



TRABAJO DE FIN DE GRADO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS: AREA DE DERECHO
MERCATIL



ACTUALIDAD Y VIGENCIA PRÁCTICA DE LAS INSTITUCIONES PRECONCURSALES

AUTOR/A: GEMA SÁNCHEZ NÚÑEZ

TUTOR/A: JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE

GRADO EN DERECHO

INTRODUCCIÓN.....	2
1. LAS INSTITUCIONES PRECONCURSALES COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS DE EMPRESA	5
1) Origen histórico y relevancia de los acuerdos de refinanciación de deuda.....	5
2) Acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios. Análisis del artículo 71 bis.	8
3) Acuerdos de refinanciación de deuda homologados. Estudio de la disposición adicional cuarta	13
4) Acuerdo extrajudicial de pagos. Título X y sus efectos	21
5) Principales cambios introducidos por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre	31
6) Comparativa de las instituciones preconcursales: ventajas e inconvenientes	34
7) La interrupción del deber de solicitar la declaración de concurso conforme al art.5. bis LC	38
8) La solución a la crisis de empresa en el procedimiento concursal: la fase de convenio	40
A) Introducción	
B) Contenido	
C) Propuesta anticipada de convenio	
D) Propuesta de convenio ordinaria en la fase de convenio	
E) La aprobación judicial del convenio	
9) Los acuerdos de refinanciación frente a la propuesta anticipada de convenio	48
2. CONCLUSIONES FINALES.....	52
3. BIBLIOGRAFÍA.....	53

1. INTRODUCCIÓN

Vamos a dedicar el presente trabajo al estudio de las instituciones preconcursales. Analizaremos, en particular, las características de cada uno de los acuerdos de refinanciación. También sus principales diferencias. Esto porque a pesar de cumplir una función análoga, encaminada a salvaguardar la empresa, presentan tanto notables como sutiles diferencias que matizaremos. Para comprender íntegramente la razón de ser de nuestro estudio debemos incidir en la reforma de la Ley concursal llevada a cabo por la *Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. No podemos obviar su origen histórico e importancia como instrumento para salvar a la empresa de su extinción. Por ello haremos un recorrido a lo largo de la historia, breve y conciso, sobre las medidas adoptadas con anterioridad a la aplicación de los acuerdos de refinanciación y la necesidad de implantar estas instituciones como solución lógica de las insolvencias que tantos perjuicios causan y han causado.

De este modo, autores como ESTEBAN RAMOS ¹ alegan que *“El legislador español ha tratado de favorecer, en los últimos tiempos, 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. Una de ellas son los acuerdos de refinanciación, cuya regulación ha sido objeto de diversas reformas”*. Asimismo, el profesor OLIVENCIA² estipula que *“son ajenos al concurso, medidas de carácter contractual de prevención de la insolvencia que exceden de los efectos naturales del contrato (“relatividad subjetiva”), para extenderlos a terceros y a la tramitación procesal del concurso, en protección, más que de la continuidad de la actividad de la empresa, de los acreedores financieros”*.

Es de gran relevancia destacar que la Ley Concursal de 2003 estableció el concurso como medio de solución de las situaciones de insolvencia tanto actuales como inminentes, el cual no contemplaba un régimen preconcursal que anticipara las medidas a un momento anterior al propio concurso, ahorrando así los perjuicios inevitables y el desembolso de una gran cantidad económica. No obstante se produjo una modificación progresiva en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que surgió un régimen preconcursal, el cual trataba de

¹ ESTEBAN RAMOS L.M., Revista de derecho concursal y paraconcursal: “Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación”, 2014

² OLIVENCIA RUIS, M., “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Dir. PULGAR EZQUERRA, Juana, 2012, núm. 17, pág. 28.

superar los defectos del régimen anterior, comenzando, en primer lugar, por las entidades de crédito. Se le fue entregando el protagonismo al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), autoridad administrativa encargada de la resolución y se dio lugar al Real Decreto-ley 9/2009, de 29 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. A través de todas estas actualizaciones progresivas de la materia concursal a la situación actual se generó un régimen preconcursal de resolución de crisis bancarias impuesto por el *Memorandum of Understanding*³, el cual estableció las condiciones a cumplir por el sector y la regulación financiera impuesta a los españoles para la recapitalización con fondos europeos.

No obstante, fue la Ley 38/2011⁴ la que presentó como uno de sus objetivos centrales la profundización en las alternativas al concurso, esto es, en las instituciones preconcursales. Esta ley ya se encargaba de la comunicación formal del inicio de negociaciones con los acreedores, de los deberes de las partes y, como rasgo especialmente relevante, introdujo la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. Asimismo incorporó el famoso artículo 5 bis de la Ley Concursal, el cual analizaremos más adelante. Pero a pesar de todas las reformas introducidas la Ley Concursal no era capaz de resolver sus deficiencias en relación a los acuerdos de refinanciación, de modo que era necesario que la actividad de actualización siguiera su curso hasta conseguir la total adaptación de la Ley.

A raíz de la reforma operada a través de la citada Ley 17/2014 se produce un cambio en la realidad de las instituciones preconcursales que merece ser analizado y observado detalladamente. Nos centraremos en las nuevas novedades que tienen lugar, así como en las diferencias que surgen entre los diversos acuerdos de refinanciación, que continúan siendo tres: Acuerdo de refinanciación de deuda ordinario, acuerdo de refinanciación de deuda homologado y acuerdo extrajudicial de pagos. Mayor razón de ser de nuestra investigación supone el hecho de que, debido a la novedad de dicha reforma, en la actualidad hay escasos o inexistentes estudios sobre el actual estado de las instituciones preconcursales, con lo que la abordaremos por primera vez.

Para su elaboración comenzaremos estudiando el origen histórico de las instituciones preconcursales, la importancia de su adopción y su desarrollo a través de los años

³ El Memorandum of understanding es un documento que describe un acuerdo bilateral o multilateral entre partes, el cual manifiesta la misma voluntad de las mismas. Es decir, se trata de un documento que tiene por objetivo dejar constancia de la voluntad de las partes en realizar en el futuro un contrato.

⁴ Véase Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

posteriores. Continuaremos analizando y detallando la naturaleza de cada acuerdo de refinanciación, para lo que nos apoyaremos en la Ley Concursal. Consecutivamente destacaremos sus principales rasgos distintivos, apreciados a través de nuestro análisis propio. Finalizaremos realizando una comparativa de los institutos preconcursales con el convenio como solución a la crisis de empresa.

Nuestra principal intención a través de este estudio es lograr una comprensión generalizada de los acuerdos de refinanciación⁵, así como de su naturaleza y evolución sin necesidad de acudir a más fuentes. Esperamos lograr incidir en todos aquellos aspectos relevantes de las instituciones preconcursales que puedan ser cuestionados y ofrecer elementos clarificadores en algunos de los extremos más relevantes. Otro de nuestros propósitos es actualizar la realidad preconcursal, para lo que acudiremos a la mencionada y tan actual reforma realizada en octubre del pasado 2014. Siendo conscientes de la reducida o limitada información que se nos ofrece sobre el contexto de los acuerdos de refinanciación de deuda como solución preconcursal a la insolvencia del deudor, nos adentramos en una investigación que, a pesar de no ser completa por estar ello fuera de nuestros límites, sí que pueda en cambio resolver las principales y más generales cuestiones.

⁵ Por acuerdos de refinanciación nos referimos a la totalidad de las instituciones preconcursales, es decir, acuerdo de refinanciación de deuda ordinario, acuerdo de refinanciación de deuda homologado, así como acuerdo extrajudicial de pagos. Consideramos que a pesar de su singular denominación, distinta a las otras dos instituciones, el acuerdo extrajudicial de pagos no deja de ser un acuerdo de refinanciación pues, a pesar de intervenir un mediador, sigue teniendo por finalidad obtener un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que permita al primero refinanciarse.

2. LAS INSTITUCIONES PRECONCURSALES COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS DE EMPRESA

1) ORIGEN HISTÓRICO Y RELEVANCIA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDA

Es innegable que siempre ha habido situaciones de insolvencia y de ausencia de activos suficientes por parte de los empresarios para satisfacer sus deudas contraídas. La incapacidad del deudor para satisfacer de manera regular sus obligaciones exigibles no es un problema actual, sino que ya existía en el Derecho Romano, donde la imposibilidad de pago suponía la pérdida de la libertad del deudor. Se empleaba la figura de la *manus injectio*, que podía finalizar con la esclavitud del deudor si éste era incapaz de afrontar los pagos que le eran exigibles. Por lo tanto, en el Derecho Romano los deudores no perdían solo sus bienes, sino también su libertad. El procedimiento se iniciaba con la *benditio bonorum*, que constituía un derecho de ejecución forzosa contra el deudor, quien se consideraba infame a partir de ese instante. Tras ésta tenía lugar otra serie de fases, como el *emptor bonorum* o el *magister-bonorum*.

En la edad media los deudores también se encontraban en situación de insolvencia, aplicándoseles unas medidas intermedias compuestas, por un lado, por la intervención del juez y los pactos de regulación entre deudor y acreedores; Y por otro lado se aplicaba la quiebra y defraudación del quebrado.

Del mismo modo, el derecho concursal previo a la regulación que tuvo lugar en el año 2003 distinguía entre el deudor empresario y el deudor no empresario. De ésta manera el empresario debía acudir al procedimiento de quiebra o al procedimiento de suspensión de pagos, mientras que el deudor no empresario debía acudir al procedimiento concursal o al procedimiento de quitas y esperas. Cada procedimiento tenía una regulación distinta, con lo que queda latente la evidente situación de dispersión normativa y la necesidad de unificar todas las normas en una que fuera capaz de responder a las dudas y problemas planteados. El gran cambio tuvo lugar cuando el legislador se advirtió de la relevancia de que las empresas fueran salvadas y no liquidadas, así como la necesidad de evitar la imposición de

penas privativas de libertad hacia los empresarios. De todo ello debemos resaltar la severidad de las penas que se han impuesto históricamente, donde ya en el Derecho Romano se privaba de libertad a los empresarios deudores mediante la esclavitud. Era fundamental que las medidas sancionadoras impuestas se vieran moderadas, para, de este modo, no afectar gravemente al comercio y la industria, pues el Código Penal ya castigaba los delitos económicos.

En la actualidad es indiscutible que una vez liquidada la empresa es imposible resarcir a todos los acreedores perjudicados mediante el pago de todos sus derechos, por tanto otro aspecto fundamental es evitar la desaparición de la actividad empresarial ya que, siendo imposible resarcir en su totalidad al acreedor, debemos centrarnos en salvar la actividad empresarial, aunque sea encomendándosela a personas “más eficientes”, como señala RODRÍGUEZ CONDE⁶. Destaca éste mismo autor⁷ que “*por causas de insolvencias hemos visto regiones enteras sucumbir a raíz de la desaparición de actividades industriales que hasta ese momento habían demandado numerosa mano de obra y las oportunas inversiones*”.

De manera que se debe velar por la continuidad de la empresa, consiguiendo de este modo resarcir en el futuro los derechos de los acreedores que no se han podido satisfacer tiempo atrás. Asimismo, el concepto de empresario ha dado un vuelco, de manera que estamos ante un conjunto organizado en el que hay una gran cantidad de personas especializadas que prestan sus servicios a favor de una empresa, de modo que la extinción de ésta perjudicaría a muchas familias.

Lo realmente importante es la recuperación de la actividad económica y el mantenimiento de los puestos de trabajo para evitar los grandes perjuicios que en caso contrario se generarían. La empresa es considerada a partir de este momento como un conjunto de derechos y deberes que deben ser protegidos. Dada la gran repercusión que tendría adoptar como principal solución la liquidación y extinción de la empresa, surgen medidas para dotar de protección a los actos y acuerdos adoptados prejudicialmente.

A partir del año 2003 el legislador establece medidas de protección para las empresas. Entre estas se encuentran los acuerdos de refinanciación de deuda, que permitirían aumentar el activo del deudor y superar su insolencia, viéndose éste capaz de responder en el futuro a

⁶ RODRÍGUEZ CONDE C., *Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011. Medidas para el aseguramiento de la continuidad de la actividad empresarial*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 21.

⁷ Op. cit. nota 6, p. 21.

sus obligaciones exigibles de manera regular, y evitando la producción de efectos lesivos en el comercio. Alegaba PLANA PALUZIE ⁸ que *“muchos de los preceptos van encaminados al mantenimiento de la actividad empresarial, pero si esto no se consigue es, en buena medida, a que la Ley Concursal regula mucho la situación actual de insolvencia y demasiado poco la previa a la insolvencia. Con un procedimiento concursal más rápido, barato y eficiente podríamos reducir el número de liquidaciones, al menos aquellas en que el deudor mantiene un número de ventas suficiente”*.

Ésta última cita destacan dos ideas que no debemos pasar por alto. Por un lado que la necesidad de adoptar un sistema de resolución de insolvencias más económico y su vez capaz de actualizarse a las necesidades del momento actual, pues el procedimiento concursal resulta muy costoso e incluso inaccesible para muchos deudores en situación de crisis económica, y éste último es un dato que no debemos olvidar. Por otro lado PLANA PALUZIE critica la ingente cantidad de medidas existentes para la resolución de la insolvencia, frente a la escasez de medidas capaces de resolver la situación previa, evitando tener que recurrir a las primeras enunciadas.



⁸ PLANA PALUZIE A., "La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal : análisis de su regulación y principales aspectos prácticos", *Artículos Doctrinales: Mercantil*, NOTICIAS JURÍDICAS, <http://www.noticias.juridicas.com>, febrero, 2012

2) ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE DEUDA ORDINARIOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 71 BIS.

El acuerdo de refinanciación de deuda ordinario es el principal instituto preconcursal, así como el que mejor responde a la propia naturaleza preconcursal, ya que en éste no tienen intervención más que el deudor y sus acreedores. A través de éste se trata de adoptar un acuerdo que permita al deudor superar su situación de insolvencia a través de refinanciaciones, quitas, esperas u otros medios acordados por las partes en el proceso de negociación.

Dentro del acuerdo de refinanciación de deuda ordinario se encuentran a su vez dos clases de acuerdos. Por un lado se encuentran aquellos que cumplan los requisitos dispuestos en el apartado primero del artículo 71 bis, es decir, aquellos que no serán rescindibles siempre y cuando supongan una ampliación significativa del crédito disponible o una modificación o extinción de las obligaciones del deudor, y siempre y cuando cumplan los demás requisitos del apartado primero que a continuación veremos. Por otro lado se encuentran aquellos acuerdos recogidos en el apartado segundo, esto es, aquellos que no reuniendo los requisitos estipulados en el apartado primero son considerados merecedores de protección por reunir otra serie de características, las cuales, como en el apartado primero, también plantearémos y desarrollarémos. Dicho en palabras de PAVÓN NEIRA ⁹ *“podremos distinguir entre acuerdos de refinanciación sin protección legal, cuando no concurren aquellos requisitos, frente a acuerdos de refinanciación con protección legal, cuando éstos cumplan los requisitos previstos”*.

El artículo 71.1 bis de la Ley Concursal¹⁰, en adelante LC, tiene por rúbrica “Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación”. El presente artículo establece la imposibilidad de revocar aquellos acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios que haya obtenido el deudor y en virtud de los cuales se produzca una ampliación relevante del crédito del deudor o, en su caso, una modificación o extinción de sus obligaciones. Se exige que estos acuerdos hayan sido adoptados de acuerdo a un plan de viabilidad que permita continuar la actividad empresarial o profesional tanto a corto como medio plazo.

⁹ PAVÓN NEIRA C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 17.

¹⁰ Véase Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial las instituciones preconcursales a partir de la ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Asimismo, se debe cumplir otra serie de requisitos. Estos son, a grandes rasgos, los siguientes:

- 1- Que el acuerdo se adopte por acreedores que posean tres quintas partes del pasivo deudor**
- 2- Que tenga lugar una certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo**
- 3- Que el acuerdo se formalice en instrumento público**

La ley trata de proteger los acuerdos de refinanciación ante su posible derogación, siempre y cuando se cumplan los requisitos estipulados. Su derogación cabe cuando se produzca un perjuicio patrimonial. El Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo¹¹ ya recogía entre sus propósitos dotar de protección eficaz a aquellas refinanciaciones preconcursales con reestructuración que se acompañaran de un plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo, con la finalidad de conservar la empresa y su actividad, así como el empleo generado por ésta. La rescisión de éstos puede generar grandes perjuicios para la masa activa del deudor, viéndose éste incapaz de afrontar sus pagos y obligado a recurrir al concurso de acreedores. Cabe precisar que el acuerdo de refinanciación únicamente goza de ésta protección cuando produce beneficios para la situación de insolvencia del deudor, por tanto, ha de ser favorable para éste en el sentido de que debe suponer una mejora significativa para la empresa.

De ésta manera, como expresa PAVÓN NEIRA¹², “*no siempre el inicio de una negociación entre el deudor y sus creadores requerirá dotar al acuerdo alcanzado de los requisitos del citado artículo, ya que los mismos persiguen proteger aquellos acuerdos que, siendo a priori rescindibles, la LC quiere amparar por considerar que existe un interés superior merecedor de protección legal frente al perjuicio patrimonial que para la masa activa del deudor habrá supuesto la suscripción del acuerdo*”. Con ello el autor quiere dejar constancia de que no todo acuerdo adoptado por el deudor y sus acreedores genera necesariamente un perjuicio patrimonial, de manera que, por consiguiente, no todo acuerdo requerirá de una protección que lo determine irrevocable.

¹¹ Véase 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.

¹² PAVÓN NEIRA C., Ibid. pág. 17 op. 9

En la misma línea, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ¹³ manifiesta que “*todo acuerdo de refinanciación que verdaderamente responda a la causa típica de saneamiento y continuidad de la actividad empresarial estará protegido frente a la ulterior rescisión en caso de concurso; y ello con independencia de que cumpla o no los demás requisitos, pues tales requisitos lo único que añaden es una preconstitución de prueba, por la mayoría alcanzada, por el informe del experto independiente y por el instrumento público utilizado respecto a que realmente dicha causa esté en la base del acuerdo*”. De acuerdo con lo expresado por este autor debemos clarificar que para la adopción de un acuerdo de éstas características no es imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos expuestos en el artículo 71 bis.

Por lo que respecta al plan de viabilidad, se nos presenta como un requisito fundamental sin el cual no puede quedar formalizado acuerdo alguno. Éste es llevado a cabo por un experto independiente nombrado por el Registro Mercantil. Deberá plantear y evaluar la estrategia de la empresa para superar su iliquidez y obtener su esperada solvencia, razón por la cual se lleva a cabo la refinanciación. El experto independiente ha de respaldar por tanto el acuerdo de refinanciación planteado por el deudor con sus acreedores.

En relación al apartado b) del artículo 71 bis, donde se integran los tres requisitos ya expuestos, cabe realizar una serie de matizaciones. Exige la ley que “*con anterioridad a la declaración del concurso 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*”. Pues bien, desde nuestro parecer, así como desde el parecer de otros autores¹⁴, el requisito de los tres quintos es difícil de poder cumplir, ya que supone que más de la mitad de los acreedores deben aceptarlo y, si la cantidad de acreedores es muy elevada a su vez, siempre, o casi siempre, surgen dificultades a la hora de llegar a un acuerdo.

Por otro lado, este requisito se ve justificado por el hecho de que no simplemente se tienen en cuenta a las grandes empresas acreedoras, si no a la totalidad de acreedores, ya sean pequeños, medianos o grandes. Asimismo, cuanto mayor sea el número de acreedores que respalden al deudor, mayor será la posibilidad de superar con éxito la situación de insolvencia que se trata de paliar a través de estas instituciones. Razón por la cual nos parece criticable el hecho de que determinados acreedores no se vean afectados por el acuerdo de refinanciación. Concretamente nos estamos refiriendo a los acreedores con

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A., “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Dir. PULGAR EZQUERRA, Juana, 2012, núm. 16, págs. 123 y 124.

¹⁴ RODRÍGUEZ CONDE C., Ibid pág. 101 op. 6

garantía real. No obstante, éste problema que aquí planteamos se verá resuelto más adelante con el acuerdo de refinanciación de deuda homologado.

En segundo lugar, se exige un informe elaborado por el auditor de cuentas del deudor acerca de la suficiencia del pasivo necesario para adoptar el acuerdo. Es decir, el auditor debe acreditar que efectivamente tienen lugar las mayorías exigidas. Ello está destinado a evitar posibles fraudes en caso de inexistencia de créditos de los acreedores frente al deudor, en concreto, en relación a las personas especialmente vinculadas al deudor, de las que se puede derivar este riesgo en mayor medida. Por último, el acuerdo debe ser elevado a documento público. Para culminar con el escudo protector de los acuerdos de refinanciación, se debe elevar el acuerdo ante notario, haciéndose constar las negociaciones a las que se ha llegado y aportando todas los documentos que dejen constancia de que el mismo cumple los requisitos necesarios para dotarlo de dicha protección. Una vez se hayan cumplido todos estos pasos, el acuerdo de refinanciación de deuda adoptado no podrá ser rescindido.

El legislador entiende que hay determinados actos o acuerdos que son dignos de protección a pesar de no satisfacer los requerimientos expuestos. Razón por la cual éste dispone en el apartado 2 del artículo 71 bis que tampoco serán rescindibles aquellos actos que, a pesar de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 71.1 bis, supongan un beneficio efectivo para la masa activa del deudor, y siempre y cuando se reúnan las condiciones expuestas en el 71.2 bis, que son las siguientes:

- a) Que se incremente la proporción de activo sobre pasivo. Por tanto, ese acto debe generar un aumento en pro del activo frente al pasivo que permita al deudor salir de su situación de insolvencia.
- b) Que el activo corriente sea superior o igual al pasivo corriente
- c) Que el valor de las garantías hacia los acreedores no supere los nueve decimos del valor de la deuda
- d) Que el tipo de interés resultante a aplicar no sea superior a un tercio de la deuda anterior
- e) Que el acto sea elevado a documento público

No podemos obviar lo expuesto en el apartado 3 del citado artículo, donde se manifiesta que cabe la impugnación de los acuerdos incluidos en el mismo “*de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente*”. En el artículo 72, por tanto, se estipula que únicamente podrá rescindir una acción o acuerdo el administrador concursal. No obstante, en el caso de que un acreedor haya requerido al administrador concursal para ejercitar alguna acción, y si éste no adoptara medida alguna en el plazo de dos meses, podrá impugnar el acto ese acreedor. Ahora bien, en el apartado 2 excluye de tal posibilidad a los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis, donde únicamente cabrá la impugnación por parte de la administración concursal y nunca de acreedores.

El cuarto y último apartado del artículo 71 bis habla de la posibilidad de solicitar, tanto por parte del deudor como de los acreedores, el nombramiento de un experto independiente para que aporte su valoración técnica acerca de la probabilidad de llevar a la práctica el acuerdo al que se ha llegado. Deberá también juzgar las garantías que pueden obtener los acreedores a través del acuerdo, contraponiéndolo con los riesgos propios del acto, a fin de determinar si es más beneficioso que perjudicial. Esta aportación objetiva permite dotar de una mayor seguridad al deudor y a los acreedores, siempre destacando que no cabe un acuerdo de refinanciación inalcanzable y que no pueda ser ejecutado, e incidiendo en que este informe del experto independiente no es una obligación o requisito a cumplir, sino una decisión facultativa de cada parte.

3) ACUERDOS DE REFINACIACIÓN DE DEUDA HOMOLOGADOS. ESTUDIO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.

“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”. De este modo nos introduce la Ley Concursal la homologación de los acuerdos de refinanciación. Con ello se permite dotar de carácter judicial al acuerdo adoptado previamente, generando ello una serie de beneficios para ambas partes.

Los acuerdos de refinanciación de deuda homologados son aquellos que se caracterizan por ser aprobados a través del juez del concurso, quien tiene especial incidencia en el mismo. Su autorización u homologación permite extender los efectos del acuerdo a diversos acreedores que se muestran disidentes o incluso que no llegan a participar de las negociaciones del propio acuerdo. Esta es la primera y más importante nota característica frente al acuerdo de refinanciación de deuda ordinario, en el cual nunca tiene incidencia el juez.

Al igual que ocurría en el artículo 71 bis, la homologación está sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente. Se requiere en primer lugar el cumplimiento de una mayoría del 51% para poder proceder a conferirle este carácter, así como las correspondientes consecuencias derivadas de la denominada homologación. En segundo lugar, en el momento en que es adoptado, debe dar lugar a un aumento significativo del crédito disponible, o en su caso a la modificación o extinción de las obligaciones del deudor, siempre conforme a un plan de viabilidad que permita al deudor continuar con la actividad empresarial en el medio y corto plazo. También se solicita que con anterioridad a la declaración del concurso tenga lugar un examen realizado por el auditor de cuentas del deudor, respondiendo a la suficiencia del pasivo para proceder a la operación, así como la elevación del acuerdo a documento público. Una vez reunido el 51% del pasivo, el acuerdo no será susceptible de rescisión conforme al apartado 13 de la disposición adicional.

De este breve análisis inicial podemos extraer la naturaleza y el carácter esencial de la disposición adicional cuarta y, por ende, de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de deuda. Destacamos en primer lugar la mayor facilidad, con respecto a los acuerdos de refinanciación ordinarios, que nos ofrece el legislador para llegar a adoptar un acto de refinanciación. Frente a los tres quintos del pasivo que se debía reunir en el artículo 71 bis, en la disposición adicional cuarta únicamente se exige una mayoría simple del 51%, por lo tanto la probabilidad de adoptar un acuerdo de estas características es definitivamente más elevada que la probabilidad de conseguir el acuerdo del artículo 71 bis. Si bien es cierto que se sigue exigiendo el cumplimiento de determinados requerimientos del artículo 71 bis, como es lo dispuesto en la letra a), así como el contenido de lo expuesto en los números 2º y 3º de la letra b), no cabe duda de que la intención del legislador es abrir el camino a la adopción de estos acuerdos y apoyar a las empresas y sus acreedores a tratar de preservar por vías preconcursales la empresa y todo lo que ésta integra.

Asimismo, al igual que en los acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios se produce la no rescisión de los mismos una vez que estos han sido adoptados y reúnen todos los requisitos exigidos, los acuerdos de refinanciación de deuda homologados tampoco podrán ser rescindidos. De esta manera se extiende la no rescisión otorgada a los acuerdos ordinarios a la homologación judicial, para dotarles de ese escudo protector ya planteado anteriormente.¹⁵

La ley excluye los pasivos de aquellas personas especialmente vinculadas al deudor para el cálculo de la mayoría del 51%, evitando así los posibles fraudes ya mencionados con anterioridad que se pueden generar por parte de personas especialmente vinculadas al deudor. No son excluidos, sin embargo, de los efectos que genere la homologación acordada por el resto de acreedores, de manera que no tendrán derecho a votar para esta homologación, pero sí se verán obligados a soportar los efectos que se deriven del acuerdo. Cabe llevar a cabo una matización acerca de las personas que la LC considera como especialmente vinculadas con el deudor a fin de conocer mejor las razones de esta exclusión. El artículo 93 LC considera personas especialmente vinculadas con el deudor persona jurídica, entre otros, a los socios y personas especialmente relacionadas con ellos

¹⁵Ibid. op. 10, apartado b) Acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios. Análisis del artículo 71 bis.

que sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas de la sociedad, los administradores, tanto de hecho como de derecho, liquidadores y apoderados, así como las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad concursada. Con respecto al deudor persona física estas personas son el cónyuge del concursado o quien hubiese sido su cónyuge dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o bien las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal. También se incluyen los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas que hemos mencionado. Y por último, se incluyen los cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado.

Todas aquellas personas que gocen de un cierto control dentro de la sociedad, que sean personalmente responsables de las deudas de la misma o bien que mantengan una relación de carácter familiar o sentimental con el deudor concursado se abstendrán de votar, pues se presume que tienen un conocimiento real de la situación económica de la empresa concursada. En caso de que pudieran tomar parte en la votación podría ello suponer una manipulación de los intereses del conjunto de acreedores ajenos a esta condición de persona especialmente vinculada, y por ello el legislador, desconfiando de estas personas, adopta una medida que puede parecerse extrema, pero que pretende única y exclusivamente el buen fin del acuerdo de refinanciación en pro del empresario deudor y sus acreedores. Asimismo, merece especial mención el hecho de que aquellas personas que recoge el artículo 93 LC verán sus créditos subordinados frente al resto de créditos ordinarios y privilegiados, suponiendo esto que serán los últimos en la cola para el cobro de sus créditos.

No obstante, el que sus créditos se vean subordinados nos parece una medida más limitativa aun, de modo que éstas son demasiado restrictivas hacia las personas vinculadas al deudor, quienes apenas gozan de los mismos derechos que el resto de acreedores. Tal vez el legislador podría plantearse la posibilidad de evitar el fraude referido sin resultar tan limitativo. Son a efectos de la presente LC acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero independientemente que estén sujetos a supervisión financiera.

En el ámbito de las instituciones preconcursales debemos tener muy presente la dificultad del deudor para poder obtener con éxito un acuerdo de refinanciación que goce del apoyo de todos sus acreedores. No reuniendo las mayorías exigidas por la ley, el deudor se ve obligado a solicitar la declaración de concurso voluntario, mientras que en otras ocasiones, reuniendo las mayorías, el acuerdo no se alcanza por no ser suficientes el número de acreedores que la respaldan, requiriéndose un número aún mayor.

Es evidente que cuanto mayor sea el número de acreedores que refinancien o apoyen un determinado acuerdo, mayores serán las posibilidades del deudor de superar su insolvencia. Por tanto, en ocasiones no es suficiente con obtener el apoyo del 51% del pasivo.

Se ha tenido muy presente la voluntad del deudor y de la mayoría de los acreedores de superar el estado de insolvencia, evitando recurrir al concurso de acreedores, y de esta manera, un elemento trascendental en la homologación judicial es que los efectos resultantes de lo pactado entre el deudor y las entidades financieras que tomen parte en la negociación puede **extenderse a las entidades financieras no firmantes o disidentes**, siempre y cuando sus créditos no gocen de garantía real, entendiéndose por garantía real, entre otras, la hipoteca inmobiliaria o mobiliaria, la anticresis, la prenda o las garantías financieras.

Por lo tanto se permite extender los efectos del acuerdo más allá de los propios firmantes, facilitando al deudor la adopción de un acuerdo de refinanciación de deuda homologado, y salvaguardando el interés colectivo de los acreedores. Cabe destacar que los efectos únicamente se extenderán a aquellas entidades financieras que no dispongan de garantía real y que por tanto no vean su derecho asegurado.

Sin embargo, la LC no contiene una definición del término “entidad financiera”, concepto en el cual debemos incluir además de las entidades de crédito en sentido estricto las distintas entidades que integran el sistema bancario en la sombra, es decir, aquellas entidades que realizan funciones de intermediación crediticia en los mercados financieros al margen del sistema bancario. Con carácter general se consideran como entidades financieras aquellas entidades de crédito que conforman el sistema bancario tradicional, entidades que se encuentran bajo la supervisión del Banco de España. Dentro del sector bancario tradicional se encuentran las entidades de crédito definidas por el legislador¹⁶ en la Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como en el Real Decreto

¹⁶ Véase apartado I del Preámbulo de la Ley 9/2012, de 4 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas¹⁷.

Es decir, “toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”. A modo de ejemplo, son entidades de crédito el Instituto de Crédito Oficial (ICO), los bancos, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), así como también las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito.

Ahora bien, para que se extienda la totalidad de los mencionados efectos del acuerdo adoptado a los acreedores no participantes o disidentes, es decir, a aquellos que no intervinieron en la adopción del acuerdo y aquellos que se manifestaron en contra de la adopción del mismo, no es suficiente con alcanzar el 51% del pasivo, sino que se ha de obtener un 75%. Ello tiene su razón de ser en que para poder vincular de manera obligatoria a quienes no están de acuerdo con el contenido de unas negociaciones, o incluso con llevar a cabo estas, se requiere que haya un gran número de acreedores que respalden al mismo, de manera que se pueda considerar que el interés general de los acreedores o la voluntad de la gran mayoría de éstos es aprobar y llevar a cabo tales negociaciones. De esta manera, para no mermar e incluso para garantizar el objetivo del 75% de los acreedores, se ven obligados a contribuir el 25% restante. Al margen de esta afectación obligatoria establecida por la ley, también cabe la intervención o adhesión voluntaria por parte de los restantes acreedores que no sean entidades financieras sin garantía real, pero únicamente participarán en la realización y consecución del acuerdo, y por tanto en sus efectos y no en las votaciones.

El apartado tercero de la disposición adicional se ocupa de los efectos extensibles a aquellos acreedores de pasivos financieros no participantes o disidentes que han sido objeto de análisis en el párrafo anterior. Cuando el acuerdo sea adoptado por acreedores que representen un 60% del pasivo se verán sujetos a los efectos de las esperas, tanto de principal como de intereses por el plazo de cinco años o a la transformación de la cantidad debida por el deudor en situación de iliquidez en un préstamo durante el mismo periodo de

¹⁷ Véase Art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas

tiempo. Por otro lado, cuando el acuerdo sea aprobado por un 75% del pasivo, además de estar sujetos a las esperas, se verán afectados también por las quitas y la conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este supuesto los acreedores no participantes o disidentes deberán escoger entre la conversión de la deuda en capital o una quita de la cantidad que correspondería transformar en capital, entendiéndose el silencio de éstos como la selección de la quita.

También se verán obligados a la conversión de la deuda en préstamos participativos, subordinados, con intereses capitalizables o incluso en obligaciones convertibles entre otros, por el plazo de cinco o más años e inferiores a diez, e incluso a la cesión de bienes o derechos a los acreedores para el pago de la totalidad o de parte de la deuda.

Finalmente, para que los efectos sean susceptibles de extensión a estos sujetos, deben ser establecidos por las mayorías dispuestas en la ley, que son de un 65% para las medidas de la letra a), es decir, para las esperas o la conversión de deuda en préstamos, y un 80% para las medidas de la letra b), que son el resto de medidas mencionadas con posterioridad.

En este punto consideramos conveniente aclarar ciertos conceptos para poder comprender con mayor claridad las medidas que tienen lugar en las negociaciones preconcursales. Nuestro conocimiento general en materia de Derecho Concursal nos permite comprender fácilmente que la quita es una reducción o rebaja del importe de la deuda que realiza el acreedor para facilitar al deudor la superación de su crítica situación económica, de manera de éste ya no paga el 100% de la deuda al acreedor x. Por otro lado, la espera es un aplazamiento en el pago de la deuda que permite al deudor disponer de más tiempo para reconducir su situación a la solvencia deseada.

Y por último, cabe aclarar que los préstamos participativos son préstamos a largo plazo donde el interés a pagar depende de los resultados obtenidos por la empresa prestataria, con la finalidad de fomentar la superación de la insolvencia.

La tramitación referente a la homologación le corresponderá al juez de lo mercantil competente para declarar el concurso de acreedores, de manera que deberán solicitar al juez, el deudor o bien cualquiera de sus acreedores que tome parte en el acuerdo, la homologación del acuerdo de refinanciación adoptado, previa aportación del mismo, de la certificación del auditor de cuentas acreditativa del cumplimiento de las mayorías exigidas

por la ley, de los informes elaborados por expertos independientes, y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en su caso.

Tras ello, le corresponderá al juez evaluar la solicitud de homologación y admitirla a trámite, procediendo a la paralización de las posibles ejecuciones singulares hasta que el acuerdo se encuentre homologado, o no admitirla. La providencia del juez admitiendo o inadmitiendo la homologación será publicada en el Registro Público Concursal a través de un anuncio en el que se permita identificar al deudor y juez competente, indicando datos como el número de procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de las medidas del mismo.

Si el acuerdo cumple todos los requisitos dispuestos en la ley, y analizados en este mismo apartado, procederá a conceder la homologación, así como a la declaración de la extensión de los efectos de la homologación a los acreedores no participantes o disidentes si se dan las mayorías necesarias. La resolución del juez será publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), así como en el Registro Público Concursal, y en el plazo de quince días tras la publicación los acreedores de pasivos financieros que decidieron no participar en el acuerdo de homologación o se mostraron disconformes al mismo y tras la concesión de la homologación se ven afectados por ésta, podrán impugnar la resolución judicial. Una vez impugnada, será tramitada por el procedimiento del incidente concursal, dándose traslado al deudor y al resto de acreedores a fin de que estos puedan oponerse a la impugnación o alegar en contra de ésta. En el plazo de treinta días se procederá a la resolución de la impugnación, dictándose sentencia no susceptible de recurso de apelación. Una vez publicada la sentencia en el Boletín Oficial del Estado, se desplegarán los efectos de la homologación.

Si el deudor incumpliera lo pactado en el acuerdo de refinanciación, cualquiera de sus acreedores, tanto aquellos que se adhirieron al acuerdo como aquellos no participantes o disidentes que se ven afectados por el mismo, podrá poner en conocimiento del juez que declaró la homologación el incumplimiento del deudor, informando tras ello al deudor y al resto de acreedores para que si lo estiman oportuno se opongan a ello. Una vez declarado el acuerdo de refinanciación homologado como incumplido por parte del deudor los acreedores podrán proceder a la solicitud de declaración de concurso necesario o iniciar las correspondientes ejecuciones.

4) ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. TÍTULO X Y SUS EFECTOS

El acuerdo extrajudicial de pagos fue introducido en el año 2013 mediante la segunda Ley de apoyo a los emprendedores. Con ésta ley se introdujo el Título X, comprendiendo el acuerdo extrajudicial desde el artículo 231 hasta el artículo 242 LC. Se introdujo pues, un nuevo instrumento o medio para la resolución de la situación de crisis de los empresarios, situación que llevaba tiempo tratando de ser paliada sin resultados efectivos. A grandes rasgos, y previamente a una mayor profundización, podemos afirmar que el rasgo fundamental que caracteriza este acuerdo es la intervención de la figura del mediador concursal, quien incluso llega a tener potestad para solicitar la declaración de concurso. La labor del mediador está vinculada a la Ley 5/2012¹⁸.

Junto a ello, el efecto del acuerdo extrajudicial de pagos que consideramos más importante e incluso fundamental es la suspensión de la prescripción y la caducidad. Con ello se pretende obtener una cierta neutralidad en la mediación en cuanto al fondo del litigio y proteger al deudor otorgándole un margen de actuación, de manera que podrá centrar sus esfuerzos en las negociaciones instadas a través del mediador concursal sin soportar la preocupación de que se produzca la prescripción o la caducidad del plazo para solicitar la declaración de concurso.

El artículo 231 de la LC anuncia los presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos. De acuerdo con el mismo, cuando el empresario persona natural se encuentre en situación de insolvencia, de manera que no pueda cumplir de forma regular sus obligaciones exigibles o prevea que no podrá cumplir con estas obligaciones en un futuro cercano, podrá iniciar el procedimiento para adoptar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que su pasivo no supere los cinco millones. La ley habla de empresario persona natural para la adopción de éste bajo el cumplimiento de éstos requisitos, de manera que excluye a las personas jurídicas. Únicamente puede llevar a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos el deudor persona física que se encuentre en situación de insolvencia y su pasivo no exceda de cinco millones.

¹⁸ Véase Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y a los principios informadores de la mediación.

El RDL 1/2015 ha modificado el artículo 231 introduciendo la figura “del deudor persona natural” en lugar del empresario persona natural, de manera que en la actualidad el deudor no tiene por qué ser necesariamente empresario. Asimismo la ley dispone la obligación de presentar el balance correspondiente únicamente a los deudores personas naturales que sean empresarios.

El deudor persona jurídica debe cumplir otra serie de requisitos añadidos, de modo que además de encontrarse en situación de insolvencia actual debe disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo. Se requiere también que su patrimonio e ingresos previsibles permitan alcanzar un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236 LC. Asimismo, si fuera declarada en concurso, se requiere que éste no sea especialmente complejo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190 LC. No obstante, éste último requisito ha sido derogado por el RDL 1/2015.

La ley excluye a determinados sujetos a la hora de solicitar la declaración de un acuerdo extrajudicial de pagos. En primer lugar, no podrán llevar a cabo la solicitud de acuerdo extrajudicial aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por el delito de falsedad documental, por delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, siempre que tenga lugar una sentencia firme. Tampoco podrán formular la solicitud aquellas personas que debieran inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil y no estuviesen inscritos en el momento de la solicitud ni quienes en los tres ejercicios anteriores a la solicitud no hubieran llevado la contabilidad o no hubieran depositado las cuentas anuales estando obligados a ello.

Estas exclusiones referentes a aquellos sujetos que infrinjan el deber de inscribirse en el Registro Mercantil, así como las referentes a aquellos que incumplan los deberes de llevanza contable también han sido derogados por el RDL 1/2015. Por último, se excluye también a las personas que en los últimos tres años hubieran adoptado un acuerdo extrajudicial, un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente o hubieran sido declarados en concurso de acreedores. El RDL 1/2015 amplía este periodo de tres a cinco años.

Queda latente que mientras que un acreedor se halle en negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o hubiese solicitado la declaración de concurso con su correspondiente admisión a trámite, no podrá alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Asimismo, ninguno de los acreedores del deudor debe ser declarado en concurso, pues la ley es estricta en cuanto al acuerdo extrajudicial de pagos se refiere, de manera que si un solo acreedor de los que ha de verse afectado por el acuerdo es declarado en concurso, éste no podrá iniciarse. Consciente de la restricción que ello supone para la consecución de una mediación judicial, el legislador ha derogado con el RDL 1/2015 el apartado quinto del presente artículo, estipulando lo siguiente: “Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis”. De este modo, ya no se encuentra vigente el requisito de que ningún acreedor sea declarado en concurso.

Para iniciar el acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor o el administrador o liquidador, en caso de persona jurídica, deberá nombrar a un mediador concursal. En la solicitud el deudor debe hacer constar ciertos contenidos, entre ellos informar de su efectivo, de los activos líquidos de los que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con indicación de las cantidades de cada crédito y su fecha de vencimiento. También se ha visto modificado el apartado segundo del artículo 232, el cual regula la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos. La nueva modificación estipula que la solicitud se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor. Los documentos a aportar son mantenidos tras la reforma pero sucintamente modificados, de modo que la lista de acreedores ha de contener datos referentes a su identidad, domicilio y dirección electrónica. Asimismo introduce esta modificación que “el contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia”.

El deudor casado en régimen de gananciales deberá aportar los datos identificativos de su cónyuge. Cuando los deudores sean empresarios o entidades inscribibles no será necesaria la designación del mediador por estos, sino que se a través de su solicitud se encargará de ésta el Registro Mercantil que corresponda según el domicilio del deudor. Si el deudor no cumpliera los requisitos exigidos en ésta disposición se inadmitirá la solicitud.

Como podemos apreciar de lo expuesto, la ley exigía una gran cantidad de condiciones para posibilitar la adopción de un acuerdo de esta naturaleza, teniendo en cuenta que ello tiene lugar con carácter prejudicial. La inmensa mayoría de requisitos exigidos para la adopción de este acuerdo podría desincentivar al deudor a la hora de recurrir a este instituto preconcursal, decantándose por alguno de los acuerdos de refinanciación de deuda explicados con anterioridad, esto es, el acuerdo de refinanciación de deuda ordinario o en su caso el homologado. De manera que si este acuerdo fue creado como una alternativa más al concurso de acreedores y los requisitos exigidos para su adopción son mayores que para el concurso, teniendo en cuenta que es un tipo de acuerdo adoptado por los particulares al margen de la jurisdicción del juez del concurso, se genera consciente o inconscientemente una barrera para poder llegar a esta alternativa preconcursal, desvirtuándose su razón de ser. Ésta razón de ser no es otra que incentivar a los deudores en situación de insolvencia a recurrir a otras alternativas distintas al concurso de acreedores, y en este caso a una alternativa caracterizada por la mediación estricta entre el deudor y sus acreedores.

Ello a simple vista puede resultar atractivo para aquellos deudores que se encuentran en situación de incapacidad económica, ya que supone la intervención de un sujeto especializado en la resolución de conflictos a través de métodos que no tratan de favorecer exclusivamente a una de las partes, sino a ambas. Éste es el mediador concursal. Sin embargo, desear no es alcanzar, de modo que el deudor se encuentra con que para obtener una serie de resultados que puede alcanzar con otro tipo de acuerdos (ordinario y homologado) debe cumplir una serie de condiciones bastante más exigentes.

No obstante, el RDL 1/2015 soluciona muchos de los defectos de la mediación concursal. Así, en la actualidad también pueden acudir a este instituto las personas físicas no empresarios. Las restricciones recogidas en el artículo 235.1 relativas a los actos de disposición y administración del deudor se han visto suavizadas; Se han suprimido los límites de las quitas; las esperas se han ampliado hasta diez años, y en determinados supuestos los efectos del acuerdo son extensibles a los acreedores con garantía real, pudiendo afectar a éste valor.

El mediador concursal será escogido de entre los sujetos figurantes en una lista oficial, pudiendo ser tanto persona física como jurídica. La mencionada lista debe estar publicada en el portal del Boletín Oficial del Estado a través del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediadores del Ministerio de Justicia. Por lo tanto, para que un mediador sea escogido para actuar en un acuerdo extrajudicial de pagos debe constar en la lista oficial, así como reunir algunos requisitos de los indicados en el apartado primero del artículo 27 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En defecto de regulación por parte de la Ley 5/2010 sobre cualquier materia en relación al mediador concursal, la ley establece la remisión a las reglas establecidas en materia de nombramiento de expertos independientes.

El mediador podrá aceptar o no su nombramiento, debiendo aportar en caso afirmativo una dirección electrónica al registrador mercantil o notario a fin de que los acreedores puedan comunicarse con éste a través de notificaciones o comunicaciones. Cuando el mediador sea nombrado, el notario o registrador mercantil procederán a comunicarlo a los registros públicos de bienes competentes a fin de que el hecho sea registrado. También comunicarán al Registro Civil y a aquellos otros a los que resulte conveniente. Por último, se debe informar al juez competente sobre el inicio de negociaciones. La mediación concursal ha sido recientemente reformada con el fin de ser capaz de ajustarse a las situaciones actuales, pues la situación previa a la reforma dificultaba en gran medida la adopción de un acuerdo de estas características.

El mediador deberá, en el plazo de diez días a partir de su nombramiento, verificar la existencia de los créditos, así como su cuantía, y requerir al deudor y a sus acreedores, siempre que consten en la lista entregada por el deudor, para que tenga lugar una reunión entre éstos en el plazo de dos meses. La convocatoria o requerimiento debe contener los datos sobre el día, hora y lugar de la reunión, asimismo, se debe comunicar la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Podrán intervenir en el acuerdo aquellos acreedores que dispongan de créditos con garantía real siempre que transmitan su voluntad al mediador en el plazo de un mes.

Todo ello no supondrá el cese de la actividad empresarial o profesional del deudor, de manera que éste, tras la solicitud de apertura del expediente, podrá continuar con el ejercicio de estas actividades. No obstante, que pueda continuar con el ejercicio de su

actividad profesional o empresarial no impide que se adopten medidas limitativas destinadas a evitar el empeoramiento de la situación económica del deudor. Con este fin, el deudor queda imposibilitado para la solicitud de préstamos o créditos, y procederá a la entrega de sus tarjetas de crédito para evitar así el pago por medios electrónicos. A partir de este instante no podrá llevarse a cabo ningún tipo de ejecución sobre el patrimonio del deudor, y aquellas ejecuciones que estuvieran iniciadas quedaran suspendidas hasta que finalicen las negociaciones con un plazo máximo de tres meses.

La medida relativa a la entrega de las tarjetas de crédito del deudor se ha visto suprimida por el RDL 1/2015, de manera que basta con imponer al deudor la abstención de realizar actos de administración o disposición que excedan del ámbito propio de su actividad. Con ello se eliminan posibles riesgos y se evita limitar desmesuradamente las actuaciones del deudor en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial.

Lo dispuesto tiene lugar con la salvedad de las ejecuciones que hayan iniciado o inicien los acreedores con garantías reales, quienes no quedaran impedidos para ejecutar su derecho de crédito sobre el patrimonio del deudor, si bien al adoptar esta medida quedaran imposibilitados para formar parte del acuerdo extrajudicial en curso.

El artículo 235, relativo a los efectos de la iniciación del expediente, también se ha visto modificado. La ley sustituye la publicación de la apertura del expediente por la comunicación de la apertura de las negociaciones, instante desde el cual los acreedores que se vean afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos no podrán iniciar ni continuar con ningún tipo de ejecución judicial o extrajudicial contra el patrimonio del deudor. Esto desde el inicio de las negociaciones hasta transcurridos tres meses.

Previamente a la celebración de la reunión solicitada por el mediador y con el consentimiento del deudor, el mediador remitirá a los acreedores un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Junto a éste se remitirá un plan de viabilidad en el cual se incluirá una propuesta de “cumplimiento regular” de las nuevas obligaciones. Asimismo, el plan de viabilidad deberá contener una propuesta destinada a la negociación de las condiciones de los préstamos y créditos, así como una copia del acuerdo adoptado o en su caso de la solicitud de aplazamiento de los créditos o de las fechas de pago. La propuesta elaborada por el mediador puede contener cesiones de bienes por parte del deudor a sus acreedores para satisfacer de este modo los pagos adeudados.

El mediador concursal deberá elaborar un plan de pagos de los créditos pendientes de pago que sea capaz de favorecer la situación de insolvencia del deudor y satisfacer el derecho de crédito de sus acreedores. Este plan de pagos ha sido modificado por una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. La propuesta de cumplimiento regular está destinada a garantizar el cumplimiento de lo pactado por parte del deudor, así como de sus acreedores.

La inclusión de la propuesta de cumplimiento dentro del plan de viabilidad tiene su razón de ser en la conexión que tiene éste último con la propia propuesta. Es decir, el plan de viabilidad está destinado a garantizar que el acuerdo es susceptible de ser llevado a cabo, y dentro del mismo la propuesta trata de garantizar que ese acuerdo viable sea cumplido por todos los participantes en él.

Así como el legislador no ignoró la relevancia de recoger en el plan de viabilidad una propuesta de cumplimiento, tampoco pudo obviar la inclusión en el mismo de una propuesta que tiene como fin obtener una negociación sobre las condiciones de los préstamos y créditos que surgen a raíz del denominado acuerdo extrajudicial de pagos.

Los acreedores dispondrán del plazo de diez días para presentar propuestas alternativas a la elaborada por el mediador, así como proponer modificaciones de la misma. Transcurrido éste breve plazo el mediador entregará a los acreedores la propuesta final aprobada por el deudor. Si tras este plazo la mayoría de acreedores decidiera no continuar con el acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador deberá solicitar necesariamente la declaración de concurso de acreedores. Dentro de estas mayorías de acreedores no cabrá la consideración de los acreedores con garantía real y de derecho público, salvo que éstos voluntariamente soliciten su participación.

Tras esto todos los acreedores, salvo aquellos que ya hubiesen aprobado el acuerdo o aquellos que se mostrasen disidentes al mismo, deberán acudir a la reunión convocada por el mediador concursal. Dentro del desarrollo de la reunión se podrán plantear nuevas modificaciones con respecto al plan de viabilidad y el plan de pagos, siempre que ello no afecte a las condiciones de pago de aquellos acreedores se mostraron a favor del acuerdo en el plazo de los diez días ya mencionado, y por tanto decidan no asistir a dicha reunión.

Un momento fundamental en el cual debemos incidir es el de la votación del plan de pagos que dará lugar a la posterior formalización del acuerdo extrajudicial de pagos. En relación a esta votación la ley exige para que se considere aprobado el plan de pagos la aquiescencia de acreedores que representen al menos un 60% del pasivo del deudor.

Se establecen unas especialidades para el supuesto del pago de las deudas a los acreedores a través de la cesión de bienes, pues la ley exige no solo el beneplácito del 65 %, cantidad que por sí misma es superior a la prevista en el supuesto anterior, sino que también exige la aprobación de aquellos acreedores que gocen de una garantía real sobre el bien que en cuestión se va a ceder en pago de las deudas.

La reforma introducida por el RDL 1/2015 expone los efectos que se aplican a los acreedores en función del porcentaje de votos obtenidos. De modo que cuando se obtenga un 60% del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo, aquellos acreedores que no dispongan de créditos con garantía real se verán sujetos a las esperas por un plazo no superior a cinco años, así como a quitas no superiores al 25% de la cuantía de sus créditos. También se verán sujetos a la conversión de la deuda en préstamos participativos durante el plazo máximo de cinco años. Por otro lado, cuando el porcentaje de votación supere el 75% del citado pasivo, los acreedores cuyos créditos no dispongan de garantía real estarán afectados por esperas por un periodo de entre cinco a diez años, o en su caso a quitas superiores al 25%.

Una vez el acuerdo es aprobado se deberá formalizar ante notario elevándolo a escritura pública. El documento de escritura pública permitirá cerrar el expediente que en su día abrió el notario. Se efectuará una copia del documento de escritura pública que será remitido al Registro Mercantil para cerrar del mismo modo el expediente que tuviera lugar en éste Registro. Asimismo, uno de éstos dos, notario o registrador mercantil, se encargará de poner en conocimiento de que se ha aprobado efectivamente un acuerdo extrajudicial al juez competente para la declaración del concurso. También se requerirá la puesta en conocimiento a todos aquellos registros en los que se hubiera efectuado anotaciones, así como su publicación en el BOE y el Registro Público Concursal.

En el supuesto de que el acuerdo no hubiese sido aprobado por las mayorías especificadas anteriormente, el mediador deberá solicitar la declaración de concurso de acreedores en nombre del deudor.

Una vez sea aprobado y publicado el acuerdo adoptado por las mayorías referidas, tiene lugar la apertura de un plazo de diez días a fin de que aquellos acreedores a los que el mediador no convocó, así como aquellos acreedores que no hubieran votado favorablemente al acuerdo o se hubiesen mostrado en contra del mismo puedan impugnarlo

ante el juez competente para conocer del concurso. No obstante, la impugnación no supone una garantía de éxito en sí misma para quien la lleva a cabo, pues ésta no impedirá que se ejecute el acuerdo adoptado y únicamente cabe basar la impugnación en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias para poder aprobar tal acuerdo, lo cual es realmente complicado, pues si el acuerdo se ha aprobado es precisamente porque se han reunido esas mayorías. Por tanto la ley dota a los acreedores de una acción impugnatoria para un supuesto que como regla general no se produce.

Si a raíz de la impugnación el acuerdo se deviene nulo, ello se deberá publicar en el BOE y en el Registro Público Concursal y dará lugar a la apertura del concurso de acreedores de manera inmediata. Ante la sentencia resolutoria de la impugnación cabe plantear el recurso de apelación.

Una vez sea aprobado el acuerdo se paralizarán las ejecuciones, de manera que los acreedores participantes en él no podrán ni iniciar ni ejecutar sus derechos contra el patrimonio del deudor. Será labor del mediador concursal comprobar que el acuerdo extrajudicial es efectivamente cumplido tanto por el deudor como por los acreedores. En la evolución o desarrollo del acuerdo cabe la concurrencia de dos supuestos:

1. Que el acuerdo sea cumplido en su totalidad, con lo que el mediador deberá comunicarlo a través de acta notarial, publicándose ésta última en el BOE y en el Registro Público Concursal.
2. Que el acuerdo no sea cumplido, ante lo cual el mediador deberá solicitar la declaración del concurso consecutivo. Estamos ante un concurso que tiene una denominación específica, cuya raíz se encuentra en la imposibilidad de adoptar un acuerdo extrajudicial de pagos, en el incumplimiento del plan de pagos acordado en su día, o en la anulación del acuerdo adoptado. Este concurso comenzará con la fase de liquidación. Como regla general, el juez nombrará como administrador concursal al mediador, sin posibilidad por parte de éste último de obtener más beneficios de los obtenidos como mediador, salvo supuestos excepcionales. Los gastos del expediente extrajudicial serán considerados como créditos contra la masa, para así garantizar que los mismos sean satisfechos.

Para finalizar con el análisis del acuerdo extrajudicial de pagos consideramos conveniente invocar la necesaria delimitación en sentido más amplio del mismo, es decir, modificarlo de manera que se pueda facilitar la adopción de éste sin necesidad de cumplir tan ingente cantidad de requisitos. Estamos seguro pues, de que el acuerdo extrajudicial de pagos no es ni la primera, ni la segunda opción a escoger por parte del deudor concursado, ya que previamente a éste acuerdo puede adoptar tanto el acuerdo de refinanciación ordinario como el homologado sin necesidad de estar sometido a tantos requisitos legales.



5) PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 17/2014, DE 30 DE SEPTIEMBRE

La Ley 17/2014, de 30 de Septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial modifica la Ley 2003, de 9 de Julio Concursal, con carácter genérico afecta al régimen jurídico de la Administración Concursal y a los acuerdos de refinanciación de deuda. Únicamente incidiremos en éstos últimos, ya que la modificación del régimen jurídico de la Administración se encuentra fuera del alcance de nuestro trabajo. Aun así, cabe que destaquemos de manera amplia que éste modifica los requisitos para ejercer el cargo de administrador concursal, así como el sistema de designación de estos. No cabe olvidar que con esta reforma tiene mayor incidencia el tamaño del concurso, distinguiéndose entre pequeño, mediano y gran concurso.

La ley trata, como bien manifiesta la exposición de motivos, de “*satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal*”¹⁹. El derecho concursal ha sido severamente criticado durante mucho tiempo sin que a raíz de ello tuviera lugar una reforma o modificación de las notables y profundas carencias de la misma. Por el contrario, a lo largo de los años se han agravado estos defectos de los que adolece la propia legislación, los cuales son entre otros el arcaísmo, la falta de adaptación a la realidad social y económica de nuestro tiempo y el predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales.

Estos defectos suponen que se adopten soluciones injustas generalmente con mala fe y abusos, las cuales “*las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente*”²⁰. Y debido a esa insuficiencia y a esos defectos que se han venido extendiendo a lo largo de los años, el legislador toma la decisión de adoptar medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

La necesidad de adaptar la ley y la grave dispersión normativa son atribuidas a los defectos de la codificación española del siglo XIX, la cual fue estructurada sobre la base de una

¹⁹ Véase Exposición de motivos de La Ley 17/2014, de 30 de Septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial modifica la Ley 2003, de 9 de Julio Concursal p. 1

²⁰ Ibid. op. 19

dualidad de códigos. También atribuyen parte de estos defectos a la multiplicidad de procedimientos concursales mencionados al inicio de la exposición²¹, ya que tenía lugar una dicotomía institucional, llevándose a cabo una distinción entre el deudor empresario y no empresario a la hora de decidir el procedimiento que se le debía atribuir, esto es, quitas o esperas o procedimiento concursal para el deudor no empresario, y quiebra o suspensión de pagos para el deudor empresario.

Los problemas causados por esta multiplicidad de procedimientos se vieron paliados en cierta medida con la aplicación de la Ley de Suspensión de Pagos del año 1922, la cual fue promulgada con carácter provisional pero llegó a suplir los defectos de la ley atenuando el tratamiento de las situaciones de crisis patrimonial de los comerciantes. No obstante, si bien resultó positiva en los mencionados aspectos, complicó aún más la falta de coherencia del conjunto normativo, el cual carecía por sí mismo de principios generales, así como de un desarrollo sistemático, permitiendo ello que tuvieran lugar “corruptelas innegables”²².

Se trata en primer lugar de abandonar en su totalidad la multiplicidad de instituciones concursales distintivas de deudor comerciante y no comerciante y generar una ley concreta que reúna todos los aspectos relativos al ámbito concursal. La finalidad esencial del concurso radica en adecuar la ley a las diversas situaciones y soluciones que pueden tener lugar, con el fin último de conseguir alcanzar la satisfacción de los acreedores. Por cierto que el procedimiento de insolvencia procede a denominarse concurso, y únicamente concurso, a diferencia de las distintas denominaciones aplicables con anterioridad.

Se manifiesta en la exposición de motivos que la nueva ley es flexible en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, ya que ésta podrá consistir en proposiciones de quitas o esperas o incluso ambas. Se admiten también otras medidas distintas a las quitas y esperas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones o participaciones. La propuesta de convenio o acuerdo deberá ir acompañada de un plan de pagos para garantizar que no se produce una desviación del fin perseguido. También deberá ir acompañada de un plan de viabilidad.

Así, nuevamente se incide en que *“la finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las*

²¹ Véase pág. 5

²² Ibid. op. 19

*garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados*²³. Con ello el legislador trata de expresar su intención de unificar la materia concursal generando una ley que responda a todas las lagunas relativas al concurso sin que sea necesario acudir a otras regulaciones, y consiguiendo, como consecuencia de ello, solventar los problemas con una mayor rapidez y de forma más económica que en el supuesto de una confusión legislativa.

La reforma de las instituciones preconcursales tiene su mayor efecto en los acuerdos de refinanciación de deuda. La principal nota característica tras la reforma es que en determinados casos los acuerdos de refinanciación de deuda homologados judicialmente pueden extender sus efectos incluso a los acreedores con garantía real. Por lo tanto, se amplían los efectos de la homologación judicial, simplificándose asimismo el procedimiento de la misma.



²³ Véase Exposición de motivos de La Ley 17/2014, de 30 de Septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial modifica la Ley 2003, de 9 de Julio Concursal p. 12

6) COMPARATIVA DE LOS DISTINTOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE CADA ACUERDO.

La parte más importante de nuestro trabajo reside en la diferenciación de los acuerdos de refinanciación ya explicados entre sí. Esto debido a que, como indicamos al comienzo de la investigación, a pesar de guardar un nexo común que los identifica a todos ellos, los acuerdos también presentan notables características distintivas que hacen que tanto el deudor como los acreedores se decidan por uno u otro. Pues bien, trataremos de resaltar estas notas características de cada acuerdo, comenzando por la distinción entre los acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios frente a la homologación judicial de los mismos.

La primera nota característica que apreciamos al hablar de acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios y acuerdo de refinanciación homologado es que en el segundo de ellos tiene intervención el juez, quien homologará el acuerdo para dotar al mismo de una serie de efectos de los cuales el resto de acuerdos carecen; Principalmente hacer extensible los efectos del propio acuerdo a aquellos acreedores disidentes o no participantes. Por lo tanto, consideramos conveniente afirmar que en el acuerdo de refinanciación ordinario nunca hay intervención judicial, de manera que es el acuerdo que mejor responde a su naturaleza preconcursal, ya que únicamente tienen intervención el deudor y sus acreedores.

Asimismo, un dato de gran relevancia contenido en los acuerdos de refinanciación de deuda homologados es la mayor facilidad para su obtención frente al acuerdo de refinanciación ordinario, que presenta una mayor cantidad de requisitos o exigencias a cumplir. Siguiendo ésta línea, cabe señalar que la adopción de un acuerdo de refinanciación de deuda homologado está sometido a la suscripción del 51% del pasivo, esto es, una mayoría simple, mientras que la adopción del acuerdo de refinanciación ordinario requiere de la aprobación o el apoyo de tres quintas partes del pasivo, lo que sería un 60%. Esto nos permite apreciar la mayor facilidad a la hora de adoptar un acuerdo u otro, a pesar de que el mayor número de suscriptores en el acuerdo de refinanciación de deuda ordinario esté justificado por las causas ya aportadas con anterioridad.

Por otro lado, también es cierto que la homologación judicial de los acuerdos garantiza en mayor medida el éxito del mismo, ya que permite la extensión de los efectos, como ya hemos mencionado, a los acreedores disidentes o no participantes, de manera que cuanto

mayor sea el porcentaje de acreedores que participan en el acuerdo, mayores serán las posibilidades de superar el mismo con éxito.

Un elemento del cual carece la homologación judicial es la posibilidad de nombramiento de un experto independiente capaz de evaluar el acuerdo, como sucede en la refinanciación ordinaria. Así y todo, a pesar de que la homologación judicial contiene de un modo más sencillo la vía para solventar la situación de insolvencia, éste acuerdo requiere de muchos de los requisitos que se expresan en el artículo 71 bis, y por ende de los requisitos que le son propios a la refinanciación ordinaria. De este modo, podríamos considerar a la homologación judicial como una extensión del acuerdo de refinanciación de deuda ordinaria o una evolución del mismo en aras a facilitar tanto a deudor como acreedores la posibilidad real de alcanzar con éxito los fines comunes propuestos que ya conocemos.

Por lo tanto, no debemos preguntarnos tanto sobre las diferencias del acuerdo de refinanciación de deuda ordinario con respecto al homologado, sino si la homologación judicial llega a conseguir los propósitos por los cuales fue elaborada, que no son otros que superar los defectos intrínsecos e inmutables de la refinanciación ordinaria.

Otro elemento introducido en la homologación judicial y que no está presente en la refinanciación ordinaria es el control, a la hora de la votación, de aquellas personas especialmente relacionadas con el deudor. Con ello el legislador trata de garantizar que no intervengan en la toma de decisiones relevantes aquellas personas vinculadas con el deudor, susceptibles de conocer la situación real del mismo.

Las diferencias entre la refinanciación ordinaria y el acuerdo extrajudicial de pagos son más evidentes, al menos desde nuestro punto de vista, por la intervención del mediador concursal en éstos últimos. Se trata de un instituto preconcursal donde tiene especial incidencia la figura de la mediación concursal, la cual lo caracteriza en su plenitud. El acuerdo extrajudicial de pagos, introducido con posterioridad en el año 2013, nos ofrece a considerar al mismo como una tentativa del legislador de generar un medio de solución de conflictos distinto a los antes existentes.

Trata de dar respuesta a los problemas concursales a través de otra vía, que es la intervención de un tercero imparcial y neutro que trata de favorecer la situación de ambas partes generando una especial confianza, la cual no puede ser ignorada. El acuerdo extrajudicial se caracteriza también, como sus homónimos, en que con éste se produce la suspensión de la prescripción y la caducidad, ganando el deudor tiempo para conseguir

adoptar un acuerdo de pagos, siempre a través del mediador como intermediario. Asimismo, al igual que el resto de instituciones preconcursales, una vez adoptado el acuerdo, éste será irrevocable, por lo tanto la ley dota del escudo protector a todos los acuerdos de refinanciación sin menospreciar a ninguno de ellos. Incluso podríamos considerar que en la homologación judicial su protección es en mayor medida debido a la intervención del juez, razón por la cual está más justificada la irrevocabilidad.

Por lo que se refiere a los porcentajes de sujeción al acuerdo, en el acuerdo extrajudicial de pagos se requiere que tenga lugar una votación favorable con respecto al plan de pagos de un 60% de los acreedores, con lo que se asemeja en lo referente a las mayorías exigidas al acuerdo de refinanciación de deuda ordinario. Asimismo, antes de la reforma destaca este acuerdo frente al resto de acuerdos por reunir un mayor e incluso ingente número de requisitos a cumplimentar para su adopción, lo cual la dificultaba. La mediación se trataría de un acuerdo a adoptar en condiciones menos graves por parte del deudor. Con esto nos referimos a que es un acuerdo apto para ser adoptado en aquellos supuestos en los que la situación de insolvencia del deudor no sea tan grave y siempre con un mayor margen de actuación.

Y por último, cabe que incidamos en la diferenciación entre la homologación judicial y el acuerdo extrajudicial de pagos. Ambos acuerdos son de muy distinta naturaleza, pero ambos guardan en común la especial intervención de un tercero en ellos. De este modo, ya sea el juez o el mediador concursal, en ambos tiene lugar una figura jurídicamente relevante que trata de favorecer la adopción de una solución preconcursal. Salvo éste rasgo común, el resto de rasgos que destacaremos tendrán el carácter de distintivos. El principal rasgo distintivo entre ambos acuerdos, además de la propia incidencia en estos de una figura determinada, juez o mediador, es el porcentaje requerido para su adopción. Así pues, mientras que en la homologación judicial se exige un 51%, en el acuerdo extrajudicial de pagos se ha de alcanzar un 60%. Éste último posee un mayor número de restricciones y requisitos. Cabe destacar las restricciones impuestas a determinados acreedores para la iniciación de la mediación concursal, así como los requisitos relativos a inscripciones en Registros Públicos.

Estamos por tanto ante institutos preconcursales distintos, especialmente por el carácter más limitativo que posee la mediación, pero, no obstante, en la reforma introducida por el RDL 1/2015 ya podemos apreciar el esfuerzo de legislador de hacer más factible y real la adopción de éste último instituto preconcursal. Consideramos que éste es el que más

dificultades de adaptación ha presentado frente a sus homónimos, pero también somos conscientes de los esfuerzos que se están dedicando por pulir el complejo compuesto de requisitos y limitaciones que ha venido presentando.

Confiamos, pues, en que todas las instituciones preconcursales logren en el futuro cercano posicionarse al mismo nivel en la balanza de ponderación, de manera que ninguna de éstas soluciones preconcursales pueda verse marginada u obsoleta, y, especialmente, siendo destinadas al fin por el cual fueron creadas: hacer posible la superación de la insolvencia de deudor evitando recurrir al concurso de acreedores.



7) LA INTERRUPCIÓN DEL DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO CONFORME AL ART.5. BIS LC

En este punto de nuestro trabajo conviene hacer hincapié en la importancia del artículo 5 bis de la Ley Concursal, el cual recoge la suspensión del deber de solicitar la declaración voluntaria de concurso por parte del deudor. Esto tiene lugar siempre y cuando éste le comunique al juez competente para conocer del concurso, dentro del plazo establecido en el artículo 5 de la misma ley, que se halla en negociaciones con sus acreedores para adoptar un acuerdo de refinanciación de deuda de los dispuestos en el artículo 71 bis, un acuerdo resultante de lo expuesto en la disposición adicional cuarta de esta ley, o bien el acuerdo recogido en el Título X. Esto es, un acuerdo de refinanciación de deuda ordinario, un acuerdo de refinanciación de deuda homologado, o bien un acuerdo extrajudicial de pagos.

Siempre y cuando el deudor se encuentre negociando para adoptar uno de los mencionados acuerdos, podrá comunicarlo y verse exento de la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de su situación de insolvencia. Desde este momento goza de un plazo superior de 3 meses, transcurridos los cuales, si las negociaciones no tienen éxito y no se adopta acuerdo alguno, tendrá un plazo de un mes para solicitar la declaración de concurso, evitando en su defecto que sus acreedores soliciten la declaración de concurso necesaria, lo cual produciría efectos negativos para su calificación concursal.

Tras la denominada comunicación de negociaciones el deudor se verá respaldado, pues desde ese instante y hasta que se adopte efectivamente alguno de los acuerdos dispuestos no podrán llevarse a cabo ejecuciones, ya sean judiciales o extrajudiciales, de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Asimismo, aquellas ejecuciones que se encontraran iniciadas serán suspendidas. Si tras el plazo de tres meses que otorga el legislador formalizar las negociaciones no se ha alcanzado alguno de los acuerdos anunciados, el deudor o el mediador en su caso deberán solicitar la declaración concursal.

En cambio, en el supuesto de que efectivamente alcancen uno de éstos acuerdos, el deudor se verá exento de solicitar la declaración de concurso, pues la situación de insolvencia se resolverá, al menos en principio, por la vía de las instituciones preconcursales. Distinto es que tras su tentativa el acuerdo sea incumplido, ya sea deliberadamente o no, por parte del deudor o sus acreedores, lo cual desembocaría necesariamente en el concurso. Pero lo que tratamos de explicar o manifestar es que en principio la adopción de un acuerdo de refinanciación, al tratarse de una vía alternativa al concurso, no supone la apertura del mismo.

No ocurre así en el supuesto alternativo a los acuerdos de refinanciación que prevé el artículo 5 bis, es decir, en la propuesta anticipada de convenio. La ley prevé la suspensión de la obligación de solicitar la declaración de concurso cuando tengan lugar negociaciones destinadas a conseguir la adopción de un convenio. Nos estamos refiriendo a la denominada propuesta anticipada de convenio, la cual también tiene lugar con anterioridad al concurso. La adopción con éxito de éste medio alternativo a los acuerdos de refinanciación supone necesariamente la declaración concursal, tanto si es adoptado como si finalmente, tras las negociaciones, no resulta convenio alguno.

De esta manera, si una vez llevadas a cabo las negociaciones se adopta un convenio, tras éste se procederá a la apertura del concurso automáticamente en su fase de convenio. Si por el contrario tras la propuesta anticipada de convenio éste no consigue alcanzarse, se procederá a la declaración de concurso en su fase común.

Con todo esto tratamos de comparar las distintas soluciones preconcursales, ya que los acuerdos de refinanciación no son los únicos medios para tratar de solventar la situación de crisis empresarial, sino que también tiene lugar la propuesta anticipada de convenio, la cual en sus casos puede resultar extraordinariamente útil.

8) LA SOLUCIÓN A LA CRISIS DE EMPRESA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: LA FASE DE CONVENIO

A) Introducción

En el presente apartado procedemos a adentrarnos en el estudio del convenio como método de resolución de la situación de insolvencia del deudor. Hemos apreciado en el apartado anterior su diferencia con respecto a las instituciones preconcursales así como su finalidad común, que fundamentalmente es evitar la liquidación y extinción de la empresa mediante la adopción de un acuerdo entre deudor y acreedores. A continuación procedemos a examinar más detalladamente la dimensión concursal y el papel del convenio en el concurso. Se encuentra regulado en el título V, capítulo I, artículos 99 y ss de la Ley Concursal

En palabras de DÍAZ MORENO²⁴, el convenio, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley Concursal, es la solución normal al concurso, lo cual supone un fomento y apoyo hacia la superación de la crítica situación económica. Esto es así porque se asume que la solución más beneficiosa tanto para el deudor como para los acreedores es el convenio, pues permite conservar la unidad productiva. Frente al convenio se encuentra la fase de liquidación, cuya apertura puede solicitarse en cualquier momento y en determinados supuestos de oficio. DÍAZ MORENO²⁵ manifiesta que “*el convenio concursal se configura como un acuerdo entre el deudor y la colectividad de sus acreedores que se alcanza en el seno de un procedimiento seguido ante los tribunales de justicia y cuyo objeto es la satisfacción de los créditos concursales*”. Por lo tanto, podemos observar que lo ya manifestado por nosotros acerca de la naturaleza del convenio concuerda exactamente con la valoración de otros autores.

Debido a que el convenio tiene lugar dentro del concurso, se encuentra regulado y sometido a las normas del mismo, de manera que deberá ajustarse a las exigencias de la legalidad, pudiendo ser desechado por el juez si éste considerase que no se ajusta a la ley. Asimismo, el convenio es un acuerdo de masa, de manera que afectará a los acreedores subordinados, ordinarios e incluso a los acreedores privilegiados en determinadas circunstancias. Esto nos recuerda al acuerdo de refinanciación de deuda homologado, el

²⁴ DÍAZ MORENO A., *Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal (Decimoquinta edición)*, Marcial Pons, 2014, p. 435

²⁵ DÍAZ MORENO A., *Ibidem.* op. 24

cual también hace extensibles sus efectos en determinados supuestos a los acreedores con crédito privilegiado.

Para la adopción de un convenio se requiere que un determinado porcentaje de acreedores se muestre a favor con respecto a una de las propuestas presentadas por el deudor o los acreedores, por lo tanto, se exigen unas mayorías también. Estas propuestas deben efectuarse por escrito y encontrarse firmadas por el proponente de la misma. Asimismo, deberán acompañarse de un plan de pagos en el que se detallen los recursos previstos para el cumplimiento del mismo. Cuando se requiera la continuidad de la actividad empresarial para el buen fin del convenio será necesario que éste sea acompañado de un plan de viabilidad.

B) Contenido

La propuesta de convenio debe incluir un determinado contenido, el cual se encuentra especificado en el artículo 100 LC, no pudiendo modificarse una vez presentado al deudor o a los acreedores. Asimismo, el deudor tampoco podrá desechar la propuesta planteada para presentar una nueva. El convenio deberá contener proposiciones de quitas o esperas o incluso ambas proposiciones, pudiendo combinarse con propuestas de enajenación de bienes y derechos del concursado u otra serie de proposiciones como la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales.

No obstante, no se puede presentar cualquier propuesta de quita o espera, ya que las quitas están limitadas a la mitad del importe de cada crédito acreedor, así como las esperas no podrán ser superiores al plazo de cinco años a contar desde la firmeza de la resolución judicial que aprobó el convenio. Como excepción a la regla general cabrá la superación de los límites de estas figuras cuando nos encontremos ante el concurso de empresarios que lleven a cabo una actividad que sea trascendente para la economía.

El artículo 100.3 expresa que *“en ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas...”*. Con ello el legislador está prohibiendo que se proceda a la liquidación de los bienes por la vía del convenio, pues para la liquidación de éstos hay una fase concreta, que es la fase de liquidación. De este modo, si se liquidara el patrimonio del deudor para proceder al reparto de las cantidades debidas a los acreedores no podríamos afirmar encontrarnos en la fase de convenio, sino en la fase de liquidación, por lo que esto supone un límite para el contenido del convenio.

C) Propuesta anticipada de convenio

Por contraposición a la propuesta ordinaria de convenio, que únicamente puede ser tramitada una vez concluida la fase común del procedimiento, la proposición anticipada se tramita simultáneamente a la citada fase común, llegando incluso a poder iniciarse su tramitación en el mismo momento en que se da comienzo íntegro al proceso concursal. Por tanto, en lo que respecta a las modalidades de convenio, debemos destacar tanto a la propuesta anticipada de convenio como a la propuesta de convenio dentro del propio concurso. La propuesta anticipada de convenio es una de las soluciones planteadas al concurso de acreedores, caracterizada principalmente porque permite actuar al deudor desde los primeros instantes del concurso.

Como hemos analizado en el capítulo anterior, la comunicación al juez competente de conocer del concurso de la iniciación de negociaciones para la adopción de un convenio con carácter anticipado suspende la obligación de solicitar la declaración concursal. La suspensión tiene lugar durante el periodo de tres meses, tras los cuales, si se ha adoptado un acuerdo de convenio se procederá a la apertura del concurso en su fase de convenio, mientras que si no se ha llegado a ningún acuerdo se iniciará el concurso en su fase común. En ambos casos resurgirá la obligación de solicitar la declaración de concurso.

Desde que se presente la solicitud de concurso voluntario o incluso necesario, el deudor, y únicamente el deudor, podrá presentarle al juez una propuesta anticipada de convenio. El deudor podrá presentar su propuesta anticipada incluso con el mismo escrito de solicitud de concurso, en el caso del concurso voluntario. En cambio, en el caso de que lo que se esté tramitando sea un concurso necesario, la proposición únicamente podría ser presentada desde la declaración del concurso. Así y todo, se establecen determinadas prohibiciones para la presentación de la propuesta anticipada de convenio, pues no podrá presentarla el deudor que hubiera sido condenado por sentencia firme por un delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social, los derechos de los trabajadores, así como por el delito de falsedad documental. Tampoco podrá realizar esta propuesta de convenio el deudor que hubiese incumplido la obligación de depositar las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios.

Asimismo, la propuesta de convenio debe ser respaldada mediante la adhesión de un determinado número de acreedores de todas las clases, pues de lo contrario el juez

determinará su inadmisión. Una vez la propuesta sea admitida a trámite el secretario judicial procederá a su traslado a la administración concursal con el fin de que este órgano examine la misma. Si el examen o evaluación de la propuesta es favorable se unirá al informe de la administración concursal. Tras esto, los acreedores apoyarán el convenio mediante sus adhesiones al mismo, salvo los titulares de créditos subordinados y los que hubieran adquirido el crédito por actos inter vivos una vez declarado el concurso, quienes no podrán adherirse al convenio.

Los acreedores únicamente podrán revocar sus adhesiones, en el plazo de cinco días, si el tipo de convenio o la cuantía del crédito indicada fueran modificados en la redacción definitiva. Para que el convenio se considere aprobado se requiere la adhesión de acreedores titulares de la mitad del pasivo del crédito. Aquellos acreedores que estén disconformes con el convenio podrán votar en contra del mismo. Una vez aprobado el convenio el secretario judicial lo comunicará mediante decreto, abriéndose el plazo para la oposición a su aprobación judicial.

A modo de ejemplo cabe citar determinados aspectos del modelo de convenio a presentar en un proceso concursal abierto²⁶. En primer lugar, éste modelo dispone que *“la finalidad del presente Convenio es doble:*

a. Facilitar la superación de la insolvencia de la mercantil DEUDOR, S.L., contribuyendo así a garantizar su viabilidad a largo plazo.

b. Procurar la mayor satisfacción posible de los derechos de crédito sometidos al presente Convenio en función de: (i) la previsible capacidad económica de generación de recursos de la DEUDORA, según se recoge en el Plan de Viabilidad y (ii) de la real capacidad económica alcanzada si fuere mayor que la prevista”.

Asimismo, indica lo siguiente: *“En aras al cumplimiento de las anteriores finalidades se establecen tres objetivos:*

a. El establecimiento de un marco de seguridad jurídica en las relaciones entre la DEUDORA y los acreedores sometidos al Convenio (Pactos 2, 7, 9, 10 y 11).

b. El diseño de un Plan de Pagos apoyado en un Plan de Viabilidad estudiado y confeccionado bajo criterios de prudencia y sometido a diversos mecanismos de garantía de cumplimiento (Pactos 3, 4, 5 y 6).

²⁶ Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 5, Sección Formularios judiciales, Primer semestre de 2006, pág. 325, Editorial LA LEY

c. Y la fijación de una serie de medidas de control y seguimiento compatibles con la normalización de la actividad empresarial (Pacto 8)”.

Por último, y en referencia al plan de viabilidad y al plan de pagos, se estipula que *“considerando que para atender el cumplimiento del presente Convenio se prevé contar con los recursos que vaya generando la continuidad de la actividad empresarial de la DEUDORA, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 100.5 LC, se acompaña como ANEXO ÚNICO el Plan de viabilidad que pasa a formar parte integrante del mismo y en el que constan, entre otras informaciones de interés, los recursos necesarios para dicha continuidad, los medios y condiciones de su obtención, así como los compromisos de terceros. En cumplimiento del art. 100.4 LC, las página 37 del Plan de Viabilidad incluye un Plan de Pagos confeccionado bajo un escenario «esperado» de alcance de niveles históricos de actividad en años. Siguiendo criterios de prudencia, se incluye el mismo documento bajo un escenario de «mínimos» en el que los dichos niveles tardan años en alcanzarse. En este escenario es factible el cumplimiento de la propuesta de pago que se recoge en el siguiente Pacto”.*

Antes de finalizar con este apartado de nuestro trabajo consideramos de especial relevancia destacar las ventajas que nos ofrece la propuesta anticipada de convenio. Así pues, a pesar de que en su mayoría estas ventajas son para el deudor, también los acreedores se pueden ver beneficiados. Una ventaja evidente, tanto para el deudor como para sus acreedores, es la mayor rapidez en la tramitación de la pieza de convenio, ya que se puede presentar con la solicitud de la declaración concursal y su tramitación coincide con la fase común. La propuesta anticipada de convenio supone igualmente una mayor economía en la tramitación del procedimiento, al derivarse menos retribuciones hacia los Administradores Concursales, los profesionales, las publicaciones, etc.

Asimismo permite superar a consideración del Juez los límites de quita y espera autorizados con carácter general para el convenio ordinario. Ésta es la principal razón de ser del convenio anticipado. Pero, a nuestro juicio la principal ventaja para el concursado que supone la propuesta anticipada de convenio es la de entregar al deudor un mayor control sobre los acreedores. Así, al no celebrarse junta de acreedores, se evita que algún acreedor en la junta se manifieste en contra de la propuesta de convenio y arrastre a aquellos acreedores indecisos a votar en contra.

Cabe destacar por último que la propuesta anticipada del convenio supone una buena opción que la Ley confiere al deudor para zanjar cuanto antes la situación de crisis económica que éste soporta.

D) Propuesta de convenio ordinaria en la fase de convenio

En los supuestos en los que el deudor no haya presentado una propuesta anticipada de convenio o habiéndola presentado ésta no haya sido aprobada con éxito, ya sea por falta de adhesiones o por no haber sido admitida a trámite, el deudor podrá presentar propuestas de convenio para llegar a un acuerdo que permita solucionar la situación de crisis económica de éste.

Se procederá a la apertura de la fase de convenio siempre y cuando el deudor concursado no hubiera solicitado la apertura de la fase de liquidación y no hubiese sido aprobada la propuesta anticipada de convenio presentada. La primera de las prohibiciones tiene su razón de ser en la incongruencia que tendría proceder a la apertura del convenio cuando el deudor solicitó la liquidación de sus bienes y derechos, mientras que la segunda se basa en la imposibilidad de adoptar un segundo convenio cuando ya ha sido aprobado uno.

Una vez abierta la fase de convenio el juez deberá escoger entre convocar la junta de acreedores o tramitar por escrito el convenio cuando el número de acreedores sea superior a trescientos. Cabe destacar que también cabrá la apertura de la fase de convenio cuando el juez lo estime conveniente. Durante la fase de convenio seguirán siendo aplicables las normas de la fase común en cuanto se refiere a los efectos sobre el deudor, los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales para la masa activa.

La formulación de la propuesta de convenio se realizará ante el juzgado, transcurrido el plazo de comunicación de créditos por parte de los acreedores hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Una de las características de la fase de convenio que consideramos dignas de mención es que en ésta la propuesta de convenio puede ser presentada tanto por el deudor como por los acreedores, siempre que los créditos de éstos figuren en el concurso y sean superiores a una quinta parte del pasivo de la lista de acreedores. De este modo, a pesar de ser de manera limitada, se permite a los acreedores efectuar una propuesta de convenio que permita superar la situación de insolvencia en favor de ambas partes.

Si no se hubiesen presentado propuestas de convenio, el deudor y sus acreedores, siempre que sus créditos superen una quinta parte del pasivo, tendrán la posibilidad de presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de su celebración. Se plantea que en el supuesto de que el procedimiento concursal sea abreviado el plazo para la presentación de las propuestas de convenio finalizará cinco días después de

la notificación del informe del administrador concursal. Una vez que la propuesta sea admitida a trámite el secretario judicial determinará una fecha para la celebración de la junta. El juez deberá determinar si las propuestas presentadas en la fase de convenio cumplen con las condiciones legales previstas de tiempo, forma y contenido. Deberá admitirlas o no a trámite en los cinco días siguientes, y si apreciara algún defecto informará al deudor o acreedores que presentaron la propuesta para que procedan a la subsanación del defecto. Si el deudor mantuviera una propuesta presentada anticipadamente y admitida pero que no hubiera resultado aceptada, el juez no tendrá la obligación de determinar su admisión o no a trámite, puesto que ya fue admitida en su día.

Cuando el juez decida convocar la junta de acreedores, deberá determinar en el auto de apertura de la fase de convenio el lugar, día y hora en que tendrá lugar dicha junta. La reunión será presidida por el juez o en su defecto y de manera excepcional el miembro de la administración concursal que éste nombre. Para dotar de validez a la junta se requiere obtener el quorum establecido en la ley, es decir, deben presentarse acreedores titulares de créditos que representen la mitad del pasivo ordinario. Los administradores concursales tendrán la obligación de asistir a la junta, perdiendo el derecho a su retribución en caso de no comparecer.

No obstante, solo tendrán derecho de asistencia a la junta los acreedores que consten en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista. Asimismo, no todos los acreedores presentes en la junta tendrán derecho de voto. No supondrán derecho de voto en la junta los créditos subordinados, así como los créditos adquiridos por actos inter vivos una vez declarado el concurso, salvo determinados supuestos previstos en la ley. Tendrán derecho de asistencia y voto los acreedores privilegiados. El presidente de la junta deberá dirigir las deliberaciones y decidir sobre la validez de los apoderamientos que tengan lugar, así como sobre la acreditación de los comparecientes y cualquier punto sobre el que pueda surgir controversia. Una vez que el secretario exponga las propuestas admitidas a trámite se producirán las deliberaciones.

Los acreedores que se adhieran a cualquiera de las propuestas en tiempo y forma se tendrán por presentes a efectos del quorum de constitución a pesar de que no asistan a la asamblea. Las adhesiones se considerarán como votos favorables a la propuesta de convenio presentada, siempre que los adheridos no hubieran asistido a la junta para votar en un sentido diferente o no hubieran revocado su adhesión. Si bien, y como regla general, las adhesiones son irrevocables, cuando se trate de las adhesiones realizadas en relación con

una propuesta anticipada de convenio no aprobada en la fase común pero mantenida por el deudor, sí que es posible su revocación.

Cabe destacar lo dispuesto en el artículo 125.1, ya que éste prevé que para las propuestas que supongan un trato singular para ciertos acreedores o grupos de acreedores se requerirá además de la aceptación de la mayoría de éstos acreedores, el voto favorable de la mayoría del pasivo no afectado. Por último, es necesario documentar las deliberaciones y acuerdos que tengan lugar en la junta, pues la ley exige que el secretario redacte el acta de la junta.

E) La aprobación judicial del convenio

Una vez se hayan obtenido las mayorías necesarias para considerar la propuesta como aceptada, ésta deberá ser aprobada judicialmente. Denominamos convenio aprobado a aquel sobre el que se haya llevado a cabo un pronunciamiento judicial sobre su idoneidad, mientras que será convenio aceptado aquel que ha alcanzado la mayoría de adhesiones pero todavía no haya sido sometido a aprobación judicial. El juez, además de ratificar el convenio, deberá entrar a analizar aspectos como son la viabilidad del cumplimiento de lo dispuesto en el mismo. Se permite que los acreedores, la administración concursal, así como el deudor se opongan a la aprobación judicial.

Junto a la aprobación judicial también cabe la nulidad y la rescisión del convenio. La nulidad se produce sobre un convenio existente que se ve afectado de algún vicio, el cual lo invalida, mientras que la rescisión tiene lugar cuando se declara judicialmente el incumplimiento del convenio. Ambas figuras suponen la apertura de la fase de liquidación.

9) ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN FRENTE PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

El legislador, en la reforma de la Ley Concursal, ha tratado de lograr un procedimiento concursal rápido, ágil y poco costoso, ya que la excesiva duración del procedimiento y los elevados costes que éste generaba requería de la adecuación de la legislación en materia concursal a la realidad económica del momento. Como manifiesta JACQUET YESTE ²⁷ *“Uno de los medios utilizados por el legislador para lograr un procedimiento concursal con esas características y sobre todo de reducir sus costes ha sido el de promocionar una mayor autonomía del deudor y sus acreedores, favoreciendo la conclusión entre ellos de acuerdos extrajudiciales que resuelvan los problemas de solvencia del deudor sin la necesidad de recurrir al procedimiento concursal, y ante la imposibilidad de concluir acuerdos extrajudicialmente, de las soluciones concursales que conlleven una menor intervención judicial”*.

Con ello se hace mención tanto a los acuerdos de refinanciación de deudas como a la propuesta anticipada de convenio. Lo que JACQUET YESTE trata de comunicarnos es que ante la inadaptación de la ley concursal a la situación de crisis del momento el legislador estableció nuevos mecanismos de adaptación. Entre estos destacan en primer lugar los acuerdos de refinanciación, para lo que se otorga una mayor libertad a las partes para poder estipular este tipo de acuerdos al margen del concurso, y por tanto extrajudicialmente. En segundo lugar y frente a los acuerdos de refinanciación, JACQUET YESTE habla de “las soluciones concursales que conlleven una menor intervención judicial” donde entra en juego la propuesta anticipada de convenio, por poder presentarse incluso con la solicitud de declaración de concurso, lo cual permite al deudor tomar soluciones desde los primeros instantes concursales.

Los acuerdos de refinanciación de deuda son acuerdos de carácter voluntario y privado celebrados entre el deudor y sus acreedores, a través de los cuales el deudor puede reestructurar su deuda, empleando esa libertad contractual de la que el legislador le ha dotado sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento judicial, y evitando los costes no solo directos del concurso, sino también los indirectos. Estos acuerdos suponen una financiación hacia el deudor insolvente capaz de permitir el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional de éste y evitar el concurso y los costes que éste supone. Frente a éstos, la propuesta anticipada de convenio es una solución concursal que tiene rasgos

²⁷ JACQUET YESTE T., “Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, nº 18/2013

extrajudiciales, rasgos que la hacen apta para conseguir el objetivo esperado por el deudor concursado. Éste permite que algunas de las actuaciones que anteriormente tenían lugar en el procedimiento concursal se realicen extrajudicialmente, lo cual contribuye a la reducción de los costes concursales.

A pesar de resultar atractiva la propuesta anticipada de convenio, más atractiva resulta la posibilidad de obtener una refinanciación evitando recurrir al concurso y preservando la actividad empresarial o profesional del deudor. Si a esto le sumamos la introducción por parte de la Ley 38/2011 de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, la cual introduce ciertos beneficios especiales, queda latente que los deudores se decantarán por éste tipo de solución extrajudicial en lugar de la propuesta anticipada de convenio.

No obstante, para poder determinar con todas las garantías cuál de los mecanismos resulta más ventajoso es necesario que planteemos nuevamente las características fundamentales de cada uno de éstos.

La propuesta anticipada de convenio la pueden formular aquellos deudores que reúnan las condiciones establecidas por la ley y ya mencionadas, siempre acompañada de las adhesiones de los acreedores. Asimismo, como también hemos indicado en el título anterior, la propuesta anticipada de convenio únicamente puede ser presentada por el deudor. El que el deudor presente una propuesta anticipada de convenio nos hace presuponer que ha iniciado negociaciones con sus acreedores con anterioridad, ya sea con la totalidad de éstos o con los más relevantes. De las negociaciones entre éstos puede resultar una propuesta que dé lugar a un convenio extrajudicial que permita solucionar la situación de insolvencia sin necesidad de recurrir al concurso.

Asimismo, y como acabamos de apuntar, el deudor puede iniciar negociaciones con todos o con parte de sus acreedores, de manera que no requiere de la totalidad de acreedores para obtener un convenio mediante la propuesta anticipada de convenio, lo cual supone una gran ventaja para el deudor. No debemos olvidar lo dispuesto en el artículo 5 bis LC, el cual invita al deudor a iniciar negociaciones con sus acreedores para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, así como cualquiera de los institutos preconcursales analizados, mediante la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso.

De todo lo expuesto hasta el momento sobre la propuesta anticipada de convenio llegamos a la conclusión de que ésta es una figura intermedia a los acuerdos de refinanciación y el

concurso, al reunir características tanto de los acuerdos extraconcursoales como del concurso. Por tanto estaríamos ante una figura híbrida compuesta tanto por los rasgos extraconcursoales como los concursoales.

Por lo que respecta a los acuerdos de refinanciación de deuda ordinarios introducidos por el RDL 3/2009, cabe destacar que éstos son aquellos acuerdos, negocios, actos y pagos adoptados por el deudor y sus acreedores en virtud de los cuales se procede a una ampliación significativa del crédito o a la modificación de las obligaciones del deudor mediante el aplazamiento del plazo de vencimiento o mediante la modificación de sus obligaciones. Son por tanto todos aquellos actos que resultan favorables para el deudor, pues suponen un beneficio para éste, permitiéndole ello dar continuidad a su actividad empresarial o profesional y liberándolo de su situación de crisis económica. Como también hemos explicado en capítulos anteriores, el artículo 71 bis dispone la no rescisión de determinados acuerdos de refinanciación, por considerarlos necesarios, económicamente razonables y no perjudiciales. De ésta manera destacamos la especial protección, invocando asimismo el artículo 5 bis LC, que la Ley Concursal dota a los acuerdos de refinanciación, así como el ahínco con el que se trata de fomentar su adopción.

El legislador manifestó nuevamente su voluntad de promover los acuerdos de refinanciación de deuda mediante la introducción en el año 2011 de la disposición adicional cuarta LC, la cual regula la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. Estos acuerdos permiten la extensión de sus efectos a aquellas entidades disidentes o no participantes cuyos créditos no posean garantía real, para lograr el propósito del deudor y de la mayoría de acreedores, que no es otro que superar la situación de crisis.

De todo ello podemos llegar a la conclusión de que los acuerdos de refinanciación de deuda suponen una mayor ventaja para el deudor, tanto por permitirle actuar con anterioridad a la situación concursal, como por garantizar el buen fin del concurso mediante la posible extensión de sus efectos a otro tipo de acreedores. Hemos observado a través de éste análisis que los acuerdos de refinanciación gozan en una mayor medida del apoyo y respaldo del legislador que la propuesta anticipada de convenio. Asimismo, la refinanciación de deuda permite en una mayor medida la conservación de la actividad empresarial o profesional y todo lo que está ligado a ésta, más aun si consideramos la diversidad de medidas que se pueden adoptar en ésta, comprendiéndose desde las quitas y esperas hasta la conversión de créditos en acciones y la modificación de las obligaciones del deudor.

No obstante, en defecto de la refinanciación de deuda, la propuesta anticipada de convenio puede resultar muy atractiva y útil tanto para el deudor como para los acreedores que pretendan superar la insolvencia del deudor sin que ello suponga el impago de los mismos ni la pérdida de la actividad empresarial, de modo que no debemos olvidar esta posible solución preconcursal.



10) CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de nuestro trabajo hemos podido apreciar la relevancia de las instituciones preconcursales como método de resolución de situaciones de insolvencia alternativo al procedimiento concursal. Estas medidas preconcursales otorgan a las partes mayores posibilidades de éxito en la solución de la situación de crisis económica del deudor. seguridad con respecto a la probabilidad de superar la situación de crisis económica del deudor. Además de aplicarse con carácter previo, lo que ofrece un mayor margen de actuación, quedando tras ello la posibilidad de acudir al procedimiento concursal, se basa en un acuerdo entre deudor y acreedores que garantiza en mayor medida el éxito de la refinanciación o la medida adoptada. Véase el carácter expansivo de los efectos del acuerdo de refinanciación de deuda homologado en los acreedores disidentes o no participantes, o la limitación del derecho de voto a las personas que mantengan una especial relación con el deudor para evitar posibles fraudes. Toda la estructura de las instituciones preconcursales está destinada a hacer viable lo pactado entre las partes.

Tras realizar este estudio somos conscientes de que cada instituto preconcursal presenta características propias frente al resto, convirtiéndose en instrumento más o menos idóneo para la situación concreta que se plantee. Esto en el bien entendido de que todas ellas persiguen un mismo objetivo. Nuestro análisis nos permite constatar cuales son los requisitos para dotar de irrevocabilidad a los acuerdos adoptados en cada institución preconcursal, las mayorías exigibles para su validez, los efectos que se producen, la extensión de los mismos, o, por ejemplo las limitaciones para iniciar la mediación judicial. Igualmente, por el resto, otras particularidades que determina la especialidad de cada uno de éstos acuerdos.

Otra de las conclusiones a la que hemos llegado es a la menor capacidad de adaptación y de consecución real del acuerdo extrajudicial de pagos frente al resto de acuerdos, pues desde sus inicios hasta el reciente RDL 1/2015 presentaba grandes limitaciones y trabas tanto para el deudor como para sus acreedores. A modo de ejemplo destacamos la supresión por el citado Real Decreto de la limitación que impedía que cualquiera de los acreedores del deudor se encontrara en concurso para poder acceder a la mediación concursal. Compartimos, a nuestro juicio, la oportunidad de esta medida. Repárese en la ingente

cantidad de acreedores que puede llegar a tener un deudor, por lo que nos parece un requisito desproporcionado y carente de fundamento, en tanto que la situación económica que verdaderamente importa es la del deudor. Destacamos, en este sentido, el esfuerzo que está llevando a cabo el legislador para adaptar el acuerdo extrajudicial de pagos a las situaciones reales y hacerlo así más factible.

La conclusión principal que hemos alcanzado es la existencia de una descompensación existente entre los esfuerzos del legislador por fomentar el uso de estos acuerdos y la escasa o inexistente aplicabilidad práctica de los mismos. El espíritu del legislador es destacar la oportunidad de sustituir el proceso concursal por los mecanismos preconcursales. Este interés, en cambio, no se ve materializado en la práctica, porque la gran mayoría de las situaciones de insolvencia se resuelven mediante la fase de liquidación de la empresa. Nos parece pertinente que se mantenga este espíritu de salvaguarda de la actividad empresarial o profesional, junto a la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores. La apertura de procedimientos de concurso que derivan sistemáticamente en la apertura de una fase de liquidación, no parece el escenario más idóneo para la situación de crisis empresarial generalizada en la que todavía estamos inmersos.

Una última reflexión, a nuestro juicio, es de interés. A pesar de resultar criticable, por la incertidumbre que genera, no puede negarse lo saludable del propósito de las continuas reformas concursales, encaminadas siempre a favorecer la mejor solución a una eventual situación de crisis patrimonial.

11) BIBLIOGRAFÍA

ESTEBAN RAMOS L.M., Revista de derecho concursal y paraconcursal: *“Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación”*, 2014

OLIVENCIA RUIS, M., *“Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Dir. PULGAR EZQUERRA, Juana, 2012, núm. 17, pág. 28.

RODRÍGUEZ CONDE C., Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011. Medidas para el aseguramiento de la continuidad de la actividad empresarial, Bosch, Barcelona, 2012, p. 21.

PLANA PALUZIE A., La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal: análisis de su regulación y principales aspectos prácticos, Artículos Doctrinales: Mercantil, NOTICIAS JURÍDICAS, <http://www.noticias.juridicas.com>, febrero, 2012

PAVÓN NEIRA C., Institutos preconcursales y refinanciación de deudas, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 17.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A., *“Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Dir. PULGAR EZQUERRA, Juana, 2012, núm. 16, págs. 123 y 124.

DÍAZ MORENO A., Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal (Decimoquinta edición), Marcial Pons, 2014, p. 435

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 5, Sección Formularios judiciales, Primer semestre de 2006, pág. 325, Editorial LA LEY

JACQUET YESTE T., *“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, n° 18/2013

FERNÁNDEZ DEL POZ, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal: auditoría y prevención de la crisis empresarial* (art. 209.1.b) LSA), Marcial Pons, 2001

FÍNEZ RATÓN, JM., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, Civitas, 1992

ORDUÑA MORENO FJ., *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J.M. Bosch, 1987

PULGAR EZQUERRA J., *Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores*, Diario La Ley, nº 6963 (9 de junio de 2008)

CERDÁ ALBERO F., y SANCHO GARGALLO I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Servicio de Estudios, 2001

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de derecho mercantil* (18.^a edic.) (2 vols.), Madrid, EDERSA, 1995

