grupo), lo más importante a destacar es que con la última reforma en relación a la homologación, lo que se consigue es una excepción al principio de relatividad de los contratos del art. 1257 del CC. Es decir, la posibilidad de extender lo acordado a terceros que no sean firmantes del acuerdo. El motivo por el que se permite este hecho es el propio objetivo que se ha propuesto el legislador de conseguir que el acuerdo sirva a la práctica. Por este motivo se eliminó el control judicial del sacrificio desproporcionado a priori, cuando se analizaba la solicitud de homologación³⁹¹. Actualmente, el sacrificio desproporcionado se revisa en caso de impugnación por acreedor afectado, una vez está homologado el acuerdo³⁹².

8.1. La extensión de efectos a acreedores disidentes con o sin garantía real debido a la homologación de acuerdo de refinanciación

Cuando nos referimos a acreedores disidentes o no firmantes, nos referimos a los que no quieren acogerse al acuerdo, normalmente, porque tienen garantías reales que no quieren que salgan afectadas. Son los denominados acreedores con privilegio especial³⁹³ o acreedores con garantía real³⁹⁴. Siguiendo la opinión de los Jueces Mercantiles³⁹⁵, se considera que es titular de una garantía todo acreedor que en el concurso sería calificado como acreedor con privilegio especial, según lo que se estipula en el art. 90 LC y de la

³⁹¹ Recordemos que el Juez solamente revisa que se cumplan los requisitos de manera formal a la hora de admitir una solicitud de homologación.

³⁹² La impugnación de los acreedores disidentes o afectados por la homologación judicial aparecen recogidos en la DA 4.ª 7 LC.

³⁹³ Vid. art. 90.1 LC, sobre los créditos con privilegio especial, que explicamos en el capítulo V.

³⁹⁴ Vid. DA 4.ª 2 LC. Aparece en dicho precepto el significado de garantía y real y la manera de calcular el valor real del bien. Una novedad importante en la LC.

³⁹⁵ AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015. pp. 25-26. Los Jueces Mercantiles indican que es acreedor de garantía real el que posee un título que se ha originado por medio de un endeudamiento financiero y debido a la relación jurídica que se crea, se origina un privilegio. Es decir, los créditos que se establecen a cambio de una contrapartida. Por ejemplo, una hipoteca inmobiliaria, en la que una entidad financiera constituye un préstamo a un interesado y se garantiza con una finca registral, para garantizar la deuda, en caso de no cumplimiento.

misma manera que se consideraría en el concurso de acreedores. Es decir, los que son titulares de un título de endeudamiento financiero a su favor.

Como mencionábamos, la homologación de los acuerdos de refinanciación supone la vinculación a acreedores que no acceden a un acuerdo de refinanciación.³⁹⁶ Esto supone la extensión de efectos a terceros disidentes. Sin embargo, la extensión de los efectos no es de manera ilimitada.

Lo que permite la norma es la extensión a los acreedores disidentes o no participantes, si se cumple con unos requisitos especiales y los efectos que se extienden, a parte de las esperas para poder realizar acciones contra el deudor, los pactos creados dentro del acuerdo sobre capitalización de deudas, quitas y cesión de bienes en pago o para pago.

Para conseguir la extensión, aparecen requisitos especiales y también se debe distinguir entre los disidentes con o sin garantía real, puesto que también funcionan de manera diferente la extensión de los efectos.

³⁹⁶ Vid. DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p.127.; también vid. ejemplo práctico en Auto de Juzgado de lo Mercantil nº1 de Almería de 15 de junio de 2016, ponente: Amparo López Pérez, ref.: 139/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. Contiene la homologación de acuerdo solicitado por la sociedad "NATRON WHEEL, SAU". El Juez expone en el punto 2.2 del auto sobre efectos de la homologación, la posibilidad de extensión de efectos de homologación de acuerdo a acreedores disidentes sin garantía real. En el caso concreto en el que se solicita por parte de la sociedad deudora la extensión a disidentes, el Juez considera que debe ampliarse los efectos en los casos a continuación expuestos como ejemplo: (1) Respecto a la novación de condiciones de un contrato de crédito Senior, extiende los efectos a las entidades BANCO DE SANTANDER SA, BANCO POPULAR SA y DEUTSCHE BANK SAE; (2) Respecto a la novación de contratos de cobertura, extiende los efectos a los acreedores BANCO DE SANTANDER SA y BANKIA SA.; (3) Respecto a la novación del contrato de préstamo participativo, extiende efectos a PENNINGTON SARL, PORTOBELLO FONDO II SCR, SA, PORTOBELLO CAPITAL FUND II FCR; PORTOBELLO EQUITY SCR, SA.". Para otro ejemplo real de extensión de efectos a acreedores no firmantes vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, de 13 de julio de 2016, ponente: José María Tapia López, ref.: 202/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. La homologación judicial del acuerdo solicitado por "GRUPO ARSUARI INVERSOR, S.L." y sus efectos se extiende, igualmente, a las entidades financieras KUTXABANK, BANCO POPULAR, BBVA y LIBERBANK, al objeto de que sus créditos financieros se vean afectados de la misma manera que el resto de los acreedores de su misma condición, al haberse constatado la concurrencia de las mayorías exigidas en los apartados tercero y cuarto de la DA 4.ª LC.

a) En relación a los acreedores que no hayan firmado el acuerdo y cuyos créditos no tengan garantía real, se les extenderá los siguientes efectos a causa de la homologación judicial del acuerdo³⁹⁷:

En primer lugar, cuando el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, se extenderá las esperas, ya sean de principal, intereses u otra cantidad adeudada, con un plazo máximo de cinco años y se permitirá la conversión en préstamos participativos durante dicho plazo³⁹⁸.

En segundo lugar, cuando el acuerdo sea suscrito por acreedores que representen al 75 por ciento del pasivo financiero³⁹⁹, se extenderán los siguientes efectos:

- 1.) Esperas con plazos de cinco años o más, pero siempre menos de diez años de plazo,
- 2.) Las quitas,
- 3.) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora,
- 4.) La conversión de deuda en préstamos participativos por un periodo de cinco años y máximo de diez años, en obligaciones con la opción de ser modificadas o préstamos subordinadas, en préstamos con intereses capitalizables o en otro instrumento financiero de rango diferente a la deuda original,
- 5.) La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

³⁹⁷ Así se recoge de manera expresa en norma en la DA 4.ª.3 LC: “A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación (...)”.

³⁹⁸ Estipulado así en la DA 4.ª.3.a) LC. Se define de manera expresa según requisitos estipulados.

³⁹⁹ Expresado así en la DA 4.ª.3.b) LC. Se define de manera expresa según requisitos estipulados.

No obstante, los Jueces Mercantiles opinan⁴⁰⁰ que sobre las mayorías totales exigidas por la norma (tanto la del caso del 60 por ciento como la del 75 por ciento) debe añadirse otro detalle: el no descontar de dichas mayorías el pasivo con garantías reales.

Un ejemplo real lo vemos en el auto citado⁴⁰¹ en el que se consigue extender los efectos a la única entidad disidente. Por lo tanto, en la actualidad se está practicando la medida de solicitud de extensión de efectos a acreedores disidentes sin garantía real, cuando se solicita la homologación judicial.

b) En relación a los acreedores disidentes con garantía real, ya adelantábamos en el capítulo primero de evolución normativa que se extenderían los efectos también a tales acreedores financieros. En efecto, en la DA.4ª LC se informa que los acuerdos de refinanciación homologados extenderás sus efectos a los acreedores disidentes por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real.

Para que ocurra la extensión de efectos, se exigen unas mayorías elevadas que, además, no se calculan sobre el pasivo financiero del deudor, sino que se hace en

⁴⁰⁰ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online, 2015..* p. 11-12. Los Jueces interpretan que la norma no exige la formación separada de estos dos niveles de acuerdo (sin garantía real y con garantía real), a modo de asambleas o juntas especiales y diferenciadas. Sin embargo, tiene que tenerse en cuenta la posibilidad de que los acreedores con garantía real concurran con su voto en la mayoría general del pasivo financiero, lo aprueben y creen ciertas extensiones de efectos al pasivo financiero sin garantía, no alcanzándose luego la mayoría necesaria entre sus iguales para la aplicación de esas mismas medidas (quitas, esperas...) a los de su categoría, pese a poder ser valorado, posteriormente, como sacrificio desproporcionado, en momento de impugnaciones del acuerdo homologado.

⁴⁰¹ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de las Palmas de Gran Canaria, de 29 de abril de 2015, ponente: Antonio Carlos Martínez-Uceda Calatrava, ref.: 130/2015 / TOL5.496.404 en *Tirant lo Blanch Online*. La sociedad "PESCAESTE SA" solicita la homologación de acuerdo conseguido con la entidad bancaria BANKIA, SA. Además, solicitaba la extensión de los efectos del régimen general al resto de acreedores financieros y en concreto solicitaba que se paralizase también la ejecución instada por el BBVA y suplicando la extensión de los efectos de la espera al BBVA. Dicho acuerdo, cumplía todos los requisitos formales y de contenido. Constaba de un importe refinanciado por BANKIA que representaba el 70,44 por ciento de los acreedores de pasivos financieros por un importe refinanciado por dicha entidad del 100 por ciento de la deuda. BBVA era el único acreedor disidente, quien tenía suscrito un préstamo sin garantía real por importe de deuda a fecha de 6 de febrero de 2014 de 61.092,41 euros. El contenido del acuerdo prometía: (1) plazo de amortización de nueve años; (2) carencia de dos años; (3) interés variables de Euribor a un año incrementado en cinco puntos; intereses de demora de seis puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio; (4) cambio en las condiciones de pago de una póliza de préstamo, como novación de los plazos de vencimiento. Y finalmente, como se admite la homologación y la extensión de efectos al acreedor disidente BBVA pudo realizarse por cumplimiento de mayoría exigida. Por lo tanto, se modifica también el pago a la deuda estipulada con dicho acreedor, quedando así: (1) que el 70,44 por ciento de los 59.557,72 euros, esto es, la cantidad de 41.952,45 euros que se adeudaba a BBVA se abonarían en un período de nueve años, con dos años de carencia y en las mismas condiciones financieras que las establecidas en la póliza de préstamo suscrita con fecha de 6 de febrero de 2014 entre PESCAESTE y la entidad BANKIA (descrito anteriormente).

función de la proporción de valor de las garantías aceptantes sobre el valor de las otorgadas.⁴⁰²

No obstante, según opinión de autor⁴⁰³, pese a los requisitos exigidos, ha sido una revolución en nuestro marco normativo de acuerdos de refinanciación. Los efectos que se extienden son los mismos que para los acreedores disidentes o no participantes sin garantía real, pero los porcentajes para que esto ocurra son más especiales. La normativa expone los siguientes:

En primer lugar, cuando el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 65 del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas, se extenderá las esperas, ya sean de principal, intereses u otra cantidad adeudada, con un plazo máximo de cinco años y se permitirá la conversión en préstamos participativos durante dicho plazo⁴⁰⁴.

En segundo lugar, cuando el acuerdo sea suscrito por acreedores que representen el 80 por ciento del valor de las garantías⁴⁰⁵, se extenderán los siguientes efectos:

- 1.) Esperas con plazos de cinco años o más, pero siempre menos de diez años de plazo,
- 2.) Las quitas,
- 3.) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora,
- 4.) La conversión de deuda en préstamos participativos por un periodo de cinco años y máximo de diez años, en obligaciones con la opción de ser modificadas o

⁴⁰² Vid. DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p.138

⁴⁰³ Vid. AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, ed. Reus, 2016, p. 30 y ss. El autor opina que se realiza una mejora que revoluciona el uso de los acuerdos de refinanciación. El hecho de que se permita la imposición coactiva a acreedores disidentes de los efectos jurídicos de determinados acuerdos de refinanciación alcanzados por un deudor en la vecindad de la insolvencia y un grupo mayoritario de sus acreedores financieros, incluso cuando el acreedor disidente o no participante en dicho acuerdo de refinanciación gozara de garantías reales, es un gran avance. Es en esta obra en la que también vemos que se estudia al nuevo concepto que se aporta en la LC sobre "valor de la garantía real", elemento que permite discriminar qué parte del crédito garantizado rebasa el valor de la garantía. Es decir, la parte descubierta del crédito que va a ser tratada, a estos efectos, como un crédito no garantizado y qué parte no excede de dicho valor o parte cubierta, que va a ser tratada como crédito garantizado propiamente dicho. Con el apoyo de determinadas mayorías de acreedores financieros, va a ser posible imponer al acreedor financiero disidente los efectos pactados en el acuerdo de refinanciación tanto respecto de su crédito "descubierto", como respecto del crédito "cubierto", salvo que se justifique el carácter desproporcionado del sacrificio que ello supone para el acreedor disidente.

⁴⁰⁴ Aparece recogido en la DA 4.ª.4.a) LC. Son requisitos estrictos según ley.

⁴⁰⁵ Aparece recogido en la DA 4.ª.4.b) LC. Se trata de requisitos estrictos según ley.

préstamos subordinadas, en préstamos con intereses capitalizables o en otro instrumento financiero de rango diferente a la deuda original,

5.) La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

En este supuesto, los Jueces Mercantiles opinan⁴⁰⁶ que se puede alcanzar la mayoría necesaria para extender los efectos a los acreedores con garantía real sin que se cumplan los requisitos necesarios para los de sin garantía real, por no reunirse la mayoría mínima de 60 por ciento. Pese a que también opinan que se trata de una incoherencia, técnicamente consideran que la LC lo consiente, ya que el legislador diferencia las exigencias necesarias para la extensión de efectos a ambas clases.

Nos resulta llamativa la manera en la que el legislador ha estipulado las mayorías necesarias para conseguir los diferentes tipos de acuerdos de refinanciación. El autor DIAZ ECHEGARAY⁴⁰⁷ nos ha ayudado a comprender las siguientes ideas:

1.) Mayoría sobre el total de pasivo, que corresponde a los acuerdos de refinanciación básicos del art. 71 bis.1 LC y a los acuerdos de refinanciación especiales del 71 bis.2 LC

2.) Mayoría sobre el total del pasivo financiero, que corresponde a los acuerdos de refinanciación homologados de la DA.4ª LC generales.

3.) Mayorías sobre el total del pasivo financiero garantizado que corresponde a los acuerdos de refinanciación homologación que vinculen a acreedores disidentes o no participantes, sea sin o con garantía real. Corresponden a acuerdos homologados especiales.

Se realiza esta clasificación debido a que cuando las mayorías se determinan sobre el total del pasivo, se realiza sobre la totalidad del mismo (los créditos

⁴⁰⁶ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015. p.11. Los magistrados interpretan que cabe la posibilidad de pensar que se puede producir la extensión de efectos a los acreedores con garantía real, en caso de concurrir mayoría del 65 por ciento, pero no extender los efectos a los acreedores sin garantía real, por no reunir la mayoría del 60 por ciento de esta clase de acreedores. Aunque parezca algo incoherente, es posible debido a que la LC diferencia muy bien las exigencias requeridas para los efectos en cada clase de acreedor.

⁴⁰⁷ Vid. DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p.138.

subordinados y los que cuenten con garantías o privilegio en caso de concurso también). Sin embargo, para la extensión de los efectos del acuerdo homologado a los titulares de créditos financieros cubiertos con garantía real, no solamente hablamos de las mayorías, sino que las mayorías son especiales, puesto que no se calculan de la misma manera que las mayorías generales.

En efecto, las mayorías especiales necesarias para el cálculo de extensión de efectos sobre acreedores, con o sin garantía real, ya no son sobre todo el pasivo financiero, sino que es en relación al valor total de las garantías reales otorgadas. Por lo tanto, para crear tales mayorías especiales solo se computan las aceptaciones del pasivo financiero con garantía real⁴⁰⁸. Dicha surge de la interpretación de la normativa de la DA 4.ª.4 LC⁴⁰⁹. Por lo tanto, la fórmula para calcular la extensión de efectos sería la siguiente:

Mayorías especiales = $\frac{\text{proporción valor garantías aceptantes}}{\text{valor total garantías reales}}$

Llegados a este punto, nos surge otra duda: la manera de calcular el valor de la garantía real para poder realizar la fórmula. En la actual DA 4.ª.2 LC se explica, por primera vez regulado, la manera de calcularlo un tanto confusa⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Vid. DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p.139. El autor saca la idea de CERDÀ, F. “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”, *ADCo.* 33, 2014, p. 143 y ss.

⁴⁰⁹ La interpretación surge de la propia norma cuando se indica en la DA 4.ª.4 LC: “*por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real*”

⁴¹⁰ La DA 4.ª.2 LC regula por primera vez la manera de calcular el valor de la garantía real de la siguiente manera: “*se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.*”

Nosotros hemos entendido el párrafo de la LC de la siguiente manera y con ayuda de la exposición de motivos⁴¹¹ y jurisprudencia⁴¹², realizando nuestra propia interpretación de la siguiente manera: que el valor de la garantía real se explica siguiendo una vertiente objetiva y no subjetiva. Es decir, en vez de tratar por igual a todas las garantías reales de que disponen ciertos acreedores, que recaen sobre el mismo bien, hacerlo según su magnitud y prioridad. Es posible que un acreedor disponga de una garantía real pero que recaiga sobre un activo de poco valor que cubre una parte pequeña de la deuda. De la misma manera, es posible que la garantía real sea de un rango inferior o superior a otras.

Entonces, se debe considerar la parte de deuda que se encuentra afectada por el valor de la garantía real y para ello se tiene que restar del valor razonable del bien sobre el que recaiga la garantía real, las deudas existentes sobre el mismo bien, sin que se supere el valor del crédito del acreedor y mucho menos sea inferior a cero. De esta manera, sobre el mismo bien, se verá la proporcionalidad de cada garantía y cual será mayor o inferior.

De la misma manera, la norma también explica que para la determinación del valor razonable del bien sobre el que esté constituida la garantía, necesario para el cálculo del valor de la garantía real, se estipulan unos criterios:

1.) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el

⁴¹¹ Exposición de motivos, parte IV, párrafo 17, de la reforma realizada a la LC por la L17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que reformó la LC.

⁴¹² Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Donostia nº1, de 18 de marzo de 2016, ponente: Pedro José Malagón Ruiz, ref.: 117/2016 en *Tirant lo Blanch Online*. En este auto se presenta el caso de solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación de las sociedades deudoras y de forma sindicada ALDANONDO CORPORACION ALIMENTARIA S.L.; GAZTALAN S.L, LACTEOS LINERNI S.L.U. ; QUESERIAS DE ARAIA S.A.U.; QUESOS ALDANONDO S.L.U. y RONCALACT S.A.. Entre el repaso de cumplimiento de requisitos necesarios estipulados por la norma, el Juez hace referencia al significado de “determinación del valor de la garantía real”. Lo expone siguiendo la misma dirección que la LC. Es decir, como el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado.

acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.⁴¹³

2.) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España⁴¹⁴.

3.) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.⁴¹⁵

No obstante, la norma permite que en caso de existir informe de experto independiente dentro del periodo de seis meses anteriores a la puesta en marcha de las negociaciones, en el que ya aparece el valor razonable del bien y no ha habido cambios, no serán necesarios informes del caso b) y c). Suponemos que se permite para ahorrar gastos.

Por último, la DA 4ª.2 LC se centra en dos supuestos más en relación a los acreedores con garantía real:

En primer lugar, el acreedor con una misma garantía real que recae sobre varios bienes. En este caso, para calcular el valor de la garantía real, se deberá realizar por cada bien tal y como se explica en el caso general y la suma que resulte de los varios bienes no podrá superar tampoco al crédito del acreedor.⁴¹⁶

⁴¹³ Recogido en la DA 4.ª.2.a) LC. Supuesto recogido en ley de manera estricta.

⁴¹⁴ Regulado en la DA 4.ª.2.b) LC. Idem anterior.

⁴¹⁵ Expresado en la DA 4.ª.2.c) LC. Idem anterior.

⁴¹⁶ Estipulado en la DA 4.ª.2 LC, párrafo octavo. También vid. DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.270 y ss. Dentro de esta obra colectiva, CORDERO LOBATO, E., expone más ampliamente la idea. Nosotros nos vamos a centrar en el ejemplo que explica para poder entender el concepto. Por ejemplo, un crédito de 100 está asegurado con una carga hipotecaria sobre una finca con valor de 100, y también con una prenda de acciones cuyo valor razonable es 60. Sobre ninguna de las dos garantías existen garantías preferentes. Sobre ambas garantías tendrá que deducirse el 10 por ciento. Por lo tanto, el valor razonable de cada una de las garantías será de 90 de la hipoteca (100 menos 10 por ciento que repercute al inmueble) y 54 (sobre la prenda, 60 menos el 10 por ciento) La suma de las garantías es de 144 y recordemos que la del crédito es de 100. Esto quiere decir que el acreedor tiene un crédito de 100 y no podrá cobrar más de esa cantidad. No obstante, tampoco podrá tener derecho a ser reconocido un crédito superior a 100 en el reparto de poder para imponer a los restantes acreedores las decisiones sobre la refinanciación con las mayorías legalmente exigibles. En efecto, pese a que el valor de las garantías es de 144, su derecho a voto será de 100.

En segundo lugar, los acreedores que comparten una misma garantía real.⁴¹⁷ En este caso, se constituye una garantía a favor de dos o más acreedores. El valor de la garantía para cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos. Por lo tanto, se rige por la proporcionalidad. Cabe mencionar que los acreedores pueden ser solidarios entre ellos, pero cuando se trate de calcular el cómputo de la garantía, solamente contará la parte del valor que le corresponda a cada uno para sí mismo.

De esta manera, hemos visto como las reformas de 2014 han conseguido la extensión de efectos a acreedores no firmantes o disconformes y así salvaguardar el acuerdo de refinanciación negociado.

8.2. Procedimiento de homologación actual. La paralización de ejecuciones singulares. La valoración reglada del Juez. La extensión de efectos detallada por el deudor. La publicación de la homologación judicial del acuerdo

El procedimiento de homologación judicial del acuerdo de refinanciación es la manera de formalizar acuerdo con la máxima protección legal.

En primer lugar, la solicitud debe ser formal y ser presentada por escrito. Dicha solicitud podrá ser presentada por el deudor o por cualquier acreedor que haya firmado el acuerdo de refinanciación. Asimismo, para que la solicitud sea correcta, se debe aportar una serie de documentación exigida por la propia norma⁴¹⁸ que consiste en:

- 1.) El acuerdo de refinanciación al que se ha llegado;
- 2.) La certificación del auditor sobre el correcto cumplimiento de acogida de las mayorías que se requiere para el alcance del acuerdo y con los efectos que se producen para cada caso;

⁴¹⁷ Estipulado en la DA 4.ª.2 LC, párrafo noveno. También vid. DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.273 y ss. Dentro de esta obra colectiva, CORDERO LOBATO, E., expone más ampliamente sobre el tema. Nosotros volvemos a fijarnos en el caso que utiliza de ejemplo para explicar dicha idea. El autor indica el siguiente ejemplo. Una finca con valor razonable de 100. El valor de la garantía será de 90 (100 menos el 10 por ciento). La finca está gravada con una hipoteca A por 100 (o un crédito solidario o mancomunado de dicha cantidad) y también hay otras carga sobre la finca, la hipoteca B, de igual rango por valor 60 (también vale el crédito solidario). Como el valor de la garantía es de 90, se reparte su valor prorrateado, correspondiendo 56,25 al acreedor de la hipoteca A y 33,75 al acreedor de la hipoteca B.

⁴¹⁸ Recogido en la DA 4.ª.5 párrafo segundo LC.

3.) En el caso de haberse solicitado voluntariamente por el deudor o acreedores, los informes de experto independiente⁴¹⁹;

4.) En caso de que se tenga, certificación del acuerdo de aumento de capital.

5.) Cualquier certificación, informe o tasación que midan el valor de las garantías reales de los acreedores;

6.) El plan de viabilidad, pese a que la normativa no lo expone de manera expresa en la DA 4.ª 5 LC, entendemos que es parte del acuerdo adoptado y que se debe presentar. Quizás la disposición no lo menciona entendiendo que forma parte del primer documento que comentamos en nuestra letra a), es decir, el acuerdo de refinanciación, que necesita ser acompañado de plan de viabilidad obligatoriamente.

En segundo lugar, dicha solicitud con la respectiva documentación debe presentarse al Juez de lo mercantil que sea competente en caso de declaración de concurso posterior⁴²⁰, es decir, el Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de su actividad económica principal o, a elección del acreedor.

En tercer lugar, el secretario judicial examina la solicitud presentada y comprueba que se cumplan todos los requisitos formales. Posteriormente, el Juez examina la solicitud, observa que se cumplan todos los requisitos estipulados en norma sobre contenido y forma de la solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación y dictamina providencia para admitirla a trámite⁴²¹. Con dicha acción se paralizan las ejecuciones singulares hasta que se realiza la homologación.

El Juez otorgará la homologación al acuerdo presentado siempre y cuando se cumplan con los requisitos de contenido y forma expresados. Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores que hemos visto en el capítulo primero, la valoración del Juez en la actualidad es más objetiva. En efecto, anteriormente, el Juez podía denegar la

⁴¹⁹ Vid. art.71 bis.4 de la LC. Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

⁴²⁰ Así lo estipula el legislador en la DA 4.ª 5 primer párrafo LC.

⁴²¹ Recordemos que en la DA 4.ª 6 LC se expresa que el Juez controla que se cumplan los requisitos de contenido y forma necesarios en el acuerdo, pero sin entrar a analizar los sacrificios o la desproporción de lo acordado por las partes. Así dice: *“El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.”*

homologación del acuerdo cuando considerara que las entidades financieras acreedoras que no lo habían suscrito tenían que soportar un sacrificio desproporcionado. Hoy en día, el Juez otorga la homologación siempre que el acuerdo cumpla con los requisitos previstos en la DA 4.ª LC y declara la extensión de efectos que se solicite y si se cumple también con las mayorías necesarias. No obstante, hay que realizar matizaciones sobre lo que el solicitante puede pedir al Juez. Es muy importante entender que el Juez solamente revisará el cumplimiento de requisitos y no ejecutará nada que no se solicite. Por este motivo y gracias a lo estipulado por los Jueces Mercantiles, pasamos a observar las matizaciones siguientes, para acabar de comprender la idea que queremos exponer.

Sobre esto último mencionado, los Jueces de lo Mercantil concretaron⁴²² ciertos puntos que el legislador no hizo en las reformas realizadas sobre extensión de efectos.

⁴²² Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015.p.12-13. En la pregunta nº 11º se cuestionan los efectos a extender por el Juez de la homologación. Si los debe solicitar el interesado, lo que puede hacer o no de oficio el Juez, etc. También sobre la extensión de efectos a acreedores disidentes y su concreción en la solicitud del deudor vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 de junio de 2015, ponente: Andrés Sánchez Magro, ref.: 174/2015/TOL5.554.256 en *Tirant lo Blanch Online*. La sociedad "HUNE RENTAL, S.L." presentó solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación. Su deuda pendiente provenía de tres vías distintas: (1) un contrato de financiación sindicada; (2) contratos bilaterales con la entidad financiera Santander; (3) contratos de leasing. Lo que se pactó en el acuerdo fue la reestructuración de la deuda en un único préstamo, menos la deuda realizada en leasings. Por lo tanto, la negociación se trataba de: (1) quita del 50% de una parte de la deuda; (2) quita del 100% de la comisión de reestructuración de la deuda financiera; (3) la conversión de parte de la deuda de los contratos de leasing calificada como "deuda no cubierta" en la solicitud de homologación y la totalidad de la deuda de los contratos bilaterales con Santander, en un tramo senior y en un tramo participativo convertible; (4) una opción de compra sobre la totalidad de las participaciones sociales de HUNE RENTAL, S.L., a favor de los acreedores del tramo participativo convertible, así como la posibilidad de capitalizar los créditos de dicho tramo. El 93,66% de los acreedores suscribieron el acuerdo. Y "HUNE RENTAL, S.L." solicitó en la solicitud de homologación de manera expresa la extensión de efectos a los acreedores disidentes. El Juez en el Auto, en el FD PRIMERO, 3º párrafo, hace referencia a la LC DA 4.ª para recalcar la necesidad de mayoría para la extensión de efectos. En el FD SEGUNDO, expone el recuento de acreedores adheridos al acuerdo: "La sociedad instante de la presente solicitud de homologación, ha aportado como documentos 8 y 9 adjuntos a su escrito, certificados del pasivo financiero adherido y del pasivo total adherido al acuerdo de refinanciación, elaborados por el auditor de Hune Rental, S.L., KPMG Auditores, S.L. En estos certificados consta que se ha adherido al acuerdo el 93,66% de su pasivo financiero, así como el 90,99% del pasivo total". En el FD TERCERO realiza la comprobación de requisitos formales y de contenido del acuerdo, y verifica que se cumplen con todos los requisitos. Por todo lo anterior, se admite la homologación del acuerdo de refinanciación y se extiende los efectos a los acreedores disidentes por haberlo expresado en la solicitud correctamente por el deudor solicitante.

En primer lugar, es necesario que la parte que solicita la homologación especifique los efectos de extensión que interesa que se extiendan en la resolución de homologación, sin caer en el error de dar por hecho de manera ambigua lo que se solicita y expresar en la solicitud de extensión ideas como por ejemplo: “*solicitamos que se declare la extensión de efectos que proceda en Derecho*” u otros en la misma tesitura.

En segundo lugar, se debe comprender que el Juez Mercantil no concede de oficio extensiones de efectos más amplios que los que las propias partes soliciten, aunque él vea que existen mayorías para poder realizar la extensión. No lo realizará de oficio.

En tercer lugar, los efectos a extender serán los que surjan como consecuencia del acuerdo que se homologue y que se concederán dependiendo de la acreditación de las mayorías que para ello sean regladas en la norma. Es decir, el Juez no puede modificar el contenido de lo acordado. En efecto, el Juez no puede alterar el contenido de lo pactado ni imponer extensión de efectos diferentes de los establecidos en el acuerdo estipulado. El Juez no puede conceder la extensión de efectos de oficio, pese a que concurran las mayorías.

Por último, solamente cuando sea solicitado por el deudor o por quien solicite la homologación. El Juez podrá decretar la cancelación de embargos que se hubiesen pactado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.

Por lo tanto, es muy importante que el solicitante de la homologación estipule de manera expresa los acreedores no firmantes a los que se quiere extender los efectos de la homologación e incluso a los que no quiere, en caso que hubiera⁴²³. Así como también, las mayorías cumplidas y el contenido del acuerdo.

⁴²³ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 6 de abril de 2016, ponente: Pedro Márquez Rubio, ref.: 360/2016/ TOL5.677.638 en *Tirant lo Blanch Online*. En el caso de solicitud de homologación de la sociedad "Abengoa SA", en el apartado SEXTO, el Juez realiza la siguiente valoración sobre la extensión de efectos a disidentes. La extensión de efectos produce una serie de obligaciones legales para los acreedores financieros no firmantes. Para ello, el solicitante de la homologación debe haber expuesto qué efectos quería que se extendieran. En el caso concreto, se solicitó: "*acordar la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, la irrevocabilidad del mismo y la extensión a las entidades no participantes de los efectos de la espera hasta el 28 de octubre de 2016, inclusive*". Por tanto, el deudor solicita de manera expresa qué quiere que se produzca al Juez. Una vez expuesto lo anterior, el Juez también recalca que la obligación del Juez es formal y sustantiva. Formal debido a que es suficiente con la comprobación de requisitos y, por otra parte, desde la reforma efectuada por el RDL 4/2014, no es preciso realizar un control de oportunidad respecto de la proporcionalidad del sacrificio de los acreedores a los que se extendían los efectos. Eso sí, por parte y a instancia de los acreedores no conformes en momento de impugnación sí se puede valorar.

En el caso concreto, se comprueba que cumplen los requisitos formales de la siguiente manera: el acuerdo ha sido suscrito por un porcentaje de acreedores financieros que, desde un punto de vista consolidado, supera el setenta y cinco por ciento, pero que, respecto de cinco sociedades, alcanzando el sesenta, no llega al sesenta y cinco por ciento. En concreto, "Sociedad Inversora en Energía" y "Medioambiente, S.A". alcanza el 60 por ciento, "South Africa Solar Investments, S.L". el 60,10 por ciento, "Eco carburantes Españoles, S.A". el 60,80 por ciento, "Simosa. Servicios Integrales de Mantenimiento y Operación, S.A". el 61,60 por ciento y "Abengoa Bioenergía Inversiones, S.A". el 61,70 por ciento. El acuerdo también supone una prórroga del vencimiento de determinadas obligaciones de las sociedades deudoras hasta el 28 de octubre de 2016, incluido. Todo ello, nos sitúa en la posible extensión de efectos solicitada por el deudor a los acreedores disidentes. Siguiendo lo estipulado en la DA 4.^a.3.a) LC, "*si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo*" debe entenderse que el efecto que se extiende es el de la prórroga del vencimiento de las obligaciones, con independencia de que ello determinará la imposibilidad de obtener la tutela judicial pretendida en el caso de ejercitar una acción en reclamación de una deuda que deja de estar vencida por efecto de la homologación. Por lo tanto, el Juez decide que sólo procede extender el efecto de prórroga del vencimiento de las obligaciones detalladas en el Anexo E) del acuerdo de refinanciación, hasta el 28 de octubre de 2016 (inclusive), a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, cuyos créditos resultantes no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real.

En cuarto lugar, el secretario judicial ordena la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal (RPC) y el Boletín Oficial del Estado (BOE) en el plazo de quince días y por medio de un anuncio que contiene información como es: datos de identificación del deudor, Juez competente del caso, número de procedimiento judicial de homologación, fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos que produce dicho acuerdo homologado, indicándose también el registro mercantil en el que está depositado el acuerdo para su publicación.⁴²⁴

Sobre el momento de publicidad, realizamos dos reflexiones:

En primer lugar, entendemos que la publicidad es para todos los casos sin excepciones, puesto que tampoco se menciona en la norma alguna reserva o posibilidad de oposición a la publicidad. Tampoco sería lógico, puesto que interesa que se sepa que el acuerdo se ha suscrito.

Comprendemos que el momento de publicación del acuerdo es distinto al del momento de inicio de negociaciones, que aún no se sabe el desenlace de los acontecimientos y puede ocurrir que el deudor no quiera que se conozca su situación. Recordemos que en la fase de comunicación de negociaciones al Juez (art. 5 bis LC) se permite la reserva y la no publicidad y existe una temática de privacidad más compleja que en la instancia al concurso de acreedores. Sin embargo, en la publicación del acuerdo ya no supone tanto problema el que se conozca que ha existido una necesidad de llegar a una negociación, puesto que ya ha sido favorable.

En segundo lugar, nos llama la atención el hecho de que no se mencione en la norma nada en relación sobre comunicación particular a los acreedores vinculados. Es decir, para la impugnación del acuerdo. Tendría sentido que se notificara a los afectados la manera y plazo en el que poder impugnar. Sin embargo, no se menciona. Creemos que cuando el Juez otorgue la homologación al acuerdo, los acreedores deben optar por propia iniciativa al control de la aprobación por el Juez sobre el acuerdo que les interesa. Por ello, la DA 4.ª 7 LC menciona el hecho de que existe un plazo de quince días para que los acreedores financieros que no hayan suscrito el acuerdo y se vean

⁴²⁴ Así se estipula en la DA 4.ª 6, segundo párrafo LC: *“La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior.”*

afectados por él puedan impugnarlo. Esto último que comentamos ya es parte de uno de los efectos que se producen por la homologación. Por ello, pasamos a explicarlos todos.

8.3. Los efectos que produce la homologación del acuerdo de refinanciación. La irrevocabilidad concursal. Los efectos novatorios y la cosa juzgada

Una vez que el acuerdo es homologado por el Juez, ocurren una serie de efectos como consecuencia de ello.

En primer lugar, la homologación del acuerdo de refinanciación produce la irrevocabilidad de la negociación.⁴²⁵ La protección que supone ante acciones rescisorias concursales le otorga inmunidad y, posteriormente, en caso de concurso de acreedores, el Juez del concurso no podrá valorar la misma cuestión, ya juzgada. No obstante, recordemos que con fundamento y contenido diferente, sí podrán ejercitarse otras acciones⁴²⁶. La LC es tajante en el punto 13 de la DA 4.ª LC, sobre la no rescisión de los acuerdos homologados. Sin embargo, no acabamos de comprender a qué se refiere el legislador cuando dice en la segunda parte de la DA 4.ª LC “*el ejercicio de las demás acciones*”⁴²⁷. Es gracias de nuevo a los Jueces Mercantiles citados en el presente párrafo los que nos aclaran que se referirá (el legislador) a acciones de nulidad o anulabilidad del art. 1.261 CC⁴²⁸, sobre requisitos necesarios para validez de contratos

⁴²⁵ La DA 4.ª 13 LC lo dispone así: “*No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente*”. Sobre este tema vid. VIÑUELAS SANZ, M., “La inmunidad a la rescisión de los acuerdos de refinanciación”, *RDCyP*, ISSN 1698-4188, nº22, 2015, pp.457-468.

⁴²⁶ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015.p.13. En el apartado II, cuestión 13º, los Jueces Mercantiles se plantean si es posible la revisión ante el Juez del concurso de la concurrencia de los requisitos necesarios para la homologación de un acuerdo de refinanciación con carácter previo a instar su rescisión, de manera análoga sobre lo que se recoge en el art. 72.2. LC. Los Jueces disponen que el acuerdo homologado no puede revisarse una vez tenga dicha condición, salvo lo que disponga la DA 4.ª LC en casos de impugnación. Cuando finalice el periodo para iniciar impugnación o cuando la misma fuera denegada, no cabe otro tipo de revisión. Por ello, los Jueces Mercantiles exponen que el acuerdo homologado obtendrá la inmunidad absoluta frente a las acciones rescisorias concursales (DA 4.ª 13 LC) y el Juez no podrá volver sobre esa misma cuestión. Sin embargo, también disponen que las acciones de nulidad o anulabilidad contractual, previstas en el art. 71.6 LC y que redirige al art. 72.2 LC sí podrán utilizarse, por administración concursal (única legitimada) y deberán probar el incumplimiento que se produzca. Los acreedores no están legitimados de ningún modo. Sobre este mismo tema vid. PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana” en *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, nº. 35, 2015, pp. 9-42.

⁴²⁷ La DA 4.ª 13 LC lo dispone así en su segunda parte: “*El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2*”

⁴²⁸ Vid. Art. 1.261 CC: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.; 3.º Causa de la obligación que se establezca.*”

En segundo lugar, entendemos que los efectos de la homologación del acuerdo serán novatorios, utilizando la analogía de los convenios del concurso de acreedores.⁴²⁹

En tercer lugar, según lo dispuesto por los Jueces mercantiles, comprendemos que se caracterizará por ser cosa juzgada⁴³⁰.

8.4. La acción de impugnación por parte de disidentes afectados o disconformes. El control de sacrificio desproporcionado

Dentro de los quince días siguientes a la publicación del acuerdo homologado en el RPC y en el BOE, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial, ya sea por no haber firmado el acuerdo de homologación o por disconformidad con el mismo, podrán impugnarlo⁴³¹.

Todas las impugnaciones se tramitarán por el procedimiento de incidente concursal y se informará de ellas al deudor y resto de acreedores que han formado parte del acuerdo de refinanciación, con la finalidad de que puedan oponerse a la impugnación. La resolución será mediante sentencia y no cabrá recurso de apelación. En cuanto a la publicidad, será de la misma manera que ocurre con el acuerdo de refinanciación⁴³².

⁴²⁹ Esta idea la hemos extraído de la obra de autor vid. PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y Ley Concursal*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2016, p. 64. El autor explica que la DA 4ª LC no recoge nada sobre la novación del contenido del acuerdo homologado, pero que se entiende que los efectos del acuerdo respecto de los créditos serán novatorios, de la misma manera que ocurre con los del convenio del concurso de acreedores. Por dicha reflexión de autor, nos hemos dirigido al art. 136 LC sobre eficacia novatoria del convenio dentro del concurso de acreedores, que expresa así: “*Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.*”

⁴³⁰ Vid. AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 en Tirant lo Blanch Online*, 2015, p.13. En el apartado II, cuestión 13º, los Jueces dicen que el Juez no podrá volver a juzgar sobre la homologación, una vez finalice el periodo de impugnación y contestación de la misma.

⁴³¹ Vid. DA 4.ª 7 LC. La primera parte del primer párrafo indica lo expuesto: “*Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla.*”

⁴³² Esta información se regula de manera expresa en la DA 4.ª 7, segundo párrafo LC

Sin embargo, solo caben dos motivos⁴³³ de impugnación. Por un lado, que en el acuerdo no concurren los porcentajes exigidos de mayorías para el acuerdo de homologación. Por otro lado, la existencia de un carácter desproporcionado del sacrificio exigido⁴³⁴.

Los motivos son limitados y consideramos que son de índole objetivo, en primer lugar, y subjetivo, en el segundo. Esto es así puesto que consideramos que las mayorías se pueden comprobar mediante la certificación del auditor de cuentas. Sin embargo, demostrar el sacrificio desproporcionado que tiene que sufrir un acreedor financiero será más complicado, puesto que para empezar es un concepto que no está definido en la LC y tampoco la manera de evaluar la medida del sacrificio.

⁴³³ Sobre los motivos de impugnación, queremos hacer un inciso, ya que hemos encontrado en jurisprudencia otro motivo iniciado por acreedores y es la ausencia real de viabilidad del acuerdo de refinanciación. Nos ha llamado la atención porque creemos que sin el plan de viabilidad razonable y veraz donde se expongan medidas para sanear y salvaguardar a la sociedad deudora, no puede crearse un acuerdo de refinanciación y menos homologado y en el caso concreto que citamos los acreedores que impugnan consideran que no lo tiene y consideran motivo de impugnación a dicho hecho, pese a no ser recogido por la DA 4.ª LC. No obstante, también hemos considerado que dicho control ya se hace por el Juez cuando comprueba el cumplimiento de requisitos formales y de contenido. Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de 23 de julio de 2015, ponente: Zigor Oyarbide de la Torre ref.: 249/2015/ TOL5.403.115 en *Tirant lo Blanch Online*. Anteriormente, de este deudor vimos la solicitud de homologación aceptada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao, de 13 de febrero de 2015, ponente: Zigor Oyarbide de la Torre, ref.: 79/2015/ TOL4.850.077 en *Tirant lo Blanch Online*, que trataba la solicitud de homologación del grupo “EROSKI, SC”. Ahora, observamos en la sentencia del mismo Juzgado que varios acreedores disidentes a los que se les extendió efectos a petición del deudor por dicha homologación de acuerdo, impugnaron la solicitud. Los acreedores “KBC BANK NV, LONDON BRANCH” y “NATIXIS, S.A” formularon escrito conjunto de impugnación en base a las siguientes razones: (1) Control de legalidad. Argumentando la ausencia real de viabilidad del acuerdo de refinanciación. (2) Control de oportunidad. Considerando existencia de un sacrificio desproporcionado para los acreedores. Nos vamos a centrar en el punto (1). El Juez deja claro en la sentencia que el hecho de la veracidad del plan de viabilidad no es uno de los motivos de impugnación que recoge el Juez en la DA 4.ª LC. No obstante, también reconoce que todo acuerdo es necesario ser constituido con plan de viabilidad que demuestre la manera de sanear la situación y decide valorar, pese a no ser necesario, lo que solicitan los impugnantes. El Juez realiza un control de legalidad sobre el cumplimiento de requisito de plan de viabilidad y acaba desestimando el punto (1) de control de legalidad por ausencia de plan de viabilidad, porque considera que los acreedores disidentes dicen que no hay plan de viabilidad “real” cuando sí lo hay y ellos mismos lo reconocen diciendo que es “escueto”. Además también añade de manera exhaustiva que los impugnantes reclaman información sobre cómo se va a hacer frente a la deuda a cuatro años vista, y es aquí donde se desconecta su alegación de carencia de un plan de viabilidad. El Juez explica que la impugnación de control de legalidad por ausencia de plan de viabilidad real es en realidad por la demora del pago de su crédito que conforme a la refinanciación o Acuerdo Marco 2013 estaba prevista su conclusión al finalizar el año 2014. Por lo tanto, los acreedores disidentes no se estaban quejando de la ausencia de plan viable o real sino de la demora en el cobro de su crédito. Por lo tanto, el motivo (1) pasa a ser parte del sacrificio desproporcionado para el acreedor (según lo que argumenta el Juez).

⁴³⁴ Vid. DA 4.ª LC. La segunda parte del primer párrafo indica los motivos: “*Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.*”

El primer caso, se refiere a las mayorías necesarias y creemos que debería ser el Juez el que no dejara pasar este incumplimiento. De hecho, consideramos que es parte del control de requisitos que realiza el Juez en la solicitud de homologación.

El segundo caso de impugnación, el carácter desproporcionado del sacrificio exigido, realizaba el control el Juez al inicio de las negociaciones. Sin embargo, con las reformas de 2014 pasó a ser un control posterior a la homologación judicial y sólo por decisión del acreedor que se considerara así mismo perjudicado. Es decir, actualmente, el Juez solamente revisa que se cumpla los requisitos estipulados de forma y contenido⁴³⁵ y es el acreedor afectado el que debe impugnar el acuerdo cuando considere que existe carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Como hemos adelantado anteriormente, la LC no detalla lo que puede ser desproporcionado o sacrificado. Por este motivo, nos dirigimos a la norma comunitaria⁴³⁶, donde hemos encontrado indicios sobre lo que se puede referir nuestra LC. Según recomendación de la UE, puede considerarse sacrificio desproporcionado de cara a los acreedores:

⁴³⁵ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2015, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 799/2015 en *Tirant lo Blanch Online*. Este auto recoge el caso de la solicitud de homologación de la sociedad “PLUS POWER SA”. Observar en él cuando la Juez dice que “tanto la providencia de admisión a trámite del expediente como el propio auto de homologación judicial se convierten en resoluciones prácticamente “regladas”. Siguiendo la misma interpretación vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 3 de noviembre de 2014, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 817/2014 en *Tirant lo Blanch Online*. Caso de la sociedad JOAN MARTORELL SL y ESTAMPACIONES METÁLICAS ZARAGOZANAS SAU, solicitando acuerdo de refinanciación homologado conjunto y en donde se realiza la misma valoración sobre que el Juez pasa de hacer una valoración del sacrificio desproporcionado a analizar el cumplimiento de los requisitos de manera estricta.

⁴³⁶ Vid. Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE. Sobre dicha norma comunitaria, la jurisprudencia también la cita en sus sentencias. Por ejemplo vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de 29 de julio de 2014, ponente: José María Fernández Seijo, ref.: 566/2014/d TOL4.501.547 en *Tirant lo Blanch Online*. En esta sentencia se trata una impugnación de homologación de acuerdo de refinanciación por entenderse que hay sacrificio desproporcionado para los acreedores disidentes. Para resolver sobre la definición de “sacrificio desproporcionado” se dirige a la norma comunitaria citada en esta página.

En primer lugar, cuando se produzca la reducción de los derechos de los acreedores para mejorar la situación de la refinanciación y no se realice de manera proporcionada⁴³⁷. Es decir, se entiende que los acreedores deban sacrificar algo de sus intereses para poder ofrecer una oportunidad a la sociedad deudora en apuros. No obstante, tiene que existir un principio de proporcionalidad y no perjudicar los intereses del acreedor de manera abusiva.

En segundo lugar, no se debe limitar los derechos de los acreedores no firmantes o disidentes más de lo que cabría esperar en ausencia de refinanciación, en caso de que el deudor hubiera liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento⁴³⁸. Es decir, los sacrificios que se impongan a los acreedores disidentes tienen como límite las expectativas que pudieran tener en caso de no producirse la refinanciación.

Ya que no nos encontramos en una situación límite, puesto que el acuerdo de refinanciación debe utilizarse antes de una insolvencia insalvable, no tenemos que llevar al límite los intereses de los acreedores. No podemos exigirles igual o más que si nos encontráramos en situación de concurso de acreedores. Debe haber una petición de intereses razonable, según la situación de insolvencia en la que se encuentre el deudor, pero siempre más beneficiosa que la de quiebra absoluta.

En la misma tesitura, debe valorarse si el contenido que pensamos que es necesario para la obtención de viabilidad de una situación de insolvencia puede enfrentarse a un sacrificio desproporcionado para los acreedores. Es decir, lo que pensamos que puede ser razonable para solventar la solución del deudor, puede ser desmesurado para los intereses de los acreedores.

⁴³⁷ Vid. ordinal 19 de la Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE, cuando expresa así: “*La confirmación del plan de reestructuración por un órgano jurisdiccional es necesaria para garantizar que la reducción de los derechos de los acreedores es proporcional a las ventajas de la reestructuración y que los acreedores disfrutan de la tutela judicial efectiva, dentro del pleno respeto de la libertad de empresa y del derecho de propiedad reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*”

⁴³⁸ Vid. ordinal 19, segunda parte, de la Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE, cuando expresa así: “*el órgano jurisdiccional debería rechazar aquellos planes en que la reestructuración prevista limite los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de un proceso de reestructuración de la empresa del deudor.*”

Sobre este asunto hemos encontrado opinión de autor⁴³⁹ que expone un ejemplo claro y es el siguiente. Por ejemplo, imponer a la minoría de acreedores una espera de siete años cuando es suficiente una de cuatro para el cobro de la deuda.

La jurisprudencia también ha valorado el carácter de sacrificio desproporcionado en casos de impugnación por este motivo. La sentencia a la que hacemos referencia⁴⁴⁰, parte de la idea que un acuerdo de refinanciación por sí mismo ya supone un sacrificio

⁴³⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación”, en RDCyP, núm.22, 2015, p. 92. Y en la misma línea, PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y Ley Concursal*, ed. *Fe d’erratas*, Madrid, 2016, p. 69 y ss.

⁴⁴⁰ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de 29 de julio de 2014, ponente: José María Fernández Seijo, ref.: 566/2014/d TOL4.501.547 en *Tirant lo Blanch Online*. El grupo “PETROMIRALLES, S.L” solicitó homologación de acuerdo de refinanciación en fecha 12 de mayo de 2014. A parte de la solicitud de homologación, se solicitaba la extensión de todos los efectos a las entidades acreedoras disidentes “BANCO PICHINCHA ESPAÑA, S.A.” y “NCG BANCO, S.A.”. Los efectos que se extendían eran: (1) Prórroga hasta el 31 de diciembre de 2018 de la fecha de vencimiento final de los créditos constituidos ;(2) Garantías para los acreedores adheridos y no los disidentes; (3) La paralización de las ejecuciones singulares que, en su caso, hubieran sido iniciadas por las entidades disidentes; (4) Quita de intereses de demora que se hubieran podido devengar hasta la fecha de efectos de la homologación. Debido a dichas extensiones, los acreedores disidentes decidieron impugnar el acuerdo. El motivo que se utiliza para impugnar es el de “imposición de sacrificio desproporcionado al acreedor financiero disidente” y lo argumentaban: “*a partir de diversos hechos y consideraciones tanto jurídicas como económicas referidas a la no aplicación a los disidentes de las nuevas garantías que el acuerdo otorgaba al resto de acreedores financieros que suscribieron la refinanciación, a las modificaciones que sufrirían los préstamos iniciales como consecuencia de la homologación del acuerdo, la incidencia que en la solvencia de las solicitantes podía tener un procedimiento penal abierto contra los administradores de las compañías y la inexistencia de refinanciación extensible a terceros en los avales*”. El Juez realiza una valoración del concepto de sacrificio desproporcionado con ayuda de lo dispuesto en la norma comunitaria titulada: “Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE. Su conclusión sobre la definición parte de la idea que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores (adheridos o disidentes) y explica que la valoración de la proporción o desproporción del sacrificio debe hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo. En el caso concreto de la sentencia, el Juez observa que se ha extendido una serie de efectos que recurren los disidentes. Entre ellos, hay una prórroga pactada de cuatro años para todos los acreedores. Los plazos de vencimiento de obligaciones pasaban de 2014 a 2018. El Juez considera en la sentencia que sí hay sacrificio para todos los acreedores, por el simple hecho de tener que esperar más a cobrar sus créditos: “*La prórroga durante más de 4 años de estos instrumentos financieros debe considerarse sin duda un sacrificio para todos los acreedores - disidentes o no*”. No obstante, lo que debe valorar es si es desproporcionado o no tal sacrificio. Esta prórroga entra dentro de las opciones que permite la DA 4.ª LC en cuanto a quitas y esperas. Valora que los acreedores disidentes suponen un 4,35% del total de deuda refinanciada. De hecho, concreta más y dice que ese porcentaje se diluye por debajo del 2% si se computa el pasivo de la compañía con las nuevas aportaciones tras la refinanciación. Por ello, el Juez determina que “*dado el porcentaje de acreedores disidentes, no puede considerarse desproporcionado el sacrificio que se les impone a quienes representan menos del 5% de los acreedores financieros; no parece proporcionado que puedan quedar en manos de dos acreedores que representan un porcentaje tan pequeño los efectos de un acuerdo de refinanciación*”. La conclusión para el resto de efectos extendidos es similar a este último. El Juez no considera que exista desproporción. En el caso de garantías para los firmantes, pero no para los disidentes, el Juez considera que es porque se asumen nuevos riesgos por parte de los firmantes. En cuanto a la paralización de ejecuciones singulares, que los disidentes también consideran desproporcionado, tampoco lo aprueba el Juez porque lo entiende como un efecto previsto por la LC: las ejecuciones se paralizan durante el proceso de homologación. Por todo ello, el Juez desestima la impugnación de los acreedores disidentes.

para todos los acreedores (independientemente que sean firmantes o no). A continuación, valora las reformas realizadas sobre refinanciación y concluye que no hay definición legal sobre el sacrificio desproporcionado. Por este motivo, el Juez de la sentencia citada considera lo siguiente. En primer lugar, deben establecerse unos parámetros objetivos para determinar si hay o no sacrificio para los acreedores disidentes. No obstante, consideramos que siempre habrá este hecho en mayor o menor medida por ser una refinanciación. En segundo lugar, se debe valorar si el sacrificio es desproporcionado o proporcionado mediante un método comparativo. Es decir, comparando la posición en la que quedan los acreedores disidentes frente a los firmantes del acuerdo. En dicha sentencia se concluye que el sacrificio desproporcionado es cuando se trate de manera desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los que tengan rango inferior.

Una vez finalizado el periodo de impugnaciones y siempre y cuando no exista incumplimiento⁴⁴¹ del acuerdo de refinanciación homologado, que pudiera producir el que acreedores instaran un concurso de acreedores posterior y la resolución de lo pactado⁴⁴², así finaliza la homologación de acuerdo de refinanciación, con sus respectivas características.

Por todo lo expuesto en el presente capítulo, siguiendo opinión jurisprudencial⁴⁴³, creemos que se ha modificado de manera favorable el régimen de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente en los últimos años. Sobre todo en tres aspectos fundamentalmente. En primer lugar, la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores financieros disidentes y ausentes, incluyendo no sólo la imposición de esperas sino también de quitas sin límite, daciones en pago y canjes de deuda por capital. En segundo lugar, dicha extensión pasa a afectar por vez primera a los acreedores con garantía real, en función de la concurrencia de mayorías específicas de acreedores garantizados. En tercer lugar, los acuerdos pasan a estar

⁴⁴¹ La DA 4.ª 11 LC recoge el incumplimiento de lo establecido en el acuerdo homologado. En caso de que ocurra, cualquier acreedor, firmante o no, podrá solicitar ante el Juez que homologó el acuerdo, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento análogo al incidente concursal y del que se pondrá en conocimiento a deudor y resto de acreedores.

⁴⁴² Como la LC no lo indica expresamente, realizamos analogía según lo dispuesto para el incumplimiento de convenio art. 136.4 LC

⁴⁴³ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 1 de marzo de 2016, ref.: 78/2016 en *Tirant lo Blanch Online*

dotados del grado máximo de irrevocabilidad, independientemente de la disciplina de las exigencias del artículo 71 bis LC.

Asimismo, pese a que en el presente trabajo existe un capítulo completo en el que se desarrolla el marco comparado en relación a soluciones extrajudiciales y de prevención, queremos hacer una pequeña comparación entre nuestro acuerdo homologado y el de otros ordenamientos jurídicos.

Ya sabemos que la base de nuestro derecho preconcursal surge de otros ordenamientos jurídicos. Por ello, indicamos que las bases de nuestro modelo de acuerdo de refinanciación homologado se extrajeron de los “*accordi di ristrutturazione*” y del acuerdo mixto norteamericano “*prepackaged bankruptcy plan*”.

El “*accordi di ristrutturazione dei debiti*” está pensado para realizar negociación previa sin intervención judicial, con acreedores que representen al menos el sesenta por ciento de los créditos, sin existir prioridad por el tipo de acreedor y con la posibilidad de ser homologado judicialmente.

Debe acompañarse dicho acuerdo de un informe escrito por experto sin que se especifique de qué tipo debe ser este experto. No se pide que sea un auditor de cuentas como es nuestro caso español. De lo que se trata es que el profesional asegure que aquellos acreedores que acepten el acuerdo, no establezcan después acciones ejecutivas singulares contra el deudor y perjudique al acuerdo. Posterior a la negociación realizada, se solicita homologación judicial como en nuestro caso de acuerdo homologado. La protección que asegura dicho acuerdo italiano es que lo que pacta el deudor queda protegido de eventuales acciones ejecutivas singulares o solicitudes de eventual concurso.

En relación al contenido del acuerdo, es muy similar al nuestro homologado, puesto que trata modificación de obligación y ampliación de crédito. Y al igual que en el caso español, en caso que el acuerdo fracase y se inicie concurso necesario, todo acto, pago o garantía establecida en el acuerdo queda restado de las acciones revocatorias.

Son varios los elementos que se pueden comparar entre los “*accordi di ristrutturazione*” y nuestros acuerdos de refinanciación de la DA 4.ª. En algunos de ellos coinciden y en otros hay variaciones.

En primer lugar, la configuración del acuerdo italiano no sólo va dirigida a los acreedores financieros. Va dirigido a todo tipo de acreedor. En nuestro ordenamiento jurídico aún se separan a acreedores comerciales y terceros vinculados.

En segundo lugar, en el acuerdo italiano se necesita un 60 por ciento de los acreedores que se adhieren a la negociación. Nuestro mínimo en acuerdo homologado de la DA 4.ª LC actual es de 51 por ciento, pero el porcentaje había llegado a ser de un 75 por ciento de los acreedores profesionales. En este caso, nuestra evolución ha mejorado notoriamente y consideramos que hemos avanzado incluso al acuerdo italiano.

En tercer lugar, la posible oposición a la homologación puede ser iniciada por cualquier acreedor o interesado en el acuerdo homologado italiano. En nuestro acuerdo reformado parece indicar que puede también cualquier acreedor adherido o no, incluso disidentes. En este sentido también son igual en ambos acuerdos comparados.

En cuarto lugar, la resolución homologada siempre puede ser recurrida con recurso de apelación mientras que nuestro acuerdo de refinanciación no incluye recurso de apelación. Sabemos que en nuestro acuerdo homologado se puede impugnar por motivos estipulados en la DA 4.ª LC e incluso se puede solicitar declaración de incumplimiento cuando no se esté llevando a cabo lo pactado. Sin embargo, no cabe recurso de apelación alguno contra el acuerdo.

Por último, mientras que la reforma concursal italiana permite protección ante acciones revocatorias, nuestra reforma sólo ante acción de rescisión concursal. Por lo tanto, no es el mismo nivel de protección y tipo de acciones eventuales.

En relación a la comparativa con el modelo mixto norteamericano, se asimila un poco a nuestro acuerdo homologado debido a que también es un tipo de negociación que se inicia en fase extrajudicial y con anterioridad al concurso, pero para el que, posteriormente, el deudor necesita una homologación judicial⁴⁴⁴.

Es un tipo de acuerdo extrajudicial que conlleva a un plan de reorganización y reestructuración de deudas, que puede incluir no sólo capitalización de deuda sino

⁴⁴⁴ Según la doctrina estadounidense, el tipo de acuerdo mixto "*prepackaged bankruptcy plan*" contiene lo mejor de ambas fases: la discreción y el bajo coste de las negociaciones extrajudiciales y la autoridad y homologación de la fase concursal que permite cosas como la extensión de efectos a acreedores disidentes. Vid. WARREN, E., WESTBROOK, J.L., "The success of chapter 11: A challenge to the critics" en *Mich Lw Rev*, 2009, pp.603 y ss.

también la enajenación de la empresa en funcionamiento o incluso su liquidación pactada, que ha sido negociada entre deudor y acreedores y sometido, posteriormente, a homologación judicial.

Sin embargo, este tipo de acuerdo no es para todo tipo de deudor insolvente. Está diseñado para empresas grandes con deudas a largo plazo que quieran renegociar. Los deudores con graves problemas de liquidez deben acudir al procedimiento concursal. Por lo tanto, en este caso si se diferencia de nuestro acuerdo homologado, ya que no sólo está previsto para empresas grandes o al menos eso quiere el legislador en sus constantes reformas.

Su composición se basa en la transparencia de información en referente al estado de insolvencia del deudor (“*Adequacy of disclosure*”) y a la aceptación de los acreedores del plan de reorganización (“*confirmation*”). Dicha aceptación por parte de los acreedores es la denominada confirmación que será necesaria para la homologación. Por lo tanto, la confirmación es el segundo mecanismo de este tipo de acuerdo y la pieza que ayuda a mutar su naturaleza. Es decir, la confirmación crea la fase judicial de aprobación del acuerdo.

Al igual que ocurre con nuestro acuerdo homologado, la homologación de dicho acuerdo norteamericano puede darse de forma consensuada o no por el Juez. Dependiendo de los grupos de acreedores que acepten el acuerdo y de los que se opongan, el Juez decidirá si debe forzar a la aceptación en caso de no consensuado.

Recordemos que los criterios de la homologación se fijan por el “*Chapter 11*” del “*Bankruptcy Code*” y será el Juez quien comprobará el cumplimiento de los requisitos. No obstante, en este caso parece que el Juez debe implicarse más en el análisis de criterios. El Juez americano debe comprobar la transparencia de información de la situación del deudor y del plan presentado, la buena fe de los que instan dicha solicitud y la constitución de los grupos de acreedores necesarios. También se comprobará la viabilidad del acuerdo y si el deudor podrá cumplir con los objetivos expresados en el mismo⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ El saber si se podrá cumplir con el objetivo de la conservación de la actividad el tiempo suficiente como para por lo menos cumplir con las obligaciones existentes. Sobre el papel del Juez en la decisión de si es válido o no el acuerdo: Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, p.40.

Es interesante destacar que la homologación judicial en este acuerdo también provoca la vinculación de los acreedores disidentes tal y como ocurre con nuestro acuerdo homologado actual, siempre respetando los porcentajes de mayorías estipulados en páginas anteriores.

En cualquier caso, sobre este acuerdo estadounidense, algo similar al nuestro homologado, compartimos la idea que expresa autor⁴⁴⁶ sobre que en el método estadounidense se cree en un cierto grado de control judicial y que por mucho que se favorezca a las negociaciones privadas, la cobertura de protección aumenta cuando se confía en dicha fase judicial y esto también lo vemos reflejado en nuestro ordenamiento jurídico.

De hecho pensamos que, una vez expuestos las tres modalidades de acuerdo de refinanciación que existen en la actualidad en la LC española, creemos que ante la posibilidad de escoger, el acuerdo homologado es el que mayor seguridad proporciona a nivel de protección. El legislador se ha esmerado por mejorar las circunstancias para que se escoja dicho mecanismo como herramienta de prevención y solución de insolvencia.

⁴⁴⁶ Vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013, p.40.

CAPÍTULO IV. CONTENIDO PRINCIPAL Y ADICIONAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDA

1. Contenido principal de los acuerdos de refinanciación. Necesidad del plan de viabilidad

Como ya sabemos a estas alturas del presente trabajo, la negociación preconcursal tiene como finalidad reflotar la sociedad en apuros en beneficio de los intereses de las partes afectadas. Sabemos que para cumplir con el objetivo de saneamiento de la situación de insolvencia o inminente insolvencia debe cumplirse con los requisitos de forma y contenido de los acuerdos de refinanciación (básico 71 bis 1.a), b) y homologado DA 4.ª LC). Por lo tanto, como requisito exigido por el legislador, el plan de viabilidad dentro de un acuerdo juega un importante papel.

El motivo de su importancia es que es el justificante material de la posible viabilidad de la sociedad insolvente o inminente insolvencia en el periodo de corto y medio plazo. La pretensión del requisito exigido es demostrar que cabe la posibilidad de mejora y merece la pena otorgar al acuerdo de refinanciación concreto el blindaje permitido ante una posterior rescisión concursal.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ Vid. SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2013. p.25 El autor de esta obra define el plan de viabilidad como un instrumento que detalla el procedimiento a seguir para cumplir con las obligaciones exigibles con los acreedores, mediante los recursos que tiene la sociedad deudora. A parte de recoger la situación y antecedentes de la sociedad, debe mostrar el logro de continuidad de actividad empresarial.

A su vez, la inmunidad frente a acciones rescisorias exige una garantía de seriedad y se debe intentar plasmar una alternativa para la situación de crisis de la empresa⁴⁴⁸.

El acuerdo de refinanciación necesita un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo. Por tanto, en los casos que se crea que puede haber solución de la crisis, se puede desarrollar dicho plan con el principal objetivo de controlar la situación de la crisis como inicio y en el mejor de los casos recuperar la posición de la sociedad con el tiempo, como indica autor, mediante la corrección de parámetros y variables que han llevado a cabo a dicha situación.

Queremos recalcar el hecho de que el plan de viabilidad es un requisito indispensable unido a la permanencia de la actividad de la empresa al menos en el corto y medio plazo, puesto que no tendría sentido proteger con blindaje de seguridad a un proyecto que no creyéramos que puede mejorar la situación de crisis. Por ello, hay que

448 Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013.p.112-114. El autor comenta sobre la responsabilidad por realizar un buen plan de viabilidad a cambio de escudos protectores. También sobre este tema y haciendo referencia a los sacrificios que se debe hacer a la hora de intentar sanear la empresa y la plasmación en el plan de viabilidad Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p. 31. Si queremos observar un ejemplo en jurisprudencia sobre la importancia del plan de viabilidad, podemos analizar el caso de la STS de Madrid, sala primera, de 15 de febrero de 2017, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ref.: 1229/2014/ TOL5.973.234 en *Tirant lo Blanch Online*, que recoge el último recurso del caso de acuerdo de refinanciación de la sociedad “Frutos Caval, SCL”. En 2010 dicha sociedad concertó con sus acreedores financieros un acuerdo de refinanciación bajo la DA. 4ª LC del RDL 3/2009, de aquel momento. Por entonces, señala la sentencia que tenía una deuda aproximada de 20 millones de euros, con varias ejecuciones pendientes, todos sus inmuebles estaban gravados y tenía garantías que cubrían hasta una cifra aproximada de 7 millones de euros. Los acuerdos de refinanciación básicamente consistieron en una póliza de préstamo sindicado por importe de 15.925.580,73 euros, otro préstamo por importe de 2.088.000 euros, la concesión de un aval de 405.622,44 euros para garantizar créditos de las entidades públicas, una cuenta de crédito de 1.200.000 euros y una póliza de descuento de 1.500.000 euros. También se abrieron dos cuentas corrientes en Liberbank. En el acuerdo de refinanciación, las entidades financieras tenían prevista una quita del 30%, casi 5 millones de euros, aunque en la práctica fue algo menor, pues restó por formalizarse una quita de aproximadamente 500.000 euros. El acuerdo supuso una reducción del interés del crédito (6% frente al 16-18%) y la ampliación de los plazos de los préstamos hasta 25 años. La única garantía nueva que se dio para cubrir la totalidad del crédito concedido fue una hipoteca sobre la maquinaria de la cooperativa, aunque el valor de la garantía era inferior a 1 millón de euros. Todo ello, salía en el plan de viabilidad y era valorado por el experto independiente destacando: “1) El carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado (la ampliación significativa de crédito y/o la modificación de las obligaciones que permitiera la viabilidad a corto y medio plazo de la actividad empresarial o profesional del deudor); y 2) «La proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo”

valorar técnicamente si la empresa es viable o no y se realiza mediante dicha herramienta.

Compartiendo la opinión de autor⁴⁴⁹, creemos en la idea que el acuerdo de refinanciación puede ser el instrumento idóneo para ayudar a las empresas con problemas, que se considere que tiene la capacidad de seguir siendo viable, siguiendo unas pautas de recuperación. Especialmente, en el caso que se trate de una situación de inminente insolvencia y se desee utilizar la herramienta para prevenir una situación más grave.

Sin embargo, queremos añadir a dicha idea una realidad más amplia: estamos de acuerdo sobre que el acuerdo de refinanciación es la herramienta clave para la mejora de empresas que creamos pueden seguir siendo viables ,pese a sufrir etapa de insolvencia. No obstante, no solamente con el acuerdo de refinanciación y el plan de viabilidad, como muestra práctica de la posibilidad de mejora, son la solución.

En efecto, se trata de renovar el escenario completo de nuestra empresa en crisis. Nos referimos a que se debe realizar también examen de conciencia y observar globalmente todos los puntos a mejorar. Por ejemplo, adaptar los costes reales a las nuevas circunstancias de la sociedad, nuevas estrategias de mercado, mejorar aquellas áreas que puedan ser más efectivas. Por lo tanto, no solamente considerar el aspecto financiero y estructural sino comprender que debe haber una evolución a mejor en todos los aspectos que acompañan a la refinanciación.

⁴⁴⁹ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013.p.113. Por un lado, el autor ofrece su opinión sobre la herramienta perfecta de uso para salvar a la empresa. Por otro lado, a otro autor no le convence por considerarlo lejos de conseguir ser instrumento fiable, debido a carencias vid. Vid. NIETO DELGADO,C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015,p.20.

La continuidad de la actividad empresarial es el resultado que tiene que ofrecer el plan de viabilidad⁴⁵⁰. De ello depende la protección ante acciones rescisorias. Sin embargo, aún hoy hay disparidad entre autores⁴⁵¹ sobre si la actividad empresarial a la que se debe mantener la continuidad puede ser la misma, parcial u otra actividad completamente nueva.

A nuestro parecer, creemos que lo más conveniente es que sea la misma actividad empresarial o parcialmente la misma. Es decir, entendemos que cabe una reorientación del negocio. Desconocemos hasta qué punto puede cambiarse la actividad empresarial completamente sin que perjudique a las obligaciones existentes, pero hemos comprobado que parte de la doctrina se encuentra en contra de sustitución por la misma razón que nosotros.

El plan de viabilidad es un concepto empresarial que debe exponer la proyección hacia el futuro. Dicha herramienta se prepara cuando la sociedad tiene una crisis financiera que hace peligrar la continuidad de la misma. El plan debe contener la capacidad de recuperación y sostenibilidad económica y plasmarlo en un informe que no puede ser creado mediante ideas u opiniones no justificadas.

Asimismo, es necesario comprender que el plan de viabilidad no puede garantizar la viabilidad empresarial. De hecho, el plan de viabilidad puede contener juicios de valor u opiniones que lo alteren. En efecto, no se puede asegurar que lo que se exponga en el plan sea totalmente eficaz o correcto.

⁴⁵⁰ Vid. SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2013. p.25. El autor de esta obra indica que la finalidad del plan de viabilidad es modificar el proyecto empresarial actual de la sociedad a fecha de la solicitud de la negociación de acuerdo de refinanciación, demostrar la manera de cumplir con las obligaciones pactadas y generar liquidez hasta recuperar un equilibrio económico-financiero. Todo ello, si se cumple, permite al deudor continuar con la actividad empresarial, pagar los créditos pactados y mantener la sociedad en activo.

⁴⁵¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012, p. 261. Esta obra expone la opinión de estar a favor de que la actividad empresarial no tiene que ser la misma, puede ser parcial u otra. La autora considera que debe interpretarse de manera flexible el concepto, pudiendo suceder dicha continuidad, aunque no sea la misma actividad empresarial o incluso cesar una actividad y a raíz del acuerdo crear otra. Por otro lado, también existe la opinión en contra de la creación de una actividad empresarial totalmente nueva, vid. GARCIA CRUCES, J.A., LOPEZ SANCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009, Cizur Menor*, 2009, p.26-27. Y siguiendo la misma línea de objeción: vid. GARCIA MARRERO, J., "Los acuerdos de refinanciación" en PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la insolvencia*, tom.1, *Cizur Menor*, 2012, p.314. Finalmente vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013, p.113. Estos autores están en contra de la creación de una nueva actividad empresarial total porque consideran que una nueva actividad empresarial puede ocasionar problemas en una sociedad que ya se encuentra inestable.

Debe mostrar de la manera más real posible las expectativas posibles a conseguir y la manera de realizarlo. Sin embargo, no se puede asegurar que lo que se exponga de manera técnica vaya a sanear la situación de insolvencia. Es necesario tener en cuenta que durante un proceso de negociación y estudio de la situación pueden cambiar circunstancias que desconozca el deudor, pueden ocurrir cambios normativos, imprevistos, etc.

Por ello, siguiendo la idea de autor⁴⁵² consideramos que sabiendo que no puede ser certero al cien por ciento, al menos contenga una previsión económicamente racional sobre la evolución económica del deudor.

1.1. El corto y medio plazo requerido para la continuidad de la actividad empresarial. La disparidad de opiniones a la hora de concretarlo

Anteriormente en el presente trabajo⁴⁵³ hemos recalcado que el plan de viabilidad debe demostrar la continuidad de la actividad empresarial, aunque no se pueda asegurar que sea certero o que falle. Asimismo, el legislador solicita que dicha continuidad sea en un espacio temporal de corto y medio plazo.

El requisito del periodo de tiempo se debe a poder garantizar un espacio temporal en el que se pueda observar un resultado eficaz. Se debe demostrar que en el transcurso de un tiempo marcado existe una permanencia de progreso y mejora y no nueva decadencia financiera.

Siguiendo opinión de autor⁴⁵⁴, el legislador cree que el problema financiero del deudor es circunstancial. Por lo tanto, es una fase de insolvencia que debe tener soluciones financieras a corto y medio plazo, que le permitan a la sociedad en crisis salir de dicha situación, puesto que en el momento de la situación adversa de prolongue en el tiempo, debe acudir al procedimiento concursal.

⁴⁵² Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013.p.114 y sobre este tema también observar la opinión de vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p.249.

⁴⁵³ Y del presente trabajo observar lo expuesto en el Cap.III., sobre requisitos de contenido, el plan de viabilidad y el plazo.

⁴⁵⁴ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013.p.115

Sin embargo, el legislador no aclara el periodo que supone el corto y medio plazo para la viabilidad. En efecto, pese a las varias reformas, se sigue sin tener claro y crea discordancias⁴⁵⁵. Por un lado, creemos que no se puede dejar al libre albedrío la consideración de corto y medio plazo, ya que genera confusión a la hora de establecer medidas de solución para un periodo de tiempo y existe gran diferencia entre aquéllos que consideran dicho periodo de un año a autores que lo establecen en más tiempo.

Existe variedad de interpretaciones sobre el plazo de tiempo que debe suponer la continuidad de la actividad empresarial⁴⁵⁶. Las tendencias son varias. En primer lugar, periodos de seis meses a doce para el corto plazo y dos a tres años para el medio plazo, dependiendo del sector y caso concreto. En segundo lugar, la tendencia de un año suficiente como corto y medio plazo. En tercer y último lugar, la tendencia de dos años.

Como se puede observar no hay un plazo determinado y pensamos que el legislador debería haberlo establecido. No obstante, también comprendemos que cada caso es diferente y que depende mucho el sector relacionado. Por ello, se nos ocurre pensar que al no haber estipulado un periodo fijo, hay más flexibilidad para desarrollar a decisión de las partes y puede que ese haya sido el motivo del legislador para no estipularlo.

⁴⁵⁵ Vid. NIETO DELGADO, C, “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M, NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p.21.

⁴⁵⁶ Vid. AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.34. El autor realiza una breve reflexión sobre el plazo efectivo del plan de viabilidad y utiliza en varias ocasiones opiniones de diversos autores. El autor explica en su obra que muchos autores se cuestionan la inexactitud del periodo de tiempo. También dice cómo son los términos del corto y medio plazo en la teoría contable. El autor expone que el corto plazo es inferior a un año y el largo plazo es superior a un año. En la misma línea, menciona a PULGAR EZQUERRA, quien utiliza el RDL 1514/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad, para analizar estos términos y entiende que el largo plazo será el que corresponda al superior a un año y el corto y medio plazo inferior al año, teniéndose en cuenta el plan de viabilidad que acompaña al acuerdo de refinanciación. Esto es así debido a que en normas contables se considera la terminación del ejercicio contable de un año. La autora lo describe no como el nacimiento de una obligación, sino como la finalización de un resultado. En la obra de AZNAR también se recoge la opinión de NIETO DELGADO, C., y él explica que el corto y medio plazo exige dos periodos de tiempos iguales e inferiores a un año al ser considerados de igual forma en la norma contable. No se trata de pensar en el vencimiento de un periodo de tiempo sino en el inicio de uno después de haber existido un año de resultado, que sería el de estudio de mejora y viabilidad. Interpretamos que NIETO DELGADO quiere decir que el corto y medio plazo debería ser de dos años. Para el propio AZNAR, él piensa que es el plazo que asegure la “pervivencia de la empresa durante cierto tiempo (...) esa indeterminación, obliga de nuevo a acudir al caso concreto y, especialmente, a la actividad de la empresa y su situación patrimonial y financiera e, importante, su ciclo económico.”.

Pese a todo, si tuviéramos que elegir un plazo de tiempo para concretar el corto y medio plazo, pensamos que el corto plazo sería el de menos de un año y el medio plazo el periodo de dos años.

1.2. Forma y contenido que debe tener un plan de viabilidad a niveles prácticos

En nuestro ordenamiento jurídico no existen requisitos expresos sobre la estructura y contenido que debe tener un plan de viabilidad. Normalmente, son los profesionales económicos-financieros quienes lo crean⁴⁵⁷ de manera personalizada con cada caso en función de los requerimientos y tipología de la empresa que necesita iniciar un acuerdo de refinanciación, atendiendo a la naturaleza de la actividad, la estructura financiera y dimisiones y observando las circunstancias particulares del supuesto concreto. Siempre desde una vertiente racional y responsable.

Por lo tanto, sabemos que la flexibilidad es la que decide la estructura del plan de negocio, aunque hay apartados que son obligatorios introducir. En efecto, el plan de viabilidad de una sociedad tiene que describir el modelo de negocio, analizar la situación económico-financiera y el endeudamiento existente (plazos, costes, perfil de amortización, garantías...), detallar los riesgos operativos y considerar las perspectivas del negocio a futuro, observando el entorno macroeconómico, sectorial y competitivo.

Además, deberá elaborarse un presupuesto de tesorería y un plan financiero a medio y largo plazo en base a los flujos de caja así como evaluar su capacidad de pago, estudiando las reacciones de la empresa ante la variación de las variables básicas a considerar.

En relación al contenido, sabemos que debe estipular la continuidad de la actividad empresarial a corto y medio plazo, reestructurando las deudas con los acreedores. Por lo tanto, debemos partir del hecho que los ingresos ordinarios de la sociedad deudora son insuficientes para cumplir ni siquiera con los vencimientos de principal e intereses de la deuda financiera.

⁴⁵⁷ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. La Ley, Madrid, 2013.p.118. El autor nos aporta dicha idea y siguiendo la misma vertiente vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC)*, *Propuesta de reforma legislativa*, ed. Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010.p.252

Por este motivo, se debe estudiar y recopilar información financiera de las sociedades afectadas en la refinanciación, como es la deuda a refinanciar y los recursos afectados en dicha refinanciación, las actividades económicas a desarrollar por las sociedades y los costes operativos de las mismas.⁴⁵⁸

Una vez se detalle la situación de la sociedad, se tiene que estipular los parámetros necesarios para que la sociedad sea viable y pueda superar la situación de insolvencia. Con las condiciones que se estipulen en el plan se tiene que estructurar el endeudamiento financiero de manera que la sociedad en crisis lo pueda soportar y complementarlo con la nueva liquidez “*fresh money*”, con la intención siempre de hacer frente al proyecto de saneamiento.⁴⁵⁹

La parte más importante que contiene el plan la componen dos elementos. Por un lado, el proyecto empresarial en el que se tiene que exponer las intenciones de futuro de manera clara y ordenada con los objetivos y estrategias a seguir para superar la crisis que sufre la sociedad, incluyendo todas las actividades a desarrollar y los medios necesarios para hacerlo. Por otro lado, la necesidad financiera adicional para cumplir el plan, que vendrá determinada en función de los ingresos previstos y de la estructura financiera que la sociedad pueda permitirse.⁴⁶⁰

El resultado del plan de viabilidad o, al menos, lo que quiere demostrar, es poder hacer frente a las obligaciones exigibles y , además, generar recursos que permitan la continuidad.

⁴⁵⁸ Vid. SAN GIL LÓPEZ-QUESADA, P., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (coors.) “Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales” en *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, 2010, p.44; y sobre contenido y estructura del plan de viabilidad revisar también vid. ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013.p.120. Sobre este punto, también vid. SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, ed. *Fe d’erratas*, Madrid, 2013. p.28-29. El autor explica que debe realizarse un resumen de la historia de la empresa desde la creación de la sociedad hasta la actualidad para, después, estudiar la evolución y poder definir las causas que han llevado a la situación de insolvencia.

⁴⁵⁹ Vid. SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, ed. *Fe d’erratas*, Madrid, 2013. p.30. El autor en su obra considera que se debe realizar la determinación de los límites. En dicha fase de preparación del plan de viabilidad, se tienen que conocer los parámetros sobre los que se va a actuar. El autor explica que esto se realiza a través de un análisis “DAFO”, que consiste en un estudio que detalla los puntos fuertes y débiles de la sociedad. También, sus amenazas y sus oportunidades en relación a factores externos e internos. El estudio se divide en capítulos (ej.: amenazas, oportunidades...) y debe involucrar a todos los departamentos de la empresa. Posteriormente, se realizará estudio de las posibilidades de negocio existentes.

⁴⁶⁰ Vid. SAN GIL LÓPEZ-QUESADA, P., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (coors.) “Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales” en *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, 2010, p.44

Vamos a intentar exponer los elementos básicos de un plan de viabilidad dentro de un acuerdo de refinanciación, para exponer las posibilidades que tiene una sociedad de forma razonable. Para ello, utilizaremos datos de sociedades reales, pero en un caso ficticio de nuestra propia creación.⁴⁶¹

Supongamos que tenemos una empresa especializada en el sector del automóvil y un periodo de tiempo para el ejemplo de seis años. En los cuatro primeros años la sociedad tiene una situación de equilibrio patrimonial en el que el patrimonio neto de la empresa es positivo.

Posteriormente, imaginemos que en el quinto año el capital corriente comienza a tener indicios negativos. La sociedad empieza a presentar indicios de inminente insolvencia. Las ventas de automóviles a particulares ha ido bajando paulatinamente debido a la crisis, el patrimonio neto pronto será negativo y el activo se está financiando con recursos externos. Por tanto, es seguro que durante el sexto año del ejemplo, nuestra empresa no podrá hacer frente a los pagos inmediatos con su propio patrimonio sino que lo tendrá que hacer con recursos ajenos.

El pasivo va creciendo y en mayor medida que el activo. Esto supondrá que los niveles de endeudamiento a corto plazo aumentarán y que comenzarán a haber problemas de liquidez total. La deuda será superior a los fondos propios y la empresa no podrá hacer frente a las obligaciones contratadas con los acreedores. Por ello, si la sociedad no puede atender a los compromisos con los acreedores por no tener activos líquidos suficientes para ello, correrá el peligro de encontrarse en situación de concurso de acreedores muy pronto.

Por este motivo, para prevenir la situación de mayor gravedad, durante el quinto año que se empieza a detectar los problemas de futuro se opta por la decisión de iniciar negociaciones para un acuerdo de refinanciación por causa de inminente insolvencia:

La sociedad tiene que iniciar un acuerdo de refinanciación cumpliendo los requisitos de forma y contenido necesarios del acuerdo básico y, también, los del

⁴⁶¹ Vid. ESPERT DALMAU, V., “Refinanciación de deuda: un caso práctico” en *Estrategia financiera*, ref.: 61/2010, nº 274, julio-agosto, 2010. En este artículo de revista se presenta un caso práctico real que nos ayuda a comprender a nivel práctico el funcionamiento de plan de viabilidad dentro de una refinanciación entre deudor y acreedores. El artículo expone fechas, cantidades de pasivo y activo y la evolución de las variables de la empresa a medida que se activa la negociación. Mediante este ejemplo, creamos nuestro propio caso práctico.

acuerdo homologado, para conseguir la mayor protección⁴⁶². A parte, dentro del plan de viabilidad obligatorio, debe intentar exponer las siguientes prácticas para conseguir un saneamiento posible:

1.) Dentro de la modificación o sustitución de obligaciones:

a) La empresa debe conseguir adaptar los plazos de amortización de su deuda para lograr encajar los mismos al activo y pasivo existente y real.

b) Conseguir aplazamiento en el pago a proveedores, pagos aplazados en impuestos a la Seguridad Social, reducción de existencias y gestión de cobros impagados.

2.) Sobre la posibilidad de nueva liquidez:

a) Conseguir dinero nuevo ("*fresh money*") para que los flujos de tesorería dejen de ser negativos al menos a corto y medio plazo. Para ello, la sociedad a la práctica necesita reunirse con las entidades financieras, exponer su situación e intentar negociar para conseguir dicha liquidez. Nos referimos a reunirse con el "pool bancario", exponer la situación y conseguir reestructurar la deuda a cambios de garantías nuevas posibles y realistas y así obtener la inyección necesaria.

3.) Dentro del contenido adicional:

a) Utilización de la capitalización de deuda y conversiones en acciones para mejorar el flujo de tesorería.

Somos conscientes que nos encontramos en la parte más complicada. El plan de viabilidad debe exponer de la manera más realista posible la manera de sanear la sociedad y sin hacer juicios de valor. La modificación y sustitución de obligaciones y conseguir el dinero nuevo no será tarea fácil.

Siguiendo con nuestro ejemplo, imaginemos que nuestra empresa tiene varias entidades financieras dentro de su "pool bancario", de las cuales con cuatro de ellas se completa casi el 80 por ciento de la deuda total de la empresa. El 75 por ciento pongamos que es hipotecaria, lo que complica aún más la solicitud de nueva liquidez, puesto que se está pidiendo a entidades financieras que se arriesguen por una sociedad

⁴⁶² Cumplimiento de requisitos básicos los del art. 71 bis 1.a) y b) y de la DA 4.ª LC, para la homologación del acuerdo formado.

que no es seguro salga a flote y que ya se encuentra hipotecada. Por lo tanto, se debe estudiar la situación existente con cada entidad financiera y conseguir la refinanciación con las mismas. La solución que vemos es conseguir novar los préstamos existentes y constituir un nuevo préstamo con vencimiento a diez años, incluyendo dos de carencia de capital. No obstante, también somos conscientes que para la nueva financiación serán necesarias nuevas garantías como por ejemplo locales comerciales que hipotecar.

Con el dinero nuevo lo que se tendría que hacer es repartirlo entre los parámetros con mayor riesgo y de manera preferente, según necesidad.

Si el plan de viabilidad funcionara y en sí el acuerdo de refinanciación, se debería conseguir contrastar la situación.

Queremos destacar el quinto año utilizado para el ejemplo en el que se comenzaba a ver indicios de situación precaria. Consideramos que es sumamente importante detectar y hacer frente a la inminente insolvencia en el momento que se encuentren síntomas y no esperar a que la misma llegue a unos niveles que no puedan ser solucionados por un acuerdo de refinanciación.

En efecto, creemos que la detección temprana de una situación de insolvencia es de gran importancia, si queremos solventar la situación mediante acuerdo de refinanciación.

2. Introducción al contenido adicional de los acuerdos de refinanciación

Hasta ahora hemos visto la evolución normativa del precurso y los supuestos actuales de acuerdos de refinanciación. En el presente capítulo, queremos centrarnos en el contenido adicional de los acuerdos de refinanciación.

Pese a que utilizamos las palabras “contenido adicional”, consideramos que es una parte muy importante de los acuerdos de refinanciación. Lo cierto es que para los acuerdos de refinanciación es prioritario cumplir con los requisitos de forma y contenido mencionados en el capítulo anterior, que se recogen en los artículos 71 bis.1, 71 bis.2. y DA 4.ª LC. Sin embargo, pese a que existen dichos requisitos de forma y contenido que no pertenecen al contenido adicional y sin que dichos requisitos se cumplan no se puede obtener el acuerdo, el contenido adicional puede significar el saneamiento de la sociedad insolvente.

El motivo principal para considerar dicho hecho es que el saneamiento de la empresa no solamente se puede realizar con aumento de financiación o cambio de obligaciones. Se necesita estructurar a nivel interno la sociedad para reparar en los puntos débiles de la sociedad y reforzarlos, ya sea con modificaciones estructurales, capitalización de deuda u otras maneras de transformación. Por ello, en el presente trabajo confiamos en que el contenido adicional puede suponer la diferencia entre la viabilidad y el fracaso del acuerdo.

Asimismo, en relación a normativa no estudiada con anterioridad en esta investigación, en el presente capítulo aparecerá la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁴⁶³ y la Ley de Sociedades de Capital⁴⁶⁴, que son paralelas a la LC, pese a que en muchas ocasiones buscan obtener la mejora económica de una sociedad frente a la insolvencia.

Adelantamos que se deben realizar interpretaciones para introducir contenido adicional a los acuerdos de refinanciación, debido a que no existe ningún puente entre los códigos normativos. De hecho, para congeniar entre las llamadas normas societarias y la preconcursal, consideramos necesario utilizar la autonomía de las partes.

En primer lugar, vamos a conocer los distintos tipos de contenido adicional posibles, cada uno regulado en su marco normativo. En segundo lugar, queremos explicar la forma de utilizar la voluntad de las partes y el Derecho común para poder gestionar la relación entre acuerdo y contenido adicional y así obtener un acuerdo más completo. Por último, conocer las ventajas o inconvenientes de su utilización para el acuerdo deseado.

3. Las modificaciones estructurales como parte de un acuerdo de refinanciación

Las modificaciones estructurales se regulan en la LME y regula los cambios de tipo social de las sociedades. Por lo tanto, las modificaciones estructurales son cambios

⁴⁶³ Vid. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE nº 82, ref.: BOE-A-2009-5614. A partir de ahora en el presente texto LME

⁴⁶⁴ Vid. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE nº 161, ref.: BOE-A-2010-10544. A partir de ahora en el texto LSC

realizados en la estructura societaria con el objetivo de proteger los intereses de los interesados, en relación a la sociedad en crisis⁴⁶⁵.

Podemos encontrar varios tipos de modificaciones estructurales. Entre las modificaciones existe: el cambio de tipo de sociedad (transformación), la integración de más sociedades en otras (fusión), la división de las mismas (segregación o escisión) o la cesión global de activo y pasivo. Todas ellas pueden ser parte como contenido adicional en los acuerdos de refinanciación y en el espacio preconcursal.

Las modificaciones estructurales tienen el mismo objetivo que nuestros acuerdos de refinanciación: obtener la continuidad de las sociedades, así como también la propia actividad profesional o empresarial.⁴⁶⁶

Las modificaciones estructurales pueden llevarse a cabo como contenido adicional de un acuerdos de refinanciación⁴⁶⁷ y creemos que deben tener la misma protección que los acuerdos por formar parte de los mismos. Consideremos el caso en el que un deudor decide iniciar establecer acuerdo de refinanciación de deuda con los preceptos pertinentes y, además, decide utilizar modificaciones estructurales adjuntándolas al acuerdo de refinanciación en su contenido adicional. Creemos que la fase preconcursal debe proteger de la impugnación a dichas modificaciones, en concreto

⁴⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.112. El autor considera que facilita el desarrollo de operaciones y que regula mecanismos de protección para los sujetos relaciones : “*intereses de los sujetos afectados, socios y acreedores, de las sociedades implicadas*”

⁴⁶⁶ Vid. BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., PRENDES, P. (et al) , *La reforma concursal*, ed., Aranzadi, Madrid, 2011. BELTRÁN, E., considera que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles son consideradas alternativa a la declaración de concurso. Afirma que deberían ser “*siempre*” una alternativa al concurso, o, al menos, estar iniciada cuando el concurso se declara. No obstante, no expone nada sobre acuerdos de refinanciación. Nosotros consideramos que de la misma forma podrían existir en una fase preconcursal. PULGAR, J., cree que en dicha fase serían de utilidad por ahorro de costes y que son posibles pese a no contar con todas las garantías que se podrían usar de estos mecanismos en situación de pleno concurso de acreedores. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p.278. “*las modificaciones estructurales insertadas en el marco de un acuerdo preconcursal de refinanciación como parte de su contenido, no podrán beneficiarse de algunas de las ventajas que conlleva su inserción en el marco de un procedimiento concursal y, en particular, de la desactivación del derecho individual de oposición de los acreedores que conlleva en nuestra interpretación su encuadre como parte de un convenio concursal o la supervisión judicial que conlleva su inserción en un procedimiento concursal*” (...)“*importante ahorro de costes económicos y temporales y, sobretodo, permite eludir la dificultad que a veces se plantea de conciliar el procedimiento concursal con los fundamentos dogmáticos-jurídicos de las modificaciones estructurales*”.

⁴⁶⁷ Dicha afirmación también la recoge en su obra vid. GÁLLEGO LANAU, M., “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias” en *RDCyP*, n. ° 22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 469: “*Estas operaciones pueden insertarse dentro del contenido de un acuerdo de refinanciación como contenido adicional del mismo*”.

de la rescisión concursal, si se consideran parte de la negociación y actúan como negocio o acto que ayuda a la ampliación del crédito o a modificación o sustitución de obligaciones⁴⁶⁸. Por lo tanto, debe ser protegido de la misma manera que el resto del acuerdo.

Si aceptamos que la cobertura de protección es al menos la misma que para el resto del acuerdo, entendemos que ya es un punto a favor para su utilización. No obstante, esta es nuestra idea, pero aún hoy existe disparidad sobre el supuesto de cobertura de protección de las modificaciones estructurales ante un eventual concurso de acreedores.

En efecto, el hecho de que acontezca concurso después de la realización de modificaciones estructurales introducidas en un acuerdo de refinanciación plantea disparidad de ideas⁴⁶⁹ sobre la posibilidad de producirse la rescisión por el Juez del concurso. De hecho, existen dos vías problemáticas si consideramos la posibilidad que pueda deshacerse las modificaciones estructurales pactadas dentro de un acuerdo:

Por un lado, la impugnación de modificaciones estructurales realizadas siguiendo la LME, en concreto, por lo expuesto en su art. 47. Esto supondría que el Juez del concurso podría declarar la nulidad de las modificaciones pactadas. Por otro lado,

⁴⁶⁸ BELTRÁN, E., resume los grupos de casos existentes. En primer lugar, sociedad en crisis que con ayuda de las modificaciones estructurales transmite íntegramente todo su patrimonio por sucesión universal, por lo tanto, se extingue la empresa (fusión, escisión total y cesión global con contraprestación a los socios). En segundo lugar, la situación en la que una sociedad transmite una parte del patrimonio por sucesión universal, por tanto, no se extingue la empresa, sino que sólo se modifica (escisión parcial, segregación y cesión global de activo y pasivo con contraprestación a la propia sociedad). Por último, sociedad que adquiere un patrimonio por sucesión universal (sociedad absorbente en una fusión o en una escisión o cesionaria de una cesión global). Vid. BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., PRENDES, P.(et al), *La reforma concursal*, ed. Aranzadi, Madrid, 2011.

⁴⁶⁹ Algunos de los que creen que puede ocurrir la acción concursal rescisoria son: vid. BELTRAN SÁNVHEZ, E., "Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores" en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 2010, p.168; PEREZ TROYA, A., "Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideración sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito" en GARCIA-CRUCES, J., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, p.441-443. En contra de que se produzca la rescisión: vid. LARGO GIL, R., "Acuerdos de reestructuración empresarial como contenido de los acuerdos de refinanciación; medidas de reestructuración como complemento de las medidas financieras" en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.197-200; CERDÀ ALBERO,F., "Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal" en *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 2010, pp.715-719.

que en un escenario de concurso, bajo la normal concursal, actúe la administración concursal y realice la rescisión de lo pactado.

Ante la primera vía problemática solamente podemos interpretar que si se estamos tratando de un acuerdo preconcursal, debería predominar la LC por ser parte de su campo y no de la norma societaria.

Por otro lado, en relación a la segunda vía en la que actúa la administración concursal. El riesgo de la rescisión concursal de las modificaciones estructurales en fase preconcursal desaparece cuando la operación estructural se encuentra dentro de un acuerdo de refinanciación estipulado entre deudor y acreedores que quiere conseguir la refinanciación de la deuda. La exención de la acción rescisoria concursal es tanto para el propio acuerdo como para los pagos, otorgamiento de ganancias y los actos realizados en ejecución de lo que se ha pactado. De la misma manera, las modificaciones estructurales adoptadas y ejecutadas dentro de un acuerdo de refinanciación son irrevocables.

Entre varios tipos, vamos a centrarnos en observar las modificaciones estructurales traslativas⁴⁷⁰ que son aquellas que facilitan la transmisión separada de las diferentes unidades económicas de la empresa que se encuentra en crisis y la introducción de las mismas en sociedades solventes. Adelantamos que son la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

⁴⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.112 y también Vid. LARGO GIL, R., “Acuerdos de reestructuración empresarial como contenido de los acuerdos de refinanciación; medidas de reestructuración como complemento de las medidas financieras” en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.164.

3.1. Los tipos de modificaciones estructurales

En el presente trabajo vamos a realizar un repaso breve sobre el tipo de de modificaciones estructurales existentes⁴⁷¹, que podrían aparecer como contenido adicional dentro de un acuerdo de refinanciación.

a) La transformación. Se produce cuando una sociedad cambia de forma o de tipo legal. Por ejemplo, cuando una sociedad colectiva se transforma en una sociedad anónima o cuando una sociedad anónima se transforma en una limitada, se produce la transformación. Se trata de un cambio de forma pero sin conservar la identidad o personalidad jurídica, según expone el art. 1 LME. Dicho cambio puede influir en la organización de poderes de la sociedad, la naturaleza de las relaciones con los socios y terceros, entre otros ámbitos.

En cualquier caso, una sociedad puede optar por cambiar de forma y los motivos pueden ser diversos. En relación a nuestro tema de estudio, puede optarse por cambiar de forma cuando se considere que la sociedad está pasando por una serie de circunstancias y se crea que una transformación puede mejorar la situación de la misma.

b) La fusión. Es un tipo de operación jurídica que, afectando a dos o más sociedades, comporta la extinción de todas o de alguna de ellas y la integración de sus respectivos socios y patrimonio en una sola sociedad, que puede ser tanto una de las sociedades afectadas como una sociedad de nueva creación. Por tanto, se consideran dos modalidades generales de fusión: la fusión por creación de una nueva sociedad, cuando dos o más sociedades se fusionan en una nueva, y la fusión por absorción, cuando una sociedad existente absorbe a una o más sociedades. En cualquier caso, se mantiene la esencia de la fusión que no deja de ser la unificación de patrimonio, de socios y de relaciones jurídicas.

El ejemplo práctico que mejor puede definir a este tipo de modificación estructural es el caso del sector de las entidades de crédito en España durante los

⁴⁷¹ Vid. LEÓN SANZ, F.J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia” en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 30, ISSN 1698-997X, 2013, p.83, explica: “a través de estas reestructuraciones pretenden aprovecharse los valores inmateriales inherentes a la empresa como actividad objetiva en una organización que cuenta con un patrimonio afectado a la empresa de manera permanente y que sirve de soporte al desarrollo de esta actividad.”. Se realiza un resumen práctico sobre los tipos, requisitos, efectos de las clases de modificaciones estructurales en: <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-mercantil-i/parte-2-segunda-prueba-presencial/21-las-modificaciones-estructurales-de-las-sociedades>

últimos años. En concreto, de las cajas de ahorro. Ante la crisis que se produjo, el Gobierno instó a la reestructuración de las Cajas de Ahorro por vía de la fusión, incluso las que fueran de diferentes comunidades autónomas, para su saneamiento. Por este motivo, se creó el FROB⁴⁷². Uno de los casos más destacados de nuestro país fue la creación de Bankia mediante la fusión de varias Cajas de Ahorros: Bancaja, Caja Madrid, La Caja de Canarias, Caja de Ávila, Caja Rioja, Caja Segovia y Caixa Laietana. Entidad que posteriormente ha tenido que ser rescatada por el Estado y que a día de hoy sigue estando en la actualidad por su constante evolución.

c) La escisión o segregación. Es la operación contraria a la fusión. Consiste en el reparto o disgregación patrimonial de una sociedad, que puede utilizarse para buscar una mayor especialización de ámbito o para separar el riesgo jurídico de las diferentes actividades realizadas por la sociedad mediante el traspaso a sociedades distintas. Toda escisión contiene la transmisión en bloque por una sociedad de todo o parte de su patrimonio a cambio de una contraprestación, que debe ser en acciones o participaciones en el capital de la o las sociedades beneficiarias.

Hay tres modalidades básicas. En primer lugar, la escisión total, que consiste en que la sociedad escindida se extingue y su patrimonio se divide en dos o más partes que se traspasan en bloque a otras tantas sociedades beneficiarias, existentes o de nueva creación, recibiendo los socios a cambio un número de acciones o participaciones de éstas últimas. En segundo lugar, la escisión parcial que supone el hecho que la sociedad escindida, que no se extingue, traspasa en bloque una o varias partes de su patrimonio a otra sociedad o sociedades, que pueden ser de nueva creación o existentes y como contrapartida, los socios reciben acciones o participaciones de la última de manera proporcional a lo que se entrega. En tercer y último lugar, la segregación, donde se transmite también en bloque parte de un patrimonio de una sociedad que no se extingue a una o varias sociedades beneficiarias, de nueva creación o no, pero en este caso las acciones o participaciones se atribuyen a la propia sociedad escindida o segregada, es decir, a la que entrega, no a la que recibe.

⁴⁷² El FROB significa Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y se creó mediante Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, para la reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. BOE de 27 de junio.

Compartimos idea de autor⁴⁷³ sobre que, aparentemente, parece la mejor opción de las tres modalidades porque la contraprestación va a parar a la sociedad segregada y a su sustento. En efecto, la empresa que ha sido segregada consigue los fondos necesarios para satisfacer las obligaciones existentes pendientes mediante la enajenación de las acciones o participaciones recibidas de las sociedades que han asumido la segregación. A cambio, la segregación permite mayor facilidad de transmisión en bloque de unidades económicas productivas a otras sociedades constituidas o de nueva creación.

La segregación se puede utilizar para la creación de un grupo societario, por ejemplo la creación de sociedades filiales a partir de una sociedad matriz. El motivo por el que se puede querer realizar filiales es el trasladar el riesgo que supone la inversión financiera en nuevos sectores o productos. De esta manera, se puede conseguir mantener la sociedad madre a salvo del riesgo que conlleva innovar y, por otro lado, se consigue nueva financiación. En efecto, la manera de conseguir nueva financiación es cuando se produce la segregación de la rama de actividad y aparece la nueva filial. En ese momento, se venden las acciones o participaciones que tiene la sociedad madre sobre esta última. Se puede entender que se reduce el tamaño de la sociedad madre, pero se consigue mejorar la gestión empresarial al descentralizar los órganos de decisión y también se dividen los riesgos.

⁴⁷³ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.113. La autora considera que “la peculiaridad de la segregación consiste en que la contraprestación de cada una de las sociedades beneficiarias por la unidad económica adquirida corresponde a la sociedades segregada, que subsiste tras la operación”. Con esto entendemos que el beneficio queda dentro de la parte segregada que pertenece a una nueva sociedad y, por tanto, el beneficio para recuperarse.

Un ejemplo claro es el caso de “Telefónica”, cuyas filiales se encuentran reestructuradas por ramas de actividad. En efecto, Telefónica engloba dos grandes marcas: “Movistar”, para telefonía fija y móvil en España y Latinoamérica y “Terra” para servicios de Internet.⁴⁷⁴

d) La cesión global del activo y del pasivo. En este supuesto una sociedad transmite en bloque y por sucesión universal la totalidad de su patrimonio a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no puede consistir en acciones o participaciones del cesionario. La contraprestación debe ser dineraria u otra clase de activos.⁴⁷⁵

La transmisión debe realizarse en bloque y por sucesión universal de la totalidad del patrimonio de la sociedad cedente. No obstante, puede hacerse a favor de uno o varios cesionarios, pero siempre se debe constituir en una unidad económica para cada uno de ellos. El cesionario se subroga en el conjunto de relaciones y de obligaciones jurídicas que antes pertenecían al cedente y dicha transmisión puede realizarse sin contar con el consentimiento expreso de las contrapartes de esas relaciones y obligaciones, al sustituirse las reglas generales sobre novación de los contratos (art. 1.205 CC).

⁴⁷⁴ Vid. https://www.telefonica.es/es/acerca_de_telefonica/mision_y_vision. Para conocer más sobre la sociedad. A nivel de estudio Vid. LARGO GIL, R., “Acuerdos de reestructuración empresarial como contenido de los acuerdos de refinanciación; medidas de reestructuración como complemento de las medidas financieras” en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.175. De esta misma autora, Vid. LARGO GIL,R., “La filiación de empresas” en obra dirigida RIVERO LAMAS, J., (dir) , *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El Outsourcing*. Aranzadi,Cizur Menor, 2003,pp.354-383.

⁴⁷⁵ Para mayor estudio de este tipo de modificaciones estructurales vid. GÁLLEGO LANAU, M., “La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial.”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 391-421; También vid. GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp.106-117; Vid. BANET, O., *La escisión de la sociedad anónima*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp.178-188.

Consideramos que las modificaciones estructurales comparten el mismo objetivo que los acuerdos en general: la conservación de la empresa. Por tanto, entendemos que pueden utilizarse conjuntamente. De hecho, compartimos la idea de autor⁴⁷⁶ sobre que pueden ser la solución para el saneamiento de una empresa.

Las modificaciones estructurales pueden formar parte de un acuerdo de refinanciación como contenido adicional. No obstante, a lo que se refiere a los marcos normativos, ni la LME ni la LC prevén de manera conjunta dichos instrumentos. En efecto, ambas leyes son independientes y no tienen ningún punto de encuentro y es un problema⁴⁷⁷. Se deben realizar interpretaciones para resolver los problemas que aparecen cuando una sociedad se encuentra en inminente insolvencia o insolvencia y se quiere utilizar modificaciones estructurales en un acuerdo de refinanciación.

Por lo tanto, son aplicables las normas generales sobre integración de los contratos (arts.1258 CC y art.2 CCo), ya que no existe una regulación del acuerdo como tal. No obstante, se tiene que entender que las modificaciones estructurales deben utilizarse como método adicional que depende de los requisitos obligatorios de los acuerdos, ya sea según el art. 71 bis.1 o la DA.4ª LC.

Los acuerdos contienen la parte de reestructuración financiera necesaria, que ayudará al contenido de modificación estructural a realizar su cometido, puesto que la modificación estructural por sí sola, sin inyección financiera, no sería suficiente a nuestro parecer.

⁴⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.112, La profesora de Derecho Mercantil señala: “Las modificaciones estructurales pueden ser una solución favorable para el saneamiento de la actividad empresarial de las sociedades mercantiles en situaciones de dificultad económica”. Comentario que compartimos y que creemos es la clave para mostrar que son beneficiosas dentro de los acuerdos de refinanciación.

⁴⁷⁷ Varios autores tratan la falta de conexión entre la LME y la LC, vid. LARGO GIL, R., “El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial)” en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (dir.), 2013, ISBN 978-84-9790-445-2, pp. 153-213; Vid. LEÓN SANZ, F.J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia” en *Anuario de Derecho Concursal*, n. ° 30, ISSN 1698-997X, 2013, pp.76-81; Vid. PÉREZ TROYA, A., “Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Barcelona, ed. Bosch, 2013, pp. 429-435.

De hecho, en una comunicación de la Comisión Europea, titulada: “Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresa en crisis”⁴⁷⁸, se explica que las ayudas de salvamento y reestructuración de una empresa se deben abordar con las mismas directrices porque en ambos casos se está hablando de una sociedad en crisis y el salvamento y reestructuración son dos fases de la misma operación, aunque respondan a mecanismos diferentes. Por lo tanto, consideramos que dichas directrices apoyan a la idea que compartimos aquí.

Sabemos que los acuerdos de refinanciación ya son complejos de por sí en su formación. El contenido adicional implica mayor estudio y negociación y todo en el mismo periodo de cuatro meses en total para obtener el acuerdo.

En relación a los acuerdos de refinanciación en los que se ha incluido modificaciones estructurales, es posible encontrarse con cambios estructurales societarios para intentar evitar el concurso a toda costa. Por ejemplo, en el sector inmobiliario, destacamos el caso de “Inmobiliaria Colonial, S.A”. Dicha sociedad tuvo que hacer frente a su insolvencia e intentó obtener una refinanciación de deuda con el contenido adicional de modificación estructural del tipo de segregación para conseguir la viabilidad de la empresa e incluso capitalización de deuda⁴⁷⁹.

Esta sociedad en 2008, con el comienzo de la crisis financiera, empezó a tener problemas de liquidez y se decidió llegar a un acuerdo de reestructuración con los bancos vinculados a un préstamo sindicado contratado para solucionar la deuda financiera. Lo que se estipuló en el acuerdo del momento fue una recapitalización de la deuda, convirtiendo a los bancos en accionistas mayoritarios de la sociedad. En concreto, el fondo “Coral Partners”, “Eurohypo”, “Calyon” y “Royal Bank of Scotland”.

Más tarde, en 2010, se tuvo que realizar otro acuerdo de refinanciación con la normativa del momento de la LC. Según el registro de la CNMV en relación a esta

⁴⁷⁸ Vid. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresa en crisis de la *Comisión Europea*, de 31 de julio de 2014 en *EUR-LEX*, ref.: 2014/C 249/01. La Comisión Europea cuya aplicación ha sido prorrogada varias veces defiende el hecho de que las ayudas de salvamento y de reestructuración se tienen que abordar en el mismo momento puesto que en ambos casos los poderes públicos se enfrentan a una empresa en crisis y, normalmente, son dos fases de una misma operación.

⁴⁷⁹ La capitalización de deuda se estudia en el punto 4 del presente capítulo de contenido adicional.

etapa de la sociedad⁴⁸⁰, la deuda de la empresa ascendía a 4.960 millones de euros aproximadamente. Se tenía que volver a conseguir la novación del préstamo sindicado como parte del acuerdo de refinanciación y mediante la modificación de obligaciones existentes. Asimismo, dentro del acuerdo de refinanciación, se estipuló un contenido adicional de modificación estructural. Dentro del mismo, los administradores de la sociedad propusieron la segregación de una rama de actividad de gestión de suelo y promociones propias de “Inmobiliaria Colonia, S.A.”, y se la entregaron a su filial “Colren, S.L.U.”. Con la aportación de la totalidad de la rama de actividad integrada por el negocio de suelo y promociones de la sociedad a “Colren, S.L.U.”, dicha filial asumía la cantidad de deuda por valor aproximado de 1.015 millones de euros y, a su vez, se convertía en garantía hipotecaria sobre los activos aportados a cambio en relación a la sociedad principal.

3.2. Beneficios e inconvenientes del uso de las modificaciones estructurales dentro de los acuerdos de refinanciación

Las ventajas e inconvenientes para utilizar dicha herramienta dentro de un acuerdo de refinanciación pueden ser muy subjetivos. En relación a esto, tampoco existe un manual o directriz que nos indique los pros y contras de su utilización. Sin embargo, consideramos que podemos exponer por ambos bandos una serie de puntos a tener en cuenta.

En relación a las ventajas sobre la utilización de las modificaciones estructurales dentro de un acuerdo de refinanciación como contenido adicional creemos:

En primer lugar, las modificaciones estructurales pueden ser un método preventivo de la insolvencia⁴⁸¹ en los casos en los que una sociedad atraviesa una mala época sin tener que recurrir al concurso. Se puede facilitar una solución mediante la

⁴⁸⁰ Vid. “La Sociedad comunica la eficacia de los acuerdos de reestructuración de su deuda financiera” en Consultas a registros oficiales; Hechos relevantes en CNMV, ref.: 120827/ 19/02/2010 y BORNE de 29 de abril de 2010, sec.2º 10791.

⁴⁸¹ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.121. La autora explica en el pie de página nº 17 que pueden ser método de prevención sobretodo en el caso de los grupos societarios, dependiendo de cada situación. Los ejemplos que pone son: “integración mediante una absorción por la sociedad matriz de la sociedad filial con dificultades económicas; escisión parcial o segregación de la unidad económica rentable y liquidación de la no entable”

reorganización societaria y la transmisión de unidades económicas. Es decir, intentar anticiparnos a la crisis.

En segundo lugar, existe variedad de modalidades de modificaciones estructurales que pueden servir para cada caso concreto. Es decir, no estamos hablando que solamente exista un tipo de mecanismo dentro de esta rama. Como ya hemos comentado en la descripción de los tipos, puede ocurrir que una fusión o una transformación de sociedad puedan beneficiar al marco de un acuerdo de refinanciación. Se trata de considerar las posibilidades y riesgos para cada caso concreto.

En tercer lugar, la cobertura de protección será la misma para el contenido adicional en el que aparecerían las modificaciones estructurales como en el resto del contenido del acuerdo de refinanciación⁴⁸² puesto que se interpreta que el contenido del acuerdo tiene el mismo blindaje o escudo protector siempre y cuando se cumplan los requisitos mínimos de contenido y forma.

En relación a los inconvenientes que encontramos en la utilización de dicho instrumento como parte de contenido adicional, a día de hoy, son los siguientes:

En primer lugar, que el periodo establecido de cuatro meses en total entre la comunicación al Juez mercantil sobre las negociaciones que se están llevando a cabo para realizar acuerdo de refinanciación hasta el periodo de instar concurso en caso de no lograrlo, nos parece insuficiente para poder cumplir con los requisitos principales de contenido y formas del acuerdo y, además, sumarle el tiempo necesario para establecer las modificaciones estructurales pactadas.

En segundo lugar, que el hecho de que no exista conexión normativa entre la LME y la LC y se tenga que utilizar la interpretación del derecho civil y la voluntad de las partes puede ocasionar inseguridad jurídica en la utilización de tales mecanismos por temer a los riesgos de la propia utilización sin que el legislador estipule de manera expresa la manera de proceder dentro de un acuerdo de refinanciación.

⁴⁸² CABANAS TREJO, R.; BONARDELL LENZANO, R., "Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores", *RdCP*, núm. 18, 2013, pp.97-100.

Por todo ello, condiremos que la alternativa de utilizar este tipo de herramienta como contenido adicional pertenece a la decisión del deudor y los acreedores de manera conjunta, ya que son los que pueden comprender el acuerdo concreto para ello.

4. La capitalización de deuda como instrumento de prevención dentro de un acuerdo de refinanciación

Antes de la evolución de la normativa concursal de 2003 y la aparición del derecho preconcursal, los deudores y acreedores tenían que dirigirse al Derecho común o al Derecho de Sociedades para poder encontrar medidas de saneamiento y así evitar el eventual concurso de acreedores. En efecto, las sociedades de capital intentaban realizar reestructuraciones y acuerdos entre los que se encontraba la capitalización de deuda para evitar la insolvencia e incluso poder revertirla.

Gracias a la obra que dirige GARCIA-CRUCES⁴⁸³, sabemos que la capitalización de deuda consiste en que uno o varios acreedores canjean todo o parte del crédito del que disponen por acciones o participaciones de una sociedad de capital, mediante la acción de aumento de capital por compensación de créditos, pese a que se puede realizar mediante otras fórmulas como es el canje por acciones o participaciones en autocartera o el rescate de obligaciones no convertibles expresadas en el art. 301 de LSC. Esto supone que los acreedores que realizan esta práctica arriesgan su valor de la deuda que tiene contraída el deudor con ellos para conseguir una alternativa al cobro.

Si la práctica de la capitalización funciona, pueden recuperar la deuda contraída con ellos e incluso si la sociedad se recupera de la insolvencia, puede participar como accionista y por lo tanto, acceder a los beneficios de la mejora. En efecto, puede llegar incluso a tomar el control de las decisiones en la sociedad.

No deja de ser un riesgo, pero muchos acreedores consideran que la posibilidad de dicho riesgo les puede ofrecer el cobro de la deuda, por el contrario, si no existen medidas de saneamiento y, posteriormente, se insta el concurso de acreedores, las

⁴⁸³ Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.323. Vid. también PEINADO GARCÍA, J.I., “La capitalización en los acuerdos de refinanciación” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, vol. 2, 2015, ISBN 978-84-9119-269-5, pp. 1427-1444; También vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., MANZANEQUE LIZANO, M., “Refinanciación y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica” en *RDCyP*, n.º 21, 2014, pp. 171-184.

posibilidades de obtener su crédito serán minoritarias. De hecho, nos aventuramos a creer que los acreedores prefieren los pactos extrajudiciales frente a la vía del concurso de acreedores porque los acuerdos extrajudiciales permiten mayor libertad en el contenido de tales negociaciones, los costes económicos son inferiores, el coste en tiempo es menor y la confidencialidad es mayor que la del concurso.⁴⁸⁴

4.1. Los tipos de capitalización de deuda para los acuerdos de refinanciación

Dentro de la vertiente de la capitalización de deuda, pueden existir varias modalidades o subgrupos. Vamos a pasar a conocer los diferentes tipos:

a) Aumento de capital por compensación de crédito. Se trata del tipo más utilizado tanto en la fase preconcursal, dentro de un acuerdo de refinanciación, como en el concurso de acreedores en el escenario de convenio concursal.

Consiste en un aumento real de capital mediante aportaciones no dinerarias⁴⁸⁵. Puede crearse de dos maneras, que a su vez, pueden combinarse⁴⁸⁶: En primer lugar, se emiten acciones o participaciones nuevas por el valor de los créditos que se aportan para compensar⁴⁸⁷. En segundo lugar, se aumenta el valor nominal de parte o todo de las acciones en caso de que los socios ya sean accionistas de la empresa. Consiste en un saneamiento financiero de las sociedades de capital, que permite corregir desequilibrios patrimoniales de tipo societario. Se suavizan las cargas financieras y beneficia al endeudamiento de la sociedad o empresa en cuestión. Se trata de una inyección de capital. Se convierte en un incremento del patrimonio.

⁴⁸⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012. p.258-259. La autora explica las razones por las que deudor y acreedores prefieren los acuerdos extrajudiciales al concurso de acreedores con solicitud anticipada de convenio. Se refiere a razones circunstanciales.

⁴⁸⁵ Ha existido discrepancias entre la doctrina sobre el tema de si las aportaciones se pueden considerar dinerarias o no dinerarias. Sobre este tema consultar en vid, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada” en UCM, 2012

⁴⁸⁶ Se tiene que analizar lo que comenta Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2010, p.27.

⁴⁸⁷ Regulado en el art.301 de la Ley de Sociedades de Capital, en el que se dice que el contravalor del aumento reside en un crédito que un tercero o un socio ostenta frente a la sociedad

Por ello, su finalidad común es el saneamiento de la sociedad, pero también se cree que en ocasiones sirve a otros fines como la creación de relaciones de dependencia comercial entre la sociedad deudora y sus acreedores.⁴⁸⁸

Para su correcta formación, se deben cumplir los requisitos normales de la ampliación de capital (art.296 LSC) que consiste a grandes rasgos en acordar el aumento en la junta general y según los estatutos, con el consentimiento de los socios en caso de aumento del valor nominal. En relación a los requisitos concretos del art. 301 LSC:

En primer lugar, dará igual la naturaleza de los créditos. La diferencia se encuentra en el tipo de sociedad. En el caso de las SL, será necesario que los créditos sean líquidos e exigibles. En el caso de las SA, sólo es necesario que al menos el 25% a compensar sean líquidos, vencidos e exigibles y que el plazo de vencimiento del resto no supere los cinco años (art.301.1 LSC).

En segundo lugar, será necesario un informe realizado por el órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos que se compensan para su correcta fiabilidad. Aparecerán datos como: la identidad de los aportantes, número de participaciones o de acciones que se tengan que crear y el resultado de aumento de capital con ellas. Dicho informe debe estar a disposición de los socios en el momento de convocatoria de la junta general en que tramitarse el aumento (art.301.2 LSC). En caso de SA, será necesario además certificado de auditor de cuentas de la sociedad o del auditor nombrado por el registrador mercantil solicitado por administradores. Serán necesarios incluso se cumplan los requisitos de certificación de auditor de cuentas del acuerdo de refinanciación del art. 71 bis y, por consiguiente, el homologado de la DA.4.^a, puesto que creemos que son diferentes y que cada informe estudia un ámbito concreto (art. 301.3 LSC). Asimismo, se deberá protocolizar en la escritura pública el informe y certificación de referencia.

⁴⁸⁸ En relación a más bibliografía sobre este tema, dirigirse a la nota de pie de página Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., "La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación", en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.332. Vid. también PEINADO GARCÍA, J.I., "La capitalización en los acuerdos de refinanciación" en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, vol. 2, 2015, ISBN 978-84-9119-269-5, pp. 1427-1444.

Por último, compartimos las ideas de algunos autores⁴⁸⁹ sobre el hecho de que es necesario el consentimiento expreso e individual de aquel acreedor o socio que quiera participar en dicha operación compensando sus créditos. De la misma manera, el socio o acreedor que ofrezca su crédito, deberá asegurar su legitimidad y existencia del mismo, puesto que si no fuera real y se tratara de una invención, la compensación se declararía nula y el acreedor o socio debería responsabilizarse aportando la cantidad de su patrimonio.

Su finalidad común es el saneamiento de la sociedad, pero también se cree que en ocasiones sirve a otros fines como la creación de relaciones de dependencia comercial entre la sociedad deudora y sus acreedores.⁴⁹⁰

b) Conversión de obligaciones a acciones. El segundo tipo de capitalización de deuda que describimos es la conversión de obligaciones a acciones. Lo recoge el art. 430.d) de la LSC. Para dicho caso, se tiene que llegar a acuerdo con cada titular de obligaciones que quiera participar. Como ya ocurría en el caso anterior, debe ser una aceptación voluntaria, individual y expresa del propietario de las obligaciones. La conversión se puede producir mediante aumento de capital por compensación de créditos.

c) Dación en pago de acciones o participaciones. La tercera categoría es la entrega de acciones o participaciones que la sociedad tenga en autocartera en pago total o parcial de la deuda de acreedores concretos que se presten para ello. En este caso, vuelve a aparecer el consentimiento necesario y expreso del acreedor titular. El acreedor consiente recibir una prestación diferente a la pactada, para liquidar la deuda. Pese a que la dación en pago no está contemplada como medio de extinción de las obligaciones que

⁴⁸⁹ Tal y como comenta la autora en HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.334 y , a su vez, sugiere en su pie de página la obra sobre el mismo tema de BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada” que hemos encontrado para estudiar en la web:

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/mercantil/documentos/resumen_bercovitz.pdf

⁴⁹⁰ En relación a más bibliografía sobre este tema, dirigirse a la nota de pie de página Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.332.

aparecen en el art. 1.156 CC, se utiliza, nuevamente, el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 CC).⁴⁹¹

4.2. Beneficios e inconvenientes de la utilización de capitalización de deuda dentro de un acuerdo de refinanciación

Las capitalizaciones de deuda producen beneficios en las empresas en crisis:

En el ámbito financiero, la capitalización de deuda mejora los niveles de endeudamiento de la sociedad, ya que los créditos exigibles pasan a ser capital y como consecuencia a esto, se produce una reducción de costes financieros. No significa que sea una inyección directa de patrimonio, puesto que no deja de haberse convertido deuda existente en capital, pero en el momento del acuerdo consiste en un aumento de liquidez sólido en la empresa, más aún si dichos créditos ya estaban vencidos o a punto de hacerlo. Por lo tanto, si la sociedad no tiene que destinar dinero al pago de los créditos que se han convertido en capital, pueden centrarse a finalizar con otras deudas.

En el ámbito contable, dicho instrumento crea un aumento de los fondos propios y resta sobre el pasivo exigible, en concreto si se compensan créditos a largo plazo, produciendo un incremento del patrimonio neto.

En el ámbito corporativo, la capitalización de deuda permite producir cambios en el control de la sociedad para mejorar la gestión de la sociedad. Si los acreedores capitalizan su deuda y pasan a ser socios de la empresa, son los primeros que quieren que existan beneficios y que haya prosperidad⁴⁹². Por lo tanto, gestionarán de manera para conseguir dicho objetivo de superación.

⁴⁹¹ Clara afirmación sobre la dación en pago en este tipo de herramientas, la autora expresa de manera concisa : “Entendida la dación en pago como un contrato entre acreedor y deudor, de carácter autónomo, nominado, atípico, no solemne, de naturaleza traslativa y eficacia solutoria” y anota en pie de página como referencia para leer : Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.337. Vid. MERINO HERNÁNDEZ,J.L., “La dación en pago”. en *Revista de Derecho Natural*, XXIII, nº 87 enero-marzo, 1975

⁴⁹² La capitalización de créditos de forma preconcursal en situación de refinanciación fue introducida por el RDL 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica de “escudos protectores”, mantenidos y ampliados en virtud de la Ley 38/2011 de reforma de la LC 22/2003, sobre protección de una eventual rescisión de dichos acuerdos en un escenario concursal.

Reiteramos el hecho de que los acreedores que se convierten en socios con la práctica de la capitalización de su deuda, si sale favorable. Si la sociedad logra salir de la insolvencia, no solamente lograrán cobrar los créditos que no capitalizaron, sino que además pueden rentabilizar la inversión mediante dividendos, cuando una vez se haya solventado el estado de insolvencia, la sociedad obtenga beneficios⁴⁹³. Sin embargo, si por lo contrario el método de refinanciación junto con su contenido adicional fracasa y la sociedad se dirige hacia un concurso, los acreedores que capitalizaron la deuda tendrán una posición peor a la de aquéllos que no lo hicieron, ya que a los socios solamente les corresponde un derecho residual sobre los activos sociales y este es el gran inconveniente que vemos en el uso de dicho mecanismo. Solamente en caso de haberse pagado el resto de créditos de la deuda establecida, tendrán derecho a la cuota de liquidación. Son los calificados en un supuesto concurso como acreedores subordinados.⁴⁹⁴ Por lo tanto, mayor razón para que deseen que la refinanciación funcione.

En un espacio preconcursal, una capitalización en el seno de un acuerdo de refinanciación les sitúa en posición de defender mejor sus intereses sobre todo con relación a los créditos que no se compensaron. En el caso de los acreedores que ni siquiera lleguen a la situación de subordinados y tienen pocas expectativas reales de cobrar en caso de declararse concurso, la capitalización de sus créditos les permite convertirse en estrategias para intentar influir en negociaciones con los acreedores privilegiados, protegiendo así sus intereses.

La obra dirigida por GARCIA-CRUCES, nos ha hecho comprender que la capitalización de deuda es un mecanismo que incluso puede interesar a los propios acreedores dudosos de cobrar, e incluso a inversores especializados en el mercado de

⁴⁹³ Vid. CALVO VÉRGEZ, J., “Entidades financieras y capitalizaciones de deuda en el marco del RDL 4/2014 y Ley 17/2014” en *RDCyP*, n.º22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 380. El autor opina que: “A la banca le interesa la transformación de deuda en capital, obteniendo cuanto menos beneficios contables, teniendo presente a tal efecto que, si bien una participación industrial consume recursos propios, en el hipotético caso de que la quita aplicada resulte menor que el nivel de provisiones sobre la deuda canjeada, ello le permitirá liberar dotaciones. Dentro del ámbito empresarial el negocio inmobiliario sería, en nuestra opinión, el más interesado en este tipo de soluciones, ya que el porcentaje de préstamos refinanciados resulta particularmente elevado en el sector promotor, con un 45% del total financiado.”

⁴⁹⁴ Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (*dir.*) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.p.329-330. La autora desarrolla a nivel teórico y práctico el desempeño de la capitalización de deuda y los beneficios de manera desarrollada. Hemos utilizado su explicación como esquema para poder analizar el mecanismo desde diferentes ámbitos.

sociedad en crisis. Por ejemplo, una compañera que quiera a dicha sociedad en crisis para formar parte de su grupo o incluso banco que se encargará de comprar esta sociedad en crisis con potencial, para sanearlas y revenderlas.

Hasta ahora hemos analizado la capitalización de deuda como instrumento individual. No obstante, puede formar parte de un acuerdo de refinanciación. Tanto si se trata de un acuerdo ordinario como de un acuerdo homologado, creemos que puede existir como parte adicional. Asimismo, al formar parte del acuerdo, se beneficiará de las coberturas de protección para los acuerdos dispuestas por el legislador. Es decir, todo el contenido del acuerdo de refinanciación, tanto si es principal como si es adicional, dispondrá de dicha protección. De hecho, creemos que esto es así y que ha sido defendido por la mayoría de autores que hemos estudiado hasta ahora.⁴⁹⁵

Ya sabemos que en la práctica los acuerdos de refinanciación son negociaciones complejas que incluyen necesariamente ampliación del crédito y/o modificación de obligaciones o creación de nuevas, así como el aplazamiento del vencimiento de las mismas. Nos referimos a los requisitos necesarios que marca el legislador para la creación del acuerdo. Esto quiere decir que los pactos adicionales dependen del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 71 bis, 71.2 o DA 4.^a LC dependiendo del tipo de acuerdo que se trate, para poder ser utilizados. En efecto, consideramos que se encuentra condicionado y depende del correcto cumplimiento de requisitos de forma y contenido que se han descrito en el capítulo anterior para la formación de los acuerdos vigentes hasta la fecha.

No compartimos la idea que ha planteado PULGAR EZQUERRA⁴⁹⁶ sobre que el pacto de capitalización de deuda, en alguna de sus variantes, pueda convalidarse como requisito de contenido solicitado por el legislador como son los del art. 71 bis LC. En efecto, la autora expone que la compensación de créditos se podría introducir dentro del contenido mínimo que se expone hoy en día en el art. 71 bis LC, pese a que en la

⁴⁹⁵ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Refinanciación y reintegración concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm.20, 2010,p.23;Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una lectura preconcurso del régimen jurídico de los acurdo de refinanciación: El expediente registral preconcurso”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, septiembre – diciembre, 2010,p.17 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012. p.269-270.

⁴⁹⁶ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012.p.271

obra hace referencia al antiguo ex art. 71.6 LC.⁴⁹⁷ Para la catedrática, la capitalización de deuda es un supuesto de modificación de obligaciones, creándose nuevas y sustituyendo a las antiguas.

No obstante, para este planteamiento, creemos que la obra dirigida de GARCIA-CRUCES responde⁴⁹⁸ argumentando a este hecho de la siguiente manera: según los requisitos del art. 71 bis de hoy, se refiere a casos en los que las obligaciones anuladas y las nuevas creadas tienen carácter financiero, mientras que en la capitalización de deuda se pasa de tener una obligación de tipo financiero a una societaria.⁴⁹⁹ Es decir, de distinta naturaleza. Por ello, creemos que no se puede forzar lo expuesto por el legislador y que la capitalización de deuda no puede utilizarse de manera independiente como parte del requisito exigido del art. 71 bis LC, sobre modificación de obligaciones.

Son muchas las empresas en crisis en España que han pensado en momentos de crisis en la capitalización de deuda dentro del marco de un acuerdo de refinanciación, para conseguir el saneamiento:

En 2010 la sociedad “Cortefiel, S.A.”⁵⁰⁰, realizó un aumento del capital social, por importe de hasta 131.477.974,42 euros, mediante la emisión y puesta en circulación de hasta 777.976.180 nuevas acciones nominativas de 0,169 euros de valor nominal cada una de ellas, sin prima de emisión. El desembolso de las nuevas acciones que fueran suscritas, en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, por el accionista MEP Retail España, S.L.U. se realizó en parte mediante la compensación de un crédito vencido, líquido y exigible que dicho accionista ostentó frente a la sociedad y en parte mediante la aportación no dineraria de una porción de un préstamo concedido por el citado accionista a la sociedad. Las nuevas acciones suscritas por los restantes

⁴⁹⁷ Al haber acontecido reformas posteriores, el cuerpo normativo del precurso de concurso ha variado desde la publicación a la que hacemos referencia de PULGAR EZQUERRA, nombrada con anterioridad en el presente trabajo, que es PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso de concurso y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012.

⁴⁹⁸ Vid. HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. *Bosch*, Barcelona, 2013.p.329-330

⁴⁹⁹ HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (dir.) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. *Bosch*, Barcelona, 2013.p.348.

⁵⁰⁰ Vid. Anuncia de acuerdo de aumento de capital “CORTEFIEL, SA” en *BORME*, nº13 de 21 de enero de 2010, ref.: BORME-C-2010-1070

accionistas de la Sociedad, en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, se desembolsarían mediante aportaciones dinerarias, hasta llegar como máximo a la cantidad aportada.

En 2011 la empresa “METROVACESA, S.A.”, realizó un acuerdo de refinanciación anglosajón (“*Scheme of Arrangement*”) con varios de sus acreedores más significativos. El acuerdo incluyó un aumento de capital inicial que consistía en aportaciones dinerarias, dirigido a los socios, un aumento de capital por compensación de créditos de al menos 1.200 millones de euros en el que participaban los acreedores agrupados en el préstamo sindicado y una reestructuración de la financiación, con carencia de cinco años.⁵⁰¹

En el hecho relevante que consta en la CNMV 140342 de 18 de marzo de 2011, a las 09:58 horas, se explica cómo la sociedad se dirige a la Corte Superior de Justicia de Inglaterra y Gales (la “*High Court of Justice in England and Wales*”) para obtener la autorización judicial que nosotros conocemos en España como homologación para el acuerdo de refinanciación inglés (“*Scheme of Arrangement*”). La Corte Superior debía analizar el acuerdo que se quería adoptar con los acreedores del préstamo sindicado que se tenía en vigor desde 2006. Por parte del Tribunal se tenía que analizar las razones y justificaciones de los acuerdos de refinanciación propuestos y dejar constancia del apoyo de los acreedores relacionados con el préstamo sindicado. En el escrito del hecho relevante se especifica que debía dejarse constancia el beneplácito de las entidades acreedoras tanto en el porcentaje de deuda representada (75 por ciento) como por el número de entidades del préstamo sindicado (50 por ciento). El objetivo era que si se obtenía la autorización favorable por parte de la Corte, se vinculaba a la totalidad de acreedores relacionados con el préstamo sindicado. Punto importante a nuestro parecer, puesto que la discusión de los acreedores disidentes o no participantes, pero sí vinculados a una decisión, nos ha causado inseguridad jurídica, incluso a día de hoy, en el pre-concurso español.

Según hechos relevantes, se obtuvo los requisitos de porcentajes para conseguir la autorización (apoyo formal de entidades acreedores equivalentes a un 90 por ciento del préstamo sindicado y un 67 por ciento de entidades de crédito a favor).

⁵⁰¹ Vid. METROVACESA,S.A”, hechos relevantes en CNMV: <http://www.cnmv.es>, en los apartados inicio > Consultas a registros oficiales > Hechos relevantes: nº140340 de 18/04/2011 ; 140342 de 18/03/2011; 140343 de 18/03/2011;142528 de 18/04/2011

La capitalización de deuda como contenido adicional será posible siempre y cuando se realice dentro del plazo de negociaciones del acuerdo de refinanciación⁵⁰².

Asimismo, será necesario el cumplimiento de los requisitos necesarios para la formación de un acuerdo, ya sea básico, especial o homologado, para permitir el contenido adicional de la capitalización de deuda dentro del acuerdo y mantener la cobertura de protección que ofrecen los acuerdos.

En caso de cumplir con lo solicitado por el legislador para la formación de las negociaciones, la capitalización de deuda supone un instrumento perfecto para la reestructuración del pasivo de una sociedad en situación de insolvencia o inminente insolvencia porque está pensada para mejorar la disponibilidad de crédito y la reorganización del pasivo mediante la prórroga y sustitución de obligaciones.

Como decíamos, puede ser utilizada como medida adicional individual o colectiva junto con otros métodos de reestructuración en el marco de un acuerdo de refinanciación. No obstante, el legislador no atiende a esta posibilidad en el momento de regulación del espacio preconcursal y sus mecanismos. De hecho, consideramos que en las reformas de los últimos años no se tienen en cuenta los mecanismos de reestructuración como son la capitalización de deuda o las modificaciones estructurales.

Ya sabemos que las reformas preconcursales de nuestro ordenamiento jurídico se basan en el modelo italiano. Se respeta la voluntad de las partes para conseguir acuerdos de refinanciación con contenido diverso, como consecuencia de las negociaciones entre deudor y acreedor. Por ello, la capitalización de deuda es posible dentro de este contenido diverso. Por esta razón, se interpreta que gozan de las mismas protecciones que el resto de contenido obligatorio de los acuerdos.

⁵⁰² Vid. MANZANEQUE LIZANO, M.; NAVARRO LERIDA, M.S., “Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica” en *RDCyP*, nº 21, 2014, p.159. Las autoras afirman que “*el acuerdo de refinanciación consistente en capitalizar la deuda, podría servir, en términos económicos, a la finalidad preconcursal y de evitación de iniciarse un concurso planteada, siempre que, como se ha visto, se incardine en un realista plan de viabilidad y es claro, cumpla con los requisitos formales y de contenido que la relación entre el art. 71 bis y la DA 4.ª establece y sobre los que se volverá*”.

El ejemplo de “Inmobiliaria Colonial, S.A.” también vincula a la capitalización de deuda⁵⁰³, puesto que dentro del acuerdo de refinanciación de 2010 existe un apartado donde se estipula capitalización parcial de la deuda. Se sometió a acuerdo dos ampliaciones de capital con emisión de nuevas acciones: una de tipo dineraria y otra no. Dentro del aumento de capital con aportación dineraria, era de 1.950 millones de euros con precio de emisión por acción de 0,12 euros. Una parte del dinero obtenido de dicha emisión (máximo 50 millones de euros) era destinada a la gestión ordinaria de los negocios de la sociedad. El resto de lo que se consiguiera de la emisión, era para reducir el préstamo sindicado novado. En relación al aumento de capital por aportación no dineraria, se propuso un segundo aumento de capital por el mismo importe que el determinado en el primer caso, deducido el importe que fuera suscrito con aportaciones dinerarias en el primer aumento hasta los 50 millones de euros y hasta un máximo de 1.900 millones de euros. La suscripción iba dirigida a los acreedores financieros relacionados con el préstamo sindicado, a prestamistas bilaterales y a determinados accionistas significativos dentro de la sociedad, que fueran acreedores de la sociedad. Las aportaciones no dinerarias consistían en los respectivos créditos de cada uno contra la sociedad. El precio de la emisión de acciones también era de 0,12 euros y para poder formar partes de dicho segundo aumento, se tenía que estar vinculado antes al primero marcado.

⁵⁰³ Vid. “La Sociedad comunica la eficacia de los acuerdos de reestructuración de su deuda financiera” en Consultas a registros oficiales; Hechos relevantes en *CNMV*, registro 120827, 19/02/2010, sitio web: <http://www.cnmv.es/Portal/HR/ResultadoBusquedaHR.aspx?nif=A-28027399&division=1&page=16>. Parte del acuerdo de refinanciación: Capitalización parcial de la deuda. BORNE de 29 de abril de 2010, sec.2º 10791.

CAPITULO V. LA RECUPERACIÓN DE EMPRESA CON LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES

1. Introducción al espacio entre precurso y concurso de acreedores. Diferente manera de solucionar la insolvencia

En el presente capítulo queremos argumentar la elección del precurso por encima del concurso de acreedores. Para ello, vamos a estudiar el procedimiento del concurso de acreedores. Una vez analizado, ya tendremos todas las piezas necesarias que nos ayudarán a formar nuestras conclusiones sobre los acuerdos de refinanciación como medida de saneamiento.

Durante todo el trabajo expuesto, hemos intentado analizar desde diferentes vertientes el espacio precurso y lo hemos defendido por encima del concurso de acreedores como práctica de salvaguarda empresarial. Sin embargo, hemos creído conveniente realizar un capítulo sobre el propio concurso de acreedores y valorarlo como procedimiento para poder comparar y analizar ante los acuerdos de refinanciación. Queremos aclarar que entendemos que se trata de un procedimiento muy complejo⁵⁰⁴ que queremos resumir en parte de un capítulo de nuestra tesis. No profundizaremos en todas las vertientes de la herramienta de manera exhaustiva, puesto que el concurso de acreedores no es el objetivo de desarrollo de este trabajo sino el precurso.

⁵⁰⁴ Sobre el concurso de acreedores y su complejidad vid. MARTÍN GÓMEZ, F., “Crisis económico-financiera y concurso de acreedores” en *Boletín de Estudios Económicos*, agosto 2008, Vol.63 (194), p.267 y ss.: “La situación de crisis que atraviesa nuestra economía y la de los países de nuestro entorno está repercutiendo en la insolvencia de numerosas empresas, no sólo del sector inmobiliario, las cuales deben solicitar la declaración de concurso, insisto, «a tiempo», si aspiran a la continuidad de sus actividades”.

El concurso de acreedores es un proceso judicial que se utiliza para gestionar situaciones de insolvencia y poder pagar a los acreedores de manera equitativa, con los bienes y derechos del deudor⁵⁰⁵.

Se trata de un mecanismo utilizado para que la totalidad de los acreedores pueda conseguir de manera más favorable el cobro de sus créditos que si acudiera a la vía de la ejecución singular⁵⁰⁶, ya que el proceso concursal se rige por la norma de la “*par conditio creditorum*”⁵⁰⁷, que significa la igualdad de trato de los acreedores. Lo que implica que van a cobrar de manera proporcional, sin perjuicio de las excepciones de pago que se regulan en la Ley, preferentes (los que tienen créditos privilegiados⁵⁰⁸) y postergados (créditos subordinados⁵⁰⁹).

⁵⁰⁵ La definición está basada en lo expresado en los artículos 1 y 2 de la LC, que muestran el escenario subjetivo y objetivo del procedimiento concursal. El art. 2 LC deja claro que la insolvencia de un deudor dará pie al procedimiento de concurso de acreedores para poder cumplir con sus obligaciones ante acreedores. Es decir, el punto 2 del art. 2 LC expone la situación de que es insolvente el que no puede cumplir con sus obligaciones pactadas. Por tanto, ya define qué es insolvente en el punto 2 del art. 2 y en el punto 1 del mismo artículo, lo que se deberá hacer en caso de no poder cumplir con dichas obligaciones: proceder al concurso de acreedores. Sobre la declaración de concurso y el concepto de insolvencia vid. PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración de concurso de acreedores*, ed. Bosch, 2011, p. 15. En esta obra también se remiten al art. 2 LC y a la Exposición de Motivos de la LC para explicar que la declaración de concurso se debe llevar a cabo cuando el estado patrimonial del deudor está en riesgo al no poder cumplir con sus obligaciones.

⁵⁰⁶ Opinión sacada de nuestro propio entendimiento pero corroborada por Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Normativa, finalidad y presupuestos del concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M, NIETO DELGADO, C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 73. Desde los tiempos del Derecho Romano, se explica que el Estado ha mantenido un procedimiento para que pudiera actuar siempre que el deudor no pudiera hacer frente a los créditos pactados.

⁵⁰⁷ Proviene del latín y es un principio básico concursal que quiere decir “igual condición de crédito”. Es decir, se trata de un principio que promueve la igualdad de condiciones para los acreedores. Es la idea de satisfacer a los acreedores de manera proporcional, respetando las preferencias que se tenga por ley.

⁵⁰⁸ En la normativa se definen en el art. 89.2 LC sobre clases de créditos y en concreto el nombrado punto describe la clasificación de los créditos privilegiados. Los arts. 90 y 91 LC desarrollan las subcategorías de los créditos privilegiados: especiales y generales, respectivamente. Los desarrollaremos en el trabajo más adelante.

⁵⁰⁹ Los créditos subordinados se desarrollan en el art. 92 LC. Los veremos más adelante.

Desde el Derecho Romano hasta la actualidad, se ha creído conveniente que, cuando el patrimonio del deudor es insuficiente para hacer frente a los créditos convenidos y a las obligaciones estipuladas, el Estado debe regular un procedimiento mediante el cual se pueda pagar a los acreedores de una manera ordenada⁵¹⁰. Todo lo contrario que ocurre con las ideas que promueven los acuerdos de refinanciación. Van ligados a la idea de recuperación, saneamiento y prevención. Por lo tanto, se inicia negociaciones para establecer unas bases que permitan la continuidad de la actividad empresarial y el poder generar nuevos ingresos. No consiste en satisfacer sólo a los acreedores. Trata de mirar por los intereses del deudor. Por eso, consiste en un mecanismo de reactivación.

Viendo la diferencia de prioridades entre los mecanismos, se entiende que el concurso de acreedores suele ser la última opción en la que piensan los deudores porque se relaciona con el cobro de créditos de los acreedores y con la liquidación final de la sociedad. De hecho, según autor⁵¹¹ podemos afirmar que en la mayoría de casos el concurso de acreedores no finaliza en convenio, finaliza en liquidación.

Para entender el significado del concurso de acreedores, debemos analizar las características del mismo siguiendo opinión de doctrina y legislación y añadiendo nuestra propia opinión:

⁵¹⁰ El autor destaca que siempre ha habido un procedimiento para resarcir los conflictos de deuda, más o menos eficaz, hasta la actualidad y desde el Derecho Romano. En la obra hace una reflexión de la necesidad de tener el propio procedimiento concursal aunque se tengan otras opciones. Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Normativa, finalidad y presupuestos del concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.73. Asimismo, en la misma obra y capítulo, podemos conocer más sobre la evolución normativa en las páginas 105 a 138.

⁵¹¹ Esta idea se extrae de la obra siguiente vid. PATÓN GARCÍA, G., *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 67 y ss. La autora opina que pese a que el legislador se ha esforzado por mejorar la opción del procedimiento concursal y el funcionamiento del mismo, “no ha supuesto un cambio radical en cuanto a la opción de política legislativa elegida”. Es decir, se sigue considerando que el concurso de acreedores es para empresas que tienen una situación muy grave sin mucha capacidad de recuperación. En la obra también se comenta que sigue predominando la elección de fase de liquidación por encima de la fase de convenio para los usuarios del procedimiento concursal, debido a la temprana cultura de recuperación que tenemos en nuestro modelo español. Por este motivo, se expresa de la siguiente manera por la autora: “Es una opinión repetida entre la doctrina y aquellos que se dedican a la práctica concursal que el predominio de la liquidación como solución del concurso frente al convenio obedece al hecho de que debido a una escasa cultura concursal en nuestro país, a diferencia de otros modelos (...) la empresa llega al concurso demasiado tarde, cuando su viabilidad es difícil o imposible”.

En primer lugar, hemos mencionado que se trata de un “proceso”, ya que actúa según las directrices del legislador⁵¹². No se trata de que cada deudor gestione sus deudas con los acreedores de manera libre, como él quiera, sino que debe seguirse la vía marcada por la norma. Se trata de seguir unas pautas que ayuden a solucionar el conflicto. En este caso, no se trata de que la voluntad de las partes rijan el proceso, como sí ocurre en mayor medida en los acuerdos de refinanciación. En efecto, aquí vemos otra diferencia. Los acuerdos de refinanciación se rigen por la voluntad de las partes. Pese a que también deben cumplir unos requisitos normativos de forma y contenido, el legislador permite que sea la voluntad de las partes la que rige la negociación.

En segundo lugar, decimos que es un proceso “judicial”⁵¹³. Como sabemos, hay situaciones ajenas al concurso que pueden gestionarse al margen de la fase judicial, como son los acuerdos de refinanciación básicos o especiales. No obstante, el concurso de acreedores siempre estará controlado por el Juez de lo Mercantil y todas las decisiones finales las tomará el Juez del concurso. Sabemos que los acuerdos de refinanciación pueden no ser homologados y, por tanto, pueden carecer de intervención judicial, pese a los inconvenientes de menor cobertura.

Los acuerdos de refinanciación no necesariamente deben ser judiciales. Igualmente, el Juez Mercantil solamente controla que se cumplan los requisitos reglados en la DA 4.ª LC y siempre que estemos hablando de un caso de solicitud de homologación judicial. Por lo tanto, los dos mecanismos se diferencian también en el nivel de control judicial al que están sometidos. Como ya hemos comentado con anterioridad, la voluntad de las partes rige a los acuerdos de refinanciación y el Juez solamente realiza control de requisitos mínimos. Recordemos que ni siquiera analiza si existe un sacrificio desproporcionado para los acreedores, a menos que ellos impugnen el acuerdo una vez homologado.

⁵¹² Tal y como se expresa en el art. 2.1. LC, el legislador expone el procedimiento como herramienta para emplear en caso de insolvencia. Es el legislador quien lo expone.

⁵¹³ El art.8 denominado “*Juez del concurso*” en la LC, muestra la existencia de intervención judicial y competencia del mismo. Dicho artículo dispone de siete apartados que describen los aspectos en los que interviene.

En tercer lugar, hemos encontrado una característica mencionada por autor⁵¹⁴ que expone que es un proceso de “gestión” y considera que el concurso busca la mejor forma de satisfacer los intereses de todas las partes afectadas. En esta afirmación no estamos de acuerdo. A lo largo del presente trabajo hemos entendido que el concurso de acreedores siempre ha intentado velar por los intereses de los acreedores como prioridad. Pese a que en los últimos años se ha dicho que esta idea de priorizar a los acreedores ya no es tan firme, seguimos viendo dicha herramienta como un proceso de liquidación y reparto de activos.

En cuarto lugar, es un proceso que gestiona la “insolvencia actual”⁵¹⁵. En la normativa concursal siempre se debe gestionar una insolvencia. No consiste en la complicación del pago de un crédito concreto en un momento de dificultad. Hablamos de una situación que impide el cumplimiento de las obligaciones en general y debe gestionarse el impago de las mismas. Según autor⁵¹⁶, se trata de un presupuesto de hecho en el que una serie de circunstancias ha producido tal situación. Asimismo, los acuerdos de refinanciación preconcursales son la herramienta que se ha potenciado para prevenir situaciones límite de sociedades, que no tienen que esperar a acudir al concurso de acreedores para solucionar su situación de insolvencia. De hecho, han sido creados para sustituir⁵¹⁷ al concurso judicial. Al menos, para intentarlo.

Mientras el concurso de acreedores comienza a utilizarse en un estado de insolvencia firme o actual, los acuerdos de refinanciación pueden ser utilizados desde el momento que se denote una inminente insolvencia. Incluso consideramos que con indicios de problemas económicos, cuando se empiece a ver que no es algo momentáneo, se puede comenzar a utilizar.

⁵¹⁴ Vid. BLANCO SARALEGUI, J.M., “¿Qué es un concurso de acreedores?” en SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B.,(et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014, p.27-28. El autor lo describe como manera de gestionar la deuda para satisfacción de todas las partes de manera más beneficiosa. Obtener una solución que beneficie a todos. Desde nuestro puesto de vista, consideramos que los acreedores son los beneficiarios principales del concurso de acreedores. El autor muestra un punto de vista diferente a nuestro propio entendimiento.

⁵¹⁵ Art. 2.2. LC “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Es la propia norma la que recoge dicha característica.

⁵¹⁶ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M., “Normativa, finalidad y presupuestos del concurso” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p.84. En dicha página y siguientes también se hace referencia a la evolución del concepto y supuesto de hecho de insolvencia.

⁵¹⁷ Vid. MARTIN MOLINA, P., DIAZ-GÁLVEZ, J.M., LOPO LÓPEZ, M.A., (coors.), AA.VV., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. Fe d'erratas, 2014,p. 15 El autor lo califica como instrumento casi sustitutivo del concurso de acreedores.

En quinto lugar, debe existir una “pluralidad de acreedores”⁵¹⁸ para que podamos centrarnos en el supuesto de insolvencia y concurso de acreedores. No se trata de un deudor y no poder hacer frente a un pago concreto. Los acuerdos de refinanciación también están dirigidos a una pluralidad de acreedores. Tampoco es una herramienta para solucionar un pago puntual. En este caso, ambas herramientas se asemejan.

En sexto lugar, en el concurso de acreedores se considera que debe realizarse un pago “equitativo”⁵¹⁹ a los acreedores. No se conseguirá que todos los acreedores cobren de manera igualitaria. Se trata de que lleguen a un acuerdo pese a que puedan existir incluso sacrificios. Los acuerdos de refinanciación quieren poder cumplir con todos las deudas de manera equitativa, pero depende de los acreedores afectados querer negociar o no. Por lo tanto, el cobro de deudas a los acreedores dependerá de las mayorías acogidas al acuerdo de refinanciación.

En séptimo lugar, hemos encontrado opinión de autor⁵²⁰ donde se habla de pagar a “todos los acreedores”. A la totalidad de los mismos, independientemente que sean públicos o privados. Diferente es que el patrimonio del deudor llegue para el pago de todos los créditos.

En octavo lugar y por último, en el procedimiento concursal se debe realizar el pago con “todos los bienes y derechos”⁵²¹ del deudor. Con alguna excepción y cualquiera que sea la solución del concurso, todo el patrimonio del deudor está vinculado a dar solución a la insolvencia. Los bienes o derechos pueden ser fuente generadora de ingresos para hacer frente a los pagos de los créditos o incluso ser vendidos para conseguir la liquidez necesaria para el pago de deudas. Recordemos que

⁵¹⁸ El art. 2.2 LC habla de pluralidad de obligaciones exigibles.

⁵¹⁹ La LC es la primera que realiza diferencias entre los créditos. No obstante, en el apartado V, segundo párrafo de la exposición inicial de la norma, se habla del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores y se indica que las excepciones deben ser las mínimas. De esta manera, se quiere hacer entender que se promueve la igualdad de cobro entre los acreedores. No obstante, creemos que hay diversidad de opiniones en este punto.

⁵²⁰ Consideramos que esto se trata de una interpretación de autor, puesto que no siempre se puede llegar a pagar a todos los acreedores. No obstante, la función es el pago de todas las obligaciones exigibles. La interpretación de dicho punto de autor sale de lo expuesto en Vid. BLANCO SARALEGUI, J.M., “¿Qué es un concurso de acreedores?” en SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B.,(et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014, p.28.

⁵²¹ El art.154 de la LC expresa que se deduce de la masa activa los bienes y derechos necesarios del autor para el pago de las deudas. Es en este punto en el que se indica que se utilizan para afrontar las obligaciones del deudor.

en los acuerdos de refinanciación los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y también para la propia negociación, no podrán ser utilizados para el cobro de las deudas. Por lo tanto, entre procedimiento concursal y acuerdos de refinanciación vemos una gran diferencia en este punto.

Con las características mencionadas hemos podido comprobar los aspectos más significativos del procedimiento concursal de referencia y lo diferente que es con los acuerdos de refinanciación. De esta manera, reiteramos la idea sobre que el concurso de acreedores es un procedimiento que gestiona la insolvencia mediante el pago de las deudas como interés prioritario por encima de obtener la viabilidad de la empresa deudora.

2. Solicitud para instar inicio de concurso y sujetos que pueden hacerlo. Supuesto de acuerdo de refinanciación desfavorable y posterior inicio de concurso de acreedores del art. 5 bis.5 LC. Supuesto de solicitud conjunta de concurso voluntario y concurso necesario

La LC ofrece varias maneras de instar el concurso de acreedores y la tramitación del mismo puede tener en sus variantes aspectos diferentes. El concurso siempre comienza con una solicitud.

El concurso de acreedores se inicia a petición de las partes⁵²². Dicha iniciativa la puede presentar el deudor, sus acreedores o terceros permitidos por la LC, como pueden ser socios o representantes legales de las personas jurídicas⁵²³. Cabe destacar que el Juez no puede declarar el concurso de oficio, con una excepción que es por causa residual legislativa a nuestro parecer⁵²⁴. Los acuerdos de refinanciación suelen ser iniciador por el deudor, quien comunica al Juez su intención de negociación con sus acreedores. Normalmente, porque el deudor es conocedor de su situación previamente a los acreedores. Al menos, hablando de situaciones de inminente insolvencia.

⁵²² El art. 3.1 LC sobre legitimación para poder instar concurso acreedores. La norma indica: *“Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley”*.

⁵²³ El art.3.3. LC, cuando se trate de declaración de concurso de persona jurídica, los socios o responsables de la sociedad pueden instar el concurso.

⁵²⁴ El Juez no puede declarar el concurso salvo en el caso que aparece en la D.TRANS.1ª.2 LC para los casos de incumplimiento por el deudor de un convenio aprobado según los procedimientos anteriores concursales de quita y espera, quiebra o suspensión de pagos, que hubieran tenido relevancia tras la reforma de la LC

Sobre la solicitud de concurso de acreedores queremos dar hincapié en dos supuestos que por el presente trabajo nos ha llamado más la atención en relación a este apartado.

En primer lugar, queremos destacar el supuesto en el que un deudor comunicó en su día al Juez competente la intención de realizar negociaciones con sus acreedores para intentar realizar un acuerdo de refinanciación (básico u homologado) y que, finalmente, no es posible y se presenta un eventual concurso. Caso expresado en la norma⁵²⁵ de gran interés para nosotros. En este caso, comprendemos según doctrina⁵²⁶, que se trataría de un concurso voluntario, puesto que el deudor ya ha reconocido sus problemas de insolvencia⁵²⁷, ha intentado darle solución anticipada al concurso, no se ha conseguido y por cumplimiento de plazo, se dirige la situación al concurso de acreedores. Por tanto, entendemos que el supuesto de precurso de concurso desfavorable tiene como consecuencia un concurso de acreedores voluntario. Recordemos que el deudor tiene el plazo de un mes para instar el concurso voluntario. En este caso, también es de destacar que la solicitud del deudor realizada en el plazo del art. 5 bis LC, se entiende que se presenta cuando se realizó la comunicación al Juez de negociaciones por ser considerado una vez instado concurso diligencias preliminares o fase de precurso.

En segundo lugar, la posibilidad de instancia de concurso de acreedores de manera simultánea por un deudor y por un acreedor, de manera paralela pero a la vez, no está recogida por la LC. Pensamos que por lógica el concurso voluntario debería ser el que tuviera prioridad para perjudicar lo menos posible al deudor. No obstante, entendemos que quizás hay diversidad de situaciones y de opiniones.

⁵²⁵ El art. 5 bis. 5 LC Supuesto de acuerdo de refinanciación desfavorable y posterior inicio de concurso de acreedores.

⁵²⁶ Vid. HERMOSILLA GIMENO, R., RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “Solicitud y declaración judicial de concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.96.

⁵²⁷ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 28 de mayo de 2010, EDJ 134974.

A nivel práctico, podemos observar el caso de la compañía aérea “SPANAIR, S.A.”⁵²⁸ que en 2012 se instó el concurso de acreedores el mismo día, concurso voluntario y concurso necesario, siendo el primero el concurso necesario. En este caso se consideró que por el interés y beneficio del concursado y de los acreedores, sobretodo de los trabajadores, la solicitud de concurso necesario, que se había presentado primero pero con defectos formales, fue instada con la mala fe de intentar privilegiar sus créditos por los de encima del resto de acreedores de su misma clase y por este motivo se consideró que el concurso voluntario era el más adecuado en este caso concreto.

Una vez expuestos los casos que queríamos destacar, pasamos a observar los documentos necesarios para realizar solicitud de concurso y, posteriormente, los tipos que hay: voluntario y necesario.

Los documentos necesarios para adjuntar junto con la solicitud son los siguientes que mencionamos. Algunos estipulados por la LC y otros por la doctrina. A diferencia de los acuerdos de refinanciación, consideramos que en el concurso de acreedores son necesarios más. De todas maneras, el contenido de los acuerdos de refinanciación es más libre que el del concurso.

⁵²⁸ Caso real del concurso voluntario de la empresa aérea “SPANAIR, SA” vid. Auto del Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona, de 1 de febrero de 2012, ponente: Juan Manuel de Castro Aragonés, ref.: 70/2012/ TOL2.411.131 en *Tirant lo Blanch Online*. En el auto del caso concreto, se solicitó a la vez el concurso voluntario por el deudor y el concurso necesario por acreedores. El concurso voluntario solicitado por la sociedad “SPANAIR S.A” se argumentaba en encontrarse en una situación de insolvencia actual en el momento del auto. El concurso necesario fue instado por cincuenta y un trabajadores de la compañía y tres sociedades, que alegaron la existencia de créditos líquidos, vencidos y exigibles frente al deudor. Dicha segunda solicitud entró al mismo tiempo que la solicitud de concurso voluntario. Por este motivo el Juez expresa así la importancia del Juzgado de saber cómo calificar el concurso: *“Por ello, es de una gran trascendencia la decisión que incumbe a este juzgador en cuanto a la calificación del presente concurso como voluntario o como necesario en función del momento de presentación de ambas solicitudes, teniendo en cuenta, además, que la presentación del concurso voluntario se podía considerar como un allanamiento del deudor a los efectos del Artículo 18 de la Ley Concursal y, sobre todo, teniendo en cuenta las características del presente expediente concursal, en el que se encuentran involucrados más de tres mil acreedores y, sobre todo, más de dos mil quinientos trabajadores”*.

Después de analizar la situación y observar la diferencia de minutos entre la entrada de un concurso y el otro, el Juez considera que debe priorizar el concurso voluntario por encima de la presentación del necesario en base al art.11.2 LOPJ y LEC art.6 y 247.2 y expresa de la siguiente manera la decisión: *“la solicitud de concurso necesario fue presentada escasos minutos antes de la del voluntario y, además de adolecer, como se ha indicado, de evidentes defectos formales de los que carecía la solicitud de concurso voluntario, ha sido presentada con la intención evidente y abusiva de intentar alterar el régimen de intervención de facultades y, sobre todo, de obtener un beneficio para privilegiar su crédito frente a acreedores de su misma clase. Por todo ello, considero procedente que el presente concurso se tramite y declare como voluntario”*.

Los documentos estipulados por la doctrina y no por la LC para los acuerdos de refinanciación son los mencionados a continuación:

1.) Será necesario documentar los datos del solicitante. Si se trata de persona física, será necesario detallar nombre y apellidos, NIF o pasaporte, estado civil, fecha de nacimiento, domicilio y centro de intereses principales. Si se trata de persona jurídica, denominación social, CIF, datos de identificación registral, domicilio y centro de intereses principales.⁵²⁹

2.) Se tiene que especificar mediante pruebas documentadas el tipo de insolvencia: inminente insolvencia o actual⁵³⁰. No obstante, a la hora de determinar la insolvencia en el auto, no se hará distinción, puesto que la LC no lo detalla a día de hoy.

3.) La petición de declaración de concurso voluntario, expuesta por el deudor⁵³¹.

Los documentos que solicita la norma de manera expresa son:

1.) Un poder especial⁵³², que no es lo mismo que un poder general para pleitos. El poder especial incluye la facultad de solicitar el concurso del poderante. Lo correcto es que se realice en escritura pública ante notario.

⁵²⁹ Pese a que es lógico que deba identificarse al deudor, la norma no recoge la manera de hacerlo. Por tanto, nos vamos a la doctrina donde sí lo indica. Vid. HERMOSILLA GIMENO, R., RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “Solicitud y declaración judicial de concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.113

⁵³⁰ El art.6.1. LC se expone que el deudor debe especificar el nivel de insolvencia en el que se encuentra. Dice así: “*En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente*”.

⁵³¹ Sacado también de Vid. HERMOSILLA GIMENO, R., RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “Solicitud y declaración judicial de concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.113

⁵³² En el art. 6.2.1º LC se especifica un poder especial para solicitar el concurso. Dice así: “*Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta*”

2.) Es muy recomendable presentar una memoria⁵³³ que muestre la situación jurídica y económica del deudor y de los motivos que hicieron llegar a tal punto de insolvencia. Es un documento muy importante, puesto que es el punto de salida para concretar los activos y pasivos.

3.) Es esencial adjuntar un recuento de los bienes y derechos del deudor⁵³⁴. Clasificación de las propiedades del deudor y que significarán la masa activa patrimonial. En dicho documento debe especificarse las características de los bienes y derechos.

4.) Debe adjuntar listado de sus acreedores⁵³⁵. La relación debe presentarse por orden alfabético, exponiendo las características de cada uno, la cuantía de la obligación, la fecha de vencimiento de cada crédito, las garantías personales y reales constituidas por el deudor, las reclamaciones singulares iniciadas y el estado de las mismas, en caso que hubiera.

5.) En caso de deudor empresario, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios⁵³⁶.

6.) Presentación de informes de gestión⁵³⁷ de los últimos tres ejercicios. Expondrá la evolución de la situación de manera veraz en los últimos tres años. Se obtendrá información sobre los negocios y la situación de la sociedad, los

⁵³³ En el art. 6.2.2º LC, donde se detallan además los casos de cónyuges, personas jurídicas y herencias. Dice así: “*La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial*”

⁵³⁴ En el art. 6.2.3º LC se solicita el detalle de bienes y derechos y todas sus características desarrolladas. Expresa así: “*Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación*”.

⁵³⁵ En el art. 6.2.4º LC se expone el detalle de la pluralidad de acreedores. Expresándolo así: “*Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones*”

⁵³⁶ En el art. 6.3.1º LC, pero también se debe observar la normativa en los arts. 34 a 39 del C.Com.y para las sociedades mercantiles debe mirarse lo establecido en el Título VII, arts. 253 a 284 TRLSC.

⁵³⁷ Art. 6.3.2º LC .El desarrollo de una memoria de los cambios acontecidos en los últimos tres años de la sociedad. en concreto, a nivel patrimonial y en relación a las operaciones más significativas de la empresa.

acontecimientos ocasionados después del cierre del ejercicio, las previsiones, las actividades en materia de desarrollo e investigación.

7.) Memoria sobre variaciones patrimoniales y operaciones extraordinarias en grupos de empresas⁵³⁸.

8.) Informes de gestión u auditorías de los últimos tres años.⁵³⁹

9.) Memoria de las operaciones relacionadas con otras sociedades.⁵⁴⁰

10.) Exposición de plan de liquidación.⁵⁴¹

11.) Propuesta anticipada de convenio⁵⁴².

Una vez se presente la solicitud de concurso con toda la documentación, el Juez la examinará durante el mismo día de su presentación o durante el siguiente día hábil de manera inmediata⁵⁴³. Tendrá que resolver como proceda mediante auto⁵⁴⁴. La LC quiere la mayor agilidad posible en esta fase, para perjudicar lo mínimo tanto a deudor como acreedores en relación a las esperas y lo que pueda provocar las mismas.⁵⁴⁵. No obstante, debemos mencionar, que pese a que el Juez agilice todo lo posible su actuación, el procedimiento concursal siempre será más lento que un acuerdo de refinanciación, que duda como máximo seis meses, sumando todos los periodos de tiempo de actuación.

⁵³⁸ En caso de pertenecer a un grupo de empresas, también deberá informarse de las acciones patrimoniales y operaciones más importantes de los últimos tres años, art. 6.3.4º LC

⁵³⁹ Aparece legislado en el art. 6.3.1º LC: “Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios”.

⁵⁴⁰ Interpretado del art.6.3.4º LC: “En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período”.

⁵⁴¹ El art. 148 LC recoge el plan de liquidación: “La administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso”.

⁵⁴² Art. 100.1 LC: “La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas” Entre otros documentos referidos a la propuesta de convenio.

⁵⁴³ Sacado de la norma en su art. 13.1 LC sobre el plazo para examinar la solicitud.

⁵⁴⁴ Si desestima por algún motivo será según el art. 13.2 LC o estimado para iniciar procedimiento el art. 14.1 LC

⁵⁴⁵ Hay que destacar el art. 130.2 LEC. Pese a la mayor agilidad posible, deben respetarse las normas procesales que indican que son inhábiles para el cómputo los sábados, domingos, 24 y 31 de diciembre, días de fiesta nacional y los festivos de la Comunidad Autónoma que corresponda en el supuesto de hecho concreto y el mes de agosto.

El auto del Juez provoca el inicio del concurso de acreedores, siempre y cuando estime la situación de insolvencia. En caso de calificar defecto, habrá tiempo para subsanar y presentar la documentación formal que se estipule. En este caso, los acuerdos de refinanciación se iniciarían con la comunicación al Juez de negociación y se presentaría dicha solicitud de negociar. En este momento del acuerdo, aún no se adjuntarían todos los documentos del acuerdo. Se presentarían en el momento de pactar acuerdo o en el momento de solicitud de homologación del acuerdo.

3. Concurso voluntario. Solicitud de deudor y necesidad de insolvencia actual a diferencia del acuerdo de refinanciación de deuda

El concurso será voluntario⁵⁴⁶ cuando la solicitud sea presentada por el deudor, persona física⁵⁴⁷ o jurídica⁵⁴⁸ y se recomienda ser representado por procurador y asistido por abogado⁵⁴⁹. El deudor debe solicitar de manera obligada la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes desde el conocimiento del estado de insolvencia y debe existir una pluralidad de acreedores⁵⁵⁰.

Ya hemos hablado con anterioridad del conocimiento del estado de insolvencia en la comunicación al Juez sobre negociaciones. Reiteramos la idea sobre que el conocimiento de la situación de insolvencia debe ser real, vencido y exigible. También sabemos que existe una excepción al tener que instar concurso voluntario en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la insolvencia. El motivo son las negociaciones preconcursales: propuesta anticipada de convenio, acuerdos de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos, siempre y cuando se le comunique al Juez tal intención de negociaciones⁵⁵¹. Recordemos también que en los acuerdos preconcursales la insolvencia no tiene que ser actual. Basta con una inminente insolvencia.

⁵⁴⁶ El art. 5.1 LC recoge el concurso solicitado por el deudor: “*El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*”

⁵⁴⁷ Puede ser solicitada por la propia persona física o por medio de representante.

⁵⁴⁸ Serán los representantes de la sociedad los que insten concurso. En concreto, es el órgano de administración,

⁵⁴⁹ Art. 184.2. LC habla de la importancia de asistencia de procurador y letrado en el procedimiento de concurso de acreedores para velar por los intereses del deudor.

⁵⁵⁰ Dicha afirmación se recoge en la norma en el art. 5.1 LC.

⁵⁵¹ Nos referimos al art. 5 bis LC sobre comunicación al Juez de negociaciones preconcursales, que ya hemos comentado en varias ocasiones y es uno de nuestros artículos principales de el presente trabajo.

Como ya sabemos, el deudor tendrá el periodo de tres meses para negociar con los acreedores y establecer un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio. Durante este periodo de tres meses, el deudor no está obligado a solicitar la declaración de concurso, ni tampoco se admiten solicitudes presentadas por acreedores o terceros. Recordemos que, en caso que no se consiga, durante un mes hábil posterior, el deudor deberá instar el concurso voluntario, siempre y cuando siga la situación de insolvencia y ante el Juez competente del concurso⁵⁵².

Recordemos que tenemos un total de seis meses para conseguir una solución extrajudicial: dos meses iniciales para realizar la comunicación al Juez, tres para conseguir el acuerdo y un último mes hábil para declarar concurso voluntario.

Sobre la manera de creación de la solicitud de concurso, no existen unas directrices estipuladas sobre el contenido y forma dentro de la norma. Será el Juez del concurso el que guiará la manera en la que debe presentarse la comunicación. Asimismo, el Juez de lo Mercantil⁵⁵³ que se hará cargo del concurso será el que se encuentre en el territorio⁵⁵⁴ donde el deudor persona física tenga su centro de intereses principales. En el caso de deudor persona jurídica, se entenderá que el centro de actividad será el domicilio social⁵⁵⁵.

⁵⁵² Un ejemplo de concurso voluntario es el caso de la sociedad “PESCANOVA, SA” y se puede observar en el Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra, de 25 de abril de 2013, ponente: Roberto de la Cruz Álvarez, ref.: 98/2013/TOL3.539.037 en *Tirant lo Blanch Online*. Así lo expone el Juez cuando dice: “*El concurso tendrá la consideración y carácter de voluntario por haber sido instado por el propio deudor (artículo 22 de la LC)*.”

⁵⁵³ Expresado en LC el Juez de lo Mercantil es el competente para tramitar concurso, art. 8. LC, primer párrafo.

⁵⁵⁴ Sobre competencia territorial del Juez art. 10 LC. El punto 1 expone que será competente el Juez de lo Mercantil del domicilio del deudor o en el que tenga sus intereses principales, en caso de ser diferentes.

⁵⁵⁵ Para evitar actuaciones fraudulentas, la norma recoge que el cambio de domicilio social en los seis meses anteriores a la solicitud será ineficaz. Art.10. 1 LC párrafo segundo.

Toda solicitud debe acompañarse de los documentos previstos en la LC⁵⁵⁶ y otros que añadimos⁵⁵⁷ que no aparecen de manera expresa, que serán necesarios para poder determinar la situación de insolvencia del deudor y las causas que hayan producido tal situación. Tales documentos los hemos nombrado en el punto anterior.

4. Concurso necesario. Solicitud de acreedores y comprobación de situación de insolvencia. La diferencia de colaboración del acreedor hacia el deudor en los acuerdos de refinanciación y el concurso de acreedores

El concurso necesario es el que se solicita por un acreedor o varios de ellos o incluso un tercero, pero diferente a deudor.⁵⁵⁸ Como ya hemos comentado, el concurso de acreedores puede ser instado también mediante los acreedores, mientras que el acuerdo de refinanciación es iniciado, normalmente, por deudor para negociar con sus acreedores para negociación.

En referente a la competencia territorial para la declaración de concurso, el Juez de lo Mercantil competente es el del lugar donde radique el centro de intereses principales y si es diferentes al del domicilio social, puede ser competente el de cualquiera de los dos escenarios, decisión del que inicia la solicitud.⁵⁵⁹

El acreedor que inste el concurso de acreedores tendrá que describir y acreditar el origen, el importe, la fecha de adquisición y vencimiento y la situación actual de su crédito⁵⁶⁰. El legislador no requiere que el crédito del que se insta se encuentre vencido

⁵⁵⁶ En el art. 6.2. y 6.3. LC la normativa expresa los documentos necesarios para acompañar a la solicitud de concurso presentada por el deudor. Si vemos el caso de “PESCANOVA, S.A” en el Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra, de 25 de abril de 2013, ponente: Roberto de la Cruz Álvarez, ref.: 98/2013/TOL3.539.037 en *Tirant lo Blanch Online*, vemos como el Juez indica que el deudor aportó: “1º Memoria expresiva de la historia jurídica y económica; 2º Inventario de bienes y derechos; 3º Relación nominal de acreedores”.

⁵⁵⁷ Otros documentos sacados de la doctrina Vid. HERMOSILLA GIMENO, R., RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “Solicitud y declaración judicial de concurso” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.113-117 y también Vid, GARCIA MARRERO, J., “Cómo solicitar la declaración de insolvencia” en SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B., (et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014, p.86-88.

⁵⁵⁸ El art. 7 LC recoge el resto de legitimados para solicitar apertura de procedimiento de concurso de acreedores. Sobre el concurso necesario vid. CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 293 y ss.

⁵⁵⁹ Recogido en el art. 10.1 LC: “La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales”.

⁵⁶⁰ Interpretación realizada de lo expuesto en los arts. 3.1 y 7.1 LC.

en el momento de solicitud. La Ley solamente solicita en caso de concurso necesario la existencia del mismo.⁵⁶¹

Para iniciar dicho procedimiento, el acreedor o tercero debe probar que concurre alguno de los supuestos siguientes:

En primer lugar, situación en la que se produzca el cese de cumplimiento de obligaciones. Es decir, el deudor ha dejado de pagar los créditos. No influyen los motivos, puesto que lo importante es que no puedo responder con sus medios actuales y normales el cumplimiento de sus obligaciones frente a una pluralidad de acreedores pendientes de tener satisfacción en sus derechos.⁵⁶²

En segundo lugar, existencia de varios procedimientos de ejecución civil, administrativo o tributarios que afecten directamente al patrimonio del deudor con existencia de embargos vigentes sobre el patrimonio y, por tanto, quedando insatisfechas también los procedimientos de ejecución singulares, ya que los bienes se encuentran embargados y no se puede tampoco cumplir con los créditos vencidos que se exijan en los mismos.⁵⁶³

En tercer lugar, el alzamiento de bienes por el deudor. El deudor oculta o hace desaparecer bienes que no pueden ser utilizados para el cobro de créditos. Es acto voluntario del deudor para frustrar los intereses de los acreedores. Se trata de actos materiales o jurídicos para salvaguardar bienes.⁵⁶⁴

En último lugar, el impago en general de las obligaciones tributarias durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso de acreedores. Supone el

⁵⁶¹ Vid. GARCIA MARRERO, J., “Cómo solicitar la declaración de insolvencia” en SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B.,(et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014, p.91. Expone que el legislador no especifica ni hace diferencias entre los tipos de acreedores.

⁵⁶² El art.2.4.1º LC recoge dicha afirmación. Sobre este tema Vid. GARCIA MARRERO, J., “Cómo solicitar la declaración de insolvencia” en SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B.,(et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014, p.93..El autor indica que el incumplimiento de obligaciones, de pagos, no debe ser algo esporádico o de manera aislada en un caso concreto. Lo que determina la acción de acudir a instar concurso es que el autor no pueda atender con sus recursos habituales el cumplimiento de sus obligaciones y siempre frente a una pluralidad de acreedores.

⁵⁶³ El art. 2.4.2º LC lo expone: “La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor”.

⁵⁶⁴ El art.2.4.3º LC lo recoge: “El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor”.

incumplimiento de pagos exigibles como son impuestos de Seguridad Social, salarios, indemnizaciones, laborales, etc.⁵⁶⁵

Un dato destacable es que no se puede iniciar el concurso necesario con una situación de inminente insolvencia por un acreedor. Esta afirmación es una de las grandes diferencias que se presentan entre el procedimiento de concurso de acreedores y el acuerdo de refinanciación. El hecho de que los acuerdos de refinanciación puedan (y deban) utilizarse en estado de inminente insolvencia y el concurso de acreedores no, también afecta al comportamiento de los acreedores. Consideramos que los acreedores financieros pueden llegar a colaborar en mayor medida en los acuerdos de refinanciación que en el concurso, porque tienen la certeza de que tendrán mayor seguridad de cobrar con un acuerdo de refinanciación que en una fase concursal. En efecto, a las entidades financieras no les interesa que un concurso de acreedores afecte a sus cuentas de resultados y coeficientes de solvencia. Por lo tanto, cuando un acreedor insta un concurso necesario es porque cree que peligra su derecho de cobro, directamente. El acreedor no está pensando en colaborar con el deudor sino en cubrir el crédito no cumplido.

El procedimiento a seguir para el inicio de concurso necesario, una vez se presente la solicitud (concurso necesario), el Juez tiene que estudiarla. Es decir, la admisión no es automática. El Juez ha de valorarla. La decisión es de él si se inicia o no el concurso.⁵⁶⁶ Se trata de un control judicial sobre la regularidad y justificación.

En caso de que la admita, el Juez lo notificará al deudor e incluso podrá tomar medidas cautelares sobre el patrimonio, si lo considera necesario.⁵⁶⁷ No obstante, no acordadas de oficio, sino que habrán sido solicitadas por quien insta el concurso necesario. Las medidas son para asegurar la integridad del patrimonio.

⁵⁶⁵ Recogió en el art.2.4.º LC: “*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago*”.

⁵⁶⁶ El art. 15 recoge el tiempo que tiene el Juez para dictar auto de inicio de procedimiento o no. El plazo varía de un día hábil a más, debido a que lo pone en conocimiento del deudor y espera su respuesta.

⁵⁶⁷ El art. 16 LC habla de la admisión a trámite y el art. 17 LC sobre las posibles medidas cautelares que puede implantar el Juez, si así lo considera necesario.

Cuando se admita a trámite la solicitud de concurso necesario y se notifique al deudor, el último puede allanarse u oponerse.⁵⁶⁸ El allanamiento es la aceptación por el deudor⁵⁶⁹ y la continuación del procedimiento, mediante auto de declaración de concurso. Si el deudor no está de acuerdo, puede oponerse⁵⁷⁰, iniciándose un trámite para determinar si se declara o no. La oposición debe argumentarse y algunos de ellos pueden referirse a la falta de legitimación del acreedor para reclamar algo que no existe o la inexistencia de insolvencia que se declara en la solicitud del acreedor que insta. Si se produce la oposición del deudor y se ejecuta el argumento, el Secretario citará a las partes a la celebración de una vista en un plazo no superior a tres días.⁵⁷¹

En el plazo de tres días debe realizarse la celebración de la vista⁵⁷². La comparecencia es presidida por el Juez⁵⁷³. En ella se pueden producir las siguientes situaciones:

En primer lugar, puede ocurrir que comparezca el acreedor que insta solicitud de concurso necesario pero el deudor no. En este caso, se declara el concurso sin más trámites. La no presencia del deudor se considera un reconocimiento implícito de su insolvencia y la legitimación del instante para solicitar concurso.⁵⁷⁴

⁵⁶⁸ Así se expone en el art. 18 LC sobre allanamiento u oposición del deudor: “*En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso*”. (...) “*El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho*”.

⁵⁶⁹ El art. 18. 1 LC recoge la aceptación del deudor ante la solicitud de concurso por un sujeto diferente a él.

⁵⁷⁰ La oposición del deudor se estipula en el art. 18.2. LC

⁵⁷¹ El art. 18.2, segundo párrafo LC: “*Formulada oposición por el deudor, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndolo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria*”.

⁵⁷² La vista se recoge en el art. 19 LC. El punto 1 del artículo mencionado se inicia así: “*La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición*”.

⁵⁷³ El art. 19.1 LC lo deja estipulado.

⁵⁷⁴ El art.19.2 LC recoge el caso de no compareciente el deudor. Se indica que “*Si el deudor no compareciera, el juez dictará auto declarando el concurso. Si compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación*”.

En segundo lugar, puede ocurrir que asista el deudor pero no el que insta. El Juez interpretará que el acreedor ha desistido de la solicitud de concurso y declarará por concluido el procedimiento, imponiendo las costas al no compareciente. Lo mismo ocurre en caso que el deudor consigne la deuda y el acreedor no ratifique. En caso de una pluralidad de acreedores, se puede permitir unos días para que inicien alegaciones para instar ellos el concurso.⁵⁷⁵

En tercer lugar, la no comparecencia de ninguna de las dos partes. Este supuesto no lo estipula el legislador, pero consideramos que podría ocurrir. Entendemos que se daría por concluido el procedimiento.

En cuarto y último lugar, puede pasar que ambas partes asistan, pero que el acreedor no tenga legitimidad para solicitar un concurso de acreedores necesario, no exista deuda vencida ni exigible, o incluso inexistencia de condición de insolvencia del deudor. Por tanto, el Juez deberá escuchar a ambas partes y analizar las pruebas y documentos que se presenten, en un plazo lo más breve posible de tiempo. El Juez deberá de valorar caso caso concreto.

Una vez que se practique la prueba, el Juez deberá resolver y tendrá que dictar auto por el cual declara el concurso o desestima la solicitud. La tramitación procedimental previa y posterior al auto de declaración de concurso es diferente en función de si se trata de un concurso voluntario o necesario. Sin embargo, el contenido del auto en el que se declara el concurso, será igual para ambos casos.

Cuando un deudor solicita concurso voluntario entendemos que lo hace debido a que no existe más opción para solucionar su insolvencia actual y firme. Creemos que es debido a la gravedad del asunto. Por otro lado, cuando un acreedor solicita el concurso necesario es porque quiere cobrar sus créditos y considera que hay peligro de no poder realizarse. El acreedor demuestra que el deudor tiene una situación de insolvencia muy grave y que no puede cumplir con su obligación. No está pensando en el saneamiento de la actividad empresarial ni en negociar con el deudor, sino en la obligación que tiene el deudor para con él.

⁵⁷⁵ El art.19.3 LC recoge este caso: “En caso de que el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen”.

5. Declaración judicial de concurso. Un procedimiento reglado sin opción de voluntad a las partes

En el auto de declaración de concurso deberán aparecer los siguientes puntos, según el art. 21.1. y 21.2 LC:

En primer lugar, se debe indicar si se trata de un concurso voluntario o necesario. En caso de ser un concurso necesario, el deudor tendrá diez días de plazo para aportar la documentación que se expone en el caso de un concurso voluntario (art.21.1.1º LC).

En segundo lugar, debe indicarse los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio. El Juez puede exponer un régimen de mera intervención de tales facultades o de suspensión de las mismas, que suele variar según el tipo de concurso (art. 21.1.2º LC).⁵⁷⁶

En tercer lugar, el nombramiento de los administradores concursales y sus atribuciones, que van vinculadas a las limitaciones que se imponen al deudor sobre sus propiedades.

En cuarto lugar, las medidas cautelares que el Juez considere necesarias hasta que los administradores concursales acepten su cargo y comiencen a revisar las propiedades del deudor (art.21.1.4º LC).

En quinto lugar, llamamiento de los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (art.21.1.5º LC).

En sexto lugar, si se ha planteado una propuesta anticipada de convenio, el Juez debe pronunciarse sobre su admisión a trámite. Lo mismo ocurre con un procedimiento abreviado, el Juez debe resolver al respecto.

El auto de declaración de concurso produce todos los efectos propios del concurso de manera inmediata (art. 21.2 LC) y ni siquiera los recursos tienen efectos

⁵⁷⁶ Vid. Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra, de 25 de abril de 2013, ponente: Roberto de la Cruz Álvarez, ref.: 98/2013/TOL3.539.037 en *Tirant lo Blanch Online*, como ejemplo. En el auto relacionado con la sociedad "PESCANOVA, S.A.", en el fallo del auto, el Juez estipula que las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio quedaban suspendidas, siendo el deudor sustituido por la administración concursal para la gestión del patrimonio.

suspensivos contra el mismo. Asimismo, se publica la declaración de concurso. Una vez se producen los efectos de manera inmediata, se inicia la fase común del concurso de acreedores.

6. Inicio de la fase común. Determinación de la masa activa y de la masa pasiva y el informe de la administración concursal. El traspaso de capacidad para gestionar la insolvencia del deudor al administrador concursal

Una vez que la insolvencia del deudor está reconocida y demostrada mediante la declaración de concurso, el proceso concursal se estructura en dos fases: la denominada “fase común” y la “fase de convenio o liquidación”. La fase común se inicia con el auto de declaración de concurso y termina con la presentación del informe de la administración concursal o, en su caso, con la resolución de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores. Dicha fase sirve para especificar en el caso concreto la masa activa y la masa pasiva⁵⁷⁷. Es decir, consiste en determinar cuáles son los activos del deudor y cuáles son las deudas exigibles para poder solventarlas con el activo que existe para ello.

Según lo expresado en la norma⁵⁷⁸, la masa activa del concurso está formada por varios elementos. En primer lugar, los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor hasta la fecha de declaración de concurso. En segundo lugar, los bienes y derechos que se reintegren al patrimonio del deudor una vez declarado el concurso de acreedores. Por último, los bienes y derechos que pueda adquirir el deudor hasta que finalice el procedimiento.

Lo imprescindible es que exista un contenido patrimonial en los bienes y derechos y que se pueda ejercer sobre ellos. Por lo tanto, si no tienen naturaleza patrimonial o son inembargables, no se podrán incluir (arts.605 a 607 LEC). Asimismo, debe quedar claro que los bienes deben ser propiedad del deudor, pese a que no se encuentren en su dominio en ese momento.

⁵⁷⁷ Vid. VILLORIA RIVERA, I.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Fase común” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.303.

⁵⁷⁸ Vid. el art. 76.1 LC sobre la masa activa y el principio de universalidad.

Así pues, los bienes que sean de titularidad ajena y que se encuentren en posesión del deudor no pueden formar parte de la masa activa. El administrador concursal tiene que devolverlos a su propietario, a petición de éstos y a menos que el concursado tenga un derecho de uso, garantía o similar.⁵⁷⁹

La masa activa debe determinarla el administrador concursal del procedimiento. Su clasificación tendrá que exponerse en un inventario que se anexa al informe emitido por el administrador concursal⁵⁸⁰. Dicho inventario siempre tiene que contener:

1.) Enumeración de los bienes y derechos que pertenecen al deudor, realizables, estén o no a disposición del deudor y con sus respectivas descripciones y características.

2.) El valor de cada bien o derecho incluido en la lista, comprobándose con el valor de mercado y deduciendo las cargas y gravámenes que afecten al valor de los mismos.

3.) Recopilación de los litigios pendientes que pueda comprometer el contenido de la masa activa.

En relación a la masa pasiva, como ya hemos mencionado, la masa pasiva se forma por los acreedores del deudor que sean reconocidos como tales⁵⁸¹ y tengan créditos que puedan y tengan el derecho legítimo de reclamar al concursado. Asimismo, hay que destacar que existen otros créditos a los que la LC atribuye el carácter “créditos contra la masa”, que tienen la característica especial sobre que su pago tiene que realizarse a su vencimiento y por la totalidad del importe debido y tiene que cumplirse con los fondos de la masa activa, sin estar sujetos a los mecanismos concursales de satisfacción. Lo que queremos decir es que estos créditos no forman parte de la masa pasiva, según lo que estipula la norma⁵⁸². En efecto, podemos considerarlo excepción al

⁵⁷⁹ Así se dispone en la LC en el art. 80.1 y se expresa de la siguiente manera: “*Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.*”

⁵⁸⁰ Lo expuesto lo recoge la norma concursal en el art. 75.2.1º LC.

⁵⁸¹ Expuesto así en el art.49 LC sobre integración de la masa pasiva. Es decir, “*todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.*”

⁵⁸² Vid. art. 84 LC sobre créditos concursales y créditos sobre la masa. El artículo comienza diciendo: “*Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa.*”

régimen general. Son créditos concretos a los que se atribuye este carácter la propia norma.⁵⁸³

De la misma manera que pasa con la masa activa, la concreción de la masa pasiva se realiza mediante el reconocimiento y clasificación de los créditos, tramitado por el administrador concursal. En su informe, se expone la lista de acreedores⁵⁸⁴.

El recuento de acreedores se va realizando a medida que los mismos se pronuncian desde la publicidad del auto de declaración de concurso o si el concursado tiene documentación que detalles a acreedores que puedan ser identificados. Tienen que poner en conocimiento del deudor los créditos exigibles que le tocan, durante el plazo de un mes desde la publicación del auto⁵⁸⁵. La manera en la que lo hacen saber es a través de una comunicación escrita, donde se detallan sus datos y las características del crédito reclamado⁵⁸⁶. Es en este punto, cuando se crea la pluralidad de acreedores y se pasa de realizar ejercicios individuales a actuar en conjunto.

Si comparamos con la manera que tiene el deudor de tratar con sus acreedores en las negociaciones para crear un acuerdo de refinanciación, observamos que no se pasa por esta notificación a los acreedores tan reglada por la norma y tampoco hay intervención de la administración concursal. A medida que vamos conociendo la formación del procedimiento concursal, observamos lo marcado por norma que está y lo largo que parece ser incluso en sus fases iniciales. Una vez comentado esto, continuamos con la formación de la determinación de las masas activa y pasiva.

Posteriormente, el administrador concursal reconocerá o no tales reclamaciones⁵⁸⁷. No obstante, existe una serie de reconocimientos que pueden

⁵⁸³ En el art. 84.2. 1º al 12º LC se explica cuales son los créditos contra la masa y de detalla el listado de los mismos.

⁵⁸⁴ En el art. 75 LC sobre la estructura del informe del administrador concursal se muestra el contenido del mismo formado por información relacionada con el estado de insolvencia del deudor, las cuentas contables y memoria de las decisiones emprendidas por el administrador concursal.

⁵⁸⁵ Vid. art.21.1.5º LC cuando dice: “*El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.*”

⁵⁸⁶ Así se interpreta por lo expuesto en el art.184.3 LC: “*Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.*”

⁵⁸⁷ Es la norma la que estipula que el administrador concursal reconoce los créditos. En el art. 86.1 LC se indica así

realizarse de manera automática y otros circunstancialmente o condicionados a una situación.

Los créditos que necesariamente deben ser reconocidos son, según existencia y el valor que tienen (art. 86.2 LC):

- 1.) Los créditos reconocidos por laudo o por resolución procesal, pese a que no sea de forma firme.
- 2.) Los que se estipulen en documentos de carácter ejecutivo.
- 3.) Los reconocidos por certificación administrativa.
- 4.) Los créditos garantizados por una garantía real inscritos en el registro público.
- 5.) Los créditos de trabajadores que aparezcan en los documentos del deudor como pendientes de cobro o por otra razón aparezcan dentro del concurso como deuda pendiente de pago.

El administrador concursal puede valorar los créditos así como su validez y veracidad. Asimismo, la LC realiza una catalogación de los diferentes tipos de créditos. En efecto, hay una clasificación de los créditos mediante la preferencia. Tal y como aparece en la LC⁵⁸⁸, los créditos incluidos en la lista de acreedores se dividen, para el concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

Dentro del grupo de créditos privilegiados existen dos subgrupos: los créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, en caso de afectar a todo el patrimonio del deudor.

Se garantiza al acreedor el pago del crédito privilegiado mediante los bienes y derechos que integran la masa activa, de manera preferente e incluso separada del resto de reclamaciones. Nunca podrán exceder del valor de la respectiva garantía que aparezca en la lista de acreedores.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ En el art. 89 LC se realiza la clasificación de los acreedores. La categoría principal se presenta en el art. 89.1 LC y las subcategorías en el punto 2 y 3 del mismo artículo.

⁵⁸⁹ Recogido así en el art. 90.1 LC y se detallan los que son en el mismo artículo en los números 1º a 6º.

Según lo expuesto en el art.90.1. LC, tienen la consideración de créditos con privilegio especial:

1.) Los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, o con prenda sin transmisión, sobre los bienes y derechos hipotecados o pignorados.

2.) Los créditos garantizados sobre los frutos del bien afectado.

3.) Los créditos refaccionarios sobre los bienes afectados.

4.) Los créditos por cuotas de arrendamientos financieros o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles y inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores o, en su caso, de las entidades financieras, sobre los bienes afectados.

5.) Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

6.) Los créditos garantizados con constitución de prenda en escritura pública, sobre los bienes o derechos pignorados en posesión de acreedor o tercero.

Los créditos con privilegio general no conceden derecho a la ejecución separada sobre el patrimonio del deudor pero mantienen una posición preferente ante ordinarios y subordinados. Según lo expuesto en la LC⁵⁹⁰, son créditos con privilegio general:

1.) Los créditos por salario sin privilegio especial en relación a la cantidad que surja de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones por resolución de contrato, accidente de trabajo o enfermedad profesional; costes de Seguridad Social siendo responsable el deudor; recargos sobre prestaciones de empleo antes del concurso de acreedores, entre otros (art.91.1º LC)

2.) Las cuantías correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en relación a sus obligaciones (art. 91.2ºLC)

⁵⁹⁰ Vid. art. 91 LC sobre créditos con privilegio general. En dicho artículo se detallan los tipos en los números 1º a 7º.

3.) Los créditos tributarios o de otra índole de Administración Pública sin privilegio especial según art. 90.1 LC ni pertenezcan al grupo de los de privilegio general art.91.2 LC., (art. 91.3° LC).

4.) Los créditos de propiedad intelectual (art. 91.4° LC).

5.) Los créditos por responsabilidad civil extracontractual (art. 91.5° LC).

6.) Los créditos que sea nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el art. 71 bis o en la DA 4.ª LC y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (art.91.6° LC).

7.) Cuando el acreedor sea titular de créditos introducidos en el concurso sin tener carácter de subordinado, hasta el 50 por ciento del importe (art. 91.7° LC).

Se tratan de las excepciones negativas. Los créditos subordinados son los que se comunican de manera más tardía por ser de tipo contractual, por tener carácter accesorio, naturaleza sancionadora o por la condición personal de sus titulares.⁵⁹¹ Podríamos decir que son los créditos postergados y que van detrás de los ordinarios (privilegiados, especiales y generales).

Los créditos subordinados clasificados son los siguientes:

1.) Los créditos comunicados tarde desde la formación de la lista de acreedores (art.92.1° LC).

2.) Los créditos que en su inicio ya se pactaron subordinados. Es decir, pactos contractuales (art. 92.2° LC).

3.) Los créditos por recargos o intereses de cualquier tipo menos los que tengan garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 92.3° LC).

4.) Los créditos originarios en multas u otras sanciones monetarias (art.92.4° LC).

5.) Los créditos de titulares especialmente relacionados con el deudor, excepto los de tipo salarial o indemnizaciones que aparecen el art. 91.1 LC. En este punto se debe destacar que según lo dispuesto en el art. 92.5°, segundo párrafo LC reformado por

⁵⁹¹ Expuestos en el art. 92 LC. Los tipos de créditos subordinados son detallados en los números 1° a 7° del artículo mencionado.

la L17/2014 de 30 de septiembre, los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos por causa de un acuerdo de refinanciación siguiendo las pautas del art. 71 bis (acuerdo básico) o por la DA 4.^a (acuerdo homologado), no se tendrá la consideración de persona especialmente vinculada con el deudor concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación otorgada (art. 92.5° LC).

6.) Los créditos que estén afectados por rescisión concursal y sean de titular de mala fe (art. 92.6° LC).

7.) Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas en los que puede ocurrir que el acreedor dificulte el cumplimiento de la obligación del deudor. Los artículos relacionados son 61, 62, 68 y 69 LC, según se dispone en el art. 92.7° LC.

Una vez que se demuestra la insolvencia del deudor mediante la declaración de concurso y suspendidos los pagos y reclamaciones individuales, se tienen que iniciar las herramientas para satisfacer los créditos de los acreedores según orden de preferencia. Es el siguiente paso en la fase común en la que se detalla los activos y el pasivo del deudor al que se debe enfrentar y la preferencia de créditos a resolver. Se plasma en un informe realizado por el administrador concursal.

El informe del administrador concursal tiene que cumplir con los requisitos estipulados en el art. 75 LC.

En primer lugar, debe contener una memoria sobre las cuentas y circunstancias que tiene el deudor.⁵⁹² Tiene que expresarse la historia económica y jurídica del deudor, las actividades a las que se haya dedicado durante los tres últimos años, los locales o establecimientos de los que sea propietario, causas de la situación en la que se encuentra y valoraciones y propuestas para la viabilidad patrimonial. Asimismo, debe exponerse las medidas que se consideren necesarias para mantener la actividad empresarial.

En segundo lugar, debe detallarse la contabilidad del deudor e incluso, si es posible, explicación e interpretación de los números que en la contabilidad se

⁵⁹² Así aparece estipulado en el art. 75.1.1° LC cuando dice: “Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6.”

observe.⁵⁹³ Para ello, el deudor tendrá que presentar los libros de contabilidad actualizados y el resto de documentación que demuestre las cuentas anuales de cada año. Será el administrador concursal el que verifique la veracidad y fidelidad de las cuentas presentadas (art.34.2 C.Com.). Un dato importante es que si el deudor no presenta la contabilidad del año anterior al concurso de acreedores, es el administrador concursal el que debe desarrollarlas, utilizando los documentos que facilite el deudor. El administrador concursal cuenta con quince días para realizar dicha investigación financiera. La falta de control de las cuentas por parte del deudor, es uno de los supuestos en los que el legislador da por hecho que el deudor actúa con dolo o culpa grave sobre la situación de insolvencia propia que vive el propio concursado, lo que determina la calificación culpable⁵⁹⁴. Asimismo, el no llevar la contabilidad controlada, la doble contabilidad y las irregularidades que dificulten la comprensión del estado de insolvencia, también hace predominar la posibilidad de calificación culpable.⁵⁹⁵

En tercer lugar, anotación de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.⁵⁹⁶ Se debe argumentar con hechos reales la actuación de la administración concursal y justificar su intervención.

En cuarto lugar, el informe de la administración concursal debe ser acompañado de otra documentación igual de importante como es el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado y el plan de liquidación. También habrá que incluirse una valoración de la empresa en su conjunto que demuestre la situación real y completa.⁵⁹⁷

Sobre la lista de acreedores que hemos mencionado, mostrará la identidad de todos ellos, la causa, la cantidad del crédito en datos de principal e intereses, fechas de

⁵⁹³ Se expresa en el art. 75.1.2º LC, cuando dice: “Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.”

⁵⁹⁴ El art. 165.1.3º LC sobre calificación de concurso estipula que “si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso”, se calificará el concurso como culpable.

⁵⁹⁵ Tratándose de concurso culpable, según lo dispuesto en el art. 164.2.1º LC: “Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”

⁵⁹⁶ Recogido así en el art. 75.1.3º LC: “Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal”.

⁵⁹⁷ Vid. el art. 75.2.5º LC, novedad introducida por el RDL 11/2014.

origen y vencimiento, de los créditos reconocidos, garantías personales y reales vinculadas y la calificación jurídica.

Los acreedores con privilegio general o especial tienen que aparecer en la lista en un orden⁵⁹⁸:

1.) Los acreedores de derecho laboral, siendo excluidos los que tienen relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección que exceda de la cantidad prevista en el art. 91.1º LC.

2.) Los acreedores de derecho público.

3.) Los acreedores financieros

4.) El resto de acreedores, entre los que se tiene que destacar los que son por operaciones comerciales y el resto no incluidos en el orden presente.

Por último lugar, el informe debe contener unas conclusiones del administrador concursal que exponga su valoración ante la situación actual del deudor y su insolvencia, las circunstancias que lo han llevado a dicho estado y todo lo que considere relevante para la posterior fase.⁵⁹⁹

El plazo para la presentación del informe completo es de dos meses, exceptuando al procedimiento abreviado existente en la normativa concursal. Según la LC⁶⁰⁰, desde la fecha de aceptación del cargo de administración se empiezan a contar los dos meses. Si bien es cierto que existen matizaciones en lo que se refiere al plazo legal, ya que pueden haber prórrogas para casos muy concretos.

Se notificará la presentación del informe y los documentos anexos a quienes se hayan personado en el concurso y al resto de posibles interesados mediante la publicación de edicto en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del

⁵⁹⁸ Vid. el art. 94.2. LC reformado por el RDL 11/2014.

⁵⁹⁹ Vid. VILLORIA RIVERA, I.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Fase común” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M, NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.310. Así lo recoge el autor.

⁶⁰⁰ Vid. el art. 27.2 LC cuando se indica: “únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso” y el art. 33 LC: “Son funciones de los administradores concursales, en los términos previstos en esta Ley (...)”.

juzgado⁶⁰¹. Si el Juez lo considera necesario, puede ser publicado en más organismos públicos.

Habrá plazo de presentación de impugnaciones⁶⁰². En cualquier caso, el Juez podrá ordenar la conclusión de la fase común e iniciar la apertura de la fase de convenio o de liquidación, cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso.

Si existiera el caso en el que el administrador concursal no presenta a tiempo el informe, la consecuencia es una serie de sanciones diferentes. Por un lado, puede suponer responsabilidad civil del administrador, en caso de producir perjuicio⁶⁰³ e inhabilitarlo del cargo de administrador⁶⁰⁴. Por otro lado, producirse la no remuneración por sus funciones inacabadas y devolver las cantidades que se le hubieran dado desde el nombramiento de su cargo para la realización de la tarea.

Dentro de la fase común y antes de pasar a la fase concluyente del procedimiento concursal, queremos destacar la posibilidad existente de realizar enajenación de unidad productiva⁶⁰⁵ en esta fase del procedimiento concursal, como

⁶⁰¹ Vid. El art.95.2 sobre publicidad del informe y documentos complementarios: “*La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Además, la administración concursal comunicará telemáticamente el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento*”.

⁶⁰² Estipulado en el art. 96.1 LC sobre impugnación de inventario y de la lista de acreedores: “*Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior*”.

⁶⁰³ En relación a lo dispuesto en el art. 36 LC sobre responsabilidad de los administradores, la LC indica que: “*Responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia*”.

⁶⁰⁴ Aparece recogido en el art. 37 LC sobre separación: “*Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados*”.

⁶⁰⁵ En relación a este tema vid. SIERRA NOGUERA, E., “La enajenación de la unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, Nº. 21, 2014, p. 194. El autor expone lo siguiente: “*Los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia para autorizar la enajenación de unidades productivas del concursado en fase común del concurso, antes de la fase de convenio o de liquidación. En interés del concurso, dicha autorización puede concederse para aprovechar ofertas de adquisición (como en el auto comentado a continuación) o, en general, para evitar el deterioro económico de la masa activa durante la tramitación del concurso. Como resultado, la excepción se ha convertido en la regla general (6) ; la enajenación de unidad productiva en fase común es más habitual en la práctica que los convenios de continuación o la liquidación unitaria de unidad productiva.*”; y también RUBIO VICENTE, P.J., “Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas” en *RDCyP*, n.º 22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 149-162.

forma de obtención de liquidez. Esta modalidad de adquisición está regulada en el art. 43 de la LC y permite transmitir bienes en fase común permitiéndose la venta de la unidad productiva con carácter, a priori, excepcional. Con ello se consigue un aumento del activo para el pago de deudas a los acreedores. Como se trata de una venta en fase común, hay más posibilidades que no exista deterioro de la unidad productiva y al venderla en bloque se extrae nueva liquidez.

Como hemos podido observar, la formación de la fase común tiene que definirse según ley y no deja nada a la voluntad de las partes. El deudor pasa a ser un espectador de lo que ocurre con los activos y pasivos y es la administración concursal la que determina el destino de los mismos para el cumplimiento de obligaciones. Nos parece que solamente es la mitad del procedimiento y el tiempo que debe pasar desde la declaración de concurso a la finalización de la fase común se dilata bastante en el tiempo. Lo creemos así debido a que se deben establecer los pasivos y activos y esperar a que los acreedores notifiquen sus créditos. Creemos que la fase común puede durar meses y, por lo tanto, ya sería más tiempo que el de la formación de un acuerdo de refinanciación, sabiendo que aún falta por concluir el concurso en convenio o liquidación. A todo esto, hay que sumarle el coste que debe invertir en el procedimiento el deudor. Solamente por el trabajo realizado de los administradores concursales y la delimitación de las masas, se debe contar con recursos para ejercer dicha práctica de determinación y orden en una situación de crisis que, seguramente, no está del todo organizada.

7. Inicio de la fase concluyente: la elección de la vía de convenio como medida de solución para los acreedores. La propuesta anticipada de convenio: similitudes con los acuerdos de refinanciación de deuda

Cuando el informe de la administración concursal se encuentra presentado y habiendo pasado el plazo de impugnaciones y el término de resolverlas, en el caso que hubiera, el concurso de acreedores puede dirigirse hacia dos vías diferentes e incompatibles entre ellas.⁶⁰⁶

Por un lado, puede dirigirse hacia la vía de convenio⁶⁰⁷. Por otro lado, puede desembocar en la vía de liquidación⁶⁰⁸.

En los siguientes apartados revisaremos los rasgos de ambas vías de manera general para acabar de hacernos una idea del procedimiento concursal al que nos referimos en el presente capítulo y poder terminar de ligar todos los parámetros relacionados con los acuerdos de refinanciación.

El convenio trata de satisfacer los intereses de los acreedores aunque la norma no contiene dicha definición ni ninguna otra. Simplemente, en la introducción⁶⁰⁹ de la LC se habla de que se trata de un negocio jurídico que se rige por el principio de voluntad de las partes.

⁶⁰⁶ Son varios los artículos que nos ayudan a interpretar dicha incompatibilidad. En primer lugar, el art. 142. 2, sobre vigencia de periodo de convenio en el que deudor no pueda cumplir con obligaciones pactadas y quiera solicitar vía de liquidación. En segundo lugar, el art. 143.1.1º LC sobre apertura de oficio de vía de liquidación en caso de no haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas. Por último, el art. 113.1. LC referenciado anteriormente expresa que un deudor puede instar convenio siempre y cuando no tenga iniciada una propuesta anticipada de convenio o la vía de liquidación. Por lo tanto, se condiciona el hecho que si se encuentra iniciada una vía, no podemos iniciar la otra. En relación a la fase de convenio y la fase de liquidación vid. CADENAS DE GEA, C; CASASOLA DÍAZ J.M., *Concurso de acreedores ¿convenio o liquidación?*, ed. Ley 57, Marbella, 2015.p. 71 y ss.

⁶⁰⁷ El convenio y todo lo que se refiere a él se recogen en la LC en los arts. 99 a 141.

⁶⁰⁸ La liquidación del concurso de acreedores se recoge en la LC en los arts. 142 a 162.

⁶⁰⁹ Exposición de motivos de la LC, apartado VI.

Consideramos que según jurisprudencia⁶¹⁰ y según doctrina⁶¹¹, se trata de un negocio jurídico complejo⁶¹² con esencia contractual que no llega a ser de naturaleza privada por necesitar la intervención judicial para encontrar efectividad en las acciones de adhesión de acreedores.

Es una herramienta que implica la voluntad de las partes y la resolución efectiva del Juez. Su objetivo es la conservación de la actividad empresarial para así poder satisfacer los intereses de los acreedores, deudor y terceros relacionados. Diferente de la obtención del objetivo de saneamiento de los acuerdos de refinanciación para dar continuidad a la actividad empresarial.

El convenio puede adoptarse en dos modalidades principales. La modalidad de propuesta anticipada de convenio⁶¹³ y convenio ordinario⁶¹⁴.

⁶¹⁰Vid. Sentencia del TS de 25 de octubre de 2011, EDJ 2011/262922, considera que es un acuerdo entre deudor y acreedores destinados a regular las relaciones jurídicas entre ellos.

⁶¹¹ Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. *Universitaria Ramón Areces*, Madrid, 2014, p.219. Acuerdo para satisfacer los intereses de los acreedores mediante negocio jurídico con características de naturaleza contractual y procesal, por tener aspectos de negocio privado y a la vez la necesidad de acudir a Juez de los Mercantil para que intervenga. Sobre definición también Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., "Fase de convenio" en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. *Francis Lefebvre*, Madrid, 2015, p.400. El autor lo expone como solución que otorga el concurso para conseguir la conservación de la actividad empresarial y así preservar los intereses de los acreedores y también del deudor, trabajadores o terceros y se remite para ello a lo expresado en la Exposición de motivos de la LC actual apartado VI.

⁶¹² Vid. VILARRUBIAS GUILLAMET, F., "El convenio anticipado en el nuevo proyecto de Ley Concursal", en *La Ley*, núm.5636, 2002, p.2

⁶¹³ El referente de esta herramienta se encuentra originado en el DRL 3/20019 ya estudiado. Inicio de la propuesta anticipada de convenio. Desarrollado en la L38/2011 estudiada en el capítulo I del presente trabajo. Ya hemos estudiado que en el art. 5 bis LC se permite al deudor poner en conocimiento del Juez de lo Mercantil que ha iniciado negociaciones con sus acreedores para llegar a un acuerdo con ellos. No solamente para realizar un acuerdo de refinanciación sino que también para establecer adhesiones de acreedores a una propuesta anticipada de convenio, que podrá realizarse en el plazo de tres meses desde la comunicación. Como recordamos, de la misma manera que ocurre con los acuerdos de refinanciación, se consigue la prórroga de tres meses (se realiza en caso de fallido en el cuarto mes hábil) para instar concurso voluntario y se paralizan las ejecuciones singulares por acreedores (art. 15.3 LC y DA 4.ª LC). Sobre propuesta anticipada de convenio también vid. CADENAS DE GEA, C; CASASOLA DÍAZ J.M., *Concurso de acreedores ¿convenio o liquidación?*, ed. *Ley 57*, Marbella, 2015.p. 37 y ss.

⁶¹⁴ Originario del propio procedimiento concursal. Dentro del mismo como parte de él. Vía alternativa a la vía de liquidación del concurso. Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. *Universitaria Ramón Areces*, Madrid, 2014, p220. Recogido en los arts.99 a 141 LC, se origina en una propuesta dentro de la Fase Concluyente que puede venir instada por parte del deudor o de acreedores que representen una parte significativa del pasivo, en acuerdo creado en junta y expresado por escrito y con aprobación judicial.

Según la norma⁶¹⁵, los requisitos formales para presentación de convenio en cualquiera de sus dos modalidades que hemos mencionado, son realizar presentación por escrito y firmada por el deudor y todos los acreedores que lo apoyen o firmado por sus representantes.

El contenido de convenio también aparece estipulado en la norma.⁶¹⁶ Al tratarse de una herramienta que aspira a conservar la actividad empresarial, el legislador solicita cierta seriedad y solicita la presentación de una propuesta de convenio reforzada de pruebas documentales que permitan dicha conservación y así lo cree también autor.⁶¹⁷ Así pues, se recoge el siguiente contenido a detallar para un mayor refuerzo:

En primer lugar, la propuesta de convenio debe contener proposición de quitas, de espera o de ambos tipos.⁶¹⁸ Es decir, consiste en aportar un acuerdo de rebaja de la deuda consensuado con los acreedores o la espera de cobro de la deuda. El legislador favorece al deudor que tiene intención de pagar sus deudas de manera rápida aunque no sea la totalidad de las mismas o que tenga intención de hacerlo en un plazo de tiempo breve. Por ejemplo, permite una reducción de la mayoría necesaria para la aceptación de propuesta de convenio en el caso de pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo inferior a tres años o en el pago inmediato de créditos vencidos con una quita inferior al

⁶¹⁵ El art. 99.1 LC presenta unos requisitos formales para la creación de convenio que son muy específicos. Necesario por escrito y firmado por todas las partes. En el punto 2 del artículo solamente habla de la legitimación de la firma. Vid. HUALDE LÓPEZ, I., *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico*, ed. Aranzadi, 2014.p. 439 y ss.

⁶¹⁶ El art.100 LC se encarga del detalle del contenido esencial en una propuesta de convenio. El art. 107.2 LC reitera el contenido esencial y el 115.1. LC se habla de la evaluación del contenido.

⁶¹⁷ Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p.25. En esta obra citada se explica que para solucionar los problemas que presenta el concurso de acreedores en relación a su excesiva duración y elevado coste, el legislador apoya el uso de la propuesta anticipada de convenio como medida simplificada y reductoria de costes y tiempo y, además, para conseguir la anticipación a la apertura del procedimiento concursal. En la misma línea vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015, p. 403.

⁶¹⁸ Se refleja en el art.100.1 LC este requisito. No obstante, en la propuesta anticipada de convenio puede existir contenido alternativo a la quita o a la espera. Diferente al contenido adicional. Iniciativa hecha por el RDL 11/2014 en su DA 4.ªLC. También Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil núm.5 de Madrid, de 17 de marzo de 2010. Que autoriza una propuesta anticipada de convenio con contenido alternativo: Por un lado, se presentó alternativa de espera de 15 años. Por otro lado, quita de 50 por ciento y espera de cinco años. A parte, se acompañaba plan de viabilidad y plan de pagos para la conversión de la actividad empresarial. El Juzgado consideró que como los acreedores iban a percibir la totalidad de cobro de los créditos, no había razón para fallar en contra y permitieron la alternativa primera. Vid. JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p.21.

20 por ciento, siendo suficiente que vote a su favor una porción del pasivo pero que sea superior a la que vote en contra.⁶¹⁹

En segundo lugar, existe la posibilidad de contener de manera adicional o alternativa proposiciones para algunos o todos los acreedores, exceptuando a los acreedores públicos, como por ejemplo conversión de crédito en acciones, participaciones sociales u obligaciones convertibles.⁶²⁰

En tercer lugar, se deberá incluir un plan de pago que acompañe a la propuesta de convenio. En él debe aparecer detalle de los recursos utilizados para su cumplimiento y de los bienes utilizados para ello del deudor.⁶²¹ Es indiferente el tipo de convenio que sea. Tanto en la propuesta anticipada de convenio como en el ordinario será necesario que el presentante acompañe plan de pago al convenio. Según norma⁶²², el contenido debe detallar los recursos previstos para el cumplimiento de convenio, incluso para la obtención de bienes o derechos del concursado que no tenga en su poder el mismo, pero le pertenezcan y también los que están por incluirse en la masa activa. En el plan de pagos se tiene que exponer los plazos y cuantías a pagar en las quitas y esperas acordadas junto con la manera en la que el deudor va a poder proceder a cumplir con sus obligaciones.

En cuarto lugar y último, al igual que ocurre con los acuerdos de refinanciación, la fase de preservación requiere un plan de viabilidad veraz y real que apoye la propuesta de convenio.⁶²³ Es importante distinguir que el plan de viabilidad es lógico cuando se trata de convenios que tienen el objetivo de dar continuidad a la actividad empresarial. Tiene que tener la previsión de cumplir con el pago de los créditos utilizando los recursos sacados de la continuación empresarial obtenida con ayuda del

⁶¹⁹ Supuesto que figura en el art. 124.1.a) II praf. LC. Sobre la opinión de potenciar los convenios Vid. ROJO, A., “El contenido del convenio” en *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal, CGPJ*, número especial 2004, pp.364-365. En la misma línea, vid. MARTÍNEZ MELÓN, M.D., *Las soluciones al concurso por vía del convenio*, ed. Thomson Reuters, 2013, p.77 y ss.

⁶²⁰ Recogido contenido en el art. 100.2 LC en el que se detallan más propuestas adicionales o alternativas. Originado en el RDL 11/2014, en la DA 4.ª LC.

⁶²¹ En el art.100.4 LC se expone el acompañamiento del plan de pago. Documento indispensable.

⁶²² Mencionado en anterior cita el art. 100.4 LC en el que aparece regido por Ley la condición de plan de pagos. Asimismo, aparte de mencionar el contenido en norma. El autor desarrolla explicación Vid. ⁶²² Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis & Taylor, Madrid, 2015, p.403.

⁶²³ El plan de viabilidad necesario se recoge en el punto 5 del art.100 LC.

plan de viabilidad. Según autor⁶²⁴, la finalidad del convenio es precisamente lo anterior expuesto: la continuación de la actividad empresarial para poder cumplir con las obligaciones vencidas. Queremos reiterar este punto expuesto por el autor, ya que aquí vemos la diferencia de objetivos entre el acuerdo de refinanciación preconcursal y el convenio. El acuerdo de refinanciación pretende dar continuidad a la empresa para mantenerla y sanearla aunque también trate de cumplir con sus obligaciones. El convenio quiere conservar la actividad empresarial para obtener recursos necesarios y poder pagar los créditos exigibles.

Asimismo, como todo plan de viabilidad, debe contener los medios para conseguir la conservación de la actividad empresarial, así como también los recursos necesarios para cumplir con el plan y las condiciones y compromisos acordados para conseguir con recursos.

Recordemos que para que sea eficaz, deben recogerse datos reales y veraces y tiene que ser la formación de un plan de viabilidad realista que pueda acompañar al convenio y ofrecer una posibilidad eficaz a los ojos de las comprobaciones que pueda realizar el administrador concursal⁶²⁵ o el Juez⁶²⁶.

El procedimiento de aprobación o no de convenio varía según sea propuesta anticipada de convenio o convenio ordinario. Como hemos mencionado con anterioridad, hay dos tipos de convenio: la propuesta anticipada de convenio y el convenio ordinario como vía alternativa e incompatible a la vía de liquidación, que son los caminos a elegir en la fase concluyente del concurso. El rasgo principal que diferencia las dos modalidades es el momento procesal en el que se llevan a cabo.

⁶²⁴ Expone así “*lo que ha de suceder en la mayoría de los casos por ser ésta su finalidad propia del convenio*” en Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015, p.403.

⁶²⁵ Interpretación que obtenemos de la evaluación que realiza la administración concursal según el art. 107.2 LC sobre el contenido de propuesta de convenio.

⁶²⁶ Interpretación que hemos realizado por lo expuesto en el art. 115.2 LC⁶²⁶ El plan de viabilidad necesario se recoge en el punto 5 del art.100 LC.

⁶²⁶ Expone así “*lo que ha de suceder en la mayoría de los casos por ser ésta su finalidad propia del convenio*” en Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015, p.403.

⁶²⁶ Interpretación que obtenemos de la evaluación que realiza la administración concursal según el art. 107.2 LC sobre el contenido de propuesta de convenio.

⁶²⁶ Interpretación que hemos realizado por lo expuesto en el art. 115.2 LC

La propuesta anticipada de convenio es la modalidad de convenio simplificada que intenta agilizar el proceso. Según lo que expresa norma⁶²⁷, desde la solicitud de concurso voluntario instada por el deudor o desde la declaración de concurso necesario y hasta el plazo de comunicación de reclamación de créditos en ambos casos, el deudor podrá presentar en la fase común del concurso, a menos que se encuentre en situación de prohibición⁶²⁸ o de liquidación⁶²⁹ de concurso, propuesta anticipada de concurso.

Como indica su nombre, la finalidad es anticipar convenio para no tener que esperar a que concluya la fase común. No habrá necesidad de abrir fase de convenio, es decir, en la fase concluyente que nosotros denominamos.

La tramitación de la propuesta anticipada de convenio comienza en la fase común del procedimiento concursal. Dicha herramienta empieza su gestión con la presentación de propuesta anticipada.

Solamente está legitimado para presentar la misma el deudor⁶³⁰. Como también indica la norma⁶³¹, el plazo para presentar una propuesta anticipada de convenio va desde la solicitud de concurso voluntario o solicitud de declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta que finalice el plazo de comunicación de créditos.

⁶²⁷ El art. 104.1 LC sobre plazo de presentación de propuesta anticipada de convenio: “Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio”.

⁶²⁸ El art. 105 LC recoge los casos en los que un deudor no puede presentar la propuesta anticipada de concurso. En el punto 1 del artículo mencionado se habla, por un lado, de supuestos de delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental o contra la Hacienda Pública, por otro lado, sobre falta de presentación de cuentas anuales de los últimos tres años. En el punto 2 del mencionado artículo, se destaca que en caso de inicio de propuesta anticipada y, posteriormente, descubrimiento de supuesto de prohibición, el Juez de oficio puede disolver sin efectos la propuesta iniciada.

⁶²⁹ Recordemos que la vía de convenio y la de liquidación del concurso son paralelas e incompatibles. Cit. p.185 del presente trabajo.

⁶³⁰ El art. 104 de la LC es el que indica la legitimación única del deudor porque no se nombra a ninguna otra parte. Además, el art. 105 LC que recoge las prohibiciones para iniciar trámite solamente habla del concursado.

⁶³¹ En el art. 104 LC también se estipula el plazo de presentación y marca el inicio y el final del mismo, ya que no va por días o periodo.

Para conseguir la admisión a trámite, debe ser acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier tipo y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.⁶³²

La norma⁶³³ indica que el Juez competente resolverá de manera diferente según se haya presentado la propuesta anticipada de convenio junto con la solicitud de concurso voluntario u otros casos. En el primer supuesto, en el que se presenta la propuesta anticipada de convenio junto con la solicitud de concurso voluntario o incluso antes de la misma, el Juez debe resolver sobre si admite o no en el auto de declaración de concurso. En el resto de supuesto, la norma dice que el Juez tiene tres días para resolver sobre el tema.

Cabe la posibilidad que el Juez informe de posibilidad de subsanación en los casos que se trate de defectos formales. El Juez lo notifica al concursado y el deudor tiene un plazo de tres días para poder presentar subsanación. Esta explicación está sacada de doctrina⁶³⁴, puesto que en la norma concursal no lo hemos encontrado.

La LC⁶³⁵ también detalla los casos en los que se rechazará la admisión a trámite de manera inmediata y son: las propuestas anticipadas de convenio que se presenten pero no alcancen la proporción del pasivo exigida, las que se aprecie infracción legal en el contenido y cuando se detecte que el deudor se encuentra dentro de alguna prohibición⁶³⁶. En cualquier caso, no se admite recurso contra la decisión del Juez en ningún caso⁶³⁷.

⁶³² En el art. 106.1 LC se recoge expuesto lo descrito: “Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor”.

⁶³³ El art. 106.2 LC sobre los supuestos de presentación para admisión.

⁶³⁴ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p. 419 , se dirige a la doctrina constitucional de subsanación de actos plasmados en la LEC.

⁶³⁵ El art. 106.3 LC sobre inadmisión a trámite. Lo que intenta el legislador es que no se puedan iniciar trámites de propuesta anticipada de convenio en los casos en los que existe una insolvencia irremediable. Por ello, garantiza que no se tramite una pretendida solución conservativa sin sentido. Idea aportada por autor Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p. 419

⁶³⁶ Recordemos que se recogen en el art. 105 LC.

⁶³⁷ En el art. 106.4 LC se indica la no admisión de recursos contra decisión del Juez.

Asimismo, si el Juez no admite a trámite la propuesta, el deudor concursado puede pedir que se inicie la fase de liquidación⁶³⁸ o la fase de convenio⁶³⁹.

En el caso que se admita a trámite la propuesta anticipada de convenio, dice la norma⁶⁴⁰ que el secretario judicial debe dar parte de la misma a la administración concursal para que informe en plazo de diez días de máximo sobre la evaluación sobre la misma. Es una medida que sirve para observar si se trata de una propuesta fiable o no, estudiando el plan de pagos y de viabilidad que la acompaña. Si el estudio que hace la administración concursal es favorable, su evolución positiva se adjuntará al informe de la administración concursal. Sin embargo, en el caso que sea una conclusión negativa, se informará al Juez para que desestime la admisión a trámite de la propuesta. Además, la medida de evaluación también sirve para informar a los acreedores sobre la propuesta y así conocerla para posibles adhesiones de ellos a la misma⁶⁴¹.

Los acreedores se pueden adherir a la propuesta desde la admisión a trámite de la misma y hasta la expiración de plazo de impugnación de inventario y de la lista de acreedores⁶⁴². No obstante, destacamos que pueden iniciarse las adhesiones desde una situación preconcursal, cuando se hubiera comunicado al Juez⁶⁴³, por el deudor, las intenciones de realizar propuesta anticipada de convenio. De esta forma, se adelanta en la suma de porcentaje de mayoría de acreedores.

La forma en la que se consigue adhesiones a la propuesta anticipada de convenio es un elemento destacable de esta herramienta, ya que los acreedores manifiestan su voluntad⁶⁴⁴ de manera individual y por escrito y deben especificar el crédito exigible de

⁶³⁸ El art. 142.1 LC permite la solicitud de la fase de liquidación por el deudor en cualquier momento.

⁶³⁹ El art. 111.1 LC indica el inicio de la fase de convenio en caso de no solicitud de inicio de liquidación u obtención de propuesta anticipada de convenio.

⁶⁴⁰ Art. 107.1 LC sobre informe de la administración concursal.

⁶⁴¹ La explicación de este párrafo se origina en lo expuesto en el art. 107.2 LC, en el que se desarrolla las funciones de la evaluación de la administración concursal respecto al estudio de la propuesta anticipada de convenio.

⁶⁴² El art. 108 LC sobre adhesiones de los acreedores lo expone.

⁶⁴³ La comunicación al Juez de intención de negociaciones en espacio preconcursal del art. 5 bis LC no solamente es para los acuerdos de refinanciación. Permite a un deudor que vaya a iniciar un concurso voluntario, previamente, iniciar negociaciones con sus acreedores para que se adhieran a una propuesta anticipada de convenio dentro de la fase común del concurso, pero con parte del camino realizado fuera del procedimiento concursal.

⁶⁴⁴ El art. 108.1 LC al final del párrafo manifiesta que: “cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecidos en esta ley”.

manera detallada⁶⁴⁵. En el convenio ordinario de la fase concluyente del procedimiento concursal, los acreedores realizan votación en junta.

Una vez se cierre el plazo de adhesiones a la propuesta de convenio, el secretario judicial tiene cinco días como plazo máximo para comprobar si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría necesaria para la posterior aprobación de la propuesta de manera formal.⁶⁴⁶ Nos encontramos justo en el momento que finaliza la fase común del procedimiento concursal. Esto es lógico porque será decisivo si se cumplen o no las mayorías exigibles⁶⁴⁷ y así iniciar la fase concluyente mediante vía de liquidación o no.

Según lo dispuesto en la LC⁶⁴⁸, las mayorías necesarias para la aprobación de propuesta de convenio permiten dos opciones principales:

En primer lugar, conseguir mayoría de al menos el 50 por ciento del pasivo ordinario, quedando sometidos a las quitas a la mitad del crédito y a las esperas de plazo máximo de cinco años.⁶⁴⁹

En segundo lugar, conseguir adhesiones a la propuesta correspondiente al 65 por ciento del pasivo ordinario, teniendo que asumir quitas superiores a la mitad del crédito del importe del crédito y quedando sometidos a esperas de más de cinco años pero nunca más de diez años.⁶⁵⁰

⁶⁴⁵ Se explica en obra que la adhesión individual es el único sistema de aceptación de la propuesta anticipada de convenio. Asimismo, se interpreta necesario detallar la fecha y modo en el que se generó el crédito exigido en la propuesta. Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p. 420

⁶⁴⁶ El art.109.1 LC sobre la aprobación judicial del convenio así lo dispone.

⁶⁴⁷ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p.421. El autor comenta que tras la reforma realizada por el RDL 11/2014, las mayorías necesarias para conseguir convenio evolucionan y cambian.

⁶⁴⁸ El art.124 LC indica las mayorías necesarias para la propuesta de convenio. El RDL 11/2014 realiza modificación en este punto. Debemos observar que es un artículo que hace referencia a las propuestas ordinarias acordadas en junta. No obstante, es el parámetro utilizado también para la propuesta anticipa de convenio.

⁶⁴⁹ Estipulado en el art. 124.1.a) de la LC: “El 50 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo”

⁶⁵⁰ Recogido en el art.124.1.b) de la LC: “El 65 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100”.

Cabe destacar que sobre los acreedores privilegiados ha habido cambios también el propuesta anticipada de convenio. Los acreedores privilegiados quedarán vinculados a la propuesta anticipada de convenio cuando concurran mayoría de acreedores de su misma clase⁶⁵¹:

Por un lado, del 60 por ciento en los casos del pasivo ordinario, quedando sometidos a las quitas a la mitad del crédito y a las esperas de plazo máximo de cinco años⁶⁵².

Por otro lado, del 75 por ciento del pasivo ordinario, teniendo que asumir quitas superiores a la mitad del crédito del importe del crédito y quedando sometidos a esperas de más de cinco años pero nunca más de diez años.⁶⁵³

Si la propuesta anticipada de convenio cumple con los mínimos exigidos, el Juez la aprueba por sentencia⁶⁵⁴. Contra dicha aprobación de convenio anticipado, existe recurso de apelación.⁶⁵⁵ No obstante, en caso que no se cumpla con las mayorías, se finalice la fase común y se deba iniciar fase concluyente, el legislador ahora permite optar por la vía de la liquidación o, como segunda oportunidad, volver a intentar convenio⁶⁵⁶ por la vía del convenio ordinario⁶⁵⁷. Si se produce la apertura de fase de convenio, se aprovecharán las gestiones realizadas en la propuesta anticipada⁶⁵⁸. Esto es así para no realizar gastos innecesarios en la repetición de mismas acciones.

⁶⁵¹ El art. 134.3 LC expone que los acreedores privilegiados quedarán vinculados a la propuesta anticipada de convenio cuando concurran las mayorías de su misma clase, haciendo referencia al art. 94.2 LC, sobre la definición.

⁶⁵² El art. 134.3.a) hace referencia a las mayorías establecidas para un 60 por ciento, según condiciones del 124.1.a) LC

⁶⁵³ El art. 134.3.b) hace referencia a las mayorías establecidas para un 75 por ciento, según condiciones del art. 124.1.b) LC.

⁶⁵⁴ Recogido en el art.109.2 LC sobre la aprobación de la propuesta de convenio y la forma en la que tramita el Juez.

⁶⁵⁵ Lo dispone el art. 197.5 LC : “*Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente*”

⁶⁵⁶ El art. 110.1 LC sobre opciones del concursado, después de la finalización de la fase común y no obtención propuesta anticipada de convenio,

⁶⁵⁷ Interpretación sacada de la Exposición de Motivos de la LC, apartado VI, párrafo cuarto que dice así: “*En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluso el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores*”

⁶⁵⁸ El art.111.1 LC presenta el supuesto de apertura de fase de convenio y en el art.111.2 LC se estipula la reducción de plazos y trámites ya realizados en la anticipada. Existe un objetivo de celeridad. Se quiere facilitar las mayorías necesarias para la constitución de junta de acreedores. Por ello, en el art. 110.2 LC también se fija un objetivo de conservación de las adhesiones ya obtenidas con anterioridad.

Lo beneficioso de esta modalidad es que se permite iniciar negociaciones para conseguir adhesiones de acreedores fuera del procedimiento concursal. De esta manera, en una fase preconcursal⁶⁵⁹ puede haberse adelantado en iniciar las bases de un convenio aunque después deba presentarse ante Juez.

Según autor⁶⁶⁰, esta modalidad tiene ciertas ventajas antes el convenio ordinario. En primer lugar, es un sistema más rápido⁶⁶¹ porque al no tener que esperar a inicio de la fase de convenio ordinario dentro del procedimiento concursal, se agiliza el trámite y se mejora en coste económico. Precisamente, en agilidad nos recuerda a los acuerdos de refinanciación, puesto que intenta negociar en menor tiempo para intentar conseguir adelantar el trámite lo máximo posible y las negociaciones.

En segundo lugar, permite mayor libertad en la voluntad de las partes para negociar⁶⁶². En este caso, el principio de voluntad de las partes que se rige en los acuerdos de refinanciación también se observa reflejado en la propuesta anticipada de convenio. De todo el procedimiento concursal, es el único momento en el que vemos que el deudor tiene mayor capacidad de actuación sobre su estado.

En tercer lugar y último, ayuda en la anticipación a las acciones de los acreedores en materia de presentación de convenios por parte de acreedores. Los acreedores no pueden presentar propuesta anticipada de convenio⁶⁶³. No obstante, si pueden presentar dentro de procedimiento concursal propuesta de convenio ordinario,

⁶⁵⁹ Como dispone el art. 5 bis.1 LC se permite la negociación para conseguir adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, en fase preconcursal y estableciendo la comunicación al Juez competente de los mercantil.

⁶⁶⁰ Se expone expresamente: “*lo que ha de suceder en la mayoría de los casos por ser ésta su finalidad propia del convenio*” en Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (*et al*), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p.416.

⁶⁶¹ Según el art. 109.2 LC la propuesta anticipada de convenio se puede aprobar en la fase común sin tener que llegar a la fase concluyente de elección de vía. Por lo tanto, será más ágil. Asimismo, según lo dispuesto en el art. 106.2 LC, cuando se presente propuesta anticipada incluso antes de instar concurso voluntario, la resolución de admisión se realiza en el mismo auto que la declaración de concurso. Como consecuencia, una mayor rapidez también supondrá unos costes inferiores.

⁶⁶² Según el art. 108.1 LC , se permite adhesión de los acreedores desde la admonición a trámite de la propuesta y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Asimismo, reiteramos el hecho que las negociaciones de adhesión pueden iniciarse en la fase preconcursal mediante lo expuesto en el art. 5 bis.1 LC. Por lo tanto, hay mayor flexibilidad para conseguir la mayoría necesaria.

⁶⁶³ En el art. 104.1 LC se habla solamente de deudor.

pero en caso de haber anticipada, no pueden seguir adelante sin obtener aprobación del deudor porque la norma⁶⁶⁴ lo estipula.

Cuando no se presenta propuesta anticipada de convenio pero sí se escoge fase de convenio ordinario, se presentan propuestas de convenio que son discutidas y pueden ser aceptadas en junta de acreedores⁶⁶⁵.

En relación a la situación del deudor, durante la fase de convenio el deudor sigue bajo el régimen establecido en la fase común del concurso en referente a sus bienes. Es decir, no puede administrarlos ya que se encuentra intervenido por la administración concursal.⁶⁶⁶

El inicio de la fase de convenio se realiza mediante auto del Juez competente. En el auto se recoge la notificación de la finalización de la fase común del concurso y la apertura de la fase de convenio⁶⁶⁷. Asimismo, también se ordena en él la convocatoria de la junta de acreedores⁶⁶⁸. Además, es la forma de comunicar a los acreedores la posibilidad que tienen de adherirse al convenio⁶⁶⁹. El auto también llega notificado al concursado, a la administración concursal y a todos los terceros interesados⁶⁷⁰ así como también se dará publicidad del mismo⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ En el art. 128.1 LC se habla de la oposición a convenio en caso de existir propuesta anticipada de convenio.

⁶⁶⁵ Explicación lógica comprendida por la obra siguiente Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p. 426.

⁶⁶⁶ La afirmación a la que hace referencia la presente cita es el resumen de los efectos que continúa sufriendo el deudor al no poder administrar su patrimonio. Son los artículos 40 a 73 LC sobre los efectos sobre el deudor, a lo que nos referimos.

⁶⁶⁷ Recogido en el art. 111.1 LC sobre apertura de fase de convenio y convocatoria de junta de acreedores.

⁶⁶⁸ Se fija lugar, día y hora para la celebración de la convocatoria, según lo dispuesto en el art. 111.2 LC. También se indica que Es el Secretario Judicial quien lo fija siguiendo las pautas del art. 23 LC y el 182 LEC.

⁶⁶⁹ Recogido en el art. 111.2. LC y siguiendo los términos del art. 115.3. LC. Se indica que: “*El auto ordenará convocar junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23. El Secretario judicial fijará el lugar, día y hora de la reunión en los términos que prevé el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3.*”

⁶⁷⁰ Recogido en el art. 111.3. LC: “*El auto se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento*”

⁶⁷¹ El art. 23 LC sobre la publicidad del concurso y los actos relacionados.

La tramitación de una propuesta de convenio ordinaria puede ser presentada por deudor pero también por acreedores⁶⁷². Este hecho muestra una gran diferencia con la alternativa de la propuesta anticipada de convenio, que solamente puede ser presentada por deudor. Y lo más importante a destacar, en caso que sea un grupo de acreedores los que presenten una propuesta de convenio, la norma no pide el consentimiento del concursado. En efecto, el último puede oponerse u optar por la vía de la liquidación en caso de no aceptar el convenio firmado, pero no necesitan su consentimiento y puede realizarse admisión de propuesta ordinario y votación en junta sin su consentimiento.⁶⁷³

El Juez competente tiene cinco días para admitir la propuesta⁶⁷⁴ y en caso que la admita, el siguiente paso es la intervención de la administración concursal. Los administradores concursales tienen un plazo de diez días para evaluar el contenido de la propuesta de convenio⁶⁷⁵. Tal y como pasa también en la propuesta anticipada de convenio, la administración concursal debe evaluar y presentar un escrito formal con sus valoraciones sobre su contenido⁶⁷⁶ aunque es de carácter informativo y no es vinculante ni para acreedores ni para el Juez⁶⁷⁷.

En la fase de convenio del procedimiento concursal, la votación se realiza en junta de acreedores. Esta es la manera tradicional del procedimiento concursal del ordenamiento español⁶⁷⁸. La norma indica que la junta de acreedores debe reunirse en el día que se convoque la misma⁶⁷⁹ y tiene que ser presidida por el Juez o, en sustitución,

⁶⁷² El art. 113.1. sobre la presentación de la propuesta de convenio explica quien puede presentarla y menciona tanto a deudor como acreedores que tengan créditos exigibles dentro del procedimiento concursal y superen conjunta o individualmente una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores.

⁶⁷³ Lo expuesto en el párrafo de la presente cita se interpreta del art. 128.1 LC y 128.3 LC conjuntamente con lo expuesto en los artículos 124 y 125 LC, sobre mayorías necesarias para aprobación de propuesta de convenio ordinario.

⁶⁷⁴ El art. 114 LC habla de la admisión a trámite: “Dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el Juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley”.

⁶⁷⁵ El art.115.1 LC recoge que en el mismo momento que se admite a trámite la propuesta se debe informar a la administración concursal para evaluar el plan de pagos y el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta.

⁶⁷⁶ Aparece en el art.115.2 LC el escrito de evaluación de la administración concursal.

⁶⁷⁷ Información obtenida de la obra siguiente Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER,E., “Fase de convenio” en VILLORIA RIVERA,I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER,M, NIETO DELGADO,C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid,2015,p. 429.

⁶⁷⁸ Opinión de autor. Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. *Universitaria Ramón Areces*, Madrid, 2014, p.234.

⁶⁷⁹ Expresado en el art. 116.1 LC: “La junta se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria”.

el miembro de la administración concursal que fuera designado por el Juez⁶⁸⁰, actuando como secretario quien lo sea del juzgado que tramita el concurso⁶⁸¹, Asimismo, el secretario es necesario para realizar la lista de asistentes, expone las propuestas de convenio admitidas para someterlas a deliberación para que, posteriormente, los presentes realizan votación vía oral y él extiende el acta de la junta.

Para que se pueda formar junta de acreedores y pasar al estudio de las propuestas, es necesaria la asistencia de acreedores con créditos que lleguen en su conjunto al menos a la mitad del pasivo ordinario del concursado⁶⁸². Cabe destacar que es indispensable la presencia del concursado, del Juez del concurso (o sustituto excepcional), el secretario judicial y los administradores concursales⁶⁸³. Sin embargo, aunque son necesarios para la junta de acreedores, los últimos tienen derecho de asistencia, pero no obligación y se reconoce dicho derecho a todos los que aparecen en la lista de acreedores.

El procedimiento de votación en la junta de acreedores se realiza mediante la supervisión del Juez y, como hemos comentado, el secretario judicial es el que expone las propuestas admitidas⁶⁸⁴. La norma también indica la manera en la que se deliberan las propuestas y las votaciones.

En primer lugar, se valora la propuesta admitida y presentada por el concursado. En segundo lugar, en caso que no se acepte la del concursado, se procederá mediante votación sucesiva e individual, a valorar las presentadas por los acreedores, que deberán deliberarse en un orden: según la cuantía de mayor a menor del total de sus acreedores firmantes que sean representados en la propuesta⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ Expuesto en el art. 116.2 LC: “La junta será presidida por el juez o, excepcionalmente, por el miembro de la administración concursal que por él se designe”.

⁶⁸¹ Se indica en el art.116.3. LC: “Actuará como Secretario el que lo sea del Juzgado. Será asistido en sus funciones por la administración concursal”.

⁶⁸² Se recoge en el apartado 4. Del art.116 LC: “La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados”.

⁶⁸³ El art. 117. LC detalla el deber de asistencia necesaria de las diferentes partes del concurso. Por otro lado, el art. 118 LC expresa el derecho de asistencia, es decir, las partes que tienen derecho a presentarse en la junta de acreedores, pero no la obligación. La administración concursal, el concursado, Juez y secretario son asistentes obligatorios mientras que los acreedores tienen el derecho de asistir.

⁶⁸⁴ Información obtenida del art. 121.1 LC comenta lo expuesto en este párrafo.

⁶⁸⁵ El art. 121.2 LC recoge la manera en la que se presenta y deliberan las propuestas admitidas.

En cualquier caso, se escuchan las propuestas admitidas y existe un debate y deliberación de las mismas⁶⁸⁶.

Sobre las mayorías necesarias para conseguir la propuesta de convenio, el RDL 11/2014 introdujo cambios significativos⁶⁸⁷. El art. 124 LC que es el que habla de las mayorías necesarias, se encuentra reforzado con la reforma y las mayorías pasan a ser superiores:

Por un lado, se establece que en caso de votar a favor del convenio un 50 por ciento del pasivo ordinario, quedarán sometidos los vinculados: a quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas no superiores a cinco años; o, en caso de acreedores diferentes de los públicos o laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo⁶⁸⁸.

Sin embargo, la norma también indica que en casos que se realice un mayor esfuerzo, se intentará premiar por ellos. Es decir, cuando se pacte el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 por ciento, será suficiente que vote a favor una parte del pasivo ordinario y que sea superior a la que vote en contra⁶⁸⁹.

Por otro lado, se establece que en caso de votar a favor del convenio un 65 por ciento del pasivo ordinario, se producirán quitas superiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo de más de cinco años, pero no superior a diez; y, en caso de acreedores diferentes a públicos o laborales, a la conversión de deudas en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el art.100 LC⁶⁹⁰.

La jurisprudencia dice que los convenios se aceptan según lo establecido. Es decir, el contenido concreto que hay en la propuesta de convenio es el que se debe hacer cumplir. No sirve después interpretaciones. Puede ser aceptada o rechazada, pero según

⁶⁸⁶ El apartado 3 y 4 del art.121 LC explica la manera en la que el Juez que preside la Junta de acreedores modera las opiniones de voz a favor o en contra de las propuestas y permite las intervenciones para finalizar en una votación formal que los acreedores deben exponer en la manera que prefieran, destacando lo que indica la norma sobre que aunque se hubieran adherido con anterioridad a una propuesta, pueden opinar igualmente.

⁶⁸⁷ La reforma que realizó en la LC el RDL 11/2014 introdujo modificaciones respecto de las votaciones y las mayorías necesarias para el convenio. También sobre la vinculación de acreedores no disidentes en el convenio.

⁶⁸⁸ El art. 124.1.a) LC desarrolla las mayorías sobre 50 por ciento de votación a favor del convenio.

⁶⁸⁹ Aparece en el art. 124.1.a) 2º párrafo del artículo.

⁶⁹⁰ Expresado en el art. 124.1.b) LC.

lo establecido en ella expresamente⁶⁹¹. Por tanto, entendemos que en caso de votaciones que lleguen al 50 por ciento, se cumple con lo permitido por ese porcentaje y los superiores al 65 por ciento de la misma manera.

Sobre los acreedores privilegiados, como ya se comenta en la propuesta anticipada de convenio⁶⁹², cuando concurran mayoría reforzada⁶⁹³ y de acreedores de su misma clase⁶⁹⁴, pueden extenderse los efectos del convenio a sus intereses⁶⁹⁵:

Por un lado, del 60 por ciento en los casos del pasivo ordinario, quedando sometidos a las quitas a la mitad del crédito y a las esperas de plazo máximo de cinco años⁶⁹⁶.

Por otro lado, del 75 por ciento del pasivo ordinario, teniendo que asumir quitas superiores a la mitad del crédito del importe del crédito y quedando sometidos a esperas de más de cinco años pero nunca más de diez años.⁶⁹⁷

Una vez realizada votación, para que se despliegue eficacia sobre lo acordado en convenio, el Juez debe aprobar a través de sentencia el propio convenio⁶⁹⁸. Es decir, no solamente son necesarias las adhesiones de acreedores a la propuesta ni la aceptación en junta por las mayorías requeridas⁶⁹⁹. Esto no quiere decir que no puedan realizarse oposiciones a la admisión. Existen diez días desde el posterior a la aprobación para oposiciones⁷⁰⁰ y pueden oponerse varios interesados como son los administradores

⁶⁹¹ AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre de 2014 sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014.*

⁶⁹² En la cita 285 y en lo que se refiere a la misma se menciona lo expuesto para el mismo caso de la propuesta de convenio.

⁶⁹³ Las mayorías reforzadas son las necesarias por votación según expuesto en art. 124.1.a) y 124.1.b) LC.

⁶⁹⁴ Se refiere a lo expuesto en el art. 94.2 LC sobre tipos de acreedores: los acreedores de derecho laboral; los acreedores públicos; los financieros; y el resto de acreedores como por ejemplo los comerciales.

⁶⁹⁵ El art. 134.3 LC reformado por RDL 11/2014, permite la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte que se encuentra cubierta por el valor de la garantía.

⁶⁹⁶ El art. 134.3.a) hace referencia a las mayorías establecidas para un 60 por ciento, según condiciones del 124.1.a) LC

⁶⁹⁷ El art. 134.3.b) hace referencia a las mayorías establecidas para un 75 por ciento, según condiciones del art. 124.1.b) LC.

⁶⁹⁸ Expresado en el art. 128 LC, sobre aprobación judicial.

⁶⁹⁹ Afirmación sacada de la interpretación de autor en Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014, p.237.

⁷⁰⁰ El art. 128 LC expone las oposiciones a las propuestas de convenio.

concursoales, los acreedores no asistentes a junta⁷⁰¹ o incluso el concursado⁷⁰². El concursado es posible que no se encuentre conforme con lo propuesto no presentado por él y tiene la opción de oponerse o de escoger la vía de la liquidación del concurso.

En cualquier caso, cuando se produzca la aprobación por sentencia y finalizado periodo de admisiones o no hubiera rechazo de oficio⁷⁰³, se producen una serie de efectos expuestos en norma⁷⁰⁴:

1.) Se produce el cese de todos los efectos del procedimiento concursal⁷⁰⁵ y se sustituyen por los estipulados en el convenio⁷⁰⁶.

2.) Se produce el cese de los administradores concursales, quienes deberán rendir cuentas sobre su actuación con el Juez del concurso⁷⁰⁷, y pese a que es posible que continúen ejercicio funciones sobre el convenio aceptado, si así se estipula en el mismo⁷⁰⁸.

Se entiende que la propuesta se admite para ser cumplida y deberá informarse de los progresos al Juez⁷⁰⁹. Asimismo, también se informará de la conclusión del convenio,

⁷⁰¹ Recogido en el art.128.1 LC: “Podrá formularse oposición a la aprobación judicial del convenio en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el Secretario judicial haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, o desde la fecha de conclusión de la junta, en el caso de que en ella se acepte una propuesta de convenio”.

⁷⁰² El legislador recoge en el art.128.3 LC las posibilidades que tiene el concursado no conforme.

⁷⁰³ El art. 131 LC explica el supuesto de rechazo de oficio en casos de infracciones de contenido.

⁷⁰⁴ El art. 133 LC expone el inicio y el alcance de los efectos que produce la admisión de la propuesta de convenio.

⁷⁰⁵ Vid. SANJUAN Y MUÑOZ,E., “El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores .A propósito del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo” en *Le Ley*, núm. 7910, 2012. Tratan este tema de manera más extensa que en el presente trabajo.

⁷⁰⁶ Hay una excepción a lo que se refiere a la sustitución de efectos, ya que se mantienen los de colaboración e información establecidos en el art.42 LC. Esto mismos se recoge en el art.133.2 LC

⁷⁰⁷ En el art. 133.2 LC, en el segundo párrafo se recoge lo expuesto. No obstante, no se establece el trámite que se debe de seguir para rendir cuentas. Entendemos que debe realizarse mediante escrito y con la presentación de todos los documentos y justificantes que demuestren las tareas realizadas por la administración concursal.

⁷⁰⁸ Los puntos 3 y 4 del art. 133 LC exponen las posibles funciones que pueden mantener las administraciones concursales hasta la finalización del convenio.

⁷⁰⁹ El art.138 LC expone la obligación del deudor de informar al Juez del concurso de los progresos del cumplimiento de lo acordado en propuesta admitida y aprobada en sentencia.

de sus objetivos y del cumplimiento del mismo para dar publicidad de ello⁷¹⁰. Con ello, se entiende la conclusión del concurso⁷¹¹.

No obstante, si no se cumple con lo dispuesto en el convenio, se puede solicitar la declaración de incumplimiento al Juez del concurso, pudiendo ocasionar la rescisión del convenio pactado y todo su contenido e iniciar la fase de liquidación del concurso⁷¹².

8. Inicio de la fase concluyente: la elección de la vía de la liquidación. El interés predominante de los acreedores por encima de la viabilidad de la actividad empresarial

La fase de liquidación⁷¹³ es la alternativa al convenio dentro del procedimiento concursal. El objetivo de dicha fase es la utilización de bienes y derechos de la masa activa del concurso para pagar los créditos de los acreedores, según el orden establecido por la LC.

Puede solicitar la apertura de fase de liquidación el deudor⁷¹⁴, los acreedores⁷¹⁵, la administración concursal⁷¹⁶ e incluso el Juez, de oficio⁷¹⁷.

⁷¹⁰ El art. 139 LC recoge que el deudor presentará al Juez del concurso un informe completo que justifique la finalización de cumplimiento de convenio, para que se realice la declaración judicial de cumplimiento, mediante auto.

⁷¹¹ El art. 141 LC recoge la conclusión del concurso mediante la vía de convenio ordinario pactado cumplido. El Juez del concurso emite auto de conclusión del concurso al que se dará la publicidad prevista según arts LC 23 y 24.

⁷¹² El incumplimiento del convenio y lo que ocasiona se recoge en el art. 140 LC. Por ejemplo, en el punto 1 se indica que: *“cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento al que se refiere el artículo anterior”*.

⁷¹³ Procedimiento recogido en la LC en los arts. 142 a 162. Sobre la fase de liquidación y su funcionamiento observar obra vid. TAPIA LÓPEZ, J.M., “apertura de la fase de liquidación” en AA.VV., (coor.) NIETO DELGADO, C., *Derecho Concursal*, Valencia, 2012, pp. 585-604.

⁷¹⁴ Así lo dice la LC en el art. 142.1 LC de manera expresa: *“el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento”*.

⁷¹⁵ Así se recoge en el art. 142.2 segundo párrafo LC: *“si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación”*.

⁷¹⁶ Recogido en el punto 3 del art. 142 LC se indica: *“en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes”*.

⁷¹⁷ El art. 143 LC recoge la liquidación en los casos de oficio. Por eso se indica que: *“procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación”* en los casos que se reglan en este artículo.

En primer lugar, sobre la petición realizada por el deudor, la norma le permite optar por la solicitud voluntaria de liquidación, de manera alternativa al convenio, pero también le obliga a tomar la liquidación de manera necesaria en otros. En efecto, la norma indica que el deudor puede escoger la vía de la liquidación en cualquier momento⁷¹⁸, de manera voluntaria. Sin embargo, de manera necesaria, también indica que deberá acogerse a la fase de liquidación cuando, durante la vigencia de contrato, no ha podido cumplir con lo pactado en el mismo⁷¹⁹.

En segundo lugar, los acreedores también pueden solicitar la fase de liquidación⁷²⁰. Para ello, el deudor no debe haber solicitado antes dicha fase de apertura y debe ser demostrada la insolvencia para poder ejercitar el derecho de solicitud. Asimismo, en el caso que se hubiera pactado un convenio ordinario y se estuviera incumplimiento lo expresado en el mismo, los acreedores también podrían solicitar la fase de liquidación⁷²¹.

En tercer lugar, la administración concursal⁷²² puede solicitar al Juez la apertura de la fase de liquidación, siempre y cuando haya sido acordado el cese de la actividad profesional y se hubiera notificado al deudor con periodo para oponerse a tal apertura.

En cuarto y último lugar, la apertura de la liquidación puede ser de oficio⁷²³. La norma recoge una serie de casos por los que puede ocurrir la apertura de oficio: Cuando no se hubiera presentado propuesta de convenio dentro de plazo, o no fuera admitida a trámite la que hubiera⁷²⁴; En caso que no fuera aceptada en junta de acreedores⁷²⁵;

⁷¹⁸ El art. 142.1 expone de manera expresa la libertad del deudor de pedir la liquidación en cualquier momento.

⁷¹⁹ Así se expone en el art. 142.2 primer párrafo LC que deberá pedir la liquidación en caso de no poder cumplir. Por tanto, imperativo.

⁷²⁰ El art.142.2 LC en su segundo párrafo es en el que se estipula que los acreedores pueden acogerse a la solicitud de liquidación, pero siempre que pueda ser fundamentada y probada, según recordemos indica el art. 2.4 LC y que recuerda también este artículo 142.

⁷²¹ Recordemos que el art.140 LC habla sobre el incumplimiento del convenio pactado y en el art.143.1.5º LC sobre apertura de liquidación de oficio.

⁷²² El art. 142.3 LC lo expone: “*en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes*”.

⁷²³ El art. 143 LC que recoge los casos de oficio expone cinco casos.

⁷²⁴ Primer caso recogido para apertura de liquidación de oficio en el art. 143.1.1º LC: “*No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas*”.

⁷²⁵ Segundo caso recogido para la apertura de liquidación de oficio en el art. 143.1.2º LC: “*No haberse aceptado en junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio, ninguna propuesta de convenio*”.

Cuando fuera rechazada por resolución judicial sin opción de nueva convocatoria⁷²⁶; Cuando se produjera nulidad de convenio pactado⁷²⁷ o, por último, por incumplimiento del mismo⁷²⁸.

La apertura de la fase de liquidación se realiza mediante auto o resolución judicial, según se trate de caso de oficio o no⁷²⁹. Asimismo, los efectos que provoca son más severos que los que se producen cuando se trata de la fase de convenio ordinario⁷³⁰.

En primer lugar, el deudor dejará de poder administrar sus bienes y pasarán a ser gestionados por la administración concursal⁷³¹. Además, cuando se trate de sociedad deudora, la resolución judicial que abra la liquidación concursal provocará la disolución de la propia sociedad y el cese de sus administradores, para ser sustituidos por los administradores concursales⁷³².

En segundo lugar, se produce el vencimiento anticipado de los créditos que estuvieran aplazados y aquellos que fueran de naturaleza distinta a la monetaria, se convierten en dinero⁷³³.

En tercer lugar, en caso de transmisión de unidades de producción⁷³⁴, se cederán al que adquiere los derechos y obligaciones derivados de los contratos relacionados con

⁷²⁶ Expuesto en el punto 3º del art. 143.1 LC: “*haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria o el tramitado por escrito sin que proceda nueva convocatoria de junta ni nueva tramitación escrita*”.

⁷²⁷ Expresado en el art. 143.1.4º LC: “*haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez*”.

⁷²⁸ Última apertura de oficio en el 5º punto del art.143.1 LC: “*haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio*”.

⁷²⁹ En los casos que se exponen en el art. 142 LC sobre solicitud de apertura de liquidación, para los casos de deudor, acreedores y administración concursal, el legislador opta por expresarlo mediante auto. En los casos en los que intervenga de oficio el Juez del art.143.1.3º, 4º y 5º LC, se realizará mediante resolución judicial.

⁷³⁰ Opinión sacada de autor. Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014, p.249.

⁷³¹ El art.145.1LC dispone también que en caso de cese de los administradores concursales en escenario donde se estaba cumpliendo con un convenio ordinario pactado y que, posteriormente, se solicita la fase de liquidación, el Juez vuelve a instarles facultades a los administradores y se las quita al deudor.

⁷³² El art. 147.3 LC expone la disolución de la sociedad en caso de no estar acordado y la sustitución de los administradores.

⁷³³ Así lo expone en norma el art. 146 LC. Artículo que la doctrina se custodia su alcance. No se sabe si, abierta la fase de liquidación, quedan automáticamente resueltos todos los contratos con efectos patrimoniales o, simplemente, los anticipados y los no dinerarios. Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J., “La liquidación en el concurso” en PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A., *(et al) Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, T.II, Madrid, 2012.p.523.

la continuidad de la actividad empresarial, que no hubieran sido resueltos. No obstante, destacar que esto no significa que se trasmita también el pago de deuda, a menos que el adquirente lo asuma expresamente así⁷³⁵. En efecto, el adquirente no está obligado al pago de deudas y por ello la norma lo protege utilizando nueva herramienta introducida que hemos citado.

Cuando la fase de liquidación ya se encuentra abierta, el siguiente paso es la presentación de un plan de liquidación al Juez. Dicha tarea la desenvuelve los administradores concursales. El plan de liquidación contiene la manera de utilizar los bienes y derechos de la masa activa para solventar las deudas⁷³⁶.

Una vez transcurrido el plazo de presentación de plan de liquidación⁷³⁷, el Juez podrá aprobarlo, realizar cambios o descartarlo mediante auto. Sobre opiniones en contra, cabe interponer recurso de apelación⁷³⁸.

Queremos destacar que puede ocurrir que no se presente un plan de liquidación o no se apruebe. En estos casos, la norma recoge las reglas legales supletorias sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso⁷³⁹. Es interesante observar en la norma que lo recoge como el legislador procura hacer el intento de conservación de empresa, unidades productivas o puestos de trabajo, pero, a pesar de todo, no suele cumplirse tal objetivo⁷⁴⁰.

El siguiente paso es iniciar el orden de pagos de los acreedores⁷⁴¹, que comienza con el pago de créditos contra la masa, privilegios, especiales, generales y subordinados.

⁷³⁴ Novedad introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que reformó a la LC y que introdujo el art.146 bis LC, que estipula lo expuesto.

⁷³⁵ El art. 146 bis.4 LC creemos que así quiere proteger al adquirente de reclamaciones indebidas por prestarse a acoger una parte de una actividad profesional para salvaguardarla.

⁷³⁶ El art. 148.1 LC sobre el plan de liquidación, también expresa que *“siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos.”*

⁷³⁷ Según el art. 148.1. LC, el plazo para poder presentar el plan de liquidación se inicia en la fecha de apertura de fase de liquidación. En el caso de apertura de fase de liquidación, después de finalización de la fase común, el plazo establecido es de quince días a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación.

⁷³⁸ Expuesto en norma en el art. 148.2 LC, última frase.

⁷³⁹ El art. 149 LC recoge las reglas legales de liquidación a seguir por Juez en caso de no tener plan de liquidación viable.

⁷⁴⁰ Confirmación de autor de falta de cumplimiento de objetivo de conservación. Vid. DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. *Universitaria Ramón Areces*, Madrid, 2014, p.254.

⁷⁴¹ Del art. 154 LC al art.158 LC se establece el orden de preferencia.

Posteriormente, cuando se agotan los bienes que integran la masa activa, la fase de liquidación concluirá y el concurso con él⁷⁴²

Como podemos observar, la fase de liquidación reparte los activos existentes para el pago de las deudas, según el tipo que sean. El interés principal en esta fase es la liquidación y pago a los acreedores⁷⁴³ y, por lo tanto, el objetivo contrario a nuestro trabajo.

Una vez revisado el procedimiento de concurso de acreedores, hemos podido observar lo complejo que es a día de hoy. Consiste en una herramienta reglada, costosa y larga en el tiempo para solucionar un problema financiero, la mayoría de veces, en liquidación y no en convenio. Por este motivo, y debido a las limitaciones y exigencias del procedimiento concursal, pensamos que el legislador ha creado soluciones alternativas dirigidas a la prevención del uso de dicha herramienta.

Pese a que el legislador ha intentado actualizar el concurso a la actualidad con las reformas realizadas a la LC en los años 2014 y 2015, las actualizaciones realizadas al precurso parecen más eficaces y novedosas. Sin embargo, el concurso de acreedores sigue siendo más utilizado que los acuerdos de refinanciación⁷⁴⁴.

El legislador ha querido cambiar la idea sobre que el concurso se puede utilizar para salvaguardar la actividad empresarial. Sin embargo, cuando las empresas acuden al concurso, se encuentran en una situación muy grave y difícil de solventar.

Los acuerdos de refinanciación son la alternativa para solucionar el problema de insolvencia en una fase previa al concurso de acreedores⁷⁴⁵. En efecto, desde 2009 nos

⁷⁴² El art. 176 LC recoge las causas de conclusión.

⁷⁴³ Siguiendo la idea sobre que el concurso de acreedores pretende el resarcimiento de los intereses de los acreedores como primer objetivo principal vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “La reforma concursal y su eficacia” en *El notario del siglo XXI*, nº 41, febrero, 2012.

⁷⁴⁴ Esta afirmación la extraemos del estudio realizado en obra vid. HUALDE LÓPEZ, I., *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 441 y 443. En los esquemas que se presenta de estadísticas, siguen apareciendo mayor número de concurso de acreedores que de acuerdos de refinanciación. También es cierto que el estudio engloba desde 2005 a 2012 y es precisamente a partir del 2012 donde pensamos se ha visto un cambio a mejor en el uso de los acuerdos de refinanciación.

⁷⁴⁵ Vid. ESTEBAN RAMOS, L.M. “Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, nº 22, 2015, pp. 423-442. La autora afirma que el legislador español ha tratado de favorecer la utilización de distintas alternativas para superar la situación del deudor con problemas económicos, evitando el procedimiento concursal y las consecuencias negativas derivadas del mismo

ha aportado instrumentos preconcursales, los acuerdos de refinanciación son los que nos interesan, que han ido mejorando a medida que se han realizado reformas.

Asimismo, los acuerdos de refinanciación preconcursales son la herramienta que se ha potenciado para prevenir situaciones límite de sociedades, que no tienen que esperar a acudir al concurso de acreedores para solucionar su situación de insolvencia. De hecho, han sido creados para sustituir⁷⁴⁶ al concurso judicial. Al menos, para intentarlo.

Mientras el concurso de acreedores comienza a utilizarse en un estado de insolvencia firme o actual, los acuerdos de refinanciación pueden ser utilizados desde el momento que se denote una inminente insolvencia. Incluso consideramos que con indicios de problemas económicos, cuando se empiece a ver que no es algo momentáneo, se puede comenzar a utilizar. No obstante, esto último es nuestra opinión.

Sobre la protección que ofrecen los acuerdos de refinanciación, se les otorga una serie de instrumentos desde el comienzo de su uso, a diferencia del concurso de acreedores. Por un lado, para proteger la formación del acuerdo, mediante el uso de paralización de ejecuciones singulares desde la comunicación al Juez. Por otro lado, la vinculación de sus efectos a acreedores en desacuerdo de lo decidido, incluso a los custodiados de garantía real.

También se les permite, a diferencia del concurso, una libertad de contenido, que pese a que se debe cumplir con ciertos requisitos, permite a los negociantes la formación libre del contenido del mismo. Hablamos de la posibilidad de creación de un acuerdo que, además, va a ser obligatorio para disidentes, que hasta ahora hubiera sido imposible vincular.

Con el uso de la fase preconcursal y los acuerdos de refinanciación se puede intentar solucionar los problemas de insolvencia de un deudor y, por tanto, se puede llegar a evitar el concurso de acreedores. Por ello, se dice que son la herramienta sustitutoria. No obstante, para que sirvan de ayuda, se tiene que ser muy consciente de la situación como deudor y se debe tener un control de la propia realidad que se vive.

⁷⁴⁶ Vid. MARTIN MOLINA, P., DIAZ-GÁLVEZ, J.M., LOPO LÓPEZ, M.A., (coors.), AA.VV., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. *Fe d'erratas*, 2014,p. 15 El autor lo califica como instrumento casi sustitutivo del concurso de acreedores.

Reiteramos que la alternativa al concurso sirve cuando se utiliza de manera temprana. Es muy importante acudir al mecanismo preconcursal lo antes posible. De hecho, creemos que el motivo por el que se producen tanto concursos de acreedores y no acaba de ser eficaz el uso de la herramienta de acuerdo de refinanciación es que se suele acudir tarde a la alternativa. Cuanto más tiempo pasa desde el momento de conocimiento de la situación de crisis inicial, menos posibilidades de efectividad habrá para solucionar el escenario.

A lo largo del presente trabajo hemos observado que los acuerdos de refinanciación suponen una ventaja general frente al concurso de acreedores. De hecho, consideramos que los acuerdos de refinanciación pretenden ser una alternativa al concurso de acreedores y una ventaja ante el segundo. Es más, pueden llegar a ser una herramienta de prevención contra el concurso de acreedores y la insolvencia. Asimismo, pasamos a especificar los motivos por los que creemos lo expuesto.

En primer lugar, el uso de los acuerdos de refinanciación frente al concurso de acreedores es mejor en relación al espacio tiempo. Para solicitar el concurso de acreedores es necesario demostrar una insolvencia firme. Sin embargo, en el caso de los acuerdos de refinanciación, basta con tener una inminente insolvencia. Por lo tanto, el espacio tiempo en el que se actúa es más beneficioso el de los acuerdos de refinanciación que el del concurso de acreedores, puesto que cuanto antes se actúe, menor gravedad habrá en la situación financiera del deudor y mayor capacidad para poder solventar.

En segundo lugar, los acuerdos de refinanciación van ligados a la idea de recuperación, saneamiento y prevención. Por lo tanto, se inicia negociaciones para establecer unas bases que permitan la continuidad de la actividad empresarial y el poder generar nuevos ingresos.

Consiste en un mecanismo de reactivación. No obstante, el concurso de acreedores suele ser la última opción en la que piensan los deudores porque se relaciona con la liquidación final de la sociedad. En la mayoría de casos el concurso de acreedores no finaliza en convenio, finaliza en liquidación.⁷⁴⁷

En tercer lugar, el concurso de acreedores es un procedimiento largo y costoso⁷⁴⁸ mientras que en el caso de los acuerdos de refinanciación, el coste es inferior y el tiempo de la negociación también. Cuando nos encontramos en una situación de gravedad financiera, el tiempo y el coste son muy importantes para el deudor. El tiempo es necesario debido a que la situación empeora a medida que pasa el tiempo y el deudor no puede invertir en procedimientos costosos de saneamiento cuando, precisamente, el problema es la falta de liquidez.

En cuarto lugar, el acuerdo de refinanciación permite al deudor que comunique al Juez (de manera expresa) el inicio de negociaciones para la creación de un acuerdo y que se impida la publicidad de esto mismo en el Registro Público Concursal, hasta la homologación del acuerdo, en caso que se quiera solicitar. Esto permitirá al deudor mayor privacidad y no saldrá perjudicado de cara a terceros. El concurso de acreedores es público y se conoce de la situación de la empresa. La ventaja que ofrecen los acuerdos de refinanciación sobre privacidad ayuda en las negociaciones.

En quinto lugar, consideramos que los acreedores financieros pueden llegar a colaborar en mayor medida en los acuerdos de refinanciación que en el concurso, porque tienen la certeza de que tendrán mayor seguridad de cobrar con un acuerdo de refinanciación que en una fase concursal. En efecto, a las entidades financieras no les

⁷⁴⁷ Esta idea se extrae de la obra siguiente vid. PATÓN GARCÍA, G., *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 67 y ss. La autora opina que pese a que el legislador se ha esforzado por mejorar la opción del procedimiento concursal y el funcionamiento del mismo, “no ha supuesto un cambio radical en cuanto a la opción de política legislativa elegida”. Es decir, se sigue considerando que el concurso de acreedores es para empresas que tienen una situación muy grave sin mucha capacidad de recuperación. En la obra también se comenta que sigue predominando la elección de fase de liquidación por encima de la fase de convenio para los usuarios del procedimiento concursal, debido a la temprana cultura de recuperación que tenemos en nuestro modelo español. Por este motivo, se expresa de la siguiente manera por la autora: “Es una opinión repetida entre la doctrina y aquellos que se dedican a la práctica concursal que el predominio de la liquidación como solución del concurso frente al convenio obedece al hecho de que debido a una escasa cultura concursal en nuestro país, a diferencia de otros modelos (...) la empresa llega al concurso demasiado tarde, cuando su viabilidad es difícil o imposible”.

⁷⁴⁸ Vid. Sobre costes de tramitación del concurso de acreedores BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste de económico” en *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p.323 y ss.

interesa que un concurso de acreedores afecte a sus cuentas de resultados y coeficientes de solvencia.

En sector lugar, recordemos que con la utilización de homologación de acuerdos de refinanciación es posible contar con la extensión de efectos a acreedores disidentes e incluso portadores de garantía real. Por lo tanto, incluso se puede conseguir vincular a los que no quieren negociar.

Por todo lo expuesto, consideramos que los acuerdos de refinanciación ofrecen variedad de ventajas frente al uso del concurso de acreedores.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio sobre viabilidad de empresas mediante los acuerdos de refinanciación, pasamos a exponer nuestras conclusiones:

1º.) Actualmente, para los estados y sus respectivos ordenamientos jurídicos prevalece la idea de potenciar la utilización de mecanismos que pretendan sanear y salvaguardar la situación de crisis en las empresas por encima de satisfacer los intereses de cobro de créditos de los acreedores. No se trata de no cumplir con las obligaciones existentes y exigibles para con los acreedores, pero al permitir a las empresas gestionar sus propias deudas para obtener saneamiento y rentabilidad a largo plazo, también se protege los intereses del deudor y su actividad económica.

2º.) Se han realizado varias reformas a la LC por motivo de los acuerdos de refinanciación de deuda con el objetivo de intentar solventar las lagunas existentes en relación a su formación, uso y extensión de efectos. A medida que se han ido conociendo los vacíos legales y las problemáticas que suponían, el legislador ha podido ir mejorando la herramienta preconcursal. Las interpretaciones que han realizado los Jueces Mercantiles respecto al funcionamiento de los acuerdos de refinanciación de deuda y las dudas para actuación en casos reales que han expuesto con sus respectivas conclusiones, han sido de gran ayuda para su redactado normativo.

3º.) Los acuerdos de refinanciación son una herramienta relativamente nueva, si consideramos que en la LC lleva desde 2009. En este periodo de tiempo su evolución normativa ha supuesto una mejora para su utilización. Sin embargo, no descartamos que el legislador vuelva a incluir nuevas en los próximos años. Se trata de una herramienta dinámica que va evolucionando según las necesidades de las empresas. Por lo tanto, dependiendo de la situación que vivan o los nuevos problemas que se planteen, el legislador decidirá reformar la herramienta, nuevamente.

4º.) Consideramos que las ideas de anticipación y prevención son la base de toda posible solución a un problema de insolvencia mediante los acuerdos de refinanciación. La evolución normativa preconcursal, tanto a nivel estatal como en derecho comparado, nos ha demostrado que si un Ordenamiento Jurídico no recoge un sistema preventivo para conseguir salvaguardar la actividad empresarial e incluso la empresa, deberá tenerlo. Es la manera eficaz de gestionar una situación problemática de forma

anticipada, mediante herramientas de salvaguarda y prevención, tal y como estipula la Recomendación Europea 2014/135/UE, que hemos analizado durante el presente trabajo.

5º.) El efecto más importante que produce la consolidación de un acuerdo de refinanciación es la no rescindibilidad de los negocios, actos y pagos cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones pactadas dentro del acuerdo, pese a que pudiera haber un eventual concurso de acreedores. Incluso se incluye actos como las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago reconocidas en pronunciamientos judiciales diversos. Sin embargo, las acciones de nulidad o anulabilidad del art. 1.261 CC, sobre requisitos necesarios para validez de contratos, sí podrán ser ejercitadas a día de hoy.

6º.) Las actualizaciones realizadas a los acuerdos de refinanciación mediante las reformas de 2014, han beneficiado su utilización. Principalmente, lo han hecho las siguientes novedades: (a) la paralización y suspensión de ejecuciones singulares en el momento de comunicación al Juez de negociación preconcursal y hasta la homologación del acuerdo; (b) la rebaja de mayoría necesaria para la homologación judicial; y (c) la extensión de efectos vinculante a disidentes o disconformes, incluso en los casos de acreedores que disponen de garantía real. Estas mejoras son sobre todo para el uso del acuerdo de refinanciación homologado.

Estas novedades generan mayor seguridad jurídica a la hora de utilizar la herramienta de acuerdo de refinanciación. La paralización y suspensión de ejecuciones singulares ha permitido la protección de los bienes necesarios para mantener la actividad empresarial y la propia negociación del acuerdo. Con esta mejora, predomina el interés de negociación sobre el interés de los acreedores por cobrar su deuda. La disminución de pasivo requerido es producida para potenciar la utilización de la herramienta preconcursal. La extensión de efectos a acreedores disidentes con o sin garantía real, pero sobretodo con garantía real, es el mayor avance que ha realizado el legislador en la formación de los acuerdos de refinanciación. Esto es así, debido a que permite extender efectos a los no conformes con el acuerdo, ampliando el nivel de actuación del acuerdo.

7º.) En relación al acuerdo de refinanciación especial del art. 71 bis.2 LC no es uno de los puntos que consideremos sea una mejora. El uso de este tipo de acuerdos sin requisito de mayorías y con un test de perjuicio no nos inspira la suficiente confianza como para promover su utilización. Consideramos que debe alcanzarse un acuerdo que suponga un compromiso en el que también exista una seguridad tanto para el deudor como para los acreedores.

8º.) Entre los tres tipos de acuerdos de refinanciación actuales regulados (acuerdo de refinanciación básico, especial y homologado), consideramos que el acuerdo de refinanciación homologado es el más completo en relación a cobertura de protección. Pese a que los acuerdos de refinanciación defienden una negociación extrajudicial, la homologación judicial del acuerdo aporta un blindaje de protección que incluye mayor seguridad a la hora de escoger la herramienta como método de saneamiento. De hecho, la extensión de efectos a terceros disidentes, incluso con garantía real y cumpliendo los requisitos, demuestra que el legislador ha querido potenciar el uso de este tipo de acuerdo entre las empresas con problemas. La disminución progresiva de la mayoría necesaria (ahora del 51 por ciento) demuestra también las intenciones del legislador de ayudar a las empresas en su saneamiento.

9º.) Creemos que para que los acuerdos de refinanciación tengan mayor posibilidad de éxito deben ser utilizados en espacio de inminente insolvencia y no cuando exista una insolvencia actual o firme. Las palabras de “prevención” y “anticipación” son claves para conseguir efectividad en su utilización. El deudor es el primero que debe comprender que cuando existe peligro de falta de liquidez y no se trata de una situación aislada debe comenzar a indagar en sus cuentas y recursos para focalizar el problema cuanto antes y darle una temprana solución.

10º.) El concepto de inminente insolvencia debe definirse en la LC para que el deudor pueda ser consciente con anticipación a lo que puede suponer una mala gestión de sus activos y el progresivo deterioro de la situación de crisis. Pensamos que si se define el parámetro de insolvencia inminente, es posible que las empresas se sientan aludidas cuando se encuentren en dicha situación y decidan utilizar de manera rápida el acuerdo de refinanciación. De esta manera, se puede prevenir la situación de forma más temprana. Por la LC, sabemos que un sujeto es insolvente cuando no puede cumplir con sus obligaciones. Esto se refiere a la insolvencia actual. En relación a la inminente

insolvencia, directamente no se define. A partir del régimen francés nos ha surgido la idea de realizar analogía a nuestro propio espacio concursal e intentar definir el concepto de inminente insolvencia. El acuerdo de conciliación francés determina el concepto de insolvencia reciente como la que no se encuentra formalizada más de 45 días (L611-4 C.Com.F.). Quizás nuestro legislador podría utilizar el ejemplo francés para intentar definir la inminente insolvencia.

11º.) Los acuerdos de refinanciación serán más efectivos cuanto más leve sea la crisis económica. Por ello, hemos insistido tanto con el estudio de alertas e indicios de la insolvencia temprana. El deudor debe actuar prematuramente cuando detecte alguna señal de predicción de insolvencia futura. Hemos visto que algunos ejemplos de alertas es el no poder cumplir con pagos periódicos y habituales como tributos o servicios de abastecimiento, necesarios y básicos para cualquier empresa. Otro ejemplo significativo y necesario es el fondo para imprevistos.

12º.) En el derecho francés hemos conocido un mecanismo que regula un procedimiento de actuación ante detección de señales que puedan hacer peligrar la continuidad de la actividad empresarial (el “*procédure d’alerte*”). Pese a que es un instrumento incompatible con los acuerdos de negociación de conciliación y salvaguarda franceses, el legislador español podría utilizarlo como modelo para regular forma de actuación en caso de detección de dichas señales.

13º.) Debemos ser leales a la situación que se tiene en la empresa sin realizar manipulación de la información contable. El desequilibrio de los flujos de caja, la falta de fondo de maniobra para imprevistos o el hecho de no poder cumplir con las deudas básicas sin recurrir a financiación de terceros, son las alertas e indicios que pensamos que no tienen que descuidarse. Las alertas nos sirven para anticipar y predecir situaciones futuras. Son las señales iniciales de una futura insolvencia.

14º.) Respecto al contenido del acuerdo de refinanciación, sabemos que hay un contenido obligatorio y otro que puede ser adicional. En relación al contenido obligatorio nos centramos en el plan de viabilidad. El deudor tiene que iniciar de manera rápida un plan de negocio e incluso anticiparse a los problemas y organizar un plan de viabilidad que le permita recuperar lo perdido. Debe contener la capacidad de recuperación y sostenibilidad económica y plasmarlo en un informe que no puede ser creado mediante ideas u opiniones no justificadas. Tiene que ser razonable y posible y

debemos comprender que el hecho que exponga la manera de conseguir la continuidad de una actividad empresarial, no significa que sea efectivo. No hay forma de asegurar que vaya a cumplirse los objetivos según el plan.

15°.) En relación a los contenidos adicionales posibles en un acuerdo de refinanciación de deuda, nos hemos centrado en dos tipos: las modificaciones estructurales y la capitalización de deuda. Este tipo de instrumentos de saneamiento societario también pueden ayudar en la formación de una solución que prospere. Somos conscientes de la dificultad de organizar programas y planes de viabilidad en la situación que se puede encontrar una empresa en crisis en donde podemos encontrar medidas cautelares o ejecutivas contra la misma, restricciones crediticias, renuncia de los proveedores que no quieren seguir manteniendo relación, etc. No obstante, confiamos en la idea de conservación de la empresa en apuros.

16°.) El contenido adicional dentro de los acuerdos de refinanciación de deuda tendrá la misma cobertura de protección ante acciones rescisorias que el resto de elementos del instrumento preconcursal. Al ser parte de un acuerdo de refinanciación, su contenido sea obligatorio o adicional debe tener el mismo nivel de protección.

17°.) Para un mejor funcionamiento de la introducción de contenido adicional en los acuerdos de refinanciación, sería conveniente establecer nexos causales entre la LME y la LC. Estos cuerpos normativos no tienen ningún tipo de relación entre ellos. Sin embargo, en ocasiones comparten las mismas ideas de saneamiento y reestructuración de deuda y tal y como ocurre con los acuerdos de refinanciación, intervienen en ellos elementos societarios como es la capitalización de deuda. Por lo tanto, ya que se va a utilizar herramientas societarias dentro de los acuerdos de refinanciación, consideramos que debería plantearse encontrar la manera de relacionar ambos cuerpos normativos y así potenciar su uso conjunto.

18°.) El hecho de que exista una crisis, que se encuentra localizada, analizada, cuantificada y asumida con realismo, no supone necesariamente el final de la actividad empresarial. La negación u ocultación de la situación es lo que puede llevar a la ruina de la sociedad. El hecho de que peligre la actividad empresarial es algo que temen todas las sociedades y, por este motivo, hay soluciones preconcursales.

19°.) La continuidad vinculada a un plan de viabilidad claro y realista sobre problemas focalizados con ayuda de profesionales, puede conducir a resultados positivos. Sin embargo, para que esto suceda, se debe permitir un periodo de tiempo de protección al deudor y sus acciones en el que pueda preparar un acuerdo de refinanciación y un plan viable. Consideramos que el plazo de tres meses para negociación puede ser insuficiente.

20°.) Se debería poder comenzar con el estudio de la situación de la empresa y con el plan de viabilidad incluso antes de comunicar al Juez la decisión de negociar con los acreedores. Con ello se ganaría tiempo a lo que se refiere en conocer la situación actual de la sociedad y las posibilidades de futuro. Dicha idea se extrae del acuerdo de conciliación francés, que interpretamos permite que un conciliador tenga un mandato “*ad hoc*” preliminar, sin límite de tiempo previo al estipulado de cuatro o cinco meses de la conciliación, para anticipar la información necesaria para la negociación posterior (art.L.611-3 C.Com.F.). Por lo tanto, para futuras posibles reformas, queremos sugerir la posibilidad de introducir por el legislador un espacio de tiempo previo a la comunicación del Juez de negociaciones, usando el ejemplo del acuerdo de conciliación francés y adelantar en el estudio de negocio de la posible refinanciación.

21°.) El concurso de acreedores nos sigue pareciendo un instrumento con el objetivo de liquidar la empresa en crisis. El hecho de tener la posibilidad de realizar un convenio o incluso una propuesta anticipada de convenio, permite realizar negociaciones con el deudor, pero siempre en relación al pago de créditos de los acreedores. La finalidad de mantener la viabilidad de la actividad empresarial no es el objetivo prioritario. La finalidad principal es el cobro de créditos de los acreedores implicados en el concurso de acreedores.

22°.) Los acuerdos de refinanciación son una herramienta más económica que el concurso de acreedores. Es sabido que el procedimiento concursal tiene un coste elevado. Ya en la Exposición de Motivos de la LC se indica que una de las razones por las que se introducen los acuerdos extrajudiciales es la imposibilidad de pagar por el deudor el coste de un procedimiento concursal. Por lo tanto, es más beneficioso para el deudor el procedimiento preconcursal.

23°.) El transcurso de tiempo en el que se crea el acuerdo de refinanciación es inferior al tiempo que necesita el procedimiento concursal para ser concluido. El hecho de que el concurso de acreedores sea una herramienta tan lenta provoca que la deuda vaya generando sus intereses y, por lo tanto, la dilatación del problema. Los acuerdos de refinanciación permiten una solución más ágil que no empeora la situación de la deuda existente, al contrario, se adelanta a la posible extensión.

24°.) A diferencia del procedimiento de concurso de acreedores, el acuerdo de refinanciación puede y debe ser utilizado, preferentemente, en situación de inminente insolvencia. Para solicitar el concurso de acreedores, se debe demostrar la situación de insolvencia actual. Por lo tanto, el concurso de acreedores está pensado para crisis de gravedad y no leves.

25°.) Durante el proceso de negociación y para conseguir crear el acuerdo de refinanciación, es indispensable la rapidez en la negociación con los acreedores y la colaboración de los mismos. En efecto, consideramos que no solamente el deudor debe informar a los acreedores y buscar soluciones. Los acreedores afectados deben implicarse. Si el deudor se anticipa en el escenario de crisis con la intención de negociar la deuda aún temprana, es posible que los acreedores estén más dispuestos a colaborar porque sabrán que tendrán mayor posibilidad de cobro de su crédito cuanto menor sea la crisis financiera del deudor.

26°.) Los acuerdos de refinanciación son una alternativa al concurso de acreedores y no la fase previa del mismo como medida de contención. Debe valorarse de manera independiente como actuación preventiva y sobretodo de alternativa al concurso de acreedores. Se trata de la herramienta preventiva y de anticipación que el legislador ha dispuesto a las empresas para ayudar en su recuperación.

27°.) Hay que comenzar a pensar que el hecho de utilizar los acuerdos de refinanciación, no implica que los acreedores vayan a ejercitar acciones para impugnarlos. Si se ha iniciado una fase de negociaciones por parte del deudor, es entonces cuando se deben exponer las oposiciones al acuerdo. Si el deudor no actúa de manera fraudulenta, no entendemos cómo los acreedores pueden utilizar otras vías para ejercitar sus derechos. La utilización de acuerdos de refinanciación no implica acción fraudulenta y no debería poder ejercitarse acciones del CC.

28°.) Por todo lo expuesto, consideramos que los acuerdos de refinanciación de deuda son una herramienta efectiva para utilizarse contra la insolvencia inminente o reciente, siempre y cuando sea utilizada de forma correcta según lo dispuesto en el presente estudio. Será decisión de los deudores utilizarla de forma apropiada o permitir que la situación se agrave con el paso del tiempo desembocando en un eventual concurso de acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid en fechas 7 y 21 de noviembre sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la LC operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014* en *Tirant lo Blanch Online*, 2015

Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España, Anuario 2011. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras* en *Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2011 en web: https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España,, Anuario 2010. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras*, en *Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2010, en web: www.insol-europe.org/download/file/_/6312

Colegio de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles de España,, Anuario 2009. *Estadística concursal. El concurso de acreedores en cifras* en *Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2009, en web: https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

ABADÍA POCINO, L., *La crisis ninja y otros misterios de la economía actual*, ed. ESPASA CALPE, 2009.

ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, P. (et al), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, ed. *La Ley*, Madrid, 2009.

AMBROSINI, S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, en *Trattato COTTINO*, XI, Padua, 2008

ANDREEV, Y.; VAN HEMMEN ALMAZOR, S.F. (dir.), “Determinants of the decision-taking process of the entry into insolvency, evolution of the procedure and

earnings management: An economic perspective of Spanish distressed companies”, *Tesis Doctoral, Departamento de Economía de la Empresa, UAB, <http://www.tdx.cat/handle/10803/3978>*, 2010

ARATO, M., *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, en *Falimento*, 2008.

ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013

ARMOR, J., “La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en Reino Unido”, en *RDCyP*, núm. 3, 2005, pp.403-410

ARRAIZA JIMÉNEZ, P., *El concurso de acreedores: una dimensión internacional*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2016

AZNAR GINER, E., *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2016

AZNAR GINER, E., *La reforma concursal del Real Decreto-Ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014.

AZNAR GINER, E., *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2012.

AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2010.

AZOFRA, F., PÉREZ RIVARÉS, J., “La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación” en *Diario La Ley*, n.º 7161, sec. tribuna, abril, 2009.

AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, ed. *Reus*, 2016

AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación” en *RDCyP*, n.º 16, 2012, pp.127-141

AZOFRA VEGAS, F., “El Nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación” en *El notario del siglo XXI*, mayo, 2009

BACHLOUCH, S., (autor); FAGES, M.B. (dir.), *La prevention et le reglement amiable des difficultes des entreprises en droit compare franco-marocain, en Université Paris-est* 2013 en web: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00846693/document>

BAIRD, D.G., RASMUSSEN, R.K., “The end of bankruptcy” en *Stanford Law Rev*, 2002, pp. 751-763

BAIRD, D., *Elements of bankruptcy*, ed. *Foundation press*, Nueva York, 2001

BALCAEN, S.; OOGHE, H., “35 years of studies on business failure: an overview of the classic statistical methodologies and their related problems”, en *The British Accounting Review*, D/2004/7012/34, Bélgica, 2004

BANET, O., *La escisión de la sociedad anónima*, ed. *Civitas*, Madrid, 1995

BAUTISTA SAGÜES, F., “Aspectos prácticos de las reestructuraciones financieras” en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.4, 2009, pp.61-124

BELTRÁN, E., GARCÍA-CRUCES, J., PRENDES, P., “Acuerdos de refinanciación” en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, ed. *Aranzadi*, 2012, pp.158-159

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste de económico” en *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal*, ed. *Marcial Pons*, Madrid, 2003

BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada” en *UCM*, 2012

BIANCHI, A., *Crisi di impresa e risanamento*, ed. *La Ley-Wolters Kluwer*, Milán, 2010

BONFATTI, S. “Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana” en *RCP*, n. °12, 2010, pp.405-497

BONFATTI, S. , “*Il sostegno finanziario dell’impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*”, AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa: opportunita’e responsabilita’* en *Convegno Nazionale di Reggio Emilia*, 2010, pp.2-32 en link : <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf>

BONFATTI, S., “*La disciplina dell’azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi di empresa*” en obra del mismo autor y AA.VV., *La disciplina dell’azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei fallimenti immobiliari*, Milán, 2005

BOURBOULOUX ET COUTURIER, “*La Consècration de le Sauvegarde financière de l’ enterprise*”, en *BJE* n.23, marzo 2011, p.48

BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, ed. *Tecnos*, 19ª, v. II, Madrid, 2012.

CADENAS DE EGEA, C.; CASASOLA DÍAZ, J.M., *Concurso de acreedores ¿convenio o liquidación?*, ed. *Ley 57*, Marbella, 2015

CAIAFA, A., “*Fresh money y posición de los trabajadores en derecho italiano*” en *RDCyP*, n.º 22, 2015, pp.329-342

CALBACHO LOSADA, F., “*La Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*”, en *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, ISSN 1578-956X, n.º. Extra 1, 2011, pp. 180-186

CALVO VÉRGEZ, J., “*Entidades financieras y capitalizaciones de deuda en el marco del RDL 4/2014 y Ley 17/2014*” en *RDCyP*, n.º22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 369-382

CAMACHO.MIÑANO, M.M; CAMPA, D., “*Integrity of financial information as a determinant of the outcome of a bankruptcy procedure*” en *International Review of Law and Economics*, ed. *ELSEVIER*, 2014.

CANDELARIO MACIAS, M.I., *La gestión de la empresa en crisis: identidad y sentido práctico de los acuerdos de refinanciación*, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014

CARLO-ALTIERI, G.A., “Crisis económica, reorganización de empresas bajo el Capítulo 11 del Código de Quiebra estadounidense, críticas y reformas necesarias al sistema de administración concursal de EE.UU.” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp.191-207

CARPUS-CARCEA, M., “La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial” en *RDCyP*, n.º 22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 299-301

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, ed. Aranzadi, Navarra, 2010

CARRO ARANA M., SOUSA FERNÁNDEZ. F., “Los Acuerdos de refinanciación de empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procedimientos concursales”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*, n.º. 327, junio 2012, pp.153-174

CASTIELLO D’ANTONIO, A., “La evolución legislativa del Derecho Preconcurso italiano” en *RDCP*, n.º14, 2011, pp.331-347

CASTIELLO D’ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y *fresh money* en Derecho italiano” en *RDCP* n.º. 15, 2011, pp.503-508

CERDÀ ALBERO, F. “La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”, *ADCo*. n.º 33, 2014, pp.143-165

CERDÀ ALBERO, F. “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal” en *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 2010, pp.713-730

CERVERA, M., “El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n.º. 33, 2014, pp. 111-123

CERVERA MARTÍNEZ, A., “Procedimiento de solicitud de homologación judicial de acuerdo preconcursal de refinanciación. Comentario al auto del Juzgado de lo Mercantil, núm.6, de Barcelona, de 5 de junio de 2012”, núm. 17, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2012.

COLE, (aut.) BUIL ALDANA, I., (trad.) “El derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global” en *RDCyP* nº 1/1996, pp. 7-18

CONDE FUENTES, J., *Los sujetos de pasivo concursal*, ed. Aranzadi, Madrid, 2014

DAMIÁN MORENO, J., “Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm.21, 2010, pp. 163-176, mediante *Dialnet* virtual: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=72487>

DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Los acuerdos de refinanciación*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015

DIAZ MARTÍNEZ, M., *El Proceso Concursal. Adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre*, en ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014

DIAZ MORENO, A., (dir.), LEON SANZ, F., (dir.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015

DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015

DIAZ REVOIRO,E.; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., *El grupo de empresas en situación de insolvencia*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2014

DIMITRAS, A.I.; ZANAKIS, S.H; ZOPOUNIDIS, C., “A survey of business failures with an emphasis on prediction methods and industrial applications” en *European Journal of Operational Research*, vol.90, ed. *ELSEVIER*, 1996

DOMINGO MONFORTE, J., “Actividad y solución preconcursal. Exoneración de la responsabilidad concursal ex lege” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775/2009 parte Comentario. Ed. *Aranzadi*, Pamplona, 2009.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en obra ARIAS VARONA, F.J., *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos económicos*, ed. *La Ley*, Madrid, 2013, 105-133

ESPERT DALMAU, V., “Refinanciación de deuda: un caso práctico” en *Estrategia financiera*, ref.: 61/2010, nº 274, julio-agosto, 2010

ESTEBAN RAMOS, L.M. “Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, nº 22, 2015, pp. 423-442

FALCONE, G, *I pianni di risanamento en Comentario Didone*, 2006

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4.ª LC), Propuesta de reforma legislativa*, ed. *Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España*, 2010

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una Lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: El expediente registral preconcursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, septiembre – diciembre, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal*, ed. *Marcial Pons*, Madrid, 2001

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.” Reflexiones sobre las soluciones preconcursales” en *RDCyP*, núm. 16, 2012., pp.115-125

FERNÁNDEZ SEIJO, J., “La reforma concursal y su eficacia” en *El notario del siglo XXI*, nº 41, febrero 2012

FERNÁNDEZ SEIJO, J., “La liquidación en el concurso” en PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A., (et al) *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, T.II, Madrid, 2012

FERNÁNDEZ SEIJO, J., “La futura reforma de la Ley Concursal; un motor para superar la crisis” en *Iuris*, n.º 157, 2011

GABRIELLI, E., “Soluzioni negoziali della crisi d'impresagli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione” en *Rivista di Diritto Privato*, ISSN 1128-2142, n.º 4, 2011, pp. 555-566

GALEOTE, M., “Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal” en *Diario La Ley*, n.º 7375, sec. doctrina, n.º 821, abril, ISSN 1989-6913, 2010.

GÁLLEGO LANAU, M., “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias” en *RDCyP*, n.º 22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 469-481

GÁLLEGO LANAU, M., “La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial.”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 391-421

GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014

GARCIA-CRUCES, J., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013.

GARCÍA-CRUCES, J., “Dación en pago y reintegración concursal”, en *Diario La Ley*, n.º7492, sec. Doctrina, 2010, pp. 1-16

GARCIA-CRUCES, J.A., LOPEZ SANCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Cizur Menor, 2009

GARCIA-MARTÍN ALFÉREZ, F., “La eficacia en España de los “schemes of arrangement ingleses”, en *RDCyP*, n.º13, 2010, pp.383-398

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., RODRÍGUEZ, L., “Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º.20, 2010.

GARCÍA MARTÍN, V., *Viabilidad financiera de la empresa de negocios*, ed. Tirant lo Blanch, 2010

GÓMEZ DE ZAYAS, B., *Acuerdos de refinanciación: Reforma de Ley Concursal*, en <http://www.cms-asl.com/Acuerdos-de-Refinanciacion---Reforma-de-Ley-Concursal-10-17-2011>

GÓMEZ SOLER, E., *El incidente concursal. Necesidad o idoneidad, solución o problema*, en *La Ley*, 2016

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, pp.207-236

GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, ed. Civitas, Madrid, 1993

HARNER, M.; SIGNES DE MESA, J., “La reforma del capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, n.º. 24, 2016, pp. 537-548

HERNÁNDEZ ARRANZ, M., “La nueva fase preconcursal”, en *Diario La Ley*, n.º 7272, 2009

HERNANDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en la obra dirigida por GARCIA-CRUCES, J., (*dir.*) *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp.320-369

HERRERA CUEVAS, E., *Manual de Derecho Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009

HOUSTON, W.; AHERN, L., *Bankruptcy reform legislation with analysis*, ed. Thompson-West, 2005

HUALDE LÓPEZ, I., *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014

JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2012

KAUP, C.; DORSEY, L., "Chapter 11 Bankruptcy a primer" en *Chicago* Jul/Aug 2011, vol.28(5), pp.49-51

LARGO GIL, R., "El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial)" en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (dir.), 2013, ISBN 978-84-9790-445-2, pp. 153-213

LEÓN SANZ, F.J., "La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia" en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 30, ISSN 1698-997X, 2013, pp.75-98

LE CORRE, P.M., *Droit des entreprises en difficulté*, ed. Dalloz, 2015

LE CORRE, P. M., "Le privilège de la conciliation " en *Gazette du Palais. Recueil bimestral*, ref.: ISSN 0242-6390, ed. Dialnet, vol. 134, nº. 1, 2014

LO CASCIO, G., *Concordato preventivo, incerti profili interpretativi*, en *Fallimento*, 2012

LÓPEZ LÓPEZ , E., MACÍAS CASTILLO, A., (coors.), BENITO DE LOS MOZOS, A., MARTÍNEZ, E., (et al), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2012

LOPUCKI, L.M, "Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts" en *Buffalo law review* [0023-9356], v.52, 2, 2006, pp. 325 -341

LOPUCKI, L.M., "Courting failure" en *University of Michigan press*, Michigan, 2005, p.70-74

LOPUCKI, L.M., "The nature of the bankrupt firm" en *Stanford Law Rev*, 2003

MANZANEQUE LIZANO, M.; NAVARRO LERIDA, M.S., “Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica” en *RDCyP*, nº 21, 2014, pp.171-184

MARTÍN GÓMEZ, F., “Crisis económico-financiera y concurso de acreedores” en *Boletín de Estudios Económicos*, agosto 2008, Vol.63 (194), pp.265-310

MARTIN MOLINA, P., DIAZ-GÁLVEZ, J.M., LOPO LÓPEZ, M.A., (coors.), AA.VV., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, ed. *Fe d'erratas*, 2014

MARTÍNEZ MELON, M.D., *Las soluciones al concurso por vía del convenio*, ed. *Thomson Reuters*, 2013

MARTÍNEZ SANZ, F., (dir.), PUETZ, A., (coor.), ARIAS VARONA, F., (*et al*). *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, ed. *Tecnos*, Madrid, 2012.

MATEU RUANO, L., “Los Acuerdos de refinanciación en situación de crisis empresarial”, en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº. 145, enero, 2012,

MATHUR, “A.,Beyond bankruptcy: Does the US bankruptcy code provide a fresh start to entrepreneurs?” en *Journal of banking and finance*, ISSN 0378-4266, Vol. 37, nº. 11, 2013, pp. 4198-4216

MELÉNDEZ HUELÍN, O., “Derecho concursal y normativa contable del Banco de España, provisiones por insolvencia y alternativas al concurso de acreedores”, en *RDCyP*, nº 10,2009, pp.241-260

MENÉNDEZ, A., ROJO, A., (dirs.), URÍA,R., (*et al*), *Lecciones de Derecho Mercantil. El Derecho Concursal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

MERINO HERNÁNDEZ,J.L., “La dación en pago”. en *Revista de Derecho Natural*, XXIII, nº 87 enero-marzo, 1975

MIELGO ÁLVARES, M.T., “Los acuerdos preconcursales de refinanciación” en *Escritura pública*, ISSN 1695-6508, nº. 77, 2012, pp. 64-67

NAVARRO LÉRIDA, M.S., MANZANEQUE LIZANO, M., “Refinanciación y capitalización de deuda: una aproximación económico jurídica” en *RDCyP*, n. ° 21, 2014, pp. 171-184

OLIVENCIA RUIZ, M., “El Real Decreto-ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación”, *RDCyP*, n. ° 13, 2010, pp. 19-26

PACCHI, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica), La solución dictada por el legislador italiano” en la obra GARCIA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp.245-293

PATÓN GARCÍA, G., *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2014

PATTI, A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, en *Fallimento*, 2012.

PAVÓN NEIRA, C., *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, ed. Bosch, Barcelona, 2011

PAYNE, J., “Schemes of arrangement takeovers and minority shareholders protection Journal of Corporate Law Studies” en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600592

PEINADO GARCÍA, J.I., “La capitalización en los acuerdos de refinanciación” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, vol. 2, 2015, ISBN 978-84-9119-269-5, pp. 1427-1444

PELLEGATTA, A., “La c.d. "nuova asseverazione" o "riattestazione". Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale” en *Rivista di Diritto Privato*, ISSN 1128-2142, n°. 16-3, julio 2011, pp. 459-477

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana” en *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, n°. 35, 2015, pp. 9-42

PÉREZ TROYA, A., “Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Barcelona, ed. Bosch, 2013, pp. 429-435.

PÉROCHON, F., “Las soluciones negociadas del derecho francés: la conciliación y las salvaguardias con comités de acreedores” en GARCÍA-CRUCES, J., (dir.), *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial: reformas en el derecho comparado y crisis económica*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp.209-235

PÉROCHON, F., *Entreprises en difficulté* ed. LGDJ, Lextenso, 2014

PEROCHON, F., “La prevención de las crisis en Derecho francés”, *RDCP* n. 15, 2011, pp.511-521

PEROCHON, F., “El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas” en *RDCP*, 8, 2008, pp.79-97

PIÑEL LÓPEZ, E., “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales” en *RDCyP* n.º.2, 2009

POZUELO CAMPILLO, J.; LABATUT SERER, G.; VERES FERRER, E., “Validez de la información financiera en los procesos de insolvencia. Un estudio de la pequeña empresa española” en *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, n.º 16, ed. ELSEVIER, 2012

PRENDES CARRIL,P, MUÑOZ PAREDES,A., *Tratado judicial de la insolvencia*, tom.1, Cizur Menor, 2012.

PRENDES CARRIL,P., (dir.), PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., GÓMEZ MARTÍN, F.,(et al), *Guía práctica concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012

PRIETO ESCUDERO, M., *Acuerdos de refinanciación homologables y Ley Concursal*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2016

PULGAR EZQUERRA, J., “Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación”, en *RDCyP*, núm.22, 2015, pp.67-93

PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. *La Ley*, Madrid, 2012.

PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y fresh money”, *RDCP* n.º 15, 2011

PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación y escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal Española 22/2003”, en *La Ley*, núm. 7731, noviembre, 2011, pp.1-6

PULGAR EZQUERRA, J., “El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*. 2010, pp. 19-50

PULGAR EZQUERRA, J., “Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias” en *La Ley* nº 7097, 2009.

RAY, T.E., “Out-of-court workouts, Chapter 11 or liquidation: which door to choose?” en *Tennessee Bar Journal*, mayo-junio, vol. 28 (3), 1992, p.24

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación” en DIAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J.,(dirs.) *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, ed. *Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters*, Navarra, 2015, pp.111-143

ROJO, A., “El contenido del convenio” en *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, *CGPJ*, n.º especial, 2004.

RODRIGUEZ CONDE, C., *Los acuerdos de refinanciación de la Reforma Concursal 2011: medidas para el aseguramiento de la continuidad de la actividad empresarial*, ed. *Bosch*, Barcelona, 2012.

ROMERO SANZ DE MADRID, C., *Derecho Concursal*, ed. Civitas Thomson, Navarra, 2012.

RUBIO VICENTE, P.J., “Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas” en *RDCyP*, n.º 22, ISSN 1698-4188, 2015, pp. 149-162

RUBIO VICENTE, P., “Perspectivas de reforma de la legislación concursal italiana”, *RCyP*, n.º 1, 2014, pp.352-359

SAN GIL LÓPEZ-QUESADA, P., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (coors.) “Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales” en *Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, 2010.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Refinanciación y reintegración concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 20, 2010, pp.9-38

SANCHEZ-CALERO,J., “La rescisión de los acuerdos de refinanciación” en BELTRAN, E., SANJUÁN, E. (et al) , *La reintegración de la masa*, ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2012.

SANCHO GARGALLO, I., “La rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación” en GUERRERO LEBRÓN, M.J.; ESCRIBANO GAMIR, C., (et al), *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2010, ISBN 978-84-9768-839-0, pp. 31-46

SANJUAN MUÑOZ, E., (Coor.), CAMPUZANO LAQUILLO, A.B.,(et al), *Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-Leyes 4/2014 y 11/2014*, ed. SEPÍN, 2014.

SANJUAN MUÑOZ, E., “El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores .A propósito del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo” en *Le Ley*, núm. 7910, 2012.

SAWDEY, R.W., “Out-of-court workouts. (alternative to Chapter 11)” en *The Federal Lawyer*, junio, vol.45(5), 1998, pp..46-50

SEGOVIA VARGAS, M.J.; CAMACHO MIÑANO, M., *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid

SENÉS MOTILLA, M.C., “La homologación de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n.º. 30, 2013, pp. 47-74

SERRA COELHO, L.M., “Bad news does not always travel fast: evidence from Chapter 11 bankruptcy filings” en *Accounting & Finance*, vol.55 (2) June 2015, pp.415-442

SIERRA NOGUERA, E., “La enajenación de la unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)” en *RDCyP*, ISSN 1698-4188, N.º. 21, 2014, pp. 193-208

SOLER LÓPEZ, C.J., CÁRCEL GARCÍA, F.J., *Manual operativo del concurso de acreedores : guía práctica para el administrador concursal y otros operadores jurídico-económicos, adaptado a la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal 22/2003*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, ed. *Fe d'erratas*, Madrid, 2016

TAPIA LÓPEZ, J.M., “apertura de la fase de liquidación” en AA.WW. (coor.) NIETO DELGADO, C., *Derecho concursal*, Valencia, 2012

TASCÓN FERNÁNDEZ, M.T.; CASTAÑO GUTIÉRREZ, F.J., “Variables y modelos para la identificación y predicción del fracaso empresarial: revisión de la investigación empírica reciente” en *Revista de Contabilidad*, ed. RC-SAR, León, 2012

TERRANOVA, G., *I nuovi accordi di ristrutturazione il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa* , en *Dir. Fall*, 2012.

UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ed. La Ley, Madrid, 2009.

VALENCIA GARCÍA, F., “La tipología de los acuerdos de refinanciación” en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, n.º 33, 2014, pp. 65-72

VALLENS, “El mediador de empresa y los procedimientos franceses de prevención”, en *RCP* n.º 13, 2010 , pp.467-472

VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario a la disposición adicional cuarta” en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011

VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “El concurso de acreedores en cifras. Estadística concursal. Anuario 2011” en *Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España*, Madrid, 2011

VELASCO FABRA, G.J., “La reforma francesa del derecho de las empresas en dificultades” en *Anuario de derecho concursal*, ref.: ISSN 1698-997X, nº. 9, ed. Dialnet, 2006

VILARRUBIAS GUILLAMET, F., “El convenio anticipado en el nuevo proyecto de Ley Concursal”, en *La Ley*, núm.5636, 2002.

VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (coors.), NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

VILLORIA RIVERA, I., ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (coors.), NIETO DELGADO, C., (et al), *Memento concursal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012

VIÑUELAS SANZ, M., “La inmunidad a la rescisión de los acuerdos de refinanciación”, *RDCyP*, ISSN 1698-4188, nº22, 2015, pp.457-468

VÍTOLO D., EMBRID IRUJO, J., LEÓN SANZ, F., (dirs.), RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., (coord.), QUIJANO GONZÁLEZ, J., (et al), *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, ed. Comares, Granada, 2011

WARREN, E., WESTBROOK, J.L., “The succes of chaper 11: A challenge to the critics” en *Mich Lw Rev*, 2009.

WEISGARD, *Company voluntary arrangements*, ed. Bristol, 2003.

WESTBROOK, J., “Secured creditor control and bankruptcy sales: an empirical view.(Reforming Chapter 11 Bankruptcy Reorganizations)” en *University of Illinois Law Review*, Spring, 2015, Vol.2015(2), pp.831 y 864

LEGISLACIÓN

COMUNITARIA

Directiva 2007/16/CE de la Comisión, de 19 de marzo de 2007 , que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), *DOCE*, L ,nº,79

Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acuerdos de garantía financiera, *DOCE* , nº. L 168 de 27/06/2002.

Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, *DO*, nº. 126.

Directiva 93/22/CEE del Consejo de 10 de mayo de 1993 relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, *DO*, n. ° 141.

Reglamento (UE) nº 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE* nº 141, ref.: *DOUE-L-2015-81122*

Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE* nº160, ref. , *DOUE-L-2000-81111*

Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresa en crisis de la Comisión Europea, de 31 de julio de 2014 en *EUR-LEX*, ref.: 2014/C 249/01.

Recomendación de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE* núm. 74, de 12 de marzo de 2014, ref.: 2014/135/UE

ESPAÑOLA

Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, de medidas urgentes en materia concursal, *BOE* nº 125, ref.: BOE-A-2015-5744

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, *BOE* nº.238, ref.: BOE-A-2014-9896

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *BOE* nº 233, BOE-A-2013-10074

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE*, n.245, de 23 de noviembre de 2011. ref.: BOE-A-2011-15938.

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, *BOE*, n.266. BOE-A-2009-17493

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *BOE* nº 82, ref.: BOE-A-2009-5614

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2003. Referencia: BOE-A-2003-13813

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE*, nº7, ref.: BOE-A-2000-323

Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, *BOE*, nº 199, ref.: BOE-A-2010-10544

Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, *BOE* nº 217, ref.: BOE-A-2014-9133

Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, *BOE* nº 58, ref.: BOE-A-2014-2485

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *BOE*, nº 161, ref.: BOE-A-2010-10544

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, *BOE* n° 278, ref.: BOE-A-2007-19884

Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, *BOE*, n°78, ref.. BOE-A-2009-5311

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *BOE* núm. 206, ref.: BOE-A-1889-4763.

Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *BOE*, n° 310, ref.: BOE-A-1989-30361

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.*BOE*, núm. 289, ref.: BOE-A-1885-6627

EXTRANJERA

EE.UU

L. 95–598, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2626 por el que se aprueba el U.S. Code: Title 11 en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>

ITALIA

Legge n. °132, de 6 de agosto de 2015, “*conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*”, en *GU* n.192 del 20-08-2015, Suppl. Ordinario n°. 50

Legge n. °80, de 14 de mayo de 2005, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonche' per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*”, en *GU* n. ° 111 del 14-5-2005 (Suppl. Ordinario n. 91)

Decreto-Legge n. ° 83, de 27 de junio de 2015, “*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*”, *GU* n°.147 del 27-6-2015

Decreto-Legge n. ° 5, de 9 de enero de 2006, “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n°. 80*” en *GU* n°.12 del 16-1-2006 - Suppl. Ordinario n. 13

Decreto-Legge n°. 35, de 14 marzo de 2005, “*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*”. en *GU* n.62 del 16-3-2005

Regio Decreto n°. 267 de 16 marzo de 1942, sobre “*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*”, (042U0267) en *GU* n.81 del 06-04-1942

FRANCIA

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *JORF*

Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF*

LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF*

Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, en *JORF*

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF*

Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF*

Loi n° 15-95 formant le Code de commerce (promulguée par Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1 août 1996)), *JORF*

Décret n° 2012-1071 du 20 septembre 2012 pris pour l'application du 2° du I de l'article 28 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches, *JORF*

Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF*

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid, sala primera, de 15 de febrero de 2017, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ref.: 1229/2014/ TOL5.973.234 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, de 4 de marzo de 2016, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ref.: 2467/2013/TOL5.664.505 en *Tirant lo Blanch Online*

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec.3º, de 30 de julio de 2013, ponente: Pedro José Vela Torres, ref.: 208/2013/TOL4.043.463 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sec.4ª, de 26 de marzo de 2012, ref.:133/2012 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 28 de mayo de 2010, EDJ 134974

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección primera, de 2 de diciembre de 2009, ponente: María Soler Navarro, ref.: 478/2009/ TOL1.838.023 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 8 de mayo de 2009, ponente: Rafael Sarazá Jimena, ref.: 438/2008 / TOL1.725.972 |en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 6 de febrero de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sec.2º, de 13 de julio de 2004, ref.: núm. 262/2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 13 de julio de 2004, ref.:262/2004 /AC 2004/1791

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de 23 de julio de 2015, ponente: Zigor Oyarbide de la Torre ref.: 249/2015/ TOL5.403.115 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de 29 de julio de 2014, ponente: José María Fernández Seijo, ref.: 566/2014/ TOL4.501.547 en *Tirant lo Blanch Online*

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm.1 de Madrid, de 21 de mayo de 2007.

Auto del Juzgado nº6 de lo Mercantil de Madrid, de 22 de septiembre de 2016, ponente: Francisco Javier Vaquer Martín, ref.: 297/2016/ TOL5.915.070 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil nº3 de Valencia, de 16 de septiembre de 2016, ponente: Daniel Valcarce Polanco, ref.: 346/2016/ TOL5.853.287 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, de 13 de julio de 2016, ponente: José María Tapia López, ref.: 202/2016/ TOL5.688.101 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 17 de junio de 2016, ponente: Manuel Ruiz de Lara, ref.: 414/2016/ TOL5.852.712 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil nº1 de Almería de 15 de junio de 2016, ponente: Amparo López Pérez, ref.: 139/2016 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 6 de abril de 2016, ponente: Pedro Márquez Rubio, ref.: 360/2016/ TOL5.677.638 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Donostia nº1, de 18 de marzo de 2016, ponente: Pedro José Malagón Ruiz, ref.: 117/2016/ TOL5.858.820 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona nº1, de 14 de marzo de 2016, ref.: 53/2016 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 1 de marzo de 2016, ref.: 78/2016 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 26 de enero de 2016, ponente: Raúl Nicolás García Orejudo, ref.: 976/2015/ TOL5.858.097 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2015, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 799/2015/ TOL5.637.253 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 3 de junio de 2015, ponente: Andrés Sánchez Magro, ref.: 174/2015/TOL5.554.256 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, de 21 de mayo de 2015, ponente: María del Carmen Villellas Sancho, ref.:174/2015/ TOL5.412.011 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de las Palmas de Gran Canaria, de 29 de abril de 2015, ponente: Antonio Carlos Martínez-Uceda Calatrava, ref.: 130/2015 / TOL5.496.404 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Barcelona, de 27 de febrero de 2015, ponente: Yolanda Ríos López, ref.:134/2015/TOL5.402.158 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao, de 13 de febrero de 2015, ponente: Zigor Oyarbide de la Torre, ref.: 79/2015/ TOL4.850.077 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 3 de noviembre de 2014, ponente: Bárbara María Córdoba Ardao, ref.: 817/2014/ TOL4.749.936 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid nº 3, de 24 de junio de 2014, ponente: Antonio Pedreira González, ref.: 358/2014/ TOL4.394.761 en *Tirant lo Blanch Online*.

Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra, de 25 de abril de 2013, ponente: Roberto de la Cruz Álvarez, ref.: 98/2013/TOL3.539.037 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, nº.2, de 10 de abril de 2013, ref.; 127/13 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, de 22 de febrero de 2013, ponente: Yolanda Ríos López, ref.; 53/2013/ TOL3.532.476 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado Mercantil nº8 de Barcelona, de 23 de enero de 2013, ponente: Marta Cervera Martínez, ref.; 963/2012/TOL3.883.629 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona, de 1 de febrero de 2012, ponente: Juan Manuel de Castro Aragonés, ref.: 70/2012/ TOL2.411.131 en *Tirant lo Blanch Online* Auto del Juzgado de lo Mercantil, nº 3 de Gijón, de 10 de julio de 2012, ponente: Fco. José Pañeda Usunariz, ref.; 186/2012 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de 17 de diciembre de 2012, ponente: Francisco Javier Vaquer Martín, ref. 720/2012 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 5 de junio de 2012, ponente: Francisco Javier Fernández Álvarez, ref.: 153/2012 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de 1º instancia de Logroño, de 4 de abril de 2012, ref.129/2012, en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 8 de León, de 21 de marzo de 2012, ponente: Pablo Arraiza Jiménez, ref.: 29/2012 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm.5 de Madrid, de 17 de marzo de 2010.

Auto del Juzgado de lo mercantil núm.8 de Madrid, de 29 de diciembre de 2009, . ponente: Javier Yáñez Evangelista ref.: 588/2009 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de 1º Instancia Mercantil de Córdoba, núm.9, de 10 de septiembre de 2009, ponente: Fernando Caballero García, ref. 164/2009 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de 1º Instancia Mercantil, núm 9 de Córdoba, de 10 de septiembre de 2009, ponente: Fernando Caballero García, ref: 187/2009, *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil, núm.6, de Badajoz de 11 de mayo de 2009.

Auto de Juzgados de lo Mercantil, núm.2, de A Coruña, de 16 de junio de 2009.

Auto de Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 11 de mayo de 2009.

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 9 de diciembre de 2008, ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Cano, ref.: 660/2008/ TOL2.166.549 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de 1º Instancia Mercantil nº 10 de Santander, de 14 de octubre de 2008, ponente: María Del Mar Hernández Rodríguez, ref.: 433/2008/TOL5.268.078 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto de Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2007.

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 13 de abril de 2007, ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Cano, ref.: 84/2007/TOL5.226.217 en *Tirant lo Blanch Online*

Auto del Juzgado de 1º Instancia de Mercantil nº10 de Santander, de 8 de mayo de 2006, ponente: María del Mar Hernández Rodríguez, ref.: 243/2006/ TOL982.952 | en *Tirant lo Blanch Online*

PÁGINAS WEB

“METROVACESA,S.A”, hechos relevantes en *CNMV*: <http://www.cnmv.es> , en los apartados inicio > Consultas a registros oficiales > Hechos relevantes: nº140340 de 18/04/2011 ; 140342 de 18/03/2011; 140343 de 18/03/2011;142528 de 18/04/2011

CNMV., “La Sociedad comunica la eficacia de los acuerdos de reestructuración de su deuda financiera” en Consultas a registros oficiales; Hechos relevantes en *CNMV*, ref.: 120827/ 19/02/2010 y BORNE de 29 de abril de 2010, sec.2º 10791. Caso: “Inmobiliaria Colonial, S.A” en <http://www.cnmv.es>

“CORTEFIEL, SA” en *BORME*, nº13 de 21 de enero de 2010, ref.: BORME-C-2010-1070 en <http://www.cnmv.es>

Diario “EL PAIS” en fecha 29 de enero de 2009, sobre la crisis en empresa “Ford“web:

http://economia.elpais.com/economia/2009/01/29/actualidad/1233217978_850215.html

Diario “EL PAIS” en fecha 16 de septiembre de 2008, sobre la crisis en empresa “Lehman Brothers” web:

http://elpais.com/diario/2008/09/16/economia/1221516004_850215.html

Diario “EL PAIS” en fecha 15 de agosto de 2008, sobre la crisis en empresa “Lehman Brothers” , sitio web:

http://economia.elpais.com/economia/2008/09/15/actualidad/1221463973_850215.html

Diario “EL PAIS”, en fecha 1 de octubre de 2008, sobre la crisis en empresa “SEAT”, web:

http://elpais.com/diario/2008/10/01/economia/1222812032_850215.html