



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL, DERECHO DEL
TRABAJO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

TESIS DOCTORAL:

**LA DESPRIVATIZACIÓN Y DESJUDICIALIZACIÓN
DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA. ESPECIAL
REFERENCIA A LOS ACUERDOS DE
REFINANCIACIÓN**

Presentada por LAURA GONZÁLEZ PACHÓN para optar al grado
de doctora por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

Segovia 2015

ÍNDICE:

PRINCIPALES ABREVIATURAS (7)

PRESENTACIÓN (9)

CAPÍTULO I. SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES

1. INTRODUCCIÓN (17)

2. LOS FINES DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA DESDE UN PUNTO DE
VISTA HISTÓRICO (25)

2.1. *Derecho Romano* (26)

2.2. *Derecho Intermedio* (29)

2.3. *Derecho Moderno*

2.3.1. *La obra de Salgado de Somoza* (34)

2.3.2. *Las Ordenanzas de Bilbao* (37)

2.4. *Derecho concursal previgente* (40)

2.4.1. *Código de comercio de 1829* (44)

2.4.2. *Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre Quiebra de las
Compañías de Ferrocarriles, Canales y demás Obras
Públicas* (48)

2.4.3. *Código de comercio de 1885* (51)

2.5. *Reformas de la legislación concursal española* (56)

2.5.1. *Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959* (57)

2.5.2. *Anteproyecto de Ley concursal de 1983* (59)

2.5.3. *Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995* (64)

3. DERECHO ESPAÑOL: MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL (68)

4.- CONCLUSIONES (73)

CAPÍTULO II. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS

1. INTRODUCCIÓN (79)

2. TRES MODELOS DE SOLUCIÓN DEL DERECHO COMPARADO

2.1.- Derecho estadounidense

2.1.1. Panorámica del Derecho concursal estadounidense (81)

2.1.2. Mecanismos de resolución de crisis económicas alternativas al concurso:

A) El procedimiento de reorganización del Capítulo 11 del Bankruptcy Code (86)

B) Los acuerdos extrajudiciales. Workout, composition (88)

C) Los acuerdos casi extrajudiciales: los prepackaged bankruptcy plans (91)

2.2.- Derecho francés

2.2.1. Panorámica del Derecho concursal francés: El contenido de las Leyes de 1 de marzo de 1984 y de 25 de enero de 1985 (94)

2.2.2. La Conciliation: Procedimiento contractual de prevención (104)

A) Privilegio respecto de actos pasados a la vista del acuerdo homologado (108)

B) Privilegio para aquellos acreedores que en el acuerdo amistoso realicen nuevas aportaciones de tesorería al

deudor asegurando la continuidad de la actividad empresarial (109)

2.2.3. La Sauvagarde: Procedimiento judicial de prevención. La Sauvagarde Financière Accélérée (111)

2.3.- Derecho italiano

2.3.1. La incorporación de iniciativas extrajudiciales y preconcursales:

A) El Decreto Legislativo núm. 5, de 9 de enero de 2006: Los Accordi di Ristrutturazione dei debiti y los Accordi di Risanamento (116)

B) Accordi di Ristrutturazione dei debiti o Acuerdos de Reestructuración de deudas (122)

C) El Decreto Ley de 31 de mayo de 2010: La incorporación del fresh money (125)

CAPÍTULO III. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA EN ESPAÑA. LAS ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES.

- 1. CAMBIO DE RUMBO EN LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y LA APARICIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA JURÍDICA. LA DESPRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL (129)**
- 2. LA FUNCIÓN TRADICIONAL DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. RECONSIDERACIÓN DE LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL (140)**
- 3. EL DERECHO DE LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA: DE LA DESPRIVATIZACIÓN A LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL (151)**

- 4. LA PRECONCURSALIDAD Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (165)
 - 4.1. *La preconcursalidad con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal* (171)
 - 4.2. *El tratamiento de la preconcursalidad en la Ley Concursal* (185)
 - 4.3. *Soluciones reorganizativas para la prevención de la insolvencia. Composiciones o acuerdos estrictamente privados* (194)

CAPÍTULO IV. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

- 1. PLANTEAMIENTO: AUSENCIA Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (207)
- 2. LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: EL REAL DECRETO LEY 3/2009 (211)
- 3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y DEL LLAMADO “PRECONCURSO”: LA LEY 38/2011 Y ULTERIORES (226)
 - 3.1. *La llamada situación preconcursal. La comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. (El art. 5 bis de la LC)* (229)
 - 3.2. *Los acuerdos de refinanciación y la rescisión concursal* (240)
 - 3.2.1 *Los acuerdos de masa* (245)
 - 3.2.2. *Los acuerdos individuales* (253)
 - 3.3. *La homologación de los acuerdos de refinanciación* (255)
 - 3.4. *Los acuerdos de refinanciación y el fresh money* (270)

CONCLUSIONES (281)

BIBLIOGRAFÍA (289)

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CBE	Circular del Banco de España
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución española
Dir.Fall	Diritto Fallimentare e delle società commerciali
Dleg	Decreto Legislativo
DLey	Decreto de Ley
DN	Derecho de los Negocios
Giur.Comm	Giurisprudenza Commerciale
LC	Ley Concursal
LFall	Legge Fallimentare
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSA	Texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSP	Ley de Suspensión de pagos
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDLeY	Real Decreto Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rev.prat.soc.	Revue Pratique des Sociétés
Rev.proc.coll.	Revue procédures collectives civiles et commerciales
RGD	Revista General del Derecho
Riv.dir.comm.	Revista di diritto commerciale
RPJ	Revista del Poder Judicial
RJC	Revista jurídica de Cataluña
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRESENTACIÓN

Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, así consagra el artículo 1911 CCom el *principio de responsabilidad patrimonial universal*. Cuando el patrimonio del deudor no resulte suficiente para hacer frente al conjunto de sus obligaciones y exista una pluralidad de acreedores, cuyas deudas no van a poder ser cumplidas, se hace necesario organizar a los acreedores como colectividad o comunidad de pérdidas. La institución que procura la tutela del crédito en el caso insolvencia del deudor común es el *concurso de acreedores*. Su régimen se contiene actualmente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), que supuso la consagración de la tan deseada modernización de nuestro Derecho concursal. Uno de los principales rasgos del Derecho concursal vigente consiste en la *unidad*, entendida desde una triple vertiente: *unidad legislativa*, ya que una sola ley regula los aspectos sustantivos y procesales del procedimiento concursal; *unidad subjetiva*, al tratarse de un único procedimiento con independencia del carácter civil o mercantil del deudor común, y *unidad de procedimiento*, que es único, el *concurso de acreedores*, aunque con dos posibles soluciones, convenio y liquidación. Es necesario advertir, no obstante, que algunos de estos principios se mantienen más bien formalmente, ya que las sucesivas reformas que ha experimentado la LC en su versión actual, incorpora cambios que modifican sustancialmente el diseño y funcionamiento de algunos institutos concursales.

Entre las reformas operadas desde la promulgación de LC destacan: el Real Decreto- ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en

materia tributaria, financiera y concursal; la Ley 13/2009, de 2 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley dio lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que asimismo tras su tramitación como proyecto de ley dio lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo; el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y, recientemente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Todas estas reformas se han ido incorporando al ordenamiento jurídico-concursal por razones de diversa índole. En unos casos, la crisis económica global en la que nos hemos visto inmersos, ha provocado que una buena parte del desarrollo de nuestra moderna legislación concursal se haya revelado insuficiente y difícil de administrar para hacer frente a la avalancha de concursos acontecidos, especialmente desde el año 2007. Una LC, que apenas comenzaba a andar, tuvo que ser reformada por primera vez a los seis años de su entrada en vigor, situación que contrasta con la legislación concursal previgente cuya última modificación se incorporó en el año 1922 con la Ley de Suspensión de Pagos (en adelante LSP).

En otras ocasiones, olvidando en parte que la finalidad solutoria (esto es, la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente), sigue siendo función principal del concurso, el propio legislador ha fomentado una función conservativa del concurso, que procurase la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Pese a la intención del legislador, lo cierto es que las cifras de los últimos años indican una destrucción de empresas con prevalencia de la solución liquidativa frente al convenio – tanto anticipado como ordinario-, motivo por el cual, algunas de las recientes reformas han procurado reforzar la solución conservativa.¹

Por último, la protección de determinados operadores económicos, así como la necesidad de reducir costes temporales y económicos ha motivado la aparición de alternativas preconcursales que simplificaran y agilizaran el procedimiento concursal.

Es esta última razón de política legislativa la que centra nuestro estudio. Actualmente en España, y anteriormente en los países de nuestro entorno, asistimos a un impulso de la desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis económicas del deudor común. La preferencia de los operadores económicos por soluciones amistosas a las crisis, resulta evidente si se toma en consideración el ahorro temporal y de coste económico que supone la declaración de los procedimientos concursales.

Desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días, el Derecho Concursal ha ido evolucionando al compás de la aparición y posterior

¹ Las estadísticas disponibles ponen de relieve de que solo en torno a un 5 por ciento de los concursos declarados terminan en convenio.

consolidación de los modernos estados sociales y de derecho. Primeramente se produjo en parte una *desprivatización de los tradicionales institutos concursales*, especialmente en aquellos casos en los que el deudor era una empresa de grandes dimensiones o que formaba parte de un sector de la economía considerado relevante (o de interés general). Asistimos de esta manera a la aparición de las llamadas *instituciones preconcursales*, caracterizadas por un fuerte intervencionismo público y que ya suponían una primera *desjudicialización*, al atribuirse el protagonismo del saneamiento a entidades o agencias públicas. Pero también posteriormente, y sobre todo en las últimas décadas, se está operando una *desjudicialización* del propio Derecho concursal, que opera ya a nivel general o transversal, y que trata de evitar la judicialización de las dificultades de las empresas, fomentando los acuerdos amistosos de reestructuración de la deuda.

Este trabajo se va a centrar fundamentalmente en esta última desjudicialización, que en el Derecho vigente en España tiene dos manifestaciones. Por un lado, los *acuerdos extrajudiciales de pagos*, diseñados específicamente para deudores de menores dimensiones. Por otro lado, los *acuerdos de refinanciación*, a los que pueden acogerse deudores de cualquier dimensión, pero especialmente idóneos para los de mayor tamaño. Con todo, se va a prestar especial atención a estos últimos puesto que son los únicos de los que hasta la fecha existe evidencia práctica.² Los acuerdos de refinanciación aparecen por primera vez en la legislación española con motivo del RDL 3/2009, de 27 de

² Si bien la práctica española de los últimos años ha conocido un número significativo de acuerdos de refinanciación (de masa e individuales), respecto a los acuerdos extrajudiciales de pagos, a la fecha no hay experiencia conocida.

marzo, de medias urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, y posteriormente se regularían con mayor detalle en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal así como por medio de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial³.

Nuestro trabajo tiene cuatro capítulos. En el primero se pretende hacer una aproximación histórica a la evolución de las instituciones concursales, con especial referencia a la situación en España, al objeto de ir descubriendo las principales orientaciones a las que ha ido respondiendo a lo largo del tiempo, como forma de entender mejor la situación a la que se ha acabado arribando en la actualidad.

En el segundo capítulo se aborda el estudio de tres modelos del Derecho comparado (los ordenamientos estadounidense, francés e italiano), que expresan con claridad una tendencia a la desjudicialización, al objeto de contextualizar el Derecho español, y apreciar las orientaciones que subyacen en el mismo.

En el tercer capítulo se profundiza en la tendencia de desjudicialización del Derecho de la insolvencia que manifiesta el actual Derecho concursal español, analizando los cambios que se han ido

³ Los acuerdos extrajudiciales de pagos se incorporaron con la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. Se trata de un texto no exento de polémica, ya que al margen del prácticamente inexistente debate parlamentario al que fue sometido, presenta importantes deficiencias de técnica jurídica.

produciendo en los últimos años, conforme se agudizaba la crisis económica, en sus paradigmas y funciones.

En el cuarto y último capítulo, se aborda el estudio del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación, así como de algunas instituciones conexas, como el régimen de la llamada preconcursalidad, la rescisión y la aportación de nuevos recursos (fresh money).

Melius est pauca dividere quam totum perdere
(Straccha, De Mercatura sive de Mercator, 1553).

CAPÍTULO I. SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES

1.- INTRODUCCIÓN ⁴

La confluencia de un deudor insolvente y una pluralidad de acreedores que pretenden la satisfacción íntegra de sus créditos ha existido siempre.⁵ Ahora bien, el tratamiento que ha recibido el incumplimiento del deudor común es lo que ha ido variando a lo largo del tiempo y del espacio.⁶

En relación con las empresas, antes los comerciantes, desde que existen en el tráfico económico, ha sido y sigue siendo recurrente que atraviesen dificultades económicas; es más, la crisis en el patrimonio del

⁴ Vaya por delante una aclaración terminológica. A lo largo del presente trabajo la figura del deudor común que queda sometido al concurso, en virtud de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, podrá serlo *cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*. Las razones de la dualidad de procedimiento atendiendo a la condición comercial o no comercial del deudor, desde hace décadas ha perdido toda su virtualidad, de manera que la unidad de disciplina que venía siendo reclamada por toda la doctrina, ha sido finalmente incorporada en la vigente legislación concursal. Sin embargo, en la práctica la Ley Concursal será aplicable, en la mayoría de los casos, a empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones, razón por la cual el presente estudio se centrará preferentemente en la insolvencia de esta clase de deudores.

⁵ Decía SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. I, Barcelona, 1974, pág.44 que «desde los más remotos tiempos y las más antiguas civilizaciones, el deudor fue sañudamente perseguido e implacablemente castigado».

⁶ Vid. sobre la evolución del Derecho concursal español anterior a la codificación, ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970; vid. también en relación con la evolución del Derecho concursal español y comparado el trabajo de PULGAR EZQUERRA, *La reforma del derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.

empresario no debe ser considerada como un hecho aislado o como un *accidente individual*, consecuencia exclusiva de su mala gestión. La evolución general de la economía, los cambios en el mercado, la frecuente invocación del crédito por el empresario, los cambios tecnológicos, la competencia o la escasa demanda son, entre muchos, factores que pueden incidir de manera negativa en el desarrollo de la vida empresarial.⁷

En este sentido, la *primera gran crisis del siglo XXI*, cuyo inicio se sitúa en el año 2008, pone de relieve que determinados acontecimientos internacionales, singularmente dificultades económicas de los bancos de inversión norteamericanos, pueden afectar de manera decisiva a sectores clave de numerosas economías nacionales. Como un efecto dominó, el hundimiento de los mercados financieros, supuso el derrumbe de las Bolsas, colapsando éstas a su vez el crédito y provocando una paralización de la actividad económica, lo que en España se tradujo en un desmoronamiento, en especial, del sector inmobiliario y de la construcción.⁸ Pues bien, esta crisis, considerada como la más grave de

⁷ Traemos aquí las palabras del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ en relación con la crisis económica de los años setenta pero que resultan plenamente de actualidad, en la actual crisis económica del siglo XXI, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», ADC, XXXIII, 1980, pág. 30, para quien «La expansión del crédito y de nuevas formas de inversión, el crecimiento de la magnitud de las empresas, la aparición de nuevas formas de empresas como los grupos de sociedades, la penetración de las empresas multinacionales, son algunos de estos hechos importantes. La *interconexión de todos ellos* se ha manifestado con la crisis económica que comienza en los primeros años de la década de los setenta».

⁸ La economía española experimentó una etapa de bonanza económica entre los años 1996 y 2007. Parece que existe un acuerdo en que la primera señal de alarma se produce en Estados Unidos con la crisis de las hipotecas *subprime* en agosto de 2007. La crisis estalla definitivamente en agosto de 2008 con la quiebra del banco de inversión Lehman Brothers extendiéndose de forma alarmante por todo el sistema financiero internacional y casi de manera inmediata en la economía productiva de numerosos

la historia moderna, ha arrastrado a múltiples empresas al concurso, con independencia de su buena o mala gestión, así como de su tamaño, sin mediar en muchos casos, posibilidad alguna de salvación.⁹

Atendiendo a la gravedad de las crisis empresariales, en palabras del Prof. Guyon,¹⁰ las medidas que se pueden acometer varían, como también lo hacen en función del momento histórico en el que éstas pretendan desplegar sus efectos. En este sentido, en lo que concierne a las medidas que deberían ser adoptadas por la legislación concursal, en los casos de dificultad económica del deudor común, éstas serían las siguientes: en primer lugar, la ley debería establecer los mecanismos necesarios susceptibles de prevenir las dificultades económica para, a continuación, procurar la recuperación de aquellas empresas que se encuentren en situación temporal de morosidad, pero que son susceptibles de mejorar su situación económica; si estas medidas fracasan, en segundo lugar, la ley debería establecer las reglas que

países. Vid. el interesante estudio sobre las crisis sufridas en España desde el siglo XIV hasta la actualidad, LLOPIS y MALUQUER DE MOTES, *España en crisis. Las grandes depresiones económicas, 1348-2012*, Barcelona, 2013; para una visión de la actual crisis económica, vid. GARICANO, *El dilema de España*, Barcelona, 2014; GARCIA/SANTOS (coord.), *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.

⁹ En plena crisis económica, el número de concursos creció en el primer trimestre de 2009 un 266 por ciento respecto del mismo período del año anterior, con un incremento que alcanzó el 330 por ciento en los procedimientos ordinarios. El mayor porcentaje de las insolvencias en el primer trimestre de 2009 afectó a las empresas del sector de la construcción (35 por ciento), así, entre los años 2008 y 2009 se presentaron en los Juzgados mercantiles concursos de gran trascendencia de, entre otros, las constructoras Martinsa Fadesa (7.155 millones de euros), Habitat (2.807 millones de euros), Tremón (919 millones de euros), Nozar (1.563 millones de euros) y Lábaro (750 millones de euros). Las estadísticas del Colegio de Registradores ponen de relieve que en el año 2009 las empresas vinculadas al ciclo constructivo suponen cerca del 45 por ciento sobre el total de las concursadas si bien, sólo el 10 por ciento de las concursadas superaba los 10 millones de euros de pasivo.

¹⁰ Vid. GUYON, *Droit des affaires*, vol. II, Paris, 2003, págs. 2-50.

permitan liquidar el patrimonio del deudor común asegurando el pago entre los acreedores de conformidad a la *par conditio creditorum* y, por último, el legislador debería dictar las sanciones o medidas de seguridad dirigidas exclusivamente a aquellos deudores deshonestos o *notoriamente incompetentes* con el fin de que resulten expulsados de la vida de los negocios.

A modo de compendio de lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que el Derecho concursal presentaría cuatro grandes objetivos que por ambiciosos que éstos sean, todos deben orientar la labor del legislador. Así, la prevención de la insolvencia o de la dificultad económica de la empresa,¹¹ la recuperación de empresas en situación económica comprometida pero susceptibles de recuperación económica,¹² la

¹¹ La prevención en relación con el principio de conservación de empresa, se ha revelado como uno de los principales objetivos del Derecho concursal desde al menos finales del siglo XIX, coincidiendo en Europa con la quiebra de grandes sociedades, en particular, compañías de ferrocarriles, que dado su volumen de capital y de medios personales, supuso un importante reto para un Derecho concursal que en la época resultaba ser eminentemente liquidativo. Si bien su plasmación en los principios de política jurídica que inspiran el Derecho concursal, no se produjo hasta la segunda mitad del siglo XX. *Vid.*, en relación con las quiebras de las compañías de ferrocarriles en el siglo XIX, el exhaustivo trabajo del Profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*. RDP, 1981, págs. 113 a 181. Nótese que cuando se alude a la prevención de la insolvencia como una de las medidas del Derecho concursal, es necesario poner de manifiesto que debe establecerse una distinción, a los efectos de medidas concursales que se pueden adoptar, entre *prevención* de la insolvencia y *remoción de* la insolvencia en fase concursal, ya que en este último caso, y para cuando se pretenden quitas y/o esperas consentidas por las partes, se suscita la legalidad de medidas concursales una vez que la insolvencia ya se ha manifestado. *Vid.* sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2012, pág. 51.

¹² La necesidad de incorporar la recuperación empresarial a los fines del Derecho concursal aparece ligada a la prevención y su manifestación más temprana se produce, como es sabido, en el Derecho francés con la *Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*” y la *Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 relative au redressement et a la liquidation judiciaire des*

liquidación del patrimonio del deudor común en situación de dificultad financiera irremediable¹³ y, por último, el establecimiento de sanciones para aquellos deudores considerados deshonestos. En conexión con las sanciones sobre el deudor, resulta conveniente poner de relieve que históricamente la situación de insolvencia del deudor común ha estado relacionada con la idea de culpabilidad, de manera que sobre su conducta han pesado no sólo consecuencias de índole económica sino también una consideración peyorativa que se puede resumir en el conocido anatema *decoctor ergo fraudator*, manteniéndose durante muchos años hasta el punto de convertirse en un significativo coste reputacional con importantes implicaciones.¹⁴ Traemos aquí las palabras del profesor Garrigues, en relación con la quiebra al afirmar que «la quiebra engendra una presunción de mala fe en el quebrado, en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor¹⁵». Veremos cómo esta connotación negativa sobre la persona del deudor se ha mantenido durante un dilatado período de la historia, si bien cada vez más

entreprises, único ordenamiento que ha incorporado de manera sistemática la prevención y recuperación de las empresas mediante institutos preventivos reorganizativos. Es necesario advertir, como se verá más adelante, que no se trata de conservar empresas en dificultades económicas en el mercado a toda costa, ya que el *redressement* queda condicionado a la necesaria viabilidad de la empresa, de manera que sólo si su recuperación es posible, resultará de aplicación este instituto.

¹³ La finalidad solutoria ha sido la finalidad clásica del Derecho concursal que sólo comienza a ser compartida con otros fines de carácter conservativo a partir de la segunda mitad del siglo XX como consecuencia de la aparición de nuevos principios de política jurídica consecuencia del modelo político-económico de la Economía Social de mercado.

¹⁴ Los costes reputacionales, junto con los costes económicos y los costes temporales han supuesto que las soluciones extrajudiciales a la crisis económica del deudor común sean la opción preferida por los operadores económicos, en particular, la gran empresa, frente a los tradicionales procesos concursales.

¹⁵ *Vid.* GARRIGUES, «Derecho de quiebras y de las suspensiones de pagos», *RDP*, 1940, pág. 463.

atemperada hasta llegar a la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) proclive a un tratamiento menos punitivo del deudor de conformidad a las exigencias constitucionales y los principios generales del Derecho penal.¹⁶

Luego de lo precedente se desprende que el Derecho concursal así entendido, comprendería una serie de medidas de carácter heterogéneo que varían atendiendo al momento histórico y al lugar en que se manifiestan, pero que en todos los casos presentan determinados elementos comunes.¹⁷ En este sentido atendiendo las palabras del

¹⁶ La disciplina concursal desde el punto de vista del Derecho penal, supone la transición de la responsabilidad penal por *daño objetivo* del Derecho histórico a la *responsabilidad por culpa* del Derecho moderno. En opinión de ROCCO, *Il fallimento. Teoria Generale e origine storica*, Millán, 1962, pág.113, «il diritto moderno ha compresso che il fallimento, in sè, non può essere considerato come un reato. Il fallimento, è semplicemente un *fatto dannoso, come sono fatti dannosi la morte di un uomo, la perdita del possesso di una cosa, la deteriorazione di un immobile, la diminuzione della pubblica estimazione, e via dicendo.*

¹⁷ En este sentido, vid. SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis%20Maria%20Luisa%20Sanchez%20Paredes.pdf>, pág. 13, quien sostiene que «no cabe duda de que existe una evidente interdependencia entre las soluciones previstas por el Derecho concursal para dar respuesta a los conflictos de los intereses que se producen en las situaciones de crisis económica y los principios de política económica y social que inspiran las distintas legislaciones en la materia, variables según los países y los momentos históricos. De ahí que las vías de actuaciones del derecho concursal sean heterogéneas, no obstante la existencia de elementos comunes. Entre estos elementos comunes bien podríamos situar en un primer momento, la liquidación y el reparto de bienes como medios prioritarios para satisfacer a los acreedores, a continuación, la conservación de la empresa como un objetivo *per se* a cumplir por el Derecho concursal y no como un medio de satisfacción de los acreedores, para situarnos en la actualidad, en fin, la conservación de la empresa y la liquidación como medios complementarios que persiguen la mejor satisfacción de los acreedores. Entre estos elementos comunes bien podríamos incluir los cuatro objetivos del Derecho concursal a los que nos hemos referido en páginas anteriores.»; vid. también, CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, págs. 22 y 23 quien apunta que «prisión por deudas, cesión de bienes y quiebra son diferentes sanciones que el deudor en estado de insolvencia ha recibido históricamente».

Profesor Duque «están abocadas al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretendan definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándola unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla».¹⁸

Ahora bien, antes de descender a la explicación de estas medidas, en especial, a la intensidad con la que éstas se presentan en las distintas legislaciones concursales, española y comparada, es necesario precisar las siguientes ideas:

En primer término, algunas de estas medidas, si no todas, se han solapado en una misma legislación concursal en un momento histórico determinado.¹⁹ En este sentido, la incorporación de nuevos principios de política jurídica no excluye, sin embargo, finalidades históricamente perseguidas por la legislación concursal.²⁰ Y es que una pluralidad de

¹⁸ Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones sobre...», *op. cit.* pág.76.

¹⁹ Así, especialmente en relación con el Derecho concursal francés, con la incorporación en 1985 de *un nuevo Derecho de empresas en dificultad*, dividido en tres leyes principales, se buscaba tanto la prevención de las situaciones de crisis económicas de las empresas, como la recuperación de las mismas manteniendo la actividad y el empleo y en el caso de que esto no sea posible una liquidación judicial. Todo ello sin perjuicio de las sanciones atribuibles al deudor común. Vid. GUYON, *op. cit.* pág. 8, « L'évolution historique de la faillite montre que trois finalités se sont succédées. Dans un premier temps, le législateur a voulu punir le commerçant qui n'honorait pas ses engagements. Puis il a voulu protéger les créanciers impayés. Enfin, à une époque beaucoup plus récente, il s'est préoccupé d'assurer la survie des entreprises qui méritaient d'être sauvées. Mais ses finalités n'ont jamais été exclusives, bien au contraire. La recherche d'un objectif nouveau n'exclut pas les finalités anciennes, même si le caractère de l'institution se modifie»; también, Vid. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995, pág. 29.

²⁰ Así por ejemplo, la finalidad punitiva, aunque destacada en el origen histórico del Derecho concursal, singularmente en el Derecho romano con la *manus iniectio*, podemos entender que se mantiene en la actualidad por la vía de la calificación de la quiebra en el Derecho previgente y del concurso en la actualidad, si bien, como es

circunstancias de naturaleza política, económica o social son las que históricamente han determinado el predominio de unas medidas sobre otras.

En segundo término, téngase en consideración que con carácter general, el Derecho concursal nunca podrá convertir lo que ha sido un fracaso económico o empresarial en un éxito.²¹ Ni la prevención, ni la recuperación de empresas viables pueden tampoco pretender este fin. De modo que lo que se debe procurar mediante el Derecho concursal es el *menor mal posible*, lo que en la práctica se traduce en la posibilidad de dictar leyes que no comprometan más aún el pago de los acreedores agravando la situación patrimonial del deudor y, procurando en todo caso, que la satisfacción del interés de los acreedores en el cobro de sus

lógico, de manera atenuada. Es necesario advertir, no obstante que problemas de técnica legislativa al incorporar estos nuevos principios de política jurídica pueden conducir al mantenimiento de fines respecto de los cuales no estaba prevista su coexistencia.

²¹ Sobre el Derecho concursal como el derecho del fracaso, decía CARRERAS LLANSANA, «Situación actual del Derecho concursal español», Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 1986, págs. 9 y 10 que «En el siglo pasado, con la mitigación muy moderada del vigente Código de comercio, el ordenamiento vigente entonces imponía como solución general y única la liquidación del patrimonio del comerciante o empresario que sobreseía de modo general en el pago corriente de sus obligaciones, cualquiera que fuese la causa del sobreseimiento o cesación. Estos equivalían al fracaso profesional del comerciante o empresario, y convenía al estamento mercantil excluirlo del negocio y, previa liquidación de sus bienes, distribuir el producto de la misma entre los acreedores, guardando el principio fundamental de la par conditio». En este sentido también, la Exposición de Motivos de los Materiales para la reforma de la legislación concursal de 1995, recogiendo la opinión de su autor, el profesor ROJO, apuntaba que «naturalmente no se puede pretender que la legislación concursal cumpla función de taumaturgo, convirtiendo en prósperas empresas inviables».

créditos constituya la finalidad principal de los procedimientos concursales.²²

2. LOS FINES DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO

Cuando se profundiza en la evolución histórica del tratamiento jurídico de la insolvencia en relación con las distintas finalidades perseguidas por el Derecho concursal, (prevención, recuperación, liquidación y sanción al deudor deshonesto), enseguida se advierte, como acabamos de adelantar, cómo éstas han ido variando a lo largo de la historia, como también lo ha hecho la jerarquía existente entre ellas atendiendo a las condiciones de naturaleza política, económica y social de cada momento.

Se pretende a lo largo del presente capítulo abordar la situación histórica de los procedimientos reguladores de la insolvencia, prestando una especial atención a lo que podríamos denominar *germen* de Derecho preconcursal o de soluciones convenidas de carácter amistoso entre los acreedores y el deudor que pudieran resolver la insolvencia del deudor común al margen de procedimientos de ejecución universal. La importancia de este examen retrospectivo es clara a los efectos de ubicar correctamente estos mecanismos dentro del Derecho concursal.

²² Así en las épocas en las que la finalidad de los procedimientos colectivos era la conservación de la empresa, en último término se estaba pensado también en una mejor satisfacción de los intereses de los acreedores.

2.1.- DERECHO ROMANO

Ante todo conviene hacer notar que el vasto conocimiento jurídico del pueblo romano conoció institutos destinados a regular el concurso de acreedores del deudor insolvente.²³ Hasta tal punto ello es así, que no existiendo propiamente un procedimiento concursal, similar al que conocemos en la actualidad, podemos afirmar que sí existieron instituciones que defendían los intereses de los acreedores con efectos similares. En todo caso, no fue hasta la Edad Media en que naciera un Derecho concursal propiamente dicho.²⁴

En lo que concierne a los efectos del incumplimiento de las obligaciones por el deudor común, hasta la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, el Derecho romano se caracterizó por una crueldad

²³ Así es reseñado por la doctrina más clásica, *vid.* SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964, págs. 276 y ss.

²⁴ *Vid.* ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970, pág. 1 quien precisaba sobre este punto que «la quiebra mercantil no es una creación de la dogmática moderna. El procedimiento de la misma aparece configurado en las fuentes legales de la Baja edad Media, y a fines del siglo XIII encontramos en una Ley de Cortes catalana el término «abatut», sinónimo del castellano «quebrado», con que se designa la situación del banquero que debe pagar en una determinada fecha y que, llegado el momento, se encuentra sin numerario ni bienes con que hacer frente a sus obligaciones». *vid.*, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962, pág.355 quien precisaba sobre este punto que «En el derecho romano predomina el principio privatístico: el procedimiento en caso de insolvencia del deudor era un procedimiento de autodefensa dirigido por los mismos acreedores, a quienes, con la puesta en posesión de los bienes, se les atribuye un derecho patrimonial: el de promover la venta y repartirse el precio». En este sentido, declara URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, págs.1023 y ss que «los procedimientos romanos de ejecución eran privados, dirigidos por los propios acreedores, y hace falta entrar muy de lleno en la Edad Media para que gane terreno la concepción publicista de la ejecución colectiva contra los bienes del deudor insolvente»; en el mismo sentido.

extrema sobre la persona del deudor.²⁵ Este especial rigor se fue mitigando con el paso del tiempo hasta llegar a la *cessio bonorum*,²⁶ de manera que el deudor pudo llegar a eludir no sólo la prisión por deudas sino también la infamia inherente a estos procedimientos de ejecución.

La doctrina ha puesto de relieve la existencia de lo que podríamos denominar un *convenio embrionario*, antecedente más remoto del convenio tal y como lo conocemos en la actualidad, en relación con el Derecho romano sucesorio. En efecto el *pactum ut minus solvantur*,

²⁵Se puede decir que la crueldad de la prisión por deudas así como la ejecución sobre la persona del deudor (*manus iniectio*) fue superada por medio de la *Lex Poetelia Papiria* posiblemente en el año 326 a. de C, en virtud de la cual se sustituyó la ejecución personal del deudor por la ejecución patrimonial. En este punto resulta fundamental la obra de ROCCO, *op. cit.* págs. 122 y ss. quien en relación al origen histórico del Derecho concursal señala que «la reacción del acreedor, en ningún momento trataba de obtener una satisfacción de sus bienes que en una época de propiedad colectiva el deudor no poseía, buscaba por el contrario la venganza por la ofensa ocasionada por el deudor, provocando posiblemente la intervención del grupo»; Para un estudio completo acerca del régimen jurídico español de la quiebra previo a la codificación española, *vid.* ALEJANDRE GARCÍA, «La quiebra en el derecho histórico español anterior a la codificación», Sevilla, 1970.

²⁶ Por medio de la «*cessio bonorum*» y la «*bonorum ditractio*», comienza a perfilarse en el Derecho romano un sistema de ejecución patrimonial donde el presupuesto ya no es el incumplimiento de la sentencia dictada por el magistrado contra el «*confessus*» o «*iudicatus*» sino el estado de insolvencia del deudor. Posteriormente con la *missio in bona* en el Derecho romano comienza a perfilarse una institución que se asemeja a la quiebra, al existir una masa de acreedores como colectividad sometida a una igualdad de trato, la llamada *par conditio creditorum*. En un estadio posterior, se sustituye este procedimiento por la *cessio bonorum*, en virtud del cual el deudor podía eludir tanto la prisión como la infamia inherente a estos procedimientos, declarando en forma solemne ante el magistrado la puesta a disposición de los acreedores de todos sus bienes, cediéndoselos para que se cobren sus créditos con el producto de su venta. *Vid.* sobre el particular, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962, pág.354 quien en relación con el Derecho romano apunta que tras la Ley Poetelia «los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado (*iudicatus*) o ha confesado sus deudas (*confessus*) o no ha comparecido por la causa que sea (fuga, ocultación, rebeldía). También LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000, págs. 36 y ss; ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico I*, Barcelona, 2001.

destinado al heredero, ilimitadamente responsable por la deudas del difunto, como medio de evitar esta responsabilidad para el caso de alcanzar los oportunos acuerdos con los acreedores del causante²⁷. Lo relevante para el Derecho es que en virtud de este pacto, se genera una obligatoriedad para la minoría de la disciplina de la mayoría, si bien, con intervención judicial.

La mayor perfección del Derecho sucesorio en Roma hizo que el *pactum ut minus solvantur* con el tiempo fuera cayendo en desuso de manera que posteriormente, con las Constituciones imperiales se regulara una moratoria, de manera que a través de quitas y esperas, destinadas únicamente a deudores de buena fe que ofrecían sus bienes a sus acreedores, o con una espera de cinco años, a elección de los propios

²⁷ Vid ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902, págs. 18 al decir que «L'accordo tra i creditori di una eredità oberata e l'erede, per indurlo ad adire l'eredità o a non far uso del *beneficium abstinendi*, è l'istituto del diritto romano, che più di ogni altro può riannodarsi al concordato, sia per una ragione estinseca di somiglianza nella struttura giuridica, sia perchè fu esso il punto di appoggio, che permise alla dottrina del diritto comune di accogliere il nostro istituto, creato dai nuovi bisogni della vita commerciale e per la prima volta disciplinato dalle legislazioni statutarie italiane»; también vid. NAVARRINI, *La quiebra*, (traducción de. De Hernández Borondo), Madrid, 1943, pág. 12 quien en relación con el Derecho sucesorio romano afirma que «la solución a los problemas que se derivaban de la insuficiencia del importe de la venta de los bienes del deudor para satisfacer a todos sus acreedores; pues en tales casos el deudor siempre continuaba obligado frente a aquello, a no mediar un convenio primeramente concretado al caso de herencia gravada (*pactum ut minus solvantur*), y después, como acuerdo de la mayoría de los acreedores, obligatorio para la minoría de condonar al deudor una parte de su deuda (*pactum de non petende*)». Vid. también, RUBIO, «El principio de conservación de la empresa y la disolución de las sociedades mercantiles», RDP, 1935, págs. 289 y ss., quien afirmaba que «en el mismo Derecho romano existía un supuesto en el que la Ley buscaba mantener la sociedad, a pesar de la falta de alguno de sus elementos personales. Ello se deriva de la expresa autorización del pacto de continuación entre los socios sobrevivientes, que pasa también a la Ley de Partidas»; se ha de atender a lo que señala PÉREZ DE LACRUZ, « Cuestiones en torno al convenio de quiebra » en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. R.Uría*, Madrid, 1978, pág. 528 «el pacto descrito muestra acusados puntos de coincidencia con el actual convenio concursal en cuanto parte del presupuesto de una situación de insolvencia del patrimonio responsable a la que se pone remedio mediante reducción proporcional de los créditos, consentida por la mayoría de sus titulares y supliendo la aprobación judicial la falta de consenso de ausentes y disidentes».

acreedores, se decidía lo que más conviniera por mayoría de capital y no de número. Ahora bien, es necesario destacar que esta moratoria no buscaba una libre estipulación entre deudor y acreedores, que pudieran resolver libremente las dificultades del deudor, al margen de control alguno, ya que el poder imperial seguía supervisando su desarrollo de manera que sólo en determinados casos se concedía a los deudores la posibilidad de una moratoria.²⁸

Luego, esta última parte de la exposición teórica nos lleva a la conclusión de que ni siquiera de manera *embrionaria* podemos encontrar una regulación de instituciones preventivas, ni preconcursales, predominando el resto de las esferas que integran el Derecho concursal, principalmente la medida sancionatoria y la liquidativa.

2.2.- DERECHO INTERMEDIO

Como es sabido, dos son las corrientes que se forman a lo largo de la Edad Media en relación con los sistemas de ejecución universal del patrimonio del deudor común: la corriente privatista y la publicista.²⁹

²⁸ Vid. LÓPEZ CURBELO, *op. cit.* pág.39.

²⁹ El estudio de estas dos corrientes resulta de extraordinario interés en relación con el devenir del carácter privado o público de los Derechos concursales europeos. Vid., especialmente sobre el origen del *fallimento* en la Edad Media y las particularidades de las corrientes pública y privada del Derecho concursal, ROCCO, *op. cit.* págs. 165 a 201, especialmente págs. 169 a 174; vid. sobre el carácter privado del Derecho romano, GARRIGUES, «Derecho de las quiebras y de las suspensión de pagos», RDP, 1940, nº 281, pág.134; igualmente, en relación con el carácter privado de los procedimientos de ejecución romanos, vid. URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1994, pág.963.

La corriente privatista que evidencia el carácter privado de las ejecuciones universales y que se presenta como heredera del Derecho romano, concibe la ejecución por los acreedores sólo como ejercicio de auto-ayuda, no teniendo el juez otra misión que la de asistirles para la protección de sus derechos y una segunda corriente, de carácter publicista, bajo la influencia del derecho visigodo, en la que la autoridad judicial preside en todo momento los procedimientos de ejecución colectiva, quedando relegados los intereses privados a un segundo plano, buscando principalmente sancionar al deudor.

En la Edad Media los procedimientos de ejecución concursales eran especialmente rigurosos y aparecían necesariamente asociados a la idea de fraude. Por todos es conocido el célebre anatema de Baldo degli Ubaldi, quien en el siglo XV, había calificado a los deudores *come persone faciles ad mentiendum et collumdendum* concluyendo con la conocida expresión de *decoctor ergo fraudator*.³⁰

³⁰ Citado por autores contemporáneos y repetido en numerosas ocasiones siglos después. Vid. PIRAS, en AA.VV., *Diritto Fallimentare*, Milán, 2008, pág. 18, quien en el prólogo apunta que «La presunzione di frode aveva conseguenze gravi: dall'arresto, al bando, col quale si poneva il fallito fuori di legge (in caso di fuga); alla tortura (prevista, ad es., nei Capitula mercatorum di Lucca); all'affissione dell'effigie sui muri dei pubblici edifici; alla imposizione di contrassegni di pubblica infamia, con l'obbligo di portare un berretto bicolore, bianco e verde; e persino alla morte (in caso di perdurante latitanza). No obstante, es preciso advertir que este concepto sancionador se mantiene en Europa a lo largo de la Edad Media, si bien en España, la sanción de la prisión por deudas y su finalidad coercitiva para el pago, se fue atemperando, abriéndose paso en algunos fueros, a otras medidas tales como el servicio personal del deudor insolvente a favor de los acreedores insatisfechos. Vid. CERDÁ ALBERO/SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho concursal*, Madrid, Colex, 2000, pág. 32, «pronto se advirtió que la prisión por deudas no siempre desincentivaba comportamientos inconvenientes y, por lo general, era un mal remedio: con ello no se cobraba mejor y muchos hombres morían en prisión. Ningún rey estaría dispuesto a perder brazos para sus causas, y así no nos sorprende que tras la peste de 1348, Pedro I (Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado a Sevilla en 1360, ley XIX), suprimiera la prisión por deudas».

La evolución histórica del *pactum ut minus solvantur* del Derecho romano, considerado como el antecedente más remoto del convenio concursal, nos lleva a considerar que una vez que este expediente deja de ser útil, fundamentalmente como consecuencia del reconocimiento de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, los estatutos italianos comienzan a regular un convenio con soluciones semejantes a las del Derecho romano aunque todo apunta que desvinculado de aquél³¹. En efecto, en opinión de Santarelli³² este convenio, considerado como un verdadero *convenio concursal*, podía lograr una satisfacción de los intereses de los acreedores más ventajosa que la tradicional liquidación patrimonial.

La influencia que el Derecho estatutario italiano ejerció en Francia, particularmente en las Ordenanzas de Colbert de 1673 y posteriormente en el Código napoleónico de 1804, hizo que a través de estas fuentes llegara al Derecho español olvidándose con ello de precedentes autóctonos.³³

³¹ Cfr. PÉREZ DE LA CRUZ, *op.cit.* pág. 528 al decir en relación con la evolución del *pactum ut minus solvatur* del derecho romano «cae en desuso en el Derecho Justiniano al carecer de utilidad una vez que se admite la aceptación de la herencia a beneficio de inventario; ello permite afirmar, probablemente con razón, a los historiadores de la materia que cuando en los estatutos italianos del Medioevo hallamos ya debidamente regulado el convenio, sus redactores operaron probablemente sin conocimiento del recedente romano aunque alcanzaron soluciones muy semejantes».

³² Vid. SANTARELLI, *op. cit.* pág. 276.

³³ Cfr. PÉREZ DE LA CRUZ, *op. cit.* pág. 529

En Castilla, podemos afirmar que ya en el *Código de las Siete Partidas*, principal legado del Derecho castellano del siglo XIII ³⁴, nos encontramos sistematizados los principios básicos de la doctrina de la quiebra.³⁵ Concretamente en el Título XV, las Leyes 5.ª y 6.ª, se ocupan de la quiebra, en especial, de la cesión de bienes, reconociendo el abandono libretario, el concordato preventivo extrajudicial y la moratoria mediante quitas y esperas. En efecto, la Ley 5ª, regula un convenio amistoso entre el deudor y los acreedores.³⁶ Destacamos el régimen

³⁴El rechazo que las aspiraciones alfonsinas tuvieron en 1272 y el carácter acusadamente doctrinal y poco práctico de su contenido determinaron que las Partidas no tuvieran vigencia oficial en Castilla durante bastante tiempo. No fueron promulgadas oficialmente, si bien en 1348 alcanzarían oficialmente valor como texto legal aplicable en Castilla, aunque desde entonces mantendrían su vigencia hasta fines del siglo XIX. La tercera Partida que se ocupa de la justicia y la administración de la justicia, se compone de 32 Títulos y 543 Leyes. Se aborda de manera especial el procedimiento civil y al imperio judicial, ocupándose del proceso, de las personas que intervienen en el juicio y del procedimiento conforme al cual se tramita. *Vid.* GARCIA GALLO, *Curso de historia del Derecho español*, II, Madrid, 1958, págs.130 y ss.

³⁵ Con anterioridad al Código de las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, Fuero Real las referencias concursales tenían un carácter casi exclusivamente penal. En el Código de las Siete Partidas destacamos algunos principios del Derecho concursal tales como el embargo judicial de bienes al requerimiento de oficio a los acreedores para que presenten sus créditos, el reconocimiento judicial de los mismos y las facilidades para promover el convenio de mayoría.

³⁶La influencia del Derecho romano y del Derecho visigodo en Las Partidas resulta evidente, concretamente en esta Ley V, se aprecia el influjo del Derecho romano pero acentuando la intervención judicial al modo de la *Lex Visigothorum* (V, 6,5). La Ley V de las Partidas con el epígrafe: «Como quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esperen por el debdo, e les vnos lo otorgan, e los otros nón; quel razón debe ser cabida». Disponía la Ley 5ª que «Debdor seyendo vn ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno, e les pidiesse, que le diesen vn plazo señalado, a que les pagasse: si todos no se acordassen en vno a otorgarselo, aquel plazo deue auer, que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiesen otorgar. E aquellos, dezimos, que se deue entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los vnos, queriendo otrorgarle el plazo, e los otros, diciendo que gelo non otrorgarían, mas que pagasse, o desamparasse los bienes; entonces si fueren yguales en los debdos, e en cantidad de personas, deue valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo: porque semeja, que se mueuen a fazerlo por piedad que han de el. E si por aventura fuesen eguales en los debdos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deue valer».

contenido en esta Ley, en particular la posibilidad que se ofrecía a los acreedores de aceptar o rechazar, una propuesta de dilación en los vencimientos de los pagos. En estos casos, se admitía que en caso de empate de una mayoría de interés o capital, pero no de una mayoría numérica, pudiera prevalecer aquello que más favoreciera al deudor, normalmente la concesión del plazo; si por el contrario, la igualdad se producía en relación con los créditos, entonces se estaría a la mayoría numérica.³⁷

Por lo que respecta a la quita, la Ley 6.^a vienen a complementar a la Ley anterior, establece los requisitos para la aplicación de un convenio preventivo remisorio.³⁸ Con una técnica muy avanzada para la época, contemplaba la posibilidad de la obligatoriedad del convenio alcanzado en

³⁷ Sobre el particular, *vid.* AÑOVEROS TRIAS DE BES, «Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal » en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, págs. 3469 quien destaca la importancia de la regulación contenida en esta Leyes, verdadero adelanto del que carecían las legislaciones de su tiempo; también, *vid.* LÓPEZ CURBELO, *op.cit.* pág. 42 para quien «primeramente se da preponderancia al principio de mayoría de capital o interés frente al de la mayoría numérica y para el caso de igualdad de créditos, ésta se dirime a favor de la aplicación del principio de mayoría de número».

³⁸ La Ley 6.^a disponía que «Rogando el debdor a aquellos a quien deuisse algo, ante que les desamparasse sus bienes, que les quitasen alguna partida de lo que les deuia e que les pagaría lo otro; si por aventura fuesse desacuerdo entre ellos queriendo los vnos quitarle alguna cosa, e los otros non, aquello deue valer, e ser guardado, en razón del quitamiento, pues en todas las cosas que diximos en la ley ante desta, en razón del plazo que pidiesse. E aun dezimos, que maguer alguno de aquellos a quien deuisse algo no estuiesse delante, quando los otros le quitasen alguna partida del debdo; que con todo esso deue valer lo que fizieren, e non lo que reoucar aquel solo. Fuera ende, si la quantia que el deuia auer el debdo, fuesse mayor que la de todos los otros: ca estonce non empecería lo que sin el fiziessen. E otrosi dezimos, que si algunos que ouiessem a recibir algo de su debdor, le quitasen alguna partida del debdo, e non fuesse y presente, quando fiziessen este quitamiento, alguno otro, a quien fuesse obligada señaladamente alguna partida de los bienes del debdor o touisse alguna cosa suya señaladamente en peños, que le non empecerá el quitamiento que los otros le fiziessen. Ca en saluo de finca todo su derecho en aquellos bienes que fuesen obligados o empeñados».

tales circunstancias, incluso para los acreedores ausentes, salvo que el crédito de éstos fuera superior al de aquellos que votaron a favor de la quita. El carácter sancionador se contemplaba también en esta Ley, al prever la revocación de aquellas quitas alcanzadas maliciosamente.

Destacamos, por último la Ley 35.ª, Título XVIII de la Partida 3ª que reconocía la facultad de dilatar el plazo de vencimiento de las obligaciones contraídas.³⁹

En conclusión, de lo precedente se infiere que la regulación a la que hemos llamado Derecho intermedio en Castilla, es una regulación avanzada para el momento histórico, que prevé un convenio preventivo extrajudicial de notorio desarrollo técnico para la época y que incluso se contempla la posibilidad de proteger la *conservación de la empresa*, con la expresa autorización del pacto de continuación entre socios supervivientes con la idea de mantener viva la sociedad.⁴⁰

2.3.- DERECHO MODERNO

2.3.1.- La obra de SALGADO DE SOMOZA

Los principios antes expuestos, esto es, la consideración de que el quebrado era un defraudador, consecuencia del rigor que impregnaba las instituciones concursales, en la búsqueda de la tutela del crédito, se

³⁹ Vid. JORRO MIRANDA, *La suspensión de pagos*, Valencia, 1902, pág. 59.

⁴⁰ Vid. AÑOVEROS TRIAS DE BES, «El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao» en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005, pág. 57.

difundieron rápidamente por Europa merced a los intensos contactos de los mercaderes en la ferias. En relación con los países germánicos, la influencia recibida no fue tanto del sistema privado de Francia y especialmente de Italia, sino más bien del sistema histórico español, a través de la obra de Salgado de Somoza y, especialmente, de su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, publicada en Lyon en 1665, convirtiéndose en el primer tratado sistemático sobre la quiebra.⁴¹ Es consabido que la quiebra era un procedimiento caracterizado por un especial rigor sobre el deudor comerciante, consecuencia de la herencia recibida tanto del Derecho romano como del Derecho medieval. Sólo la obra de Salgado de Somoza, persiguió mitigar el concepto de que el quebrado era un defraudador (*decoctor ergo fraudator*) buscando la resolución de la insolvencia del deudor común mediante la entrega de los bienes de éste, bajo un control jurisdiccional, al tiempo que se procuraba la satisfacción de otros intereses.⁴² Se trataba de una *nueva cessio bonorum* en la que el deudor

⁴¹ Tal y como consta en la Biblioteca histórica de Valladolid, consta de dos volúmenes, editada en 1665 en *Lugduni* (Lyon). Merece la pena destacar la obra de este gran jurista ya que pese a no tratarse de una disposición legal sino una obra de naturaleza privada, el reconocimiento tardío de su obra y, especialmente la gran trascendencia que ha supuesto para legislaciones foráneas, hacen necesaria si quiera una breve mención. En este sentido, *vid.* el interesante artículo doctrinal sobre la biografía y doctrina de SOMOZA en AÑOVEROS TRIAS DE BES, *op. cit.* pág. 3477, para quien «aunque se ha tardado varios siglos, no existen autores, hoy, que no reconozcan la grandeza, la novedad en su tiempo, el adelanto que supuso y la influencia que ejerció la obra de SALGADO DE SOMOZA, en la doctrina, la legislación y la práctica judicial en la Europa de los siglos XVII, XVIII y XIX, hasta tal punto de convertirle, como dice GARRIGUES, en nuestro autor más clásico»; también, *vid.* GARRIGUES, *op. cit.* pág. 356 para quien «el rigor vuelve de nuevo con la Ley de 8 de julio de 1590 («cualquiera que tratase de hacer compromiso para remisión o espera de las deudas sea preso y esté con prisiones en la cárcel pública»). Y fue justamente el deseo de dulcificar este rigor dentro de un procedimiento *nuevo*, que ya había introducido la práctica forense en los Tribunales españoles, el que movió a nuestro SALGADO DE SOMOZA a escribir su famosa obra».

⁴² *Vid.* acerca de la protección del interés público en el Derecho concursal, AÑOVEROS TRIAS DE BES, *op.últ.cit.* pág. 3575 quien señala que «existen en la obra de SALGADO, dos temas, sin antecedentes en la doctrina ni en la práctica de los Tribunales, que

convoca a sus acreedores a los que entrega la totalidad de los bienes, bajo una permanente intervención judicial que, sin necesidad de reconocer las deudas bajo los efectos de confesión, evitaba la prisión por deudas.⁴³ Salgado de Somoza se ocupó del estudio de este procedimiento de la cesión de bienes, si bien, no desconoció otros procedimientos que, sin embargo, no llegó a desarrollar.⁴⁴ Ahora bien, este *convenio preventivo* de bienes no se reservó tan sólo para deudores

significan un notable y extraordinario adelanto: el ejercicio de acciones retroactivas, aun sin existir fraude conocido, y el sostener que, sobre el interés de los acreedores y el deudor, está el interés público que ejerce y vigila la Autoridad del Estado, lo que BONSIGNORI, y entre nosotros BISBAL, denominan «la burocratización de la quiebra»»; en el mismo sentido, *vid.* CANDELARIO MACÍAS, *op. cit.* pág. 23 para quien «no está de más recordar que incluso con anterioridad al Código de comercio de 1885 se encuentra plasmada la doctrina clásica castellana la idea de que no sólo es la defensa de los intereses de los acreedores, sino también otros intereses, los que deben ser tutelados por el derecho concursal. Así tenemos, por ejemplo, entre otros a HEVIA BOLAÑOS, AMADOR RODRÍGUEZ y SALGADO DE SOMOZA».

⁴³ *Vid.* ALEJANDRE, *op. cit.* pág. 89, quien en su análisis de la obra de SOMOZA afirmaba que «Pensó, pues, el autor en la necesidad de formular un procedimiento nuevo, acorde con los principios tuitivos a favor de los deudores insolventes dispuestos a ceder sus bienes, que comenzaban a introducirse en la práctica de los tribunales españoles»; también AÑOVEROS, *op. cit.* pág. 3466 quien comentaba que «Triunfa en los países germánicos el sistema publicístico, propio del sistema español histórico, en el que la administración de la quiebra se halla controlada por el Estado a través del organismo concursal, frente al sistema privatístico propio de Francia y sobre todo Italia, por la influencia de SALGADO DE SOMOZA y pese al influjo napoleónico y los prestigiosos autores italianos».

⁴⁴ Estos otros procedimientos eran: el concurso de acreedores para la concesión de una moratoria al deudor, el convenio de los acreedores para otorgar una reducción o quita de los créditos y, por último, el convenio del deudor con unos acreedores y oposición del resto y contienda entre ellos acerca de cuáles eran los acreedores privilegiados. En palabras de GARRIGUES, *op.cit.* pág.356, «Esta obra trata exclusivamente uno de los supuestos de la quiebra: cuando «el deudor mismo produce concurso convocando a sus acreedores para entrega y cesión de sus bienes» Se quiere regular, pues, un nuevo procedimiento de cesión de bienes. Una *cessio bonorum* en la que, a cambio de intensificar las formalidades y garantías, no hay previo encarcelamiento del deudor, ni necesidad de que éste reconozca sus deudas con efectos de confesión o esté condenado por una sentencia, ni exclusión de los deudores *decocti* y *falliti*, ni posibilidad de hacer la cesión fuera de juicio».

no comerciantes, quienes a cambio de entregar sus bienes a la justicia junto con una relación de su pasivo evitaban la prisión por deudas.⁴⁵

La obra de Salgado de Somoza que tanta repercusión tuvo en Europa, especialmente en Alemania, sin embargo, no alcanzó el mismo nivel de influencia en el Derecho patrio cuyo reconocimiento se ha revelado de manera tardía.⁴⁶

2.3.2.- Las Ordenanzas de Bilbao

Las *Ordenanzas de Bilbao* del año 1737 merecen una especial atención de entre las diversas ordenanzas emanadas de los consulados de comercio.⁴⁷ Se componen de 29 capítulos, subdivididos en un total de

⁴⁵ Llama la atención el hecho de que ya a principios de la Edad Moderna, se contemplara la posibilidad de aplicar el mismo procedimiento concursal con independencia de la condición subjetiva del deudor.

⁴⁶ Al decir de OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en RDCP, nº 1, 2003, págs. 19 y ss, «el Derecho concursal español alcanzó la cima de la literatura clásica del siglo XVII con la obras de AMADOR RODRIGUEZ (*Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus*, cuya primera edición se publicó en Valladolid en 1616) y de FRANCISO SALGADO DE SOMOZA (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* fue publicada por primera vez en Lyon en 1651) autores de dos de las obras que ejercieron una importante influencia, especialmente en la doctrina germánica, para posteriormente y a lo largo de tres siglos experimentar el Derecho concursal español, una caída con las Ordenanzas de nuestros consulados – en especial en la de Bilbao de 1737- tanto a nivel doctrinal como sistemático». Cfr. GARRIGUES, *op. cit.* pág. 356.

⁴⁷ Sobre el particular, ALEJANDRE, *op. cit.* pág.127 declaraba que «hasta el siglo XVIII la quiebra mercantil se ha regulado tanto en los territorios castellanos como en Cataluña mediante disposiciones aisladas y escasas dadas por los reyes y las Cortes, así como por una práctica judicial casuística. La obra de Salgado, con ser importante, no deja de ser una obra de tipo privado. Era necesario, pues poner remedio a esta situación, con una legislación amplia, detallada que sustituyendo esa costumbre o jurisprudencia, pero

723 números. La quiebra se regulaba en el Capítulo XVII bajo el epígrafe «De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modo de proceder en las quiebras». Las Ordenanzas de Bilbao, por tanto, ya distinguían tres tipos de quebrados, según que los comerciantes pudieran ser inocentes, culpables o delincuentes.⁴⁸

La diferenciación en España entre la ley aplicable a los comerciantes y a los no comerciantes arranca con la promulgación de las Ordenanzas de Bilbao en 1737.⁴⁹

recogiendo también, al menos en parte, nuestra tradición, regulara en todos sus aspectos la quiebra».

⁴⁸ Disponía el Número 1 del Capítulo XVII que: «Respecto de que por la desgracia de los tiempos, e infelicidad, o malicia de algunos Negociantes, se experimentan muchas veces atrasos, falencias, o quiebras en su crédito, y comercios, no pudiendo, o no queriendo cumplir con los pagamentos de su cargo, unos ausentándose, y otros refugiándose en las Iglesias, sin dexar de manifiesto en sus Libros, Papeles, y Cuentas con la devida claridad, de que resultan notorios daños a otros Negociante, y demás personas acreedores, por cuyos motivos se forman disenciones, y pleyotos largos, y costosos, sin poderse justificar los procedimientos de tales fallidos, ni la naturaleza de su quiebras en común, y conocido perjuicio de la causa pública de este Comercio: Para cuyo remedio, y que se proceda en semejantes casos con la mayor claridad, y brevedad en la administración de justicia, y que se camine en sus determinaciones con la justificación posible, y sin confusión; se previene que los atrasados, quebrados, o fallidos en su crédito, se deberán dividir en tres clases, o géneros, de que pueden resultar inocentes, y culpados, leve, o gravemente, según sus procedimientos o delitos». En este punto cabe advertir que la quiebra regulada en las Ordenanzas de Bilbao, se destinan sólo a comerciantes (negociantes), *cfr.* TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, pág.74 al señalar que «Como las Ordenanzas de Bilbao eran, en realidad un privilegio o reglamento de los comerciante y para la vida mercantil, constituían un sistema perfecto, no es de extrañar que influyeran en forma decisiva, en la legislación española posterior».

⁴⁹ Con las Ordenanzas de Bilbao, seguidas del CCom 1829 y el CCom 1885, el procedimiento de la quiebra se reserva para los comerciantes o empresarios, el deudor civil insolvente queda sometido al «concurso de acreedores» así, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2003, pág. 449. En este sentido TORRES DE CRUELLES, *op. cit.* pág. 75, indica que Sainz de Andino en este aspecto se inspiró no tanto del Código francés de 1807 sino en las Ordenanzas de Bilbao.

En relación con el primer grupo, *los atrasados*, lo conforman aquellos deudores que no pagan lo que deben a su debido tiempo, pero la particularidad de éstos es que *disponen de bienes suficientes para pagar la totalidad de sus deudas*. En esta situación, destaca la posibilidad de la celebración de un convenio de espera o dilación hasta que sea posible convertir el patrimonio del deudor en liquidez, siempre que medie buena fe y crédito suficiente.⁵⁰

Por lo que respecta al segundo grupo de deudores, *los quebrados o alzados*, a diferencia de los *atrasados*, no disponen de bienes suficientes para el pago razón por la cual la solución a su insolvencia varía ya que sólo podrán solicitar de sus acreedores quitas o remisiones de sus deudas.⁵¹

Por último, los *quebrados fraudulentos* son aquellos quebrados que arriesgaban caudales ajenos con dolo y fraude. Considerados como delincuentes vulgares, infames, ladrones públicos, robadores de hacienda ajena resultaban perseguidos y castigados por sus delitos.⁵²

⁵⁰ El párrafo 2º del Capítulo 17 dispone que «La primera clase o género de comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo, se deberá reputar por atraso, teniendo aquél o aquéllos a quienes sucede bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores, y se justificare que por accidente no se halla en disposición de poderlo hacer con puntualidad, haciéndolo después con espera de breve tiempo, ya sea con intereses o sin ellos, según convino a los acreedores: A semejantes de les ha de guardar honor de su crédito, buena opinión y fama». *Vid.* ALEJANDRE, *op. cit.* págs. 128 y 129.

⁵¹ Este segundo grupo está integrado por aquellos quebrados que como consecuencia de un infortunio quedaron «alcanzados en su caudales y precisados a dar punto a sus negocios».

⁵² *Vid.* NAVARRINI, *La quiebra, op. cit.*, pág. 27.

En lo que concierne a los acuerdos extrajudiciales, se establecía expresamente la prohibición de celebrar “pactos particulares”.⁵³ La prohibición suponía de una parte, la declaración de nulidad de las actuaciones y, de otra un castigo sobre aquellos acreedores participantes, si bien no se precisaban las consecuencias de quedar *sometidos a los rigores que hubiere lugar*.

Así las cosas, para finalizar con este período cronológico nos resta decir que en las Ordenanzas de Bilbao en lo que concierne a la resolución de la insolvencia del deudor común por medio de una vía amistosa de composición de intereses, tan sólo se contemplaban dos clases de convenio: el de simple espera con posibilidad de liberarse de los intereses a favor de los atrasados y el de quita y espera reconocido solamente a los quebrados sin culpa, excluyéndose expresamente los acuerdos extrajudiciales.

Por último, destacamos en relación con las Ordenanzas de Bilbao que su mérito radica en una regulación completa de la quiebra tanto en el aspecto procesal como material de manera que lo más esencial de sus disposiciones pasaron al CCom de 1829, en particular al Libro IV relativo a las quiebras que analizaremos a continuación.

⁵³ Disponía el Capítulo XVIII, núm. XXIII: «no podrá hacerse ajuste, ni convención alguna particular entre acreedores y quebrado, sin noticia y consentimiento de los Comisarios, y los demás acreedores; pena de nulidad, y se procederá así contra los que en ello hubieran intervenido, á los rigores que hubiere lugar».

2.4.- DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL PREVIGENTE

Llegados aquí, resulta necesario realizar un análisis del Derecho concursal previgente por varios motivos. En primer lugar, la regulación del procedimiento de la quiebra y del expediente de suspensión de pagos, con todo su anacronismo, dispersión y falta de sistema, ha sido el régimen jurídico aplicable a las crisis empresariales que se hayan manifestado hasta el año 2004.⁵⁴ En consecuencia, algunas de estas quiebras o suspensiones de pagos declaradas durante los últimos años de vigencia del derecho previgente, bien pueden haber desplegado alguno de sus efectos bajo la vigencia de la actual LC. Es por ello que un análisis del régimen concursal anterior, dentro de los estrictos límites que nos marca la finalidad del tema que nos ocupa, resulta de especial interés.

Lo precedente debe enlazarse con el hecho de que un análisis de esta naturaleza nos permite conocer los principios de política jurídica inspiradores del régimen previgente, especialmente en lo que concierne a los convenios de carácter preventivo cuyas raíces se hunden en la tradición castellana que se inicia en el siglo XIII con el Código de las Siete Partidas, perfeccionado en las Ordenanzas de Bilbao hasta llegar hasta nuestro Derecho vigente a través de la codificación del Derecho mercantil.

⁵⁴ La D.F 35ª de la LC dispuso que la LC entraría en vigor el 1 de septiembre de 2004, el período de *vacatio legis* de más de un año, pone de relieve la complejidad de la materia regulada por la LC, así como la necesidad de un conocimiento generalizado por todos los sectores afectados. Así las cosas, esta nueva legislación concursal ha coexistido años con el Derecho concursal histórico, ya que en virtud de la DT. 1ª de la LC, salvo excepciones, «los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior (...)»

Pocos sectores del ordenamiento jurídico han recibido críticas tan severas y tan merecidas como el Derecho concursal previgente. La necesidad de acometer una profunda reforma del Derecho concursal español, ha sido reconocida por toda la doctrina especializada.⁵⁵ Llama la atención que ya en 1856, González Huebra manifestara que la regulación que el CCom 1829 hacía del Derecho concursal, era la materia codificada que de más irregularidades adolecía.⁵⁶

Como es consabido, los principales defectos que presentaba la legislación concursal española, se centraban en su *arcaísmo*, *inadecuación a la realidad económica de nuestro tiempo*, *dispersión*, *carencia de un sistema armónico*, *predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales* y *del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores*.⁵⁷ Se trataba de una disciplina jurídica

⁵⁵ No han faltado autores que desde finales del siglo XIX, han defendido una reforma del Derecho concursal hasta entonces vigente. Así, la reforma más profunda experimentada por el CCom de 1885 se produjo con la promulgación de la LSP de 1922 cuya finalidad principal consistía en salvar de la quiebra al *Banco de Barcelona*, consecuencia del rígido criterio establecido a su vez por la Ley de 10 de junio de 1897. Pero con carácter general, la necesidad de una reforma del derecho concursal ha sido defendida por toda la doctrina, en este punto se han de destacar las reflexiones del Profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, en «Reflexiones sobre el régimen de la empresa y su reforma», *ADC*, XXXIII (1.980), p.39, para quien «se trata de repensar radicalmente el concepto y función de la institución concursal y de sus principales manifestaciones en el Derecho español a la luz de la experiencia histórica y de la que ofrece el Derecho comparado». En el mismo sentido, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Las soluciones jurídicas de la crisis económica», en AAVV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Fórum Universidad-Empresa, 1.981, pág. 200: «La gran cuestión hoy debatida no es tanto la de regular o corregir la regulación concursal, cuanto la de proceder a una renovación profunda». Para el cambio de rumbo de la institución concursal en el siglo XIX, en el sector de los ferrocarriles, en DUQUE DOMÍNGUEZ, *La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1.869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid, 1.981, págs.113 a 181; PULGAR EZQUERRA, *op.cit. La reforma...*, Madrid, 1.994.

⁵⁶ *Vid.* GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebra*, Madrid, 1.856.

⁵⁷ *Vid.* Apartado I, párrafo primero, de la Exposición de Motivos de la LC.

de difícil aplicación a una realidad económica no prevista por las normas reguladoras de las instituciones concursales. Se hablaba de una normativa fraccionada y dispersa, de un procedimiento lento y costoso y de un Derecho arcaico.⁵⁸ La antigüedad de las normas era llamativa, en especial la aplicación del venerable CCom de 1829 que en su art. 1046.3 establecía el arresto del quebrado y obligaba a llevar en los casos de quiebra un arca con dos llaves para guardar el dinero y los documentos ocupados al deudor, singularmente, dinero, letras pagarés y de más documentos de crédito.⁵⁹

La dispersión de la legislación concursal se producía tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo provocando una importante deficiencia técnica de la normativa concursal, lo que se traducía en un régimen obsoleto y carente de sistema. En este sentido, la normativa concursal se contenía principalmente en el CCom de 1829, CCom de

⁵⁸ En principio son cinco los textos legales generales que regulaban el Derecho concursal previgente. Se trataba de diferentes Leyes que se fueron acumulando sin ningún orden ni método. La regulación de la quiebra y de la suspensión de pagos estaba contenida en: Título XVII del Libro IV del CC, Libro IV del CCom de 1.855 (arts. 870 a 941); Libro IV del CCom de 1.829, por remisión de la LEC 1881, en concreto del art. 1.319; C.C. de 1.881, los Títulos XII y XIII de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1.922. Rigen además como disposiciones especiales las Leyes de 12 de noviembre de 1869 y 2 de enero de 1915 sobre suspensión de pagos y quiebra de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, la ley de 19 de septiembre de 1896 y el Decreto de 5 de noviembre de 1934 sobre convenios entre compañías de ferrocarriles y sus acreedores, la Ley de 9 de abril de 1904 sobre aprobación de convenios de empresas concesionarias de obras públicas. A este conjunto de normas deben sumarse las numerosas instituciones paraconcursoales que resolvían el problema de las crisis empresariales de determinados empresas.

⁵⁹ No obstante con relación a este extremos, *vid.* BISBAL, «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, nº 215, pág. 845, al señalar que «algunas de estas denuncias no constituyen una crítica radical a nuestro Derecho concursal y otras adolecen de un referente claro que permita apreciar su significación. En efecto, la antigüedad de la normativa constituyen una observación irrelevante, pues el art. 3.1 del Código civil proporciona una buena herramienta para conjurar las consecuencias negativas de arcaicidad».

1885, LEC 1881 y LSP 1922.⁶⁰ La necesidad de actualizar nuestro obsoleto derecho concursal al tiempo que adaptarlo no sólo a las nuevas realidades sociales y económicas sino también en el marco de la Unión Europea, se hacía imprescindible.

Lo realmente grave es que como consecuencia de este vasto conjunto normativo no sólo no se consigue una unidad conceptual con el rigor técnico que precisa esta disciplina jurídica, sino que existía una falta absoluta de adaptación a las modernas necesidades de una economía del siglo XXI. Este laberinto jurídico exigía no tanto una reforma sino más bien un replanteamiento, no de detalle de los principios que deben informar la legislación concursal.⁶¹

Todos estos motivos han ocasionado importantes reformas y Proyectos de reforma del Derecho concursal español que, sin embargo, no han logrado la pretendida reforma, quizá por la diversidad de intereses en juego, hasta la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC).

⁶⁰ Vid, sobre el conjunto íntegro de las normas que integraban el ordenamiento concursal previgente: GIRÓN TENA, *op. cit.* págs. 9 y 10; también DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.* págs. 34 -37. Un estudio meritorio de esta materia puede verse en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro Ordenamiento jurídico», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Justino. Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, págs. 1643 y 1644.

⁶¹. Sobre la necesidad de un replanteamiento básico del derecho concursal, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, *ibídem.* pág. 39 44. También, ROJO, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975, pág. 511.

2.4.1.- Código de Comercio de 1829

El 30 de mayo de 1829 quedó sancionado y promulgado el primer Código de Comercio español.⁶² El CCom de 1829 enteramente privatista, de carácter riguroso y centrado en la figura del deudor, reguló la quiebra en su Libro 4º, dividido en doce títulos, abarcando los arts. 1.001 a 1.117. A tenor del art. 1.002 se distinguían cinco clases de quiebras: 1. Suspensión de pagos, 2. Insolvencia fortuita, 3. Insolvencia culpable, 4. Insolvencia fraudulenta y 5. Alzamiento.

En efecto, como consecuencia de la influencia recibida por la legislación francesa, directamente del Código francés de 1807 e indirectamente de las Ordenanzas de Bilbao, que a su vez recibieron un importante influjo de las Ordenanzas de Colbert de 1673, el CCom de 1829 presenta las siguientes características:

En primer lugar, el Título X del CCom de 1829 que lleva por rúbrica *Del Convenio entre los acreedores y el Quebrado*, regula en el art. 1147, la posibilidad de que una vez terminado el juicio de examen y reconocimiento de créditos, y hecha la calificación de la quiebra, sin que ésta resultara calificada de tercera, cuarta o quinta clase, el quebrado presentara proposiciones de convenio. Llama la atención que el CCom de 1829 no prohibiera la celebración de convenio entre el comerciante y sus acreedores, siempre que no hubiere recaído la declaración de quiebra, ya

⁶² Un año más tarde, el 24 de julio de 1830, se aprobó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, que venía a completar, especialmente algunas normas procesales en materia de quiebra del CCom de 1829. Ambas normas vienen a consagrar definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía del procedimiento concursal de la quiebra como procedimiento reservado exclusivamente a los comerciantes.

que el art. 1036 sólo declaraba nulos aquellos actos de dominio y administración que acerca de sus bienes verifique el quebrado *después* de recaída aquella declaración, o los que hubiera hecho con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la misma.⁶³ En definitiva, se trataba de un convenio que formalmente se presentaba como *alternativa consensuada* entre las partes frente a la liquidación, si bien, en tanto que beneficio, destinado a una clase determinada de deudores.⁶⁴

En segundo lugar, el peso del carácter punitivo y sancionador del procedimiento de ejecución universal de la quiebra cobra una mayor relevancia al regular, por un aparte, en el art. 1044 del CCom, la prisión del quebrado y por otra, al configurar el convenio como un privilegio tan sólo para determinados acreedores, ya que el art. 1148 excluye a los alzados, a los quebrados fraudulentos o a los fugados sin entrar a considerar si la viabilidad de la empresa era motivo suficiente como para plantearse la celebración de un convenio. No está de más recordar, en este afán sancionador que, en virtud del art. 1035, el deudor desde que se constituye en estado de quiebra queda separado e inhibido de la administración de todos sus bienes.

En tercer lugar, el expediente de la Suspensión de pagos no era considerado como un estado autónomo o preliminar a la quiebra sino como una clase más de quiebra, singularmente caracterizada por tratarse

⁶³ En este punto, *Cfr.* ROJO/ BELTRAN/CAMPUZANO, *Legislación y Jurisprudencia concursales*, Pamplona, 1997, pág.458-459, se señala que «los arts. 1147, 1150 y 1158, reformados por la Ley de 30 de julio de 1878, se refieren claramente, según demuestra su espíritu y su letra, a las proposiciones de convenio que presente el quebrado en el juicio universal de quiebra y no a los convenios que, fuera de éste y antes de que se inicie, pueda realizar con sus acreedores».

⁶⁴ En estos términos, CANDELARIO MACÍAS, *op. cit.* pág. 129.

de una cesación de pagos con independencia del carácter provisional o transitorio del incumplimiento.⁶⁵

Por otra parte y, en lo que concierne a los acuerdos extrajudiciales,⁶⁶ el art. 1149 disponía que «*toda proposición formal de convenio ha de ser hecha y deliberada en junta de acreedores, y no fuera de ella ni en reuniones privadas*»⁶⁷ y añadía el art.1151, que «*ningún acreedor puede hacer un convenio particular con el quebrado; y si lo hiciere será nulo, y perderá los derechos de cualquiera especie que tenga en la quiebra; y el quebrado será por éste sólo hecho calificado de culpable*». Es decir, a la imposibilidad de la celebración de convenios particulares entre el deudor y sus acreedores, se unía la sanción que pesaba de una parte, sobre aquellos acreedores participantes a los que se privaba de participar en el mismo procedimiento de ejecución concursal y de otra parte, sobre el deudor al que por este sólo hechos sería calificado como culpable.

En definitiva y resumiendo, el Código de Sainz de Andino sin perder su carácter punitivo, no permite la celebración de convenios a todos los deudores, tan sólo a los de una clase al tiempo que mantiene una fuerte

⁶⁵ LÓPEZ CURBELO, *Concepto...op.cit.* pág.55. En la redacción original de los arts. 870 a 873 del 873 CCom de 1885 se abandona este sistema de manera que la suspensión de pagos vuelve a ser un procedimiento autónomo. Pero la reforma introducida en el CCom de 1885 por la Ley de 10 de junio de 1897, vuelve al primitivo concepto de suspensión de pagos. La situación vuelve a cambiar con la promulgación de la LSP en 1922, que regula el expediente de la suspensión de pagos de manera independiente de la quiebra.

⁶⁶ La terminología utilizada por el legislador del CCom 1829 en especial en los arts. 1149 a 1151, alude a «pactos particulares» por contraposición «pactos generales» pudiendo celebrarse estos últimos en Junta o fuera de ella.

⁶⁷ En esta misma línea el art. 899 del CCom de 1885.

intervención sobre su patrimonio, destacando que la finalidad última del convenio no es otra que la satisfacción de los intereses de los acreedores.

2.4.2.- Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre Quiebra de las Compañías de Ferrocarriles, Canales y demás Obras Públicas.

A mediados del siglo XIX, tiene lugar en España, aunque también en otros países de nuestro entorno, un ciclo de transformación y también de crecimiento económico, fruto de la primera revolución industrial.⁶⁸ En España, no es hasta el año 1850 cuando se produce una importante entrada de capital extranjero que unido al desarrollo tecnológico y a los recursos económicos impulsan la construcción de una infraestructura ferroviaria, considerada clave en la expansión económica de la época.⁶⁹ La vinculación existente entre el sector ferroviario y el sector bancario

⁶⁸Entre los países que se incorporan al nuevo orden económico y social marcado por la revolución industrial, destacan: Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Suiza y Estados Unidos, por el contrario, son de industrialización tardía: Alemania, Italia, Rusia, Japón y España. En España, entre los años 1830 a 1850, se habla de un arranque de la revolución industrial con la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para el surgimiento de un capitalismo moderno (desamortizaciones, abolición de la Mesta, bases para un sistema bancario y societario moderno y unificación del sistema tributario). *Vid.*, GARCIA DELGADO, *Lecciones de economía española*, en GARCIA DELGADO (dir.), Pamplona, 2013, págs. 21 a 42.

⁶⁹ Precisa sobre este punto, GARCIA DELGADO, *Economía española*, Pamplona, 2012, págs. 20 y 21, que: «antes de que el siglo termine, además, la amplia red ferroviaria ya en explotación aportará una condición del todo necesaria para la mejor intercomunicación del territorio peninsular a efectos del transporte de personas y mercancías, hasta entonces supeditado al acarreo a lomos de animales o en carros de mulas por los caminos de rueda. Como en Rusia y en ciertas zonas del territorio alemán, el ferrocarril- con el cambio casi milenario que trajo consigo en relación de tiempos, distancias y costes- acaba constituyendo en España un impulso de primer orden a la articulación del mercado interior: una formidable ayuda a la creación del Estado nacional, que requerirá también la unificación y la reorganización de cometidos y funciones, desde la justicia a la educación, pasando por la administración territorial».

provocó que la crisis del sistema bancario, iniciada en torno al año 1864, se transmitiera con rapidez al ferroviario.⁷⁰

En esta crisis económica, la pluralidad de intereses en juego en relación con la quiebra de las compañías de ferrocarriles, así como, el componente extranjero por la vía de los inversores, fundamentalmente franceses e ingleses, hizo que la regulación tradicional que el CCom 1829 hacía de la quiebra, resultase a todas luces insuficiente para regular quiebras de tal magnitud. En consecuencia, fue necesaria una *reestructuración general*, de la normativa concursal de la época que se logró mediante la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 para la quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas.⁷¹ En efecto, la crisis económica de las compañías de ferrocarriles hacía necesario un tratamiento concursal más favorable que evitase su liquidación, si bien en perjuicio de sus acreedores (esto se explica si tenemos en cuenta que el Estado había subvencionado una

⁷⁰ La gran depresión de la primera globalización afectó de lleno a España desde el año 1882. La fuerte caída de los precios agrarios internacionales provocó una importante crisis del sector en el país que también tuvo secuelas industriales y sobre todo financieras. Para un estudio amplio sobre la quiebra de las compañías de los ferrocarriles en el siglo XIX y las causas de la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 para la quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*. RDP, 1981, págs. 113 a 181; destaca la importancia de esta ley en la evolución del derecho concursal, ROJO, «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», RPJ, nº 33, 1994, pág.203 y 204, declaraba que «precisamente con ella nace la suspensión de pagos como institución autónoma, es decir, como procedimiento concursal independiente de la quiebra. En ese momento histórico la suspensión de pagos se presenta como una institución *especial*, en el sentido de que el ámbito institucional estaba limitado a esta concreta clase de sociedades mercantiles.

⁷¹ En palabras de DUQUE DOMÍNGUEZ, *op.cit.*, pág.115, esta Ley «constituye un *intento de modernización* (en el sentido de reestructuración general) de los principios que habían regido hasta entonces esta región jurídica».

parte importante de la construcción del ferrocarril). Con esta finalidad, se incorporan los convenios de contenido dilatorio y remisorio entre las compañías deudoras y sus acreedores, en su mayoría obligacionistas, que evitando la aplicación del procedimiento de ejecución y liquidación de quiebra establecido por el CCom 1829. Se incorporaron a la legislación concursal, convenios celebrados *antes* de la declaración de la quiebra, evitando así la reunión de los acreedores, admitiéndose incluso la conclusión del convenio mediante actos escritos. La principal consecuencia de todo ello, era que el coste de la regulación financiera de las compañías se desplazaba sobre los acreedores.⁷²

En resumen, la quiebra de las compañías de ferrocarriles supuso, ya a finales del siglo XIX en España, la primera aproximación a un nuevo Derecho concursal que contemplase otros intereses y otras soluciones para hacer frente a las consecuencias de posibles liquidaciones de grandes unidades productivas. El origen de que la *prevención* de las crisis económicas guarda una estrecha relación con *el principio de conservación de la empresa* podemos situarlo en este momento, lo que supone un avance significativo en relación con los principios de política jurídica del Derecho concursal.

⁷² Llama la atención el enorme paralelismo de los principios de política jurídica que inspiraron esta Ley con las últimas reformas de LC ya en pleno siglo XXI. Nótese que se trataban de convenios, remisorios o liquidatorios, pero siempre celebrados *antes* de la declaración de la quiebra, o mejor dicho, con la finalidad de evitar el inicio de este procedimiento concursal.

2.4.3. Código de Comercio de 1885

Publicado el CCom 1885 en virtud de RD de 22 de agosto de 1885, comenzó a regir, en cuanto a la materia concursal se refiere, desde el 1 de enero de 1885 hasta la entrada en vigor de la vigente LC el 1 de septiembre de 2004. En este laberinto normativo, llama la atención que pese a su publicación, numerosos preceptos del CCom de Sainz de Andino seguían aplicándose, concretamente los arts. 1017 a 1173, no derogados por la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Con la promulgación del CCom de 1885 se define la quiebra como un procedimiento liquidatorio sólo para los comerciantes cuya finalidad se dirige expresamente a dar satisfacción al pago de las deudas. Se excluye, por tanto, la suspensión de pagos de la antigua clasificación de la quiebra tal y como se recogía en el art. 1003 del Código de Sainz de Andino, para limitar la quiebra tan sólo a tres clases: fortuita, culpable y fraudulenta. De nuevo la quiebra vuelve a concebirse como una sanción donde los comerciantes son tratados con mayor severidad fundada en las consecuencias económicas de las insolvencias mercantiles.⁷³

⁷³ Sobre este extremo, *vid.* GARRIGUES, « Derecho de quiebras...», *op.cit.* pág. 137 quien en relación con las consecuencias de la insolvencia mercantil, ya mostraba lo innecesario de la separación entre la quiebra y el concurso de acreedores, «Las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva son las mismas, sea cual fuere la naturaleza del deudor común. Si a esto añadimos que el antiguo rigor que caracterizaba al procedimiento de quiebra ha sido neutralizado en la vigente Ley de Suspensión de Pagos (26 de julio de 1922), que dulcifica las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales para el comerciante, concluiremos en la conveniencia de unificar ambos procedimientos».

Regulada por primera vez de manera independiente, la suspensión de pagos en los arts. 870-873 del CCom de 1885,⁷⁴ se configura como un estado preliminar al de la quiebra mediante la distinción legal entre el simple retraso o cesación temporal y el sobreseimiento o cese definitivo en los pagos.⁷⁵

Las primeras reformas de nuestra legislación concursal, se produjeron a los diez años de la entrada en vigor nuestro CCom. En virtud de la Ley de 10 de junio de 1897 se modificaron los arts. 870 a 873 del CCom. La finalidad de esta reforma consistía en evitar los abusos de los comerciantes que pese a encontrarse en una situación de imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, se acogían al expediente de la suspensión de pagos al objeto de plantear a sus acreedores importantes quitas o rebajas de sus deudas. Con esta reforma lo que se pretendía era que sólo los comerciantes que poseyeran bienes suficientes para cubrir todas sus deudas pudieran beneficiarse del expediente de suspensión de pagos contenido en el CCom. Posteriormente, setenta años después, en

⁷⁴ Los arts. 870-873 debían considerarse derogados con la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 que ya no exigía la suficiencia de bienes en el deudor. El art. 870 en su redacción original establecía que « el que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, previera la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos, y el que careciera de recursos para satisfacerlas en su integridad, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos que declarará el Juez o Tribunal, en vista de su manifestación».

⁷⁵ Vid. sobre las modificaciones que recoge la Exposición de Motivos del CCom de 1885 en relación con el CCom de 1829, TORRES DE CRUELLES, *op. cit.* pág. 80, « La primera de dichas modificaciones consiste, en haber reconocido, de una manera clara y terminante, *un estado preliminar al de quiebra*, que corresponde a la situación en que se encuentra el comerciante que, sin gozar de toda plenitud de su crédito, tampoco se halla en la triste situación de de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes». Es el propio legislador del CCom de 1885 el que consciente de la necesidad de crear este *estado preliminar* a la quiebra tomando como modelo la legislación italiana, concretamente el Código de Comercio italiano de 31 de octubre de 1882, que ya contemplaba la moratoria en su art. 817

virtud de la Ley de 17 de julio de 1958 quedó modificado el art. 913.1 CCom actualizando la referencia a los dependientes de comercio entre los acreedores por trabajo personal e incluyendo como acreedores singularmente privilegiados a los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral.

En el CCom de 1885 se regulaban los convenios judiciales para comerciantes en relación con el procedimiento de quiebra y el expediente de la suspensión de pagos mientras que para los no comerciantes su regulación se contiene en los procedimientos de quita y espera y concursos del CC. En este sentido, es preciso advertir que la regulación que hace el CC sobre los convenios extrajudiciales no plantea las mismas dificultades que en el CCom, ya que en estos casos resultarán de aplicación las normas sobre la Teoría General de Contratos sobre la base de las *transacciones y compromisos de los art. 1809 y siguientes* del citado cuerpo legal.⁷⁶ De manera que al quedar el acuerdo extrajudicial configurado como «un contrato, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Se comprende que dentro de estos acuerdos de carácter extrajudicial pudieran integrarse los acuerdos *preconcursoales* en tanto que procuran la evitación de un procedimiento concursal.

Pues bien, en relación a los convenios judiciales de los comerciantes, la posibilidad de celebrar acuerdos entre el deudor y los

⁷⁶ Así se pronuncia la doctrina más clásica, RAMÍREZ, *op. cit.* pág. 32; SAGRERA TIZÓN, *op. cit.* pág. 99 y TORRES DE CRUELLS, *op. cit.* pág. 23.

acreedores al margen del procedimiento concursal de la quiebra quedaba prohibido en virtud del art. 899 del CCom a tenor del cual «los convenios entre los acreedores y el quebrado han de ser hechos en Junta de acreedores debidamente constituida. Los pactos particulares entre el quebrado y cualquiera de sus acreedores será nulos; el acreedor que los hiciere perderá sus derechos en la quiebra, y el quebrado, por este solo hecho, será calificado de culpable, cuando no mereciese ser considerado como quebrado fraudulento».⁷⁷

Frente a estas reformas arriba mencionadas, que pueden ser consideradas como *pequeñas reformas* o *reformas técnicas* de la legislación concursal, la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (LSP), supuso una reforma más profunda de nuestro Derecho concursal. Se trataba de resolver la insolvencia de una institución financiera, el *Banco de Barcelona*,⁷⁸ evitando su declaración de quiebra y

⁷⁷ No obstante reconocía RAMÍREZ en relación con el art. 929 y ss. del CCom que se ocupaban de los convenios de las sociedades y compañías de ferrocarriles, la mayor flexibilidad de este régimen permitiría entender que los convenios extrajudiciales sí tendrían cabida con anterioridad y con posterioridad al procedimiento de quiebra, *vid. op. cit.* pág. 132.

⁷⁸ El día de los Santos Inocentes de 1920 se hizo pública la suspensión de pagos del Banco de Barcelona, primera institución financiera de Cataluña. Desde que se tuvo conocimiento de esta suspensión de pagos, que bien podría haber sido declarada como quiebra se extendió un pánico financiero sin precedentes, que se tradujo rápidamente en una brusca caída de los depósitos bancarios, en suspensiones de pagos y, sobre todo, en una desconfianza general en las actividades crediticias. La aplicación al Banco de Barcelona del rígido sistema introducido por la Ley de 10 de junio de 1897, hubiera supuesto la declaración de quiebra de la entidad. Con la promulgación de la LSP también los deudores que se encontrasen en situación de *insolvencia definitiva* podrían acogerse al beneficio del expediente de la suspensión de pagos. *Vid.* sobre el origen histórico de la LSP, GONZÁLEZ DE ECHEVARRI, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922*, Valladolid, 1932, quien en el prólogo de su obra decía que «Era general la creencia de que nuestra Legislación en materia de suspensiones de pagos, necesitaba una radical reforma; pero no cabe duda que la gota que hizo desbordar el agua del vaso, fue la especial situación económica del Banco de Barcelona. Esta circunstancia hizo girar la reforma en derredor del citado Banco, no

buscando soluciones alternativas. Esta es la razón por la cual la LSP nació con un marcado carácter provisional.⁷⁹ No obstante, llegados a este punto es necesario hacer referencia, siquiera sumariamente, a las disfunciones a que dio lugar la aplicación de la LSP. En efecto, el expediente de la suspensión de pagos, pasó a convertirse, no ya en un procedimiento paralelo al de la quiebra, sino a un procedimiento preliminar al de la quiebra.⁸⁰ La dualidad de procedimientos, inicialmente concebidos en función del alcance de la insolvencia, dejó de tener sentido, una vez promulgada la LSP.⁸¹

sabemos si por sacarlo a flote de su naufragio económico o por defender a sus administradores. Lo que podemos asegurar es, que esa orientación se ha dado contrariando los deseos de una gran masa de acreedores, quienes reiteradamente han elevado sus protestas al Parlamento»; también SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1974; TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, más recientemente, PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores. La declaración de concurso*, Madrid, 2009, pág. 94 para quien «el período generalizado de crisis económica existente en España, durante los años 1920-1921, y en especial una crisis concreta, la del Banco de Barcelona, de ámbito nacional pese a su denominación de origen, determinaron que finalmente el mencionado proyecto - Bertrán y Mussitu- no prosperase y excediéndose del expreso mandato legislativo, contenido en el art. 873 del C de C de 1885, la Ley de 1922, más que una ley de carácter adjetivo, revistiera un alcance sustantivo alterando y modificando en materias sustanciales el régimen contenido en los art. 870 y siguientes del C de C de 1885, con el mencionado fin de salvar de la quiebra al Banco de Barcelona»; BISBAL, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia: Real Colegio de España, 1986, pág. 156-170.

⁷⁹ La Disposición Adicional segunda de la LSP disponía que «pasados cuatro años de vigencia de esta Ley, el Gobierno podrá suspender sus efectos, dando cuenta de ello a las Cortes». Pues bien, la provisionalidad con la que nació esta ley supuso, no obstante, su aplicación durante más de ochenta años.

⁸⁰ El carácter preliminar de la suspensión de pagos vino a ser corroborado por algunas célebres sentencias del Tribunal Supremos, tales como la STS de 3 de julio de 1933 que reconocía expresamente «que la suspensión de pagos goza de prioridad a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor».

⁸¹ Traemos aquí las palabras de VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio o de liquidación» en AA.VV., Sánchez-Calero/Guilarte (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Valladolid, 2004, págs. 2111 y ss., al decir respecto de la LSP que «permitía encauzar a través de este procedimiento tanto situaciones de insolvencia definitiva como provisional. Esta es precisamente una de las razones que ha facilitado la gran polémica

Por otra parte, la LSP debe situarse en un contexto histórico concreto, cual es la evolución de un Estado liberal hacia un Estado social, como consecuencia de las economías de subsistencia de las guerras mundiales y las economías de reconstrucción que tras la segunda guerra mundial surgieron en Europa. Se convierte así en el primer instrumento preventivo de las crisis empresariales.⁸²

2.5. REFORMAS DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

La falta del rigor técnico, que precisa esta disciplina jurídica, a la vista del laberinto legislativo descrito en páginas precedentes, unido a una absoluta falta de adaptación a las modernas necesidades de una economía de los siglos XX y XXI, han ocasionado importantes reformas y Proyectos de reforma que, sin embargo, no han culminado con éxito, quizá por la diversidad de intereses en juego. La promulgación de LC supuso, en palabras del legislador, *satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español*. En efecto, se exigía por toda la doctrina no tanto una reforma sino más bien un *replanteamiento* de detalle de los principios que deben informar la

doctrinal que ha existido en torno a los presupuestos objetivos de ambos procedimientos y a su coordinación».

⁸² Vid. LÓPEZ CURBELO, *op. cit.* pág.71 «Aun cuando la reforma introducida en el Código de Comercio en virtud de la Ley de 10 de junio de 1897 había supuesto un notable freno a los abusos que, hasta ese momento, se habían venido produciendo en materia de suspensiones de pagos, no cabe duda alguna que, la legislación vigente a la sazón continuaba adoleciendo, como sabemos, de importantes defectos derivados, sobre todo, de la parquedad e insuficiencia de la regulación sustantiva y de la ausencia de una verdadera ley de procedimiento para las suspensiones de pagos, con todas las indeseables consecuencias que de tales circunstancias se desprendían».

legislación concursal.⁸³ No obstante, es preciso advertir que la demora en la reforma de esta disciplina jurídica no se ha traducido en una pasividad por parte del legislador, sino más bien, todo lo contrario.

Corresponde descender a continuación, sin carácter exhaustivo, al estudio de los meritorios trabajos prelegislativos, que han procurado la reforma de la legislación concursal española.

2.5.1.- El Anteproyecto de Ley concursal de 1.959

El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, también conocido como Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, surge en el seno de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos bajo la presidencia del Profesor Garrigues.⁸⁴ Este valioso intento de actualizar el Derecho concursal español, fruto de un meditado estudio de 3 años, no llegó, sin embargo, a ser publicado oficialmente.

Limitémonos a enunciar los rasgos más significativos en orden a determinar la importancia de los distintos objetivos del Derecho concursal enunciados en el inicio de nuestro trabajo.

En primer lugar, el Anteproyecto reconoce en un solo cuerpo legal toda la materia concerniente al tratamiento o a la prevención de la

⁸³ Así entre otros, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.* pág. 39 y ss.

⁸⁴ Fue en realidad una *Sub-sección* dentro de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos presidida por el Profesor GARRIGUES la que recibió en el curso de 1956-1957, el encargo de elaborar este Proyecto de Ley Concursal.

insolvencia del deudor común⁸⁵. Esta era una aspiración largamente sentida por la doctrina española que perseguía dotar al Derecho concursal español de un orden sistemático y pragmático al tiempo que evitar la dispersión legislativa que había caracterizado nuestro Derecho concursal. Además se regulaba por primera vez la regulación conjunta sustantiva y procesal de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, personas físicas o personas jurídicas.⁸⁶

Debemos advertir que el objeto del concurso, así lo recoge expresamente el art. 1 del Anteproyecto, debía ser la satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común algo que no se había definido con tanta claridad en los Códigos de comercio españoles.

La dualidad de procedimientos concursales, concurso y concordato, se mantiene en relación con la distinción clásica entre el deudor que cesa definitivamente en sus pagos y el que se atrasa temporalmente -o prevea que va a atrasarse- por carencia momentánea de medios debido a un

⁸⁵ El Anteproyecto de 1959 en su apartado I señalaba que ha pretendido dotar «no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre el concurso de acreedores y la quiebra. Por otra parte, el procedimiento en uno y otro guarda absolutamente paralelismo hasta el punto que la propia Ley procesal en su art.1.319, declara aplicables a la quiebras las mismas normas dictadas para el concurso de acreedores».

⁸⁶ El Anteproyecto de 1959, disponía en su apartado II que «Un nuevo ordenamiento que aspira a estructurar en un solo cuerpo legal la parte sustantiva y la parte procesal de la quiebra, parece que no debe desaprovechar la ocasión para reducir a uno el doble ordenamiento que domina el sistema actual, tanto en el aspecto sustantivo como en el aspecto procesal» .*vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.* pág. 1646, «La unificación se proponía bajo el signo de la *comercialización* de este sector del Ordenamiento jurídico, ante la consideración, por demás evidente, de que *la insolvencia de las empresas mercantiles tiene un repercusión económica mucho mayor que la insolvencia de un deudor civil*».

entorpecimiento pasajero.⁸⁷ El concordato se reserva a *deudores de buena fe que, poseyendo bienes bastantes para cubrir todas sus deudas, no hubiesen cesado de manera general en el pago corriente de sus obligaciones y previeran la imposibilidad de satisfacerlas en las fechas de sus respectivos vencimientos*. El concordato se garantizaba mediante su regulación precisa y sistemática que evitara su deformación en la realidad permitiendo su aplicación a finalidades diversas de las previstas.

Se reducen en consecuencia, los términos de la clasificación de la insolvencia en fortuita y culpable, fórmula de carácter general y amplia que permitiera acoger así el sentido de la jurisprudencia. La calificación del concurso produce efectos sobre la responsabilidad penal del concursado, además de ser determinante para delinear el régimen jurídico de la rehabilitación.⁸⁸

Por último, la pluralidad de intereses en juego, la dificultad técnica inherente a toda reforma concursal de gran calado y sobre todo la reclamación contra el Gobierno español por parte del Gobierno belga ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en relación con la

⁸⁷ Pretenden los redactores del Anteproyecto en el apartado XIV, restaurar «la pureza dogmática de la dualidad de instituciones, gravemente alterada en nuestro Derecho a partir de la Ley de 26 de julio de 1922, Ley que si bien supo cumplir la finalidad concreta que se propuso, viene a enturbiar la claridad del sistema codificado». *Vid.* TORRES DE CRUELLES, «Nota crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal», *RJC*, 1959, págs. 747 y 748.

⁸⁸ El apartado X del Anteproyecto disponía que «Se han distinguido únicamente dos clases de insolvencia- fortuita y culpable- pues, si bien en un plano teórico y doctrinal la tripartición que establecía nuestro Código de Comercio- fortuita, culpable y fraudulento-, tenía un claro fundamento según que el origen de la insolvencia fuese doloso, negligente o simplemente accidental, desde un punto de vista de derecho positivo la diversidad de los efectos jurídicos debe producirse solamente según que haya incidido o no, culpabilidad del deudor en la preparación, producción o aumento de la insolvencia.

discutible tramitación que los Tribunales españoles habían realizado de la quiebra de la sociedad belga *Barcelona Traction*,⁸⁹ hicieron que finalmente este anteproyecto no pudiera culminar con éxito.

2.5.2.- El Anteproyecto de ley Concursal de 1983

El Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983 (ALC'83 en adelante) fue elaborado por dos Ponencias especiales en el seno de la Comisión General de Codificación nombradas por Orden Ministerial el 17 de mayo de 1978.⁹⁰ En virtud de esta norma, la Ponencia debería elaborar unas Bases sobre las que se elaboraría el texto articulado del

⁸⁹El estudio del Derecho concursal histórico requiere detenerse en el célebre caso de la *Barcelona Traction*. Se trataba de una compañía *holding*, que operaba mediante una colección de subsidiarias que explotaban servicios públicos de transporte y energía principalmente en Cataluña fue constituida bajo legislación canadiense en 1911. La filial más importante era "Ebro Irrigation & Power Co." (o Riegos y Fuerza del Ebro, RFE), también de derecho canadiense, pero registrada en España para desarrollar sus negocios. *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, *Reforma concursal...op. cit.* pág. 22 para quien «En el plano doctrinal, el impacto de BT es doble y, aparentemente, paradójico. De una parte, los aspectos *beneficiosos* se perciben en una acentuación de los estudios concursales, si quiera sea, en gran medida, como dictámenes e informe *pro parte*; pero es indudable que la autoridad de los grandes juristas consultados, el interés de las cuestiones objeto de consulta y el contraste de las opiniones jurídicas emitidas fueron incentivos eficaces para renovar la doctrina concursal española»; también, el mismo autor en el prólogo a la obra de RAMÍREZ, *La quiebra*, 2ª ed. Barcelona, 1998, págs. X a XXI; DIXON, *Señor monopolio: la asombrosa vida de Juan March*, Madrid, 1985.

⁹⁰ No obstante con anterioridad a este ALC'83, destacamos dentro del generalizado movimiento de reforma del Derecho concursal *el Proyecto de Ley Concursal de 1979* elaborado por las Secciones de Derecho fiscal, mercantil y procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de abogados de Barcelona, *vid.* este anteproyecto en *RJC*, núm. 1, 1981, pp. 7 y ss.

Para mayor información sobre el ALC'83, *vid.* *Informe del Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Concursal*. Nº 12. Revista del Poder Judicial, septiembre, 1984; *Informe del Consejo Superior Bancario sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, nº 15. *RDBB.*, julio-septiembre, 1984; monográfico del Anteproyecto de la Ley Concursal publicado por la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, nº8, 1985.

Anteproyecto.⁹¹ La unidad legal, de disciplina y de sistema constituye el eje sobre el que se vertebra todo el procedimiento concursal.⁹²

El ALC'83 pretendía ofrecer una *solución justa de la crisis económica del deudor común armonizando la legítima pretensión de los acreedores al cobro de sus créditos con otros intereses en conflicto digno de tutela, sobre la base de unidad legal, de disciplina y de sistema.*⁹³ En efecto, la finalidad básica del procedimiento concursal ya no era la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, el convenio se convertía así en la solución normal del concurso (arts. 211-240) de manera que sólo en los casos en los que no se logre el convenio o éste fracasase, se abría la liquidación (arts. 241-246). De ahí, la imperiosa necesidad de anticipar en el tiempo la apertura judicial del procedimiento, como la necesidad de modificar la concepción tradicional del presupuesto objetivo de la declaración.⁹⁴ En este punto cabe advertir,

⁹¹ Se redactaron veintiséis Bases que fueron aprobadas en octubre de 1978 y el texto articulado que se aprobó en 1983. Los principios inspiradores de estas Bases pueden verse en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Ante una posible reforma del Derecho concursal español», discurso de apertura del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Sevilla, 1978, págs. 26 y ss.

⁹² En relación con la unidad de sistema, el ALC'83 rompe con su antecedente más inmediato, el Anteproyecto del año 1959, por cuanto éste mantenía una dicotomía procedimental: concurso y concordato judicial, cada uno de los procedimientos con reglas específicas.

⁹³ Vid, CANDELARIO MACÍAS, *op. cit.* pág. 58 para quien «no puede dudarse que ante la disyuntiva saneamiento o liquidación, los redactores del Anteproyecto se han inclinado decisivamente por la finalidad de conservación, siendo la liquidación una solución última y residual. Con tal propósito se ponderan los intereses generales, públicos y sociales, cuya tutela aconseja la conservación de las empresas viables y el mantenimiento del empleo».

⁹⁴ En este esquema, resultaba innecesario e incluso perjudicial el desdoblamiento procedimental, así OLIVENCIA, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», Madrid, 1985, pag.36. El contexto de Derecho comparado en el que se encuadra el ALC'83, singularmente las reformas practicadas en

como principal novedad, la incorporación como tercera solución del concurso de la *gestión controlada* (arts. 247-261 ALC'83) destinada para aquellos casos, en los que la desaparición de la empresa como consecuencia de su liquidación, pudiera provocar daños de especial importancia económica o social y siempre que la Junta de acreedores acordara un plan de viabilidad posteriormente aprobado por el Juez.⁹⁵

Conviene hacer notar que el legislador del ALC'83, aún reconociendo en la Exposición de Motivos la importancia de la dimensión sanatoria del concurso, que emerge en varias ocasiones a lo largo de su

Francia, marca la finalidad que los redactores del texto pretenden dar al ALC'83. En virtud de la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre *prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté* para PULGAR EZQUERRA, *op. cit.* pág. 54 « *se configuran una pluralidad de institutos preventivos que operan ante diversos grados de deterioro de la situación económica y de forma escalonada*. De un lado, la «*information prévisionnelle*», que *opera permanentemente* suministrando la información a través de la cual detectar tempranamente un posible deterioro de la situación económica; de otro, «*l'alerte*», que representa un paso más en la prevención, *operando en situaciones en que ya existen dificultades económicas puestas de manifiesto a través de «l'information prévisionnelle»*; finalmente, cerrando el tríptico de la «*prévention*» francesa y *como vía para evitar el agravamiento de una situación económica ya deteriorada que conduciría a la declaración de un procedimiento concursal*, se contempla el «*règlement amiable*».

⁹⁵ *Cfr.* Exposición de Motivos del ALC'83. En palabras de PULGAR, *ibídem*, pág. 299, «Con la configuración de la gestión controlada se sigue en el Anteproyecto la tendencia institucional generalizada en Derecho comparado de *arbitrar específicas soluciones conservativas reorganizativas respecto de las crisis de empresas con trascendencia social*»; En opinión de CANDELARIO MACÍAS, *op. cit.* pág. 57, «La Gestión controlada se contempla como una modalidad que tiende a posibilitar la conservación de la empresa (...). Antes bien, se ha de tener presente que en esta modalidad interviene la Administración pública como ente legitimado para solicitar este instituto (art.247)»; en este sentido, *cfr.* ALCOVER GARAU, «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del derecho concursal español », *RDS*, nº6, 1996, pág. 480, considera, en relación con la gestión controlada que «un instituto conservativo del tipo de los diseñados en el seno de la economía social de mercado, debe ser prevalentemente paraconcursal o administrativo, ya que son los poderes públicos, directores y responsables de la política económica, los que deben decidir la conservación o no de una empresa, y son también estos mismos poderes públicos los que a través de la financiación pública posibilitarán, en su caso, el plan de reflotamiento».

articulado, sin embargo considera que el derecho paraconcursal debe quedar al margen de su inclusión en la normativa comentada.⁹⁶

Estas reflexiones nos llevan a afirmar que en el ALC'83, no encontramos una regulación de la mecánica específica del convenio preventivo. El convenio regulado era un convenio dentro del concurso y no independiente a éste, al que en virtud del art. 239 *in fine* cualquier deudor con independencia de su calificación podía acceder.

⁹⁶ Así, en el apartado I, párrafo 2º de la Exposición de Motivos del ALC'83 dispone que «La Ley se limita a la reforma del derecho concursal. Es cierto que los problemas de la crisis económica de la empresa moderna no siempre se resuelven en el ámbito institucional del concurso y que con frecuencia encuentran su solución adecuada al margen de éste, a través de cambiantes y heterogéneas técnicas de salvamento; pero no ha parecido oportuno el tratamiento unitario de la patología, de la empresa moderna y de sus posibles remedios, sino exclusivamente el de aquellas situaciones que exigen soluciones concursales». Así, OLIVENCIA RUIZ, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid. 1985, pág. 37, para quien «Anteponer el saneamiento a la liquidación, como fin del concurso, no es novedad aislada de nuestro Anteproyecto. La liquidación, fin «normal» de un concurso concebido como procedimiento de ejecución universal de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor común, ha tenido que ir cediendo a otras concepciones, que representan un cambio profundo en la ideología concursal, que ya no puede inspirarse en la pura dialéctica deudor-acreedores ni en la finalidad de satisfacer los intereses de éstos a expensas de la realización y distribución del patrimonio de aquél»; en relación con la exclusión del Derecho Paraconcursal en el ALC'83, *vid.* ROJO, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid. 1985, pág. 90, partiendo de la consideración de que se vivía una época de intensa evolución, justificaba la exclusión del Derecho Paraconcursal del texto redactado ya que «no es posible predecir si ese conjunto heterogéneo de medidas extrajudiciales de *salvamento* y *reorganización* alcanzará un día el indispensable grado de tipificación y de estabilidad para su inclusión en futuras leyes concursales o si, por el contrario, se producirá una progresiva dilución en el tiempo a medida que se supere la difícil situación económica»; en el mismo sentido, *vid.* GONDRA ROMERO, «Funcionalidad del sistema concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid. 1985, pág. 148 quien comenta que «La contención legislativa de que hace gala el Anteproyecto, cuando opta por ceñirse al sector del derecho concursal clásico, a mi juicio, un buen criterio de prudencia, aunque no cabe duda de que en toda reforma del derecho concursal se debe tener en cuenta toda esa área de actuación económico-administrativa «paraconcursal», que se mueve en los alledaños del Derecho concursal propiamente dicho, superponiéndose a sus instituciones».

Este ALC'83 fue un ambicioso proyecto que intentó cristalizar en el Derecho concursal español por primera vez los problemas de conservación de la empresa así como determinados valores de carácter social⁹⁷ pero no llegó a ser remitido como Proyecto de Ley por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, sí sirvió de base para la elaboración de los principios necesarios para redactar y presentar un *Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores*.⁹⁸

2.5.3.- Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995

Los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal⁹⁹ (en adelante MR), contenidos en el Suplemento al Boletín de Información del

⁹⁷ En este sentido, GONDRA, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid, 1985, pág. 177.

⁹⁸ Precisa sobre este punto ALCOVER GARAU, «La Ley 22/2003, de 8 de julio, concursal» en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pág. 49 que «no obstante la imperiosa necesidad de reformar el ordenamiento concursal español, el Anteproyecto de 1983 fue finalmente abandonado, lo que debe considerarse acertado por un doble motivo. En primer lugar, un criterio de prudencia aconsejaba que, ante el calamitoso estado del ordenamiento concursal español, lo que procediese no fuese acometer una gran reforma concursal con soluciones absolutamente novedosas distintas a la liquidación o al convenio de masa, intento excesivamente radical, sino contentarse con perfeccionar el esquema vigente basado en las soluciones de la liquidación o del convenio y primando en el ordenamiento concursal la satisfacción de los acreedores sobre la conservación de la empresa. Pero además, y en segundo lugar, la puesta en marcha por diversos ordenamientos concursales de procedimientos de tal carácter distintos al de liquidación o al de convenio – como puede ser procesos análogos a la gestión controlada- no ha sido plenamente satisfactoria ».

⁹⁹ Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior. Suplemento nº 1768. *Materiales para la reforma de la Legislación concursal*, febrero, 1996. Una aproximación a la propuesta de reforma de 1995 puede verse en BELTRÁN SÁNCHEZ, «Ideas básicas de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el

Ministerio de Justicia e Interior de febrero de 1996, obra del Profesor Rojo Fernández-Río constituyen un nuevo intento de reforma precursor de la legislación vigente en el que se aborda por primera vez el tratamiento del marco amistoso de composición de crisis económica del deudor. Partiendo de la necesaria satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, a diferencia del ALC'83, que ponía el acento en la conservación de la empresa, *se ofrece la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor.*¹⁰⁰

Para ello se establecen los principios de unidad legal y unidad de disciplina como los dos grandes postulados sobre los que se fundamenta la reforma.¹⁰¹ Se pretende así alcanzar una simplificación de los trámites procesales que venía siendo reclamada en los sucesivos intentos de reforma de nuestra legislación concursal.¹⁰² No se mantiene, sin embargo el principio de unidad de procedimiento, ya que se considera que la

profesorRojo», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 4552 a 4553; PULGAR EZQUERRA, «La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RdS*, año IV/1996, págs. 461 y ss; ALCOVER GARAU, «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», en *RdS*, nº 6, 1996, págs. 482 y ss.

¹⁰⁰ En relación con los fines perseguidos por esta reforma, donde como ya se ha indicado, se abandonan los postulados conservativos del ALC'83 *vid.* Apartado I de Exposición de Motivos de los MR. *Cfr.* punto 6 de los *Criterios básicos*

¹⁰¹ *Cfr.* párrafo 3º del apartado I de la Exposición de Motivos de los MR. La necesidad de establecer una unidad legal y de disciplina es reclamado por el legislador en los diversos intentos de reforma incluido éste.

¹⁰² Según la Exposición de Motivos del texto aludido, en su apartado 3, «se ha elaborado una Ley mucho más breve, mucho más concisa y también mucho más técnica que la legislación que se deroga, lo que constituye mérito destacable de esta reforma global por cuanto que la realidad sobre la que se proyecta ha alcanzado reconocida complejidad».

simplificación de procedimientos se alcanza con el manteniendo de dos procedimientos concursales, «concurso de acreedores» y «suspensión de pagos», atendiendo al presupuesto objetivo de la insolvencia que se define con un criterio amplio.¹⁰³ Precisamente al admitirse una dualidad de procedimientos concursales, el presupuesto objetivo difiere, de manera que en caso de insolvencia, resultará aplicable el concurso, mientras que si el deudor se encuentra en una *previsible situación de iliquidez* corresponderá la suspensión de pagos.¹⁰⁴

Destacamos especialmente el procedimiento de «suspensión de pagos», configurado sobre la base del modelo francés del *règlement amiable*¹⁰⁵ y destinado tan sólo a aquellos deudores que se encontraban en condiciones de alcanzar un convenio o concordato de moderada

¹⁰³ Cfr. punto 2 de los *Criterios básicos*. En relación con el mantenimiento de dos procedimientos concursales, repárese lo que señalaba ILLESCAS, «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», en AAVV.: La reforma del Derecho concursal, CDC, monográfico, 1997, pág. 18 para quien, «superado el postulado legislativo y concursal de la conservación de la empresa – generado por la profunda desconfianza hacia las fuerzas generadoras de la riqueza radicadas en la libertad de empresa y en el correcto funcionamiento de los mercados a la hora de asignar los escasos recursos disponibles- en la actualidad son estos mercados y la libertad de operar en ellos los que deben ser tenidos en cuenta por el legislador para permitir la permanente interacción entre el procedimiento liquidatorio y el conservativo o reestructurador: la desposesión del quebrado y la subsiguiente adjudicación de sus bienes a los acreedores debe poder ser en cualquier estadio de cada uno de los procedimientos concursales sustituidas por la reestructuración de los activos empresariales de éste si así lo permiten los mercado, acreedores e iniciativa empresarial.

¹⁰⁴ Cfr. punto 3 de los *Criterios Básicos*

¹⁰⁵ Así, Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal*, Barcelona, 2001, pág. 42, según el autor «el “Proyecto Rojo”, basado en la misma idea-fuerza de anticipar la solución concursal a la situación de amenaza de crisis empresarial, adopta una solución distinta e inspirada en el Derecho francés. La solución me parece bastante inteligente y lógica y pasa por la especialización procedimental y por una severa (y acertada) desjudicialización». También, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía nº 6 asociada a la RDCP, Madrid, 2007, págs. 28 y 29.

espera, es decir, deudores que todavía no hubieran incumplido las obligaciones contraídas y aquellos cuyos incumplimientos no fueran globalmente significativos. En efecto, como se recoge en la Exposición de Motivos de los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal, esta suspensión de pagos se concibe con un alto grado de *desjudicialización*, siendo tramitada como procedimiento fundamentalmente ante el Registrador mercantil, quedando reservado al Juez eventuales impugnaciones y la necesaria homologación judicial.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Así, AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de Ley concursal y el Registro de la Propiedad. Borrador del Anteproyecto de 1995*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios registrales. Madrid, 1997, pág. 28 al señalar que «La tramitación de este expediente se reparte entre el Registrador mercantil y el Juez competente para la declaración de concurso. Al primero corresponde la calificación de los documentos que debe presentar al deudor, sea sujeto inscribible o no en ese Registro, para poder gozar del beneficio de la suspensión de pagos. Al segundo corresponde conocer de eventuales impugnaciones, el nombramiento del interventor cuando lo solicite un porcentaje determinado del pasivo, así como la aprobación del convenio».

El procedimiento de la suspensión de pagos de la propuesta de reforma de 1995 era un procedimiento breve. El deudor se constituía en estado de suspensión de pagos mediante acta notarial en la que figuraban los requisitos legalmente exigidos acompañando esta solicitud de una propuesta de convenio para pago de todas las deudas en el plazo máximo de 3 años, sin quita o condonación de clase alguna, un plan de continuación además de documentos complementarios. Presentada este acta ante el Registrador mercantil y una vez calificada quedaba el deudor constituido en estado de suspensión de pagos- El Registrador debía poner todo ello inmediatamente en conocimiento del Juez competente para declarar el concurso y remitir al Registro mercantil central los datos relativos de la constitución del deudor en estado de suspensión de pagos, así como del convenio propuesto para su inmediata publicación en el BORME, momento a partir del cual la suspensión de pagos comenzaba a producir sus efectos. A partir de esta publicación, se suspendía el curso de los intereses, ningún acreedor podía iniciar ejecuciones por deudas anteriores y las ejecuciones judiciales o extrajudiciales quedaban en suspenso. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de la suspensión de pagos, los acreedores podían adherirse a la propuesta de convenio presentada por el deudor, que se consideraba aceptada si contaba con la adhesión de acreedores titulares, al menos, de dos tercios del pasivo ordinario. Resultaba necesaria la aprobación judicial del convenio al que podría oponerse cualquier acreedor no adherido al mismo. Por último, la falta de adhesiones necesarias o el incumplimiento del convenio por el deudor provocaba la declaración por el Juez del concurso necesario.

3. DERECHO ESPAÑOL: MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, acompañada de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, supuso la culminación de todo un proceso reformador que debe situarse en el contexto de su época.

Desde el punto de vista político-ideológico, la promulgación de la LC culmina el *último* intento de reforma iniciado en los años ochenta con la creación en el seno de la Comisión General de Codificación, por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996, de una Sección Especial para la reforma concursal. Esta Comisión redactó el Anteproyecto de mayo de 2000, génesis del Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 y del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, de 5 de septiembre de 2001. Estos dos últimos textos constituyen el origen de la vigente Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, (BOE núm.164, de 10 de julio) que se acompaña de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal 8/2003, de 9 de julio, (BOE núm.164, de 10 de julio). Este proceso se enmarca en el ámbito de las reformas concursales operadas en Europa y EE.UU., en particular mediante la *Legge Fallimentare*, parcialmente reformada por el Decreto Legislativo núm. 5, de 9 de enero de 2006; en Francia mediante la Loi de Sauvagarde des entreprises 2005/845 de 26 de julio, y en EE.UU. en el año 2005 se aprobó la modificación más importante de sus legislación en los últimos veintisiete años, *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*. En este sentido, podemos afirmar que la LC es una ley moderna inspirada en la Ley Modelo de la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI) así como en otras

legislaciones extranjeras de nuestro entorno y en el *Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia*. Al hilo de las reformas antes mencionadas, la LC persigue la satisfacción de los intereses de los acreedores al tiempo que la conservación de la empresa, incentivando la solicitud temprana del concurso. Precisamente la dificultad de conjugar la tutela de los acreedores y la conservación de la empresa han hecho necesarias numerosas reformas de la LC, muchas de ellas mediante Real Decreto.

Por otra parte, desde el punto de vista económico, se ha reiterado el contexto de bonanza económica en el que se promulgó la LC, de manera que una vez que la crisis económica estalla en el año 2008, esta legislación se reveló insuficiente para hacer frente a la avalancha de concursos que llegaban a unos tribunales especializados pero con importantes carencias materiales y personales. Por otra parte, la ausencia en la LC de un régimen específico del tratamiento del fenómeno de la dificultad financiera de las empresas al margen del concurso de acreedores, esto es, de un derecho preconcursal, reclamado por los operadores económicos, particularmente la gran empresa, provocó la necesidad de reformar una legislación tan reciente. En efecto, podemos afirmar que el consenso generalizado acerca de las causas de la crisis económica, desaparece, sin embargo, cuando se intentan ofrecer soluciones a la misma. En este sentido, la necesidad de promover la financiación de las empresas constituye el eje sobre el que se articulan la recuperación de la economía española. Es sabido el nivel de dependencia de las empresas de las entidades financieras, lo que añadido al hecho de importantes cambios en el sector financiero – entidades que han desaparecido, otras que han precisado de ayuda pública. A esto se suma

la aparición en el mercado de nuevos agentes *distressed* y *hedge funds*,¹⁰⁷ entidades de capital riesgo con nuevas formas de financiar proyectos.

Así, la primera reforma de la LC operada por el *RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación financiera*, incorporó los acuerdos de refinanciación, «blindajes» o «escudos protectores» que generaban una inmunidad jurisdiccional en los acuerdos de refinanciación frente a futuras acciones rescisorias concursales. Estos acuerdos de refinanciación fueron posteriormente ampliados en virtud de la *Ley 38/202111, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* que trajo además importantes modificaciones en el ámbito de la preinsolvencia, en especial con el trámite de la homologación de los acuerdos de refinanciación. La *Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, que al tiempo que retocó los acuerdos de refinanciación, introdujo los «acuerdos extrajudiciales de pagos», instituto completamente novedoso para las refinanciaciones extrajudiciales de pymes y empresarios autónomos. Las últimas modificaciones incorporadas al Derecho preconcursal se han producido mediante la *Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, así como por la *Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal* con importantes modificaciones de los acuerdos de refinanciación.

¹⁰⁷ La aparición de estos nuevos intermediarios financieros en el panorama concursal, en lo que a los acuerdos de refinanciación se refiere, supone una dificultad añadida ya que puede darse la circunstancia de tener que negociar un acuerdo preconcursal con quien no intervino en la negociación de origen.

Por último, desde el punto de vista jurídico formal, la LC en el apartado II de la Exposición de Motivos proclama los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Esta triple unidad adoptada desde hace tiempo en las reformas practicadas en el Derecho comparado, sin embargo resulta una novedad en nuestro tradicional Derecho concursal. La unidad legal que pusiera fin a la dispersión y fragmentación normativa que caracterizaba el Derecho concursal previgente. Un solo texto que regule los aspectos materiales y procesales del concurso, con la excepción de aquellas normas que por su especial naturaleza requieran de una ley orgánica. La unidad de disciplina obedece a la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y a la necesidad de simplificar el procedimiento concursal. Por último, en lo que hace a la unidad de procedimiento, *tema históricamente crucial*, en palabras de Illescas,¹⁰⁸ se establece un único procedimiento: el concurso. El nombre elegido no resulta casual, desde el siglo XVI el primer autor en acuñar el término *concurso* fue Amador Rodríguez (Tractatus concursu, 1616) aunque se atribuye su desarrollo, con la elaboración doctrinal de la institución como proceso a Francisco Salgado Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646) autor de la mayor aportación histórica al Derecho de la insolvencia.¹⁰⁹ Se trata de un procedimiento dotado de la suficiente flexibilidad para adecuarse a las diferentes situaciones y soluciones. Sin embargo, el legislador tiene presente por una parte determinadas especialidades de concursos de empresarios sometidos a un estatuto propio (llevanza de la contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) así como la existencia en la masa activa de unidades

¹⁰⁸ ILLESCAS, «La reforma de la mecánica...», *op. cit.*, pág. 16.

¹⁰⁹ *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, *Reforma concursal...op. cit.* pág. 20.

productivas de bienes o de servicios. Por otra parte, serán tomadas en consideración las necesidades de deudores civiles o de pequeños comerciantes, ya que la LC prevé un concurso simplificado para aquellos procedimientos de menor entidad. En segundo lugar, en lo concerniente al necesario control judicial, en tanto que se produce una desposesión de los bienes del deudor, esto se logra mediante una especialización de los Juzgados. En virtud de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica *la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, se crean *ex novo*, los Juzgados de lo mercantil, en el ámbito de la jurisdicción civil y con competencia exclusiva y excluyente para conocer de todas las cuestiones que se susciten en materia concursal.¹¹⁰

Es consabido que la reforma practicada en el Derecho concursal español operada por la LC responde a una «gran reforma» frente a una mera «reforma o reforma técnica». En efecto, la necesidad de un *replanteamiento básico del derecho concursal*, venía siendo reclamada por la doctrina más especializada a la luz de la experiencia histórica, en particular el volumen de quiebras en relación con los expedientes de suspensión de pagos, y del Derecho comparado.¹¹¹

¹¹⁰ Recientemente se ha vuelto a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, señalándose ahora en el nuevo art. 85.6 que serán competencia de los Jueces de Primera Instancia «los concursos de persona natural que no sea empresario».

¹¹¹ Cabe anotar lo que precisa DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.* pág. 41, para quien, «no se trata de corregir la legislación vigente en un punto concreto, de aclarar dudas interpretativas y doctrinales, o de unificar dispares criterios de los Tribunales. No se intentaba perfeccionar, pues, la legislación vigente. Tampoco ahora es ésta la tarea a realizar. Se trata de hacer una *reforma innovadora*»; también, *vid...* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro Ordenamiento jurídico», en el vol. II «*Estudios de Derecho mercantil. Homenaje a*

4. CONCLUSIONES

Para cerrar este epígrafe general varias apreciaciones deben ser puestas de manifiesto:

En un principio, en el Derecho concursal histórico, operaba el conocido principio de *decoctor ergo fraudator* que, en relación con el deudor comerciante, dotaba a los institutos concursales de un extraordinario rigor. En este contexto, la liquidación forzosa era el único instituto concursal conocido, configurada como una solución general y única vinculada a la insolvencia del deudor comerciante que incumplía sus obligaciones en aquellos casos en los que o bien, no disponía de bienes suficientes para ello o, teniéndolos, éstos no fueran suficientes para satisfacer el pago de todas sus deudas. Con el tiempo, se advirtió que la liquidación judicial forzosa podía ser sustituida por un arreglo de composición negociado en el seno de un procedimiento judicial entre el deudor y la mayoría de los acreedores. Aparecen así, *los convenios de masa*, situados dentro de la quiebra. Cuestionada la naturaleza jurídica de estos convenios,¹¹² pueden definirse como un acuerdo de voluntades entre

Profesor Justino Duque Domínguez, págs. 1643 y ss. ÍB., “Ante una posible reforma del Derecho concursal español”, Discurso de apertura del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Sevilla, Sevilla 1978.

¹¹² Teorías procesalistas, teorías contractualistas y teorías mixtas han pretendido explicar la naturaleza jurídica del convenio concursal, *vid* por todos, TORRES DE CRUELLS, *La Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1957, págs. 484 y ss; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. III. Barcelona, 1974, págs. 58 y ss; RAMÍREZ, *La quiebra*, 2ª ed. Madrid, 1998, vol. III, pág. 1917 y ss. Entre la doctrina italiana, *vid*. PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de Quiebra (notas y adiciones de Ramírez)*, vol. III, 1958, pág. 45 y ss; PROVINCIALI/RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padua, 1988, págs. 634 y ss; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1990, págs. 208 y ss.

el deudor y sus acreedores, sancionado por el juez, tendente a lograr la satisfacción de éstos por una vía distinta a la tradicional liquidación forzosa. La tutela del crédito seguía siendo la finalidad principal de los tradicionales institutos concursales, aún reconociéndose los convenios de masa y la finalidad perseguida por éstos.

Con el fin de evitar por una parte, las consecuencias infamantes de los procedimientos concursales sobre la persona del deudor y, por otra parte, la escasa operatividad de estos convenios, cuya planteamiento se producía en momento tardío con escasas posibilidades de recuperación económica, todo ello provocó que a lo largo del siglo XX aparecieran los *arreglos privados extrajudiciales*. La finalidad de estos acuerdos no era otra que evitar la apertura de los procedimientos concursales tendentes, por otra parte, a soluciones de carácter liquidativo. Ahora bien, la ausencia de control de estos arreglos podía dar lugar a importantes riesgos tanto para el deudor, como para los acreedores, ya que las acciones ejecutivas no se paralizaban, pudiendo estas mermar sensiblemente el patrimonio del deudor (se trata del llamado *holdout problem*, o el problema de aquellos acreedores que deciden mantenerse fuera de los acuerdos extrajudiciales, sin perjuicio de que puedan hacer valer en cualquier momento los derechos vinculados a sus créditos).

Lo precedente debe enlazarse con la aparición a finales del siglo XIX y principios del siglo XX de los *convenios preventivos judiciales de mayoría*, en gran parte como consecuencia de la quiebra de las compañías de ferrocarriles. En efecto, en la mayoría de los países de nuestro entorno, surge la necesidad de llegar prontamente a un arreglo entre el deudor y sus acreedores que procurar la satisfacción de sus

créditos. En España esto *arreglos* se lograron en un primer momento, con la promulgación de la *Ley de Suspensión de Pagos* en 1922. Como es consabido, el fin previsto por los mismos no se alcanza del todo con esta ley, para lo que siguieron sucesivos intentos de reforma de nuestra legislación concursal que han resultado objeto de análisis en el presente trabajo.

En este contexto, se promulga en el año 2003 la vigente LC y pronto, los acuerdos de refinanciación centran, en buena medida, el debate sobre la reforma del Derecho concursal, especialmente en los últimos años. Sea como consecuencia de la reciente crisis económica, cuyos efectos sobre el Derecho concursal son analizados en los capítulos III y IV de nuestro estudio, sea como consecuencia de la tendencia reformista que se vive especialmente en Europa y EE.UU., de cuyo análisis nos ocupamos en el capítulo II, lo cierto es que se advierte un renovado interés por la autocomposición como mecanismo de solución de crisis económicas del deudor común, con una marcada desprivatización de los tradicionales institutos concursales.

En España, la reforma de la LC, siguiendo la tendencia de las reformas operadas en Europa, se acometió principalmente a través de dos grandes reformas: el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico un primer tratamiento de este tipo de acuerdos de refinanciación, a través de la incorporación de la DA.4ª de la LC y al objeto de incentivar su negociación, de mecanismo de protección de las negociaciones preconcursales por la vía del art. 5 bis de la LC. Posteriormente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la misma línea que la precedente, realiza

una reforma de mayor alcance en relación con los acuerdos de refinanciación, mediante la incorporación del sistema de homologación judicial para estos acuerdos, introduciendo determinados privilegios al objeto de potenciar la financiación de los acuerdos de refinanciación. Con este fin, se reforma de nuevo la DA.4ª de la LC y el art. 71 de la LC transformando el art. 5 bis en el art. 5.3 de la LC.

A estas dos grandes reformas, en lo que a acuerdos de refinanciación se refiere, le han seguido otras ulteriores, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, con el objeto de flexibilizar el régimen de los acuerdos preconcursales, algunas de cuyas previsiones también se extendieron al convenio concursal.

Por otra parte, la entrada de mecanismos preconcursales no termina con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación. La *Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, introduce un nuevo Título X a la LC, denominado *Acuerdo Extrajudicial de Pago*, destinado a regular un nuevo mecanismo preconcursal de tratamiento de la insolvencia en donde la figura del mediador concursal ocupa un lugar destacado. El legislador en una ley en la que se aborda la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y reactivación de la economía, junto a iniciativas públicas destinadas a tal fin, prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o personas jurídicas, al objeto de garantizar que *el fracaso no cause empobrecimiento y una*

*frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.*¹¹³

Se trata de un procedimiento extrajudicial, ajeno al Juzgado y al juez mercantil, destinado fundamentalmente a empresas pequeñas, con el fin de remover, en sede preconcursal, la insolvencia del deudor pero siempre que exista una posible continuidad y viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.¹¹⁴ Para ello, pretende el legislador dotar a este procedimiento de la agilidad necesaria a todo mecanismo preconcursal para lo que establece plazos breves para alcanzar un pacto de pago entre deudor y acreedores y dispone que el procedimiento se sustancie ante *funcionarios idóneos por su experiencia*, como son el registrador mercantil o el notario. La esencia, por tanto, del procedimiento radica en el mediador que impulse la avenencia entre las partes al tiempo que asegure que se cumplan los requisitos de la publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos `para el arreglo.

Ahora bien, aunque el acuerdo extrajudicial de pagos se presenta como una mediación, lo cierto es que no es una mediación propiamente dicha, se trataría más bien de una figura autónoma con algunos elementos diferenciadores de la mediación, aunque resulte fuertemente influenciado por la misma¹¹⁵. En concreto, la ausencia de controversia

¹¹³ Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*.

¹¹⁴ En estos términos, AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia, 2014, págs. 291

¹¹⁵ En este punto compartimos el parecer de AZNAR GINER, *op. últ. cit.* págs. 291 y ss. al considerar que «el procedimiento del art. 231 no es un procedimiento de mediación,

entre las partes que se pretenda resolver mediante esta mediación y el hecho de que este mecanismo se proyecte por el legislador despegado del art. 1255 CC, principio informador de la mediación civil y mercantil, hace que pueda ser considerado este mecanismo preconcursal como una figura autónoma pero no una mediación en el sentido estricto de la palabra.

La práctica revelará el éxito o el fracaso de este novedoso, mecanismo de negociación concursal.¹¹⁶

no es menos cierto que bebe de las fuentes de tal figura, siéndole extensible al mediador concursal el régimen de actuación del mediador, en lo no dispuesto en los citados preceptos LC y en lo que no contravenga al régimen del acuerdo extrajudicial de pago. Por cierto, ese deber de confidencialidad que debe guiar cualquier procedimiento mediador presenta perfiles oscuros y se desdibuja en el acuerdo extrajudicial de pago».

¹¹⁶ Nos referimos a la mediación concursal como un mecanismo novedoso cuando lo cierto es que en el ámbito del Derecho comparado podemos encontrar antecedentes de esta figura. Así, DÍAZ ECHEGARAY, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Pamplona, 2014, págs. 26 y 27 señala que el acuerdo extrajudicial de pago «viene a ampliar el ámbito de la preconcursalidad sobre la base del modelo del *Règlement amiable*, conectado a la figura del mandatario *ad hoc*, que posteriormente evolucionaría hacia la *conciliation*, configurándose como novedad en nuestro ordenamiento jurídico».

Probablemente este tipo de acuerdos, fuertemente encorsetados por la LC no logren los fines preventivos y conservativos previstos por el legislador y se convierta en una antesala de un procedimiento concursal consecutivo en el que no quepa ya más solución que la liquidación como consecuencia del trascurso del tiempo desde el inicio de la mediación concursal.

CAPÍTULO II. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN.

Se pretende a lo largo de este capítulo explorar, desde la perspectiva del Derecho comparado, el tratamiento jurídico que ha recibido la preconcursalidad como solución a la crisis económica de la empresa. La necesidad de encontrar una alternativa más eficiente que el concurso, una vez reconocidos los costes temporales, económicos y reputacionales que éste supone, así como de favorecer el mantenimiento de la actividad empresarial, ha llevado a que en menos de diez años, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos más representativos, hayan acometido reformas en su normativa concursal.¹¹⁷

A tal efecto, hemos creído conveniente proceder al análisis de tres modelos de Derecho comparado, el Derecho estadounidense, el Derecho francés y el Derecho italiano, por resultar representativos, cada uno de ellos, de los distintos modos de regular normativamente los acuerdos puramente privados, así como otros mecanismos de carácter

¹¹⁷ En este punto se han de destacar las reflexiones de SCHMIDT, «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán», *ADCo*, nº10, 2007-1, pág. 305, al decir que «el Derecho concursal va mutando progresivamente su naturaleza. Partiendo de la concepción de un Derecho de ejecución universal, partiendo especialmente del mundo conceptual de SALGADO DE SOMOZA y su histórica obra *Labyrinthus creditorum* (1646), el Derecho concursal está perdiendo cada vez más su función ejecutiva para convertirse en un “tablero” en el que se juegan los intereses de los acreedores, de los *stakeholders* (estoy pensando en los trabajadores, socios y en otros interesados), y en el que se dan implicaciones políticas. Sobre todo se ha impuesto una concepción de carácter jurídico-económico».

preconcursoal. En efecto, mientras que el Derecho estadounidense se caracteriza por apoyarse fundamentalmente sobre las relaciones de los intereses privados, el Derecho francés opta por una elevada variedad de procedimientos concursales, hasta cinco, con una pronunciada orientación pública y el Derecho italiano, que comparte mecanismos desjudicializados y sin embargo protegidos aunque en menor medida que los acuerdos sometidos a una intervención judicial. En cualquier caso, las reformas concursales realizadas en este ámbito, aún con distinto alcance, en particular con mayor o menor nivel de judicialización, han perseguido en unos casos crear, en otros desarrollar el contenido de estas negociaciones preconcursoales al objeto de proteger otros intereses.

El análisis que sigue a continuación, se expone con un doble objetivo: por una parte, conocer las soluciones que al objeto de prevenir o remover la crisis económica de la empresa se han ofrecido por estos ordenamientos jurídicos, así como, por otra parte, extraer los principios de política jurídica que han inspirado las respectivas reformas con el fin de conocer su posible influencia en el Derecho concursal español. Así, el estudio del Derecho estadounidense con los *workout*, *composition* y los *prepackaged bankruptcy plans* mecanismo de agilización de la salida convencional en la línea de la propuesta anticipada de convenio de la redacción originaria de la LC; del Derecho francés con el procedimiento de la *Conciliation* con repercusión en la mediación concursal española y en los acuerdos extrajudiciales de pagos y *la Sauvagarde*, especialmente la *Sauvagarde Financière Accélérée*, al objeto de prevenir la insolvencia de empresas de gran envergadura con graves dificultades financieras y del Derecho italiano con los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti* y los *Accordi di Risanamento*, ambos con una clara influencia en el Derecho

español, que con diferente nivel de judicialización, más acusada en los primeros, permite prevenir y resolver la crisis económica del deudor común sobre la base de un informe de viabilidad y de un juicio externo sobre el mismo, a lo que se añade en el caso de los acuerdos de reestructuración de un nivel de protección mayor merced a su homologación judicial.

2. TRES MODELOS DE SOLUCIÓN DEL DERECHO COMPARADO

2.1 LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CRISIS EMPRESARIALES PREVIOS O SUSTITUTIVOS DEL CONCURSO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

2.1.1. Panorámica del Derecho concursal estadounidense

Una de las características que tradicionalmente se han venido predicando del Derecho concursal de los EE.UU., es la importancia que en el mismo adquiere la reestructuración empresarial o *reorganization*, frente a respuestas liquidatorias, como solución a las situaciones de crisis económica.¹¹⁸ La relevancia que la tutela del deudor posee en los EE.UU.,

¹¹⁸ Vid. ENCISO, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, La Ley, 2007, págs. 49 y ss.; GONDRA ROMERO, «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico comparada», en *Estudios de Derecho Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 4588 y ss. La idea de que en EE.UU. es preferible, como solución a situaciones de insolvencia, la vía del arreglo negociado frente a la de la ejecución forzosa del patrimonio del insolvente, ha sido cuestionada en los últimos tiempos, revisándose la noción tradicional de que algunas compañías son demasiado grandes para caer “too big to fail”. Buena muestra de ello, es la aprobación de la Ley *Dodd-Frank* de 2010, que si bien con carácter especial, ha sido diseñada para hacer frente a las crisis de empresas del sector

campo tradicional de inversión del capital británico, tiene, ya desde la Guerra de Independencia, reflejo en la normativa sobre insolvencia y en el tratamiento judicial de las situaciones de crisis económica. Frente a otros sistemas, como el español, en los que la protección de los acreedores se articula como finalidad primordial del concurso, vinculándose ésta a soluciones liquidatorias, el americano se orienta a una mayor tutela del deudor, buscándose ésta en soluciones conservativas de reorganización y saneamiento de las empresas insolventes. En este sentido, la reorganización, frente a la liquidación de activos, se presenta como una solución más ventajosa para el deudor. Éste, en la mayoría de los casos, conservará la propiedad de la empresa mientras se reestructuran sus deudas, no resultando preceptiva la intervención de un administrador concursal y pudiendo beneficiarse de una condonación de deudas¹¹⁹.

Actualmente, uno de los principales rasgos del sistema estadounidense que, de nuevo, está progresivamente extendiendo su influencia a los ordenamientos europeos, es que se intenta llegar a estas reestructuraciones mediante técnicas o mecanismos alternativos al rígido y costoso procedimiento concursal judicial. Esta tendencia se orienta a la composición negociada de las crisis económicas, buscando la desjudicialización de su tratamiento, mediante el fomento de los acuerdos extrajudiciales o *casi extrajudiciales* en detrimento del clásico convenio

financiero, valorando frente a las soluciones tradicionales de rescate a cargo de los contribuyentes la posibilidad de la liquidación de los activos de las empresas.

¹¹⁹ Sobre la evolución de la reorganización en el procedimiento concursal estadounidense, vid. GONDRA, «Convenio...», *op. cit.*, págs. 4588 y ss., también, ENCISO, *La judicialización...*, *op. cit.*, págs. 48 y ss., WARREN/WESTBROOK, *The Law of Creditors and its Debts*, Little Brown and Company, 2006, págs. 427 y ss.

judicial¹²⁰. A estos mecanismos cabe adscribir los denominados *workouts* y los *prepackaged bankruptcy plans*.

Antes de proceder a su examen y a fin de poder valorar su significado y alcance, es preciso, siquiera someramente, poner de manifiesto los principales rasgos o características definitorias del Derecho americano, así como los objetivos –en parte, divergentes a los europeos-, vinculados a este sector del ordenamiento jurídico estadounidense.

En primer lugar, la estructura federalista del Derecho estadounidense determina la coexistencia de regímenes de diverso alcance en materia concursal. Con carácter general, las soluciones a los conflictos o relaciones entre sujetos privados –y, por tanto, entre acreedores y deudores-, son confiadas a los distintos Estados. En este sentido, son materia de derecho estatal, el derecho de los contratos, los derechos reales y el derecho de responsabilidad civil. Igualmente los Estados tienen competencia para legislar en materia de sociedades y para regular las situaciones de insolvencia económica. Ahora bien, los distintos derechos de insolvencia estatales no pueden dar respuesta a las situaciones de crisis planteadas fuera de sus límites territoriales. Para resolver la crisis de las grandes empresas existe un Derecho concursal federal de aplicación a todas aquellas sociedades que realizan comercio interestatal¹²¹. Éste se contiene actualmente en el *Bankruptcy Code* aprobado en 1979, y convertido desde 1978 en el Título 11 del *U.S.Code*.

¹²⁰ Sobre la importancia de los mecanismos de resolución de crisis económicas paraconcursales en el Derecho estadounidense, *vid.* MORRISON, «Bargaining around Bankruptcy: Small Business Workouts and State Law», disponible en <http://papers.ssrn.com>

¹²¹ La Constitución estadounidense recoge en su artículo 8 la competencia del Congreso para establecer una ley uniforme de quiebras a través de los EE.UU.

Esta norma ha sido objeto de diversas reformas a lo largo del tiempo, destacando las de 1984, 1994 y 2005¹²². En ella se prevén los dos principales mecanismos de resolución del concurso: la reestructuración o *reorganization* de la empresa regulada en el célebre Capítulo 11 y la liquidación de activos (*liquidation*) prevista en el Capítulo 7.

Otro rasgo caracterizador del sistema americano, que le separa de la normativa concursal europea, es la inexistencia de un régimen imperativo de insolvencia. Los sujetos insolventes no están obligados a solicitar el concurso. Los acreedores pueden optar por solicitar la apertura de un procedimiento concursal o, lo que es mucho más frecuente en la práctica, especialmente en el caso de los titulares de créditos garantizados, intentar la ejecución individual de sus créditos con arreglo a los regímenes estatales, o bien, buscar una solución negociada al margen del concurso¹²³. Es más, ni siquiera existe un concepto legal de insolvencia que fundamente y justifique como requisito, la solicitud de apertura de un concurso o que permita a los administradores de una compañía en situación de crisis económica acudir al derecho concursal.

¹²² Sobre el origen y desarrollo de la normativa federal concursal, *vid.* GONDRA: «Convenio...», *op. cit.*, págs. 4588 y ss. Igualmente, sobre el alcance de las últimas reformas, *vid.* ENCISO, *La judicialización... op. cit.*, págs. 49 y ss. Precisamente la reforma del año 2005 designada formalmente como *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, es considerada como la reforma más importante de la legislación concursal estadounidense de los últimos veintisiete años, ante el elevado nivel de endeudamiento de los consumidores estadounidenses, *vid.* sobre el particular, LAWLESS, «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos» en *RDCP*, nº 8, 2008, págs.99-111.

¹²³ En este sentido, *vid.* COLE, «El Derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global», en *RDCP*, nº 15, 2011, págs. 546 y ss., al señalar que «la situación actual en los EE.UU. nos demuestra que los acreedores, particularmente, han desarrollado una destacable resistencia al procedimiento concursal. Estas tendencias nos muestran, adicionalmente, que los acreedores, en consecuencia, han desarrollado mecanismos y procedimientos con el fin de minimizar los costes de los procedimientos concursales, tanto en tiempo como en dinero, o, simplemente y llanamente, evitándolos».

La extraordinaria flexibilidad del sistema estadounidense y el enorme grado de libertad conferido a las partes para componer sus intereses, eligiendo ley e, incluso, jurisdicción, obedece a los concretos objetivos asociados a este sector del ordenamiento jurídico. En el Derecho concursal estadounidense, consideraciones como el principio de la *par condicio creditorum* o la tutela de la justicia en las relaciones deudor-acreedor, pasan a un segundo plano frente a otros objetivos de naturaleza macroeconómica, como la maximización de la utilidad social y la eficiencia económica.¹²⁴ Eficiencia y prosperidad que se vinculan a la minimización de los costes de los créditos y a un acceso barato al capital. El coste del crédito será menor si se establece un sistema flexible de derecho de la insolvencia, que permita a las partes *ex ante* (y, por tanto, en el momento de fijar el precio del crédito), decidir libremente el escenario en el que se solventarán sus asuntos en el caso de impago por crisis económica del deudor.¹²⁵

Obviamente, esta libertad reconocida a las partes, y especialmente la inexistencia de un concepto legal de insolvencia y la ausencia de obligación de solicitar el concurso, puede conducir en la práctica a la aparición de lo que la doctrina denomina “falsos positivos” y “falsos negativos” concursales. Los primeros se producirán en los casos en los que una sociedad solvente solicita el concurso mientras que los segundos

¹²⁴ Precisamente, la eficiencia económica como principio rector de los mecanismos de reestructuración en el Derecho estadounidense, es puesto de relieve por los analistas económicos del Derecho, en particular, JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press), 1986, cuyo influjo se ha dejado sentir en el Derecho europeo como veremos más adelante en el capítulo III.

¹²⁵ Así, *vid.* COLE, «El Derecho de insolvencia...», *op. cit.*, págs. 547 y ss.

se refieren a los supuestos en los que se evita el concurso de una empresa insolvente. Más problemáticos estos segundos en cuanto pueden, en ausencia de medidas paraconcursoales para resolver la crisis, facilitar actuaciones arriesgadas de los administradores que agraven la situación de insolvencia. La posibilidad de abuso de esta libertad reconocida a administradores y acreedores de solicitar o no el concurso, se ha intentado limitar mediante diversas doctrinas jurisprudenciales surgidas al amparo de la aplicación de las normas societarias estatales, como la responsabilidad de los administradores por *zona de insolvencia* o la responsabilidad de los acreedores por *agravamiento de la insolvencia*.

2.1.2. Mecanismos de resolución de crisis económicas alternativos al concurso

A) El procedimiento de reorganización del Capítulo 11 del *Bankruptcy Code*

El *Bankruptcy Code* prevé, al igual que el caso español, un único procedimiento concursal con dos posibles vías solutorias: una de carácter liquidativo y otra de carácter conservativo, en la que los convenios o *arrangements* han sido sustituidos por soluciones de carácter reorganizativo. Éste último procedimiento, regulado en el Capítulo 11, pretende la superación de la crisis económica de la empresa mediante un acuerdo de reestructuración de las deudas (quitas y esperas), alcanzado por el deudor con sus acreedores y homologado por la autoridad judicial.

Igualmente pueden formar parte de la reorganización medidas como enajenaciones o liquidaciones de activos.¹²⁶

La reorganización puede ser solicitada por el deudor o por los acreedores, debiéndose, en este último caso, demostrar que el deudor es incapaz de hacer frente a sus obligaciones exigibles. Por regla general, y a menos que se nombre un administrador o *trustee*, el deudor mantiene la gestión y administración de sus bienes durante el procedimiento. La apertura del procedimiento de reorganización determina la suspensión automática de las ejecuciones individuales contra el patrimonio del deudor. Con esta suspensión automática se asegura que el negocio continúa, mientras el deudor y los acreedores valoran la situación de la empresa e intentan llegar a un acuerdo sobre un plan de reestructuración de las deudas.

El deudor debe presentar un plan de reestructuración, que necesariamente debe contener dos tipos de medidas, de un lado de arreglo del pasivo (quitas/esperas) y de otro lado, de conservación de la empresa a través de la reorganización. Una vez presentado el plan, éste habrá de ser aceptado por los acreedores organizados en clases y, posteriormente, homologado por la autoridad judicial¹²⁷. Ésta deberá

¹²⁶ Este procedimiento tiene su origen en una institución de naturaleza jurisprudencial surgida a finales del siglo XIX para hacer frente a la crisis económica de las grandes compañías de ferrocarril. Se trata del *receivership*, que buscaba la continuación de la empresa, mediante una reordenación de las relaciones de capital. *Vid., in extenso*, sobre esta institución, ORTIZ MARQUEZ, *Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal*, disponible en www.dspace.ceu.es, págs. 45 y ss.

¹²⁷ Sobre el procedimiento de reorganización estadounidense, *vid. in extenso*, ORTIZ MARQUEZ, *Las modificaciones estructurales...*, *op. cit.*, págs. 96 y ss.; WARREN/WESTBROOK, *The Law.*, *op. cit.* págs. 427 y ss.

valorar el cumplimiento de los requisitos del Capítulo 11. No obstante, si el plan no es aceptado por una fracción adecuada de acreedores, accionistas y obligacionistas afectados, el Tribunal puede proceder también a su homologación forzosa contra quienes se oponen, si al menos, un grupo afectado ha aceptado. Para ello es necesario que el plan cumpla con las tres condiciones previstas en el artículo 1129 b) del Capítulo 11: 1) al menos una clase de acreedores perjudicados haya aceptado el plan; b) el plan no discrimine de forma injusta a ningún grupo disidente afectado por el plan, no habiendo tal discriminación si el grupo disidente recibe igual trato o equivalente al daño a los aceptantes y c) sea justo y equitativo respecto del grupo de disidente. Se concede, por tanto, un amplio margen a la valoración judicial. La homologación del plan determinará la vinculación al mismo de todos los acreedores, con independencia de que lo hubieran aceptado o no.

Pese a que el procedimiento pretende ser un incentivo a la negociación y al acuerdo entre acreedores y deudor, en la práctica implica algunos inconvenientes que limitan de manera importante el recurso al mismo. Así, los elevados costes, la duración y complejidad, unido a la fuerte intervención judicial que limita notablemente la libre iniciativa de las partes han motivado un fomento de los acuerdos extrajudiciales o casi extrajudiciales en detrimento del clásico convenio judicial regulado en el Capítulo 11. Instituciones como los acuerdos extrajudiciales (*workouts*) o los *prepackaged bankruptcy plans*, han surgido con la finalidad de buscar alternativas o de prevenir la apertura de un procedimiento concursal judicial –o, al menos de reducir sus costes–.

B) Los acuerdos extrajudiciales (*workout, composition*)¹²⁸

El deudor puede intentar alcanzar acuerdos sobre reestructuración del pasivo al margen del concurso, es decir, intentar llegar a una solución negociada con todos o partes de sus acreedores que le permita superar la situación de crisis económica y seguir al frente de su empresa. Estos acuerdos extrajudiciales (*out of court work out* o *composition*) persiguen una reestructuración de deuda entre el deudor y dos o más acreedores en virtud del cual los acreedores conceden un aplazamiento en el vencimiento de sus créditos y/o una reducción de su importe. Las *compositions* presentan ciertas ventajas frente a los acuerdos judiciales: una mayor autonomía de la voluntad de las partes, menos costes y una mayor rapidez. Además permiten evitar el estigma asociado a la declaración de concurso. En la práctica, este tipo de negociaciones son frecuentes en el caso de empresas viables, con deudas a largo plazo y sin problemas de liquidez inmediatos, buenas perspectivas económicas y buenas relaciones entre los acreedores.

Mientras el acuerdo esté en vigor, se suspenden las posibles acciones de los acreedores que formen parte del mismo. Si llegada la fecha de cumplimiento de los compromisos acordados, el deudor no cumple con las obligaciones previstas, los acreedores que vieran incumplidos los términos del acuerdo podrán retomar demandas anteriores a la suscripción del acuerdo o iniciar nuevas acciones frente al deudor incumplidor. Como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las

¹²⁸ En este sentido, *vid.* ENCISO ALONSO MUÑUMER, La judicialización..., *op. cit.*, págs. 62 y ss., también ORTIZ MARQUEZ, Las modificaciones estructurales..., *op.cit.*, págs. 77 y ss.

partes, la condonación o aplazamiento pactados sólo es oponible si el deudor respeta en plazo el acuerdo.

Estos acuerdos se rigen por las disposiciones relativas a los contratos y por el *common law*. Si bien es cierto, que presentan numerosas ventajas para el deudor, también implican una serie de renunciaciones por su parte, siendo la más importante la de la posibilidad de ser liberado del cumplimiento de las deudas que queden pendientes una vez hayan sido cumplidos los términos del acuerdo (principio de *fresh start*). Además, estos acuerdos, a diferencia de los concursales, no liberan al deudor de aquellas obligaciones que resulten impagadas tras el cumplimiento del acuerdo, por lo que aquellos acreedores que no hayan sido parte en el mismo podrán dirigirse frente al deudor para exigir el cumplimiento de sus créditos con sus bienes presentes y futuros. Hay que tener en cuenta que estos acuerdos, sólo son vinculantes para los sujetos que los consientan. No es posible imponer el acuerdo aunque haya sido adoptado por la mayoría de los acreedores. Este rasgo de los convenios extraconcursoales determina que su éxito depende fundamentalmente de que logren implicar al mayor número posible de acreedores. De lo contrario, los acreedores disidentes podrían iniciar acciones individuales contra el patrimonio del deudor, impidiendo la realización de la solución concordada o solicitar la apertura de un procedimiento judicial de reorganización con arreglo al Capítulo 11 del *Bankruptcy Code* (es el conocido como problema de la resistencia o *holdout problem*).

Los convenios concursales ofrecen una serie de garantías que no ofrecen las *compositions* o *workouts*. Para superar los inconvenientes derivados de la pura extrajudicialidad de estos acuerdos, pero sin incurrir

en los costes y rigidez de los convenios concursales puros, ha surgido en el ámbito estadounidense una institución que ha obtenido una importante difusión en la práctica, y que aúna elementos de ambas soluciones, se trata de los denominados acuerdos concursales “empaquetados” o *prepackaged bankruptcy plans*.

C) Los acuerdos casi extrajudiciales: los *prepackaged bankruptcy plans*

Para aliviar los costes económicos y temporales vinculados al procedimiento concursal de reestructuración, así como, para superar los riesgos derivados de la ausencia de toda intervención judicial de los *workout agreements*, se empieza a extender durante los años noventa el uso por parte de las grandes empresas de los denominados *prepackaged bankruptcy plans*. Se trata de métodos híbridos de reorganización que combinan el ahorro de tiempo y costes directos e indirectos de una reorganización extrajudicial con los beneficios de las reorganizaciones judiciales del Capítulo 11¹²⁹.

El *prepack* (acuerdos empaquetados) es un procedimiento de reestructuración empresarial regulado por el *Bankruptcy Code*, pero que se adopta de forma previa a la declaración de concurso. Un concurso empaquetado es, en realidad, un procedimiento concursal bajo el régimen del capítulo 11 en el que todas las negociaciones y acuerdos entre el

¹²⁹ Sobre este mecanismo de reorganización, *vid. in extenso*, ENCISO ALONSO MUÑUMER, «La judicialización...», *op. cit.*, págs. 63 y ss., también, ORTIZ MARQUEZ, «Las modificaciones estructurales...», *cit.*, pp. 85 y ss.; PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, La Ley, 2012, págs. 160 y ss.

deudor y sus acreedores para la consecución de la reorganización han tenido lugar antes del concurso. El objetivo de solicitar el concurso en dicha forma es otorgar al acuerdo resultante de las negociaciones unos efectos y fuerza propios de una resolución judicial que van más allá de los que resultan propiamente del acuerdo contractual y que pueden, en su caso, ser incumplidos.¹³⁰

La característica principal de estos acuerdos adoptados antes de la declaración de concurso y, normalmente, propuestos por los administradores de la sociedad en dificultades económicas, es que facilitan la negociación con los acreedores sin la constricción formal del procedimiento judicial, con el consiguiente ahorro de costes temporales y económicos. Implican, además, menos cambios para la sociedad deudora que suele tener un mayor control sobre el procedimiento.

El acuerdo sobre el plan se alcanza en dos fases. La primera, estrictamente privada, sería la fase negociada (artículo 1126 b) *Bankruptcy Code*). En ella el deudor propone un plan y busca la aceptación de éste por parte de acreedores y accionistas, con anterioridad a solicitud alguna de procedimiento concursal y de ninguna revisión por parte de los tribunales del informe de situación.

La segunda fase, de naturaleza judicial, se activa, con la presentación del plan aceptado al tribunal y la apertura del concurso.¹³¹ El tribunal procederá a la homologación del plan, una vez evaluado el

¹³⁰ En la doctrina, se habla de “la culminación judicial de un acuerdo privado”, *vid.* ENCISO ALONSO MUÑUMER, « *La judicialización...* », *op. cit.*, p.

¹³¹ Cabría, no obstante, la posibilidad de que el *prepack* se sometiera a votación una vez declarado el concurso (*post-voted prepacks*).

cumplimiento de los requisitos legales (art. 1129 *Bankruptcy Code*), fundamentalmente en materia de publicidad y quórum de aprobación.¹³²

La *confirmation* u homologación judicial del plan exige verificar que el deudor ha informado suficientemente a los acreedores sobre su situación económica (*adequacy of disclosure*), a fin de que éstos hayan podido emitir una decisión razonada y fundada sobre su aceptación (artículos 1125 y 1126 *Bankruptcy Code*). La adecuación de una determinada información deberá valorarse caso por caso en función de las circunstancias específicas, aunque normalmente se considerará que la información proporcionada es adecuada si incluye los elementos fundamentales exigidos por el *Bankruptcy Code*, es decir, detalla los activos disponibles del deudor y su valor, deja constancia de las condiciones del deudor y analiza lo que los acreedores recibirían en caso de que se liquidaran los activos conforme al capítulo 7, expone las causas de los problemas de insolvencia del deudor y las medidas para eliminarlos, previsiones sobre ganancias futuras, administradores que gestionarán la empresa, etc.

La homologación del plan requiere de un doble juicio por parte del tribunal. De una parte, un primer juicio de legalidad, en el que se analiza el cumplimiento de los requisitos indicados en el *Bankruptcy Code*, incluida la *adequacy of disclosure*. En segundo lugar, es también preciso un juicio de oportunidad, que se articula a través del test *the best interest of the creditors*, con arreglo al cual, el plan se homologará si a los acreedores disidentes les ofrece una compensación igual al menos a la que hubieran

¹³² Sobre los requisitos de homologación, *vid.* PULGAR EZQUERRA: *La reforma del Derecho concursal Comparado y Español*, Madrid, 1994, págs. 138 y ss.

obtenido en caso de liquidación. Una vez homologado el plan, éste deviene obligatorio para todos los acreedores, recobrando el deudor la gestión y administración de sus bienes en el infrecuente caso de que la hubiera perdido. Asimismo, la homologación determina la liberación del deudor de todas las deudas reconocidas en el procedimiento.

El *prepack* se configura como un plan esencialmente voluntario, pero, de hecho, su efectividad se hace depender de la advertencia de los perjuicios que su rechazo implicaría. Si este acuerdo fracasa, la única vía de saneamiento de la empresa sería el plan de reestructuración del capítulo 11, que implicaría mayores sacrificios para los socios y acreedores, incluida la posibilidad de imposición de un plan a acreedores no disidentes vía *Cram Down*.

La práctica ha puesto de manifiesto que las empresas que optan por esta institución, son mayoritariamente empresas que presentan un excesivo endeudamiento, por lo que, generalmente, el *prepack* suele contener medidas, no de reestructuración empresarial, sino de reestructuración de deuda, es decir, quitas, esperas, transmisión de determinados bienes del deudor, constitución de cargas o gravámenes¹³³.

¹³³ Vid. ORTIZ MARQUEZ, *Las modificaciones estructurales...*, op. cit., págs. 86 y ss.

2.2. EL DERECHO CONCURSAL FRANCÉS

2.2.1.- Panorámica del Derecho Concursal francés: El contenido de las Leyes de 1 de marzo de 1984 y de 25 de enero de 1985.

En el marco del Derecho comparado europeo, el Derecho concursal francés ha sido considerado tradicionalmente como el máximo exponente de la aplicación de soluciones conservativas a la crisis empresarial del deudor común. Como hemos puesto de relieve a lo largo del presente trabajo, la voluntad del legislador concursal, en especial con ocasión de las últimas reformas tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, se ha dirigido hacia la prevención, en orden a establecer un período *preconcursal* que facilite la prevención de la insolvencia, su remoción en algunas ocasiones, y en todo caso la recuperación empresarial, evitando la apertura de largos y costosos procedimientos de ejecución colectiva universal.

Pues bien, llegados a este punto, hemos de subrayar que sólo el Derecho concursal francés ha llegado a incorporar la prevención en el ámbito del Derecho de la insolvencia, ofreciéndole un tratamiento jurídico positivo además de autónomo. En efecto, los primeros textos legales con esta marcada finalidad preventiva y conservativa datan de mediados de los años ochenta. Se trata, en primer lugar de la *Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la Prévention et au Règlement amiable des entreprises dans difficulté* cuyo objetivo principal se centraba en intervenir antes de que se produjera la insolvencia precisamente con el fin de evitarla. Esta ley fue posteriormente desarrollada por la *Loi n° 85-88 du 25 janvier 1985*

relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises dirigida a permitir, además, la conservación de la empresa al tiempo que el mantenimiento del empleo y, subsidiariamente el pago de las deudas.¹³⁴

Situado este conjunto legislativo en un contexto político y económico concreto,¹³⁵ podemos afirmar que la prevención y la conservación empresarial se consagran definitiva y oficialmente en el Derecho francés, de manera que paralelamente el legislador se aleja cada vez más del carácter privatista del tradicional Derecho de la insolvencia, basado en las relaciones entre deudor y acreedores, para elaborar un

¹³⁴ Aunque tradicionalmente estas leyes (La Ley sobre prevención y convenio amistoso en caso de dificultad de las empresas de 1 de marzo de 1984 y la Ley de saneamiento y liquidación judicial de empresas, de 25 de enero de 1985), han sido consideradas como un referente en cuanto a la legislación preventiva se refiere, lo cierto es que con anterioridad otras leyes, en el marco del Derecho concursal francés, cumplían también esta función sin que la *prevención* se mencionase de manera expresa. En este sentido, la *loi du 13 juillet 1967* y *l'ordonnance du 23 septembre 1967*, incorporaban un Derecho moderno basado en cuatro procedimientos: *règlement judiciaire*, *liquidations des biens*, *faillite personnelle* y *la suspension provisoire des poursuites*. Destacamos que tanto el *règlement judiciaire* como la *suspension provisoire des poursuites*, surgen respectivamente en relación con empresas económicamente sanas pero que precisan de un acuerdo para superar una dificultad transitoria o bien, en relación con empresas relevantes por razón de la índole de su actividad pero con dificultades económicas más graves. Lo relevante es que en ambos casos no se debía haber llegado a la cesación de pagos. En este sentido, el legislador francés alude a la expresión *situation irrémédiablement compromise*, como frontera de naturaleza económica, a partir de la cual no resultarían de aplicación los mencionados procedimientos.

¹³⁵ Como hemos recogido a lo largo de nuestro trabajo a mediados de los años ochenta del siglo pasado, la necesidad de considerar *otros intereses* en torno a los procedimientos de ejecución colectiva, que no sean tan sólo la liquidación del patrimonio del deudor común, surge al tiempo que emerge la noción de *empresa*, en tanto que *célula viva*, con múltiples intereses, donde la insolvencia se presenta como un hecho grave para la vida económica y social de un país, siendo necesaria la salvación de la empresa al tiempo que el mantenimiento del empleo.

derecho *original* que se sustente no tanto sobre la tutela del crédito, sino más bien sobre la prevención y sanación empresarial.¹³⁶

En el fondo de esta reforma subyace la necesidad de buscar la eficiencia económica a través de procedimientos que detecten con antelación la dificultad económica de las empresas, pudiendo evitar la insolvencia o en el peor de los casos procurando un salvamento de las mismas.¹³⁷

Esta *estrategia legislativa común para alcanzar la salvación de empresas en dificultad*,¹³⁸ se articulaba de manera escalonada, atendiendo a la gravedad de la crisis económica, mediante de una parte, técnicas de prevención basadas en específicos procedimientos de alerta y, de otra parte, para el caso de que la dificultad económica se confirmara, a través

¹³⁶ Los cambios incorporados en virtud de este *nuevo* Derecho concursal han sido recogido por la doctrina francesa con la célebre frase, citada en múltiples ocasiones, del paso *du Droit de la faillite au Droit de l'entreprise en difficulté*, con lo que se pretende poner de relieve no sólo la circunstancia de que este derecho resulta de aplicación a toda clase de empresa (comercial, artesanal, agrícola, profesional liberal y profesional independiente) sino también que el fin del Derecho concursal no es tanto la satisfacción de los intereses de los acreedores, sino más bien la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo sobre la base de una detección precoz de la insolvencia.

¹³⁷ Es por ello que los diversos procedimientos establecidos vienen acompañados de medios de detección precoz de las dificultades económicas lo que conecta con el principio de *going concern* o visión dinámica normal de la empresa. *vid.* sobre la maximación del valor de la empresa en funcionamiento con el fin de reasignar titularidades sobre la empresa, procurando la satisfacción de antiguos titulares al tiempo que se logra la conservación de la empresa, BISBAL MÉNDEZ, «El nuevo Derecho concursal francés», *RDBB*, nº19, julio-septiembre, 1985, pág. 648 y ss. También, *vid.* FERNÁNDEZ TORRES, «Prevención de la insolvencia y fresh money. Modelos comparados y propuesta de de reforma» en *RDCP*, nº 15, 2011, pág. 210; sobre el reconocimiento “tardío” del principio de empresa en funcionamiento, *going concern* o *gestión continuada* y su aplicación al Derecho concursal, *vid.* el exhaustivo trabajo de FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...op. cit.* pág. 23.

¹³⁸ *Vid.* MELEDO-BRIAND, *Nature du Droit des Entreprises en Difficulté*, Rennes, 1992, pág. 17, como es citado en SAINT ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2014, pág. 30.

de concretas soluciones amistosas acordadas entre el deudor y los acreedores.¹³⁹

En este marco se ha de advertir a los efectos de nuestro estudio, sobre la naturaleza de uno de estos procedimientos, en particular, el *Règlement Amiable*. Este procedimiento consistía en acuerdos extrajudiciales de carácter amistoso entre el deudor y los acreedores en situaciones de precrisis económica del deudor, con la premisa de que la cesación de pagos no se hubiese producido, desarrollándose estos acuerdos en el ámbito de la autonomía de la voluntad negocial, por tanto, privada de las partes. No obstante la *desjudicialización* de estos acuerdos, no llega a producirse de manera total ya que el *Règlement Amiable* requería imperativamente de la intervención del órgano jurisdiccional y de un sujeto mediador, el *conciliateur* designado por el Tribunal aunque a propuesta del deudor.¹⁴⁰ Ahora bien, aunque la

¹³⁹ En virtud de la Ley 84/148 de 1 de marzo sobre *Prévention et au Règlement amiable des entreprises dans difficulté* se establece un sistema que opera desde que comienzan a producirse suspensiones de pagos pero antes de llegar a una situación de insolvencia irreversible (*situation irrémédiablement compromise*). Son varios los procedimientos concursales diseñados por esta Ley 84/148 atendiendo a los diferentes grados de deterioro económico de la empresa. Así, en primer término, la *information prévisionnelle* que actúa de manera permanente y suministra información para detectar de manera temprana las dificultades económicas; en segundo término, *el sistema de alertas* que interviene cuando una *information prévisionnelle* constata la existencia de dificultades económicas y, por último, el *règlement amiable*, acuerdo amistoso que procura ante el agravamiento de la situación económica y bajo la vigilancia de un *conciliateur*, una solución extrajudicial sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes. . *Vid. in extenso*, ENCISO ALONSO MUÑUMER, *La judicialización...op. cit.* pág. 85-126.

¹⁴⁰ Sobre este particular se pronuncia SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* pág. 32, al decir que «Les procédures collectives, en Droit français, ont toujours été judiciaires. Mais la Loi du 25 janvier 1985 a accentué ce caractère, «cette dimension procédurale». Le Droit des entreprises en difficulté se veut «réalisateur» en ce sens qu'il a pour finalité de réorganiser l'entreprise par voie judiciaire. C'est pourquoi le nouveau texte accroît le rôle du tribunal, du juge commissaire et du ministère public et corrélativement marque un recul des prérogatives des créanciers».

desjudicialización no es completa, lo cierto es que este procedimiento debe situarse en un contexto de política jurídica en el que institutos preventivos de estas características no eran usuales, de manera que es justo reconocer el mérito del legislador concursal francés en el intento de regular institutos preventivos de la crisis empresarial ya en los años ochenta del siglo pasado.¹⁴¹

En fin, dicho todo lo anterior, una de las cuestiones que se ha discutido por la doctrina ha sido dilucidar cuáles han sido las causas por las que estas reformas no llegaron a cumplir las expectativas que se habían depositado en ellas.¹⁴² Probablemente la misma diversificación y complejidad de estos procedimientos haya sido una de estas razones.¹⁴³

Y es que, si bien el sistema legislativo impulsado por estas leyes inicialmente fue bien acogido, pronto se puso de manifiesto la necesidad de reformar esta legislación en virtud primero de la *Loi n° 94-475 du 10*

¹⁴¹ Llamamos la atención sobre el hecho de que a partir del año 2005 es frecuente hablar de un *impulso a la desjudicialización*, en especial en Francia e Italia y posteriormente en España desde el año 2009.

¹⁴² En este sentido se pronuncia, PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...op. cit.* pág. 90 al decir que «el momento tardío en que se planteaba la posibilidad de un «réglement amiable» pero sobre todo la publicidad de que se rodeaba por imperativo legal esta vía de autocomposición privada de las crisis económicas, determinará que la virtualidad práctica de este instituto fuera inferior a la prevista»; también, *vid.* SAINT ALARY-HOUIN, *op. cit.* págs. 45 a 48 quien apunta entre las críticas que se han vertido contra esta legislación además de la tardanza en la aplicación del procedimiento de *Redressement judiciaire*, cuyo punto de partida lo constituía la cesación en los pagos, lo que suponía que la empresa se encontraba en una situación económica tal que la recuperación resultaba imposible; además, DE la complejidad y la excesiva duración de los procedimientos entre otras causas que explican el elevado número de empresas sometidas a liquidación en los años siguientes a la entrada en vigor de estos textos de 1984-1985.

¹⁴³ *Vid.* SAINT ALARY- HOUIN, «La loi de sauvegarde des entreprises, des nouvelles procédures, pour des nouvelles stratégies», *RPC*, nº 13, 2007; págs. 13-17.

juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises dando prueba de más realismo que sus leyes antecesoras.¹⁴⁴ En efecto, con el fin de corregir deficiencias técnicas y, sobre todo con el propósito de *retocar* el equilibrio a favor de los acreedores,¹⁴⁵ en especial de los acreedores titulares de garantías reales, se modifican los dispositivos de prevención ya que el *Règlement Amiable* intervenía demasiado tarde, con lo que resultaba escasamente operativo. Por otra parte, la doctrina señala además, que pese al intento de desjudicialización del *Règlement Amiable*, el problema de la confidencialidad no se resolvió de manera acertada en esta Ley de 1984, ya que la publicidad que rodeaba imperativamente esta autocomposición privada de la crisis económicas, no suponía un estímulo para el deudor que veía como su acceso al crédito podía verse comprometido en momentos de dificultad económica.

¹⁴⁴ Los años siguientes a la aplicación de la *Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la Prévention et au Règlement amiable des entreprises dans difficulté* pusieron de manifiesto un incremento del número de procedimientos concursales revelándose el *Règlement amiable* como un instrumento poco eficaz en la prevención y tratamiento de las crisis empresariales. En este sentido, *vid.* PÉROCHON, «El nuevo derecho francés de empresas en dificultad surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvagarde*) de las empresas» en *RDCP*, 2008, pág. 80 quien ofrece los siguientes datos en relación con la aplicación de los texto de 1984-1985 « que pretendían ante todo sanear las empresas en dificultades pero sin conseguirlo; dos de cada tres deudores quedaron inmediatamente en liquidación judicial, no habiéndose intentado el saneamiento (*redressement*) judicial nada más que en uno de cada tres casos, para llegar seguidamente a un plan de saneamiento en menos de un caso de cada tres; así de cada 100 deudores en suspensión de pagos, menos de un 10% se pudieron beneficiar de un plan de saneamiento que no siempre se llevó a cabo». No obstante, en palabras de SAINT ALARY-HOUIN, *op. cit.* pág. 41, éste no es un motivo para rechazar este sistema legislativo, ya que es erróneo, además de ingenuo y peligroso, considerar que estas leyes pueden evitar los concursos.

¹⁴⁵ En este sentido, traemos las palabras de GUYON, *op. cit.* pág. 32, cuando al respecto manifiesta que se pasa de *l'égalité des créanciers à l'effacement des créanciers* y es que el sistema incorporado por estas leyes se reveló insuficiente para resolver de manera eficaz las crisis empresariales

Tras un largo período de debate, se promulga en el año 2005 *la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, que modificó el Libro VI del Código de Comercio, en vigor desde el 1 de enero de 2006. Esta Ley de *Sauvegarde* o Salvamento mantiene la finalidad de saneamiento característica de los textos de 1985, en consecuencia sigue resultado prioritario el objetivo económico de salvar la empresa, sobre la base de una cierta desjudicialización y prevención al tiempo que mantener la actividad empresarial y el empleo. Así las cosas, la satisfacción de los intereses de los acreedores queda de nuevo relegada a un segundo plano. No obstante, a diferencia del sistema de los textos de 1984-1985, en la búsqueda de una mayor *eficacia económica* se establecen cuatro procedimientos para el tratamiento de la dificultad económica del deudor común (*conciliation, sauvegarde, redressement y liquidation judiciaire*)¹⁴⁶ al tiempo que se refuerzan los medios para detectar con suficiente

¹⁴⁶ De cinco procedimientos habla PÉROCHON, *op. cit.* pág. 81, si se disocia el mandato ad hoc de la conciliación. El art. 611-3 CCom dispone que el *mandat ad hoc* tendrá como misión, al igual que en la *Conciliation*, ofrecer una ayuda al deudor en la búsqueda y puesta en práctica de soluciones susceptibles de resolver dificultades económicas de la empresa. Para ello se requiere la elaboración de un plan de recuperación o saneamiento acordado por el Tribunal pero siempre a solicitud del deudor quien además podrá proponer el nombre del *mandataire*. Vid sobre las ventajas del *Mandat ad hoc* sobre la *Conciliation*, JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2013, págs. 52 y 53 para quien «L'intervention du mandataire ad hoc est marquée du double avantage d'une très grande souplesse et de la confidentialité. La souplesse se concrétise du point de vue du chef d'entreprise, notamment en ce qu'il reste entièrement maître de ses affaires, et de la négociation avec ses partenaires, tout en dialogant plus aisément avec le président du tribunal en profitant de la médiation du mandataire *ad hoc*. Les informations obtenues ne sont pas non plus couvertes par le secret professionnel. L'efficacité du mandataire *ad hoc* est alors tributaire pour partie de son savoir-faire et pour une autre partie essentielle de l'attitude du débiteur lui-même et de ses principaux partenaires: rien ne peut être juridiquement imposé à ces derniers, qui peuvent toujours craindre de la part de leur débiteur en difficulté une demande ultérieure d'ouverture d'une procédure de sauvegarde»

La doctrina francesa pone de manifiesto en relación con esta pluralidad de procedimientos el símil con una «caja de herramientas» de manera que dependiendo del grado de dificultad económica, desde dificultades que simplemente comprometen la continuidad de la explotación hasta las de imposibilidad de saneamiento, se utilizará una u otra «herramienta».

antelación las dificultades económicas de las empresas, tratando así de mejorar el régimen del *Règlement Amiable* anterior.

Como se aprecia de la redacción hasta aquí expuesta, las diferencias con el sistema concursal español de 2003, en especial en su redacción originaria, son significativas.

En primer término, el principio de la unidad de procedimiento español sobre la base del concurso de acreedores como único procedimiento sobre el que se sustancian todas las situaciones de insolvencia frente a la diversificación de procedimientos del Derecho francés. Debemos advertir que el legislador español ha previsto la necesidad de dotar de mayor flexibilidad el presupuesto objetivo de declaración de concurso, precisamente por la unidad de procedimiento que proclama, de manera que se contemplen situaciones *previas* a la insolvencia por la vía de la *insolvencia inminente*, al tiempo que se establecen reglas especialmente ágiles para la tramitación de concursos de menor entidad. Por otra parte, desde la modificación de la LC operada por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación, supone que formalmente se mantiene una unidad procedimental pero que en la práctica podríamos considerar la existencia de *varios procedimientos*, concursales y extraconcursales, atendiendo a la situación económica del deudor común.

En segundo término, la LC proclama de manera expresa en el apartado II de la Exposición de Motivos que la finalidad esencial del

concurso es la satisfacción de los acreedores. En principio, esta finalidad no debe considerarse contraria al objetivo de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, prevista en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LC, por la vía del convenio como la *solución normal* del concurso. Ahora bien, dicho lo anterior, difícilmente se puede perseguir la conservación empresarial si este objetivo no se acompaña de mecanismos oportunos tanto para la detección de las dificultades económicas como para establecer intervenciones tempranas ante la aparición de las crisis empresariales. Como es sabido, la LC en su redacción originaria no incorporaba este tipo de mecanismos concursales, que forzosamente el legislador se ha visto obligado a legislar mediante sucesivas reformas de la LC, en especial por los RD Ley 3/2009, la Ley 38/2011 y el RD Ley 14/2013.

En este sentido, la conservación de la empresa en el Derecho concursal español aparece como medio para alcanzar el objetivo patrimonial del pago a los acreedores. Frente a este sistema, el Derecho francés desde la reforma de los textos de 1984-1985, pasando por las reformas de 1994 y 2005, se mantiene fiel a las finalidades de saneamientos en tanto que objetivos prioritario.

Limitémonos en las páginas que siguen a explicar de entre las diferentes alternativas que ofrece el Derecho concursal francés para resolver la dificultad económica de las empresas, aquellas que se pueden encuadrar en las finalidades de procedimientos concursales, objeto principal de nuestro estudio. En consecuencia, nuestro examen se centrará fundamentalmente, en relación con el Derecho positivo vigente, en la *Conciliation*, vía preventiva extrajudicial y en la *Sauvagarde*,

prestando especial atención a la *Sauvagarde financière accélérée* incorporada en virtud de la reforma de 2010, en vigor desde el 2011, ambas vías judiciales de salvamento empresarial. Todo ello bajo la premisa de que es el deudor quien mejor puede apreciar el procedimiento que mejor se adapte a su situación económica.

2.2.2. LA CONCILIATION: PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL DE PREVENCIÓN

El procedimiento de *Conciliation* viene a sustituir al procedimiento de *Règlement Amiable* si bien, ampliando su ámbito de aplicación y mejorando su eficacia. En efecto, de la lectura del art. 611-7 CCom se desprende que estamos ante un acuerdo amistoso extrajudicial entre el deudor y sus principales acreedores, destinado a poner fin a las dificultades económicas de la empresa como consecuencia de la negociación llevada a cabo por medio de un conciliador nombrado a tal efecto por el presidente del Tribunal. La doctrina se refiere a este procedimiento como contractual de prevención¹⁴⁷ (frente al judicial de prevención en que consiste la *Sauvagarde*).

Las reglas que se han de tener en consideración en relación con este acuerdo se resumen del siguiente modo:

¹⁴⁷ Vid. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* pág. 175 al señalar con la reforma de 2005 se restablece el carácter contractual de la *Conciliation*, que en parte había perdido tras la reforma de 199. Vuelve a ser un acuerdo de derecho privado, acto colectivo, marcado por su carácter oneroso e *intuitu personae*.

1.- Sólo el deudor, está legitimado para solicitar la apertura de la *Conciliation* cuando pruebe una *dificultad jurídica económica o financiera, real o previsible sin encontrarse en suspensión de pagos durante un período superior a cuarenta y cinco días* (art- 611-4 CCom). En consecuencia, aunque pareciera este procedimiento estar pensado para situaciones de *precrisis*¹⁴⁸ (*dificultad económica previsible*), lo cierto es que se admite también en aquellos casos en los que la suspensión de pagos ya se ha producido siempre y cuando no supere la frontera de los cuarenta y cinco días¹⁴⁹. Este plazo de cuarenta y cinco días se convierte en una pieza clave a los efectos de determinar el devenir de la empresa, ya que durante este plazo el deudor podrá optar por la *Conciliation* o por los clásicos procedimientos coercitivos de *Redressement* o *Liquidation judiciaires*. En esta línea de interpretación se ha de añadir que la *Conciliation*, en tanto que mecanismo para la prevención de la insolvencia, puede cumplir también la finalidad de su *remoción* ya que esta posibilidad es abiertamente admitida por el legislador.

¹⁴⁸ Repárese en lo señala PULGAR EZQUERRA, *op. ult.cit* pág. 91 al decir que «se amplía el ámbito objetivo del instituto, pues se adelanta en el tiempo su apertura admitiéndose no sólo en situaciones actuales de pre-cesación de pagos (preinsolvencia) sino también de previsible pre-cesación de pagos».

¹⁴⁹ En este punto se han de destacar las reflexiones de PÈROCHON, *op. cit.* pág. 83, para quien refiriéndose al art. 611-7 CCom «La fórmula legal es vaga, pero parece que la dificultad debe ser suficientemente grave, al menos tan grave como la que justifica una alerta y por tanto «*que por su naturaleza pueda comprometer la continuidad de la explotación*». Es necesario advertir en este punto que la regulación del *Règlement Amiable*, no admitía la posibilidad de su declaración en aquellos casos en los que la insolvencia ya se había manifestado lo que hace que esta *Conciliation* adquiera una mayor relevancia entre los procedimientos preventivos; también, SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* pág.179 para quien «le débat est toujours le même car il faut dater cette cessations de paiements. Si elle dure depuis plus de 45 jours, seule une procédure judiciaire ets envisageable et le tribunal doit rejeter la demande».

2.-El acuerdo amistoso de la *Conciliation* se fundamenta en quitas o esperas aceptadas por los acreedores.¹⁵⁰ La desjudicialización de este acuerdo es más acusada que en otros procedimientos, en particular, la *Sauvagarde*, de manera que se busca favorecer el acuerdo privado entre deudor y acreedores, sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, si bien, la presencia judicial se advierte todavía tanto al inicio como en la conclusión del procedimiento.¹⁵¹ En efecto, atendiendo al mayor o menor grado de confidencialidad o seguridad jurídica que se persiga, el art. 611-8 CCom distingue entre:

A) Acuerdos *constatados (accord constaté)* por el presidente del Tribunal¹⁵²: El rasgo principal de estos acuerdos consiste en la confidencialidad de la que son dotados de manera que no se publican y en consecuencia no pueden ser recurridos. Estos acuerdos no difieren en cuanto a sus efectos de cualquier acuerdo amistoso tradicional sometido a las normas contractuales.¹⁵³ Aún

¹⁵⁰ Puede tener un contenido más amplio que incluya nuevos créditos u otras medidas libremente fijadas por las partes sin sometimiento a las *par conditio creditorum*, incluyendo el otorgamiento de garantías o restricciones del derecho de disposición del deudor ya que el inicio del procedimiento de *Conciliation* no impide que el deudor conserve todos sus poderes. *Vid. PÉROCHON, op.cit. pág. 85.*

¹⁵¹ Mientras que l'Ordonnance du 18 décembre 2008, había previsto que el presidente del Tribunal no podía imponer esperas de gracia a un acreedor, sin embargo en relación con créditos no incluidos en el acuerdo de *conciliation* esta facultad ha sido restablecida por l'Ordonnance du 12 mars de 2014.

¹⁵² Art. 611-9 CCom párrafo primero. «Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation».

¹⁵³ Presenta la doble ventaja de su fuerza ejecutoria y de poner fin a la *Conciliation* manteniendo en todo caso la confidencialidad de su tramitación. *Vid. JACQUEMONT, op. cit. pág. 69.*

cuando no existen estadísticas al respecto, lo cierto es que todo apunta hacia una preferencia por este tipo de acuerdos gracias a la máxima confidencialidad que guardan lo que se traduce en un posible mantenimiento del crédito del deudor.¹⁵⁴

B) Acuerdos *homologados* (*accord homologué*) por el Tribunal,¹⁵⁵ siempre que concurren necesariamente los siguientes requisitos: ausencia de insolvencia, sea porque nunca ha existido o si la hubo (durante el período de cuarenta y cinco días) ya se ha puesto fin a la misma; que exista continuidad de la actividad empresarial y ausencia de perjuicio a los intereses de otros acreedores.

Pues bien, entrando a valorar esta segunda opción de acuerdo homologado, el legislador en un intento de fomentar su conclusión y salvando los *inconvenientes* de la publicidad a la que es sometida la

¹⁵⁴ Vid. PÈROCHON, *op. cit.* pág. 85 que calcula la celebración de estos acuerdos en aproximadamente el 90% de los casos en el año siguiente de la entrada en vigor de la Ley. Actualmente, L'Observatoire Consulaire des Entreprises en difficulté, (www.oecd.ccip.fr.) ofrece unos datos que revelan que el recurso a estos procedimientos amistosos (mandatario ad hoc y conciliation) sigue aumentando. Se estiman los siguientes datos para el año 2013 y para la provincia de París: «Le recours aux procédures conventionnelles augmente toujours de façon importante (+29 por ciento), spécifiquement à Paris (+22 por ciento), à Meaux (+200 por ciento), à Nanterre (+42 por ciento) et à Créteil (+83 por ciento). Ce recours massif s'est, comme en 2012, traduit principalement par une progression plus forte des ouvertures de conciliations (+31 por ciento) ».

¹⁵⁵ Art. Art. 611-9 CCom párrafo segundo: «Toutefois, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies: 1° Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin; 2° Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise; 3° L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires».

homologación con la posibilidad de ser recurrida por terceros,¹⁵⁶ dota a este acuerdo de una serie de privilegios, que no existían en el *Réglement Amiable*, para el caso de la declaración de un procedimiento concursal ulterior, en particular, *Redressement* o la *Liquidation judiciaires*.

Centrémonos ahora en el examen de estos privilegios incorporados tras la reforma de 2005 cuyo fin no es otro que preservar a las partes intervinientes en este tipo de acuerdos:

A) Privilegio respecto de actos pasados a la vista del acuerdo homologado.

Para el caso de que el acuerdo homologado no llegue a ejecutarse y tenga lugar la apertura de un procedimiento de *Redressement* o *Liquidation judiciaire*, corresponderá al Tribunal fijar una fecha a partir de la cual se entiende que se inició la cesación en los pagos. La determinación de esta fecha resulta de especial trascendencia ya que abrirá un *período sospechoso* en el que se autoriza la anulación de determinados actos realizados durante el mismo. Pues bien, en virtud del art. 631-8, del CCom si el acuerdo no se concluye con éxito y es necesario acudir a un procedimiento concursal, la determinación de la cesación de pagos nunca podrá realizarse antes de la homologación, con

¹⁵⁶ La *Conciliation avec accord homologué* debe obligatoriamente publicarse en el *BODACC* (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales) y en un periódico de anuncios legales, no obstante señala PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pág. 92 que acertadamente no es objeto de publicidad «la resolución que deniega la homologación, atenuando con ello los posibles «efectos perversos» de la publicidad en relación a la lesión o deterioro del crédito del deudor en el tráfico, a lo que se añade el hecho de que cuando el acuerdo resulta homologado, el legislador prevé una serie de medidas a través de las que aminorar los riesgos derivados de dicha publicidad».

lo que se excluye una posible nulidad del acuerdo amistoso en el período sospechoso.¹⁵⁷

B) Privilegio para aquellos acreedores que en el acuerdo amistoso realicen nuevas aportaciones de tesorería al deudor asegurando la continuidad de la actividad empresarial.

El éxito de una recuperación empresarial negociada requiere, como se ha puesto de manifiesto especialmente con la última crisis económica, de la aportación de fondos nuevos. La combinación de quitas y esperas junto con nuevas aportaciones de capital constituyen para la mayor parte de las empresas en dificultad la manera de remontar sus dificultades económicas.

Bajo el régimen del *Réglement Amiable*, las nuevas aportaciones, (*argent frais, new money o fresh money*), no resultaban privilegiadas de manera que si fracasaba el acuerdo y consecutivamente se abría un procedimiento judicial de *Redressement o Liquidation judiciaire*, estas aportaciones de capital se trataban pura y simplemente como el resto de los acreedores con quien entraban en concurso, bajo el principio de la *par conditio creditorum*. Así las cosas, ante las primeras dificultades del deudor común, la posibilidad de encontrar una refinanciación de sus deudas resultaba en la mayoría de los casos imposible.

¹⁵⁷ A tenor del art. 618-3 al. 2 CCom la fecha de cesación de pagos no puede retrotraerse, salvo en caso de fraude, a « une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable ». Aunque nada diga el CCom, en opinión de JACQUEMONT, *op. cit.* págs. 72 y 73, cabría admitir la misma solución cuando el procedimiento de *Conciliation* se inició dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la cesación de pagos, y la homologación del acuerdo pone fin a la cesación de pagos anteriormente constatado.

El legislador consciente de la necesidad de facilitar la entrada de *l'argent frais*, como medida de recuperación empresarial, dispuso en el art. 611-11 CCom,¹⁵⁸ un privilegio específico en relación con los *fonds spécialisés dans le retournement*,¹⁵⁹ de manera que estos acreedores gozarán de privilegio no sólo sobre el resto de los acreedores del deudor sino también en relación con los posteriores por lo que se les reconoce la condición de créditos prededucibles.¹⁶⁰

La relevancia de este privilegio de aportación de *argent frais*, en el ámbito de los acuerdos homologados de *Conciliation*, radica en su reconocimiento a cualquier acreedor, en la mayoría de los casos serán entidades de crédito aunque no necesariamente. De esta manera, la continuidad de la actividad empresarial que pueda estar comprometida por dificultades económicas de mayor o menor intensidad,¹⁶¹ puede mantenerse gracias a nuevas aportaciones de tesorería que sólo se

¹⁵⁸ Art. 611-11 CCom (parcialmente modificado en el año 2008): «En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans le même cadre, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service».

¹⁵⁹ En opinión de JACQUEMONT, *op. cit.* pág. 73 se trata de recuperar la vieja idea de privilegiar a aquellos que sostienen una empresa en dificultad, en detrimento del viejo principio del tratamiento igualitario de acreedores en caso de quiebra de su deudor.

¹⁶⁰ Sobre los problemas acerca de la extensión de este privilegio a *proveedores de bienes y servicios nuevos*, *vid.* JACQUEMONT, *op. cit.* págs.74 y 75.

¹⁶¹ En este punto no está de más recordar que la *Conciliation* procede no sólo en situaciones de *precession de paiements*, sino también en situaciones de insolvencias reveladas en un período inferior a cuarenta y cinco días.

producirán en un escenario de garantías para los acreedores que no pueden verse afectados ni por un período sospechoso, ni en una postergación de sus créditos.

Por último y en coherencia con lo anterior, el art. 650-1 CCom, exime de responsabilidad por concesión abusiva del crédito, a aquellos acreedores, en especial entidades de crédito, por la financiación que hubieran podido conceder al deudor en situaciones no sólo de de insolvencia sino también de *preinsolvencia*.¹⁶²

2.2.3. LA SAUVAGARDE: PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE PREVENCIÓN. LA SAUVAGARDE FINANCIÈRE ACCELÉRÉE.

Frente a la *Conciliation*, vía preventiva de carácter contractual que acabamos de analizar, la Ley de 26 de julio de 2005 incorpora una segunda vía, también de carácter preventivo denominada *Sauvagarde* (Salvamento).

Se ha de anotar que tanto la *Sauvagarde* como el *Redressement judiciaire* tienen por objetivo la reorganización de la empresa con el fin de permitir la continuación de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el saneamiento del pasivo, art. 620-1 y 631 CCom. Ahora bien,

¹⁶² No obstante, esta irresponsabilidad no es absoluta, *cfr.* art. 650-1 CCom: «Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci».

la *Sauvagarde*, a diferencia del *Redressement judiciaire* y más aún de la *Liquidation judiciaire* se configura como un procedimiento colectivo, judicial si bien todavía conserva, en la línea de la *Conciliation*, carácter preventivo al disponer el art. 620-1- CCom que procederá a instancia del deudor que *sin encontrarse aún en estado de cesación de pagos*, justifique, *dificultades que no pueda superar y que puedan llevarlo a un estado de cesación de pagos*. En definitiva se trata de un procedimiento destinado a *facilitar la reorganización de la empresa con el fin de permitir la continuación de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el saneamiento del pasivo*.

Llamamos la atención sobre el presupuesto objetivo de su apertura ya que el legislador se refiere expresamente a dificultades económicas constatadas (no meramente previsibles), de tal gravedad que hagan que la insolvencia sea inminente e insuperable. Es más, estas dificultades a que alude la Ley, podrán serlo de cualquier clase: jurídicas, sociales, económicas o financieras y, a referirse expresamente a la circunstancia de *qu'il n'est pas en mesure de surmonter*, se justifica por una parte, la intervención judicial y, por otra parte, la búsqueda de un plan que asegure la continuidad de la empresa en el mercado mediante la reorganización del pasivo del deudor y el pago escalonado de su deuda.

La diferencia principal con la *Conciliation* radica pues, en la posibilidad de que disfruta el deudor de anticiparse a la insolvencia de manera voluntaria de manera que bajo la protección del Tribunal, pueda elaborar un plan de salvamento de la empresa. En efecto, el deudor al advertir *dificultades económicas constatadas* puede considerar necesaria una *suspensión provisional de requerimientos*, ya que el mero acuerdo

con los acreedores pudiera resultar insuficiente y no alcanzará el fin previsto de la prevención de la insolvencia.

Considerado como el primer procedimiento preventivo del Derecho concursal francés,¹⁶³ bajo la influencia del Derecho alemán y del Derecho norteamericano (*Chapter 11*),¹⁶⁴ permite al deudor anticiparse a la insolvencia, antes de que se produzca la suspensión de pagos, quedando sometido en tanto que vía judicial, a la protección del Tribunal con el fin de elaborar un plan que asegure el *salvamento* de la empresa.

En cuanto a los resultados de la aplicación de este procedimiento, fueron esperanzadores desde un primer momento¹⁶⁵, de manera reciente con el paso del tiempo, aunque se aprecia una ligera disminución desde el año 2011.

En un punto intermedio entre la *Conciliation*, con cierto grado de desjudicialización y los procedimientos judiciales más rígidos de la *Sauvagarde* y, especialmente del procedimiento de *Redressement*, se

¹⁶³ Vid. PÈROCHON, *op. cit.* pág. 86; PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pág. 95 se refiere a la *Sauvagarde* como el *segundo* pilar preventivo del Derecho francés.

¹⁶⁴ En este sentido se pronuncia, PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pág. 95 al señalar que «constituye un procedimiento colectivo de naturaleza judicial próximo al saneamiento judicial, aun cuando con finalidad preventiva».

¹⁶⁵ Apunta PÈROCHON que al año de entrar en vigor la Ley de 26 de julio de 2005, en el área de París, se abrieron un total de 525 casos de *Sauvagarde*, de los que en los tres primeros meses, en el 28% de los casos se pudo alcanzar con éxito un plan de recuperación en lugar del 7% habitual en el *saneamiento judicial*, PÈROCHON, *op. cit.* pág. 90. Más recientemente, el Ministerio de Justicia francés (www.justice.gouv.fr), pone de relieve que tras el repunte experimentado desde los años 2008 a 2011, aunque se aprecia una ligera disminución desde el año 2011, se mantiene como el procedimiento de saneamiento preferido sobre todo por las empresas de ciertas dimensiones, para las pyme y pequeños empresarios la opción elegida sigue siendo el *Redressement* y la *Liquidation judiciaires*.

encuentra la *Sauvagarde Financière Accélérée* (SFA). Regulada en el art. 628-1 CCom. como consecuencia de la reforma operada por la *Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière* se configura como un subtipo de *Sauvagarde* que persigue la obtención de un plan de reorganización empresarial al tiempo que el mantenimiento del empleo. Ahora bien, dada la especialidad de la SFA, su apertura sólo podrá tener lugar en relación con empresas que se encuentren sometidas a un procedimiento de *Conciliation*, art. 628-1 CCom y que cuenten con comité de acreedores, al menos 150 trabajadores o cuya cifra de negocios exceda de veinte millones de euros, art. 620-1, 628-29 y 628-1 CCom. Por último, el deudor deberá demostrar la existencia de un plan dirigido a asegurar la conservación de la empresa y que cuente con el apoyo de un número suficiente de acreedores.¹⁶⁶ La aprobación del acuerdo no debe superar el mes de duración.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Art. 628-1 CCom, «Ce projet doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L. 628-8 ou, le cas échéant, à l'article L. 628-10».

¹⁶⁷ Los problemas surgidos en relación con el caso de *Autodistributions et Thomson* no habrían podido ser resueltos sin la *Sauvagarde Financière Accélérée* (SFA). Iniciado este procedimiento el 30 de noviembre de 2009 por el Tribunal de comercio de Nanterre fue resuelto en un plazo de dos meses y medio. Esta celeridad fue el resultado del plan de salvamento adoptado que refleja en gran medida las negociaciones celebradas entre la sociedad Thomson y sus principales acreedores ante la apertura del procedimiento de *Sauvagarde prépackée*. El plan no suponía el abandono de ningún crédito, ya que una parte de ellos sería pagado a corto plazo, mientras que respecto del resto, se preveían su conversión en capital además de la emisión de obligaciones convertibles en acciones (ORA). Para el Tribunal, se trataba de valores mobiliarios transferibles en el mercado financiero y asociados a la creación de valor futuro de la empresa. El problema de los tenedores de títulos *super-subordonnés* (TSS) fue resuelto en aplicación del art. 626-31-CCom, procurando asegurar los intereses de todos los acreedores». *Tout en estimant que le traitement réservé aux porteurs de TSS peut se justifier au regard d'un rapport d'expertise ordonné préalablement par le juge commissaire, le tribunal prend néanmoins l'initiative d'inviter les parties à tenter une conciliation sous son égide pour mettre fin au litige*. *Sauvegarde de Thomson: arrêté du plan desauvegardele 19 février 2010* Reccuel Dalloz *AFFAIRES | Entreprise en difficulté*.

En efecto, al permitir la incorporación al ordenamiento jurídico francés de una *prepackaged plans*,¹⁶⁸ se permiten alcanzar acuerdos extrajudiciales mediante un sistema expedito de votación por parte sólo de una clase de acreedores, entidades de crédito y asimilados. La ventaja de la SFA no se reduce tan sólo a los plazos, el abandono de la confidencialidad que se produce en la fase final del procedimiento, permite sumar las ventajas derivadas de los clásicos procedimientos de *Sauvagarde*.

En suma, la conversión de un procedimiento privado y discreto en su tramitación en un procedimiento público y judicial sólo en la fase final del mismo, asegura el funcionamiento de la SFA.¹⁶⁹

2.3. DERECHO ITALIANO

Como es sabido, el Derecho concursal italiano se contiene en la *Legge Fallimentare*, promulgada por el *Real Decreto núm.267, el 16 de marzo de 1942*. Esta Ley fue posteriormente completada por el Decreto de 30 de enero de 1979. En este sentido, hay que comenzar señalando que en *Legge Fallimentare* se regula además del procedimiento tradicional de la quiebra, (*fallimento*), de carácter eminentemente

¹⁶⁸ Acerca del origen de la SFA en el Derecho federal americano, *vid.* VIÑUELAS, «El nuevo procedimiento de «Sauvagarde Financière Accélérée» en Derecho francés», *ADCo*, nº 29, mayo-agosto, 2013, págs. 367 y ss.

¹⁶⁹ En estos términos, ARIAS VARONA, «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», monografía nº 17, *RDCP*, págs. 49 y 50.

liquidativo, otros institutos concursales que persiguen soluciones no necesariamente liquidativas, tales como el convenio preventivo (*concordato preventivo*), la administración controlada (*l'ammnistrazione controllata*) y la liquidación forzosa administrativa (*liquidazione coatta ammnistrativa*).

De manera paralela a otros países del entorno, se inicia en Italia un movimiento de reforma desde finales del siglo pasado, que plantea la necesidad de revisar los principios de política jurídica que inspiraron la *Legge* de 1942. Se viene así a colmar una laguna advertida desde hace tiempo en el panorama jurídico italiano, poniendo el Derecho italiano, al menos por lo que tiene que ver con la disciplina de los procedimientos concursales, al paso con Europa.¹⁷⁰

2.3.1. LA INCORPORACIÓN DE INICIATIVAS EXTRAJUDICIALES Y PRECONCURSALES.

A) *El Decreto Legislativo núm. 5, de 9 de enero de 2006, sobre la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales.*

Los intentos de reforma del Derecho concursal italiano han sido numerosos hasta llegar a una primera reforma global de la *Legge*

¹⁷⁰ La necesidad de reformar una legislación que había quedado anacrónica y obsoleta provocó varios intentos de reforma que culminaron en las leyes que siguen a continuación. La *Legge fallimentare* debía adecuarse a las sentencias de la *Corte Costituzionale*, a la nueva estructura del proceso civil y Derecho Societario, simplificando y reduciendo los plazos del procedimiento, ajustándose al *Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia* y, en definitiva, eliminando instituciones obsoletas como fue el caso de la *ammnistrazione controllatta*.

Fallimentare, en virtud del *Decreto Legislativo de 9 de enero de 2006, de reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales*.¹⁷¹ El origen de esta reforma se encuentra en los trabajos de las Comisiones Trevisanato (2001) y Trevisanato *bis* (2005),¹⁷² que impulsaron proyectos de reforma que cristalizaron tras años de debate en el presente Decreto Legislativo.

De modo que, puede ser enmarcada esta reforma, en la corriente reformista que inspira varias de las reformas concursales que se suceden principalmente en Europa y EE.UU.

Como consecuencia de los principios que ya inspiraron los últimos proyectos de reforma del Derecho concursal italiano,¹⁷³ se advierte en

¹⁷¹ Publicado en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 12, de 16 de enero de 2006, Suplemento ordinario núm.13.

¹⁷² La *Comisión Trevisanato*, así conocida por estar presidida por Alessandro Trevisanato, fue constituida por primera vez en noviembre de 2001 para alcanzar un consenso acerca de la reforma del Derecho concursal italiano. Tras dieciocho meses de debate, esta Comisión tuvo que disolverse sin alcanzar un consenso sobre los asuntos más relevantes, singularmente el ejercicio de la acción revocatoria, para los que había sido constituida. Dada la imposibilidad de hacer valer las opiniones de la mayoría, se presentó al Ministerio de Justicia un texto bifronte en el que se recogieron las conclusiones alcanzadas por la mayoría y por la minoría. La *Comisión Trevisanato bis*, se constituyó en el año 2005, elaborando un proyecto de ley concursal, en el plazo de 2 meses, antecedente inmediato de las reformas de la *Legge Fallimentare* de 2005 y 2006. El debate acerca de la acción revocatoria concursal de la *Legge Fallimentare*, en especial la falta de consenso, provocó un importante retraso en la reforma del Derecho concursal italiano. *Vid.* sobre el particular, BONFATTI, «Reforma concursal italiana vs. Reforma española», en *RDCP*, nº8, 2008, págs. 57 y ss, para quien «la aplicación de dicha disciplina, en su formulación originaria, produjo resultados muy severos».

¹⁷³ Destacamos en este punto, el «Codice di comportamento fra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa» aprobado por la Associazione Bancaria Italiana (circular ABI de 3 de abril de 2000) disponible en www.abi.it, destaca su finalidad de afrontar actos de reestructuración dirigidos a superar la crisis de la empresa. En este sentido, se dice expresamente que « *Il presente Codice è volto a fissare principi comportamentali che facilitino l'adozione di procedure di concertazione fin alizzate al superamento di difficoltà reversibili dell'impresa. Le finalità*

esta reforma, el abandono de la clásica concepción de satisfacción de los intereses de los acreedores, como principio rector único de todo procedimiento concursal, al tiempo que una preocupación por regular el tratamiento de las crisis empresariales, mediante soluciones de composición de intereses que eviten los largos y costosos procedimientos concursales y faciliten modos de terminación que contemplen otros intereses en particular, la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo.¹⁷⁴

Limitémonos pues, a analizar las principales novedades que incorpora *Decreto Legislativo de 9 de enero de 2006* y cómo esta declaración de intenciones se recoge en su articulado: en primer lugar, el legislador italiano consciente de la necesidad de potenciar la *competitividad* de la empresa italiana (la Exposición de Motivos alude a *una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa*), sobre la base de la consideración de otros intereses, en particular intereses económicos y sociales, persigue el saneamiento y la superación

perseguite in materia si collocano nell'ambito della ricerca di strumenti collaborativi di soluzione delle crisi mediante il coinvolgimento dei soggetti bancari e finanziari interessati, anche a livello di gruppo, ed in particolare dell'impresa e dei creditori della stessa, tenuto conto del determinante contributo che in tale contesto può offrire il sistema creditizio.»

¹⁷⁴ Así, en este sentido, entre otros, *vid.* CAIFA, «La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005» en *Dir. Fall.* septiembre-octubre 2005, nº.5, pág. 885 y ss. El debate acerca de la validez de los acuerdos extrajudiciales para *remover* el estado de insolvencia ha sido frecuente desde la vigencia de la *Legge* hasta las reformas de los años 2005 y 2006. Llamamos la atención sobre el hecho de que al menos dos procedimientos concursales, la *ammnistrazione controllata* y el *concordato preventivo*, eran, antes de estas reformas y todavía son dos institutos destinados a prevenir la insolvencia, con lo que se podía dudar acerca de la validez de acuerdos extrajudiciales de composición de crisis económica del deudor. *Vid.* sobre el particular, ENCISO ALONSO MUÑUMER, *op. cit.* pág.132.

de la crisis empresarial.¹⁷⁵ En segundo lugar, se mantienen los tradicionales procedimientos concursales, *fallimento*, *concordato preventivo*¹⁷⁶ y la *liquidazione coatta amministrativa*, aunque con importantes modificaciones, entre las que destacamos la desaparición de la *ammistrazione controllata*.¹⁷⁷ En tercer lugar, se introduce un nuevo procedimiento, la *Esdebitazione*, inspirado en la *Discharge* del Derecho anglosajón, cuya regulación se contempla en los arts. 122 a 144 de la *Legge Fallimentare*. Se trata, este último, de un procedimiento reservado solo a empresarios persona física que bajo determinadas condiciones podrán liberarse de deudas residuales, una vez concluido el procedimiento concursal.

Dicho lo anterior, se ha de destacar cómo con anterioridad a esta reforma, el *Decreto Ley número 35, de 14 de marzo de 2005, de*

¹⁷⁵ Frente a la finalidad liquidativa del principal procedimiento concursal, el *fallimento* de la *Legge Fallimentare de 1942*, se produce un giro en la finalidad de los procedimientos desde finales del siglo pasado, de manera que a la finalidad de satisfacción de los intereses de los acreedores se une el objetivo de mantener la empresa en el mercado en el respeto a unos intereses más amplios. *Vid.* sobre el particular, CASTIELLO D'ANTONIO, «La evolución legislativa del Derecho concursal italiano», en *RDCP*, nº 14, 2011, págs. 331 y ss.

¹⁷⁶ Se modifica el presupuesto objetivo del *concordato preventivo*, de manera que ya no lo será el *estado de insolvencia* sino la *existencia de un estado de crisis*, se prevé por primera vez *un plan para la solución de las crisis*, con nuevo régimen de mayorías para a la aprobación del mismo. *Vid. in extenso*, ENCISO ALONSO MUÑUMER, *op. cit.* págs. 128 y ss.

¹⁷⁷ La Exposición de Motivos de la Ley de 14 de marzo de 2005, reconoce la necesidad de una adecuación de la legislación concursal italiana a la realidad socioeconómica. En este sentido, llamamos la atención sobre el reconocimiento que hace el legislador del carácter esencialmente liquidativo de la disciplina concursal actual, de manera que la recuperación del patrimonio de la empresa en dificultad económica, queda relegada a un segundo plano, razón por la cual se hace necesaria esta reforma. (« *e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale del proprio patrimonio* »).

disposiciones urgentes en el ámbito del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial, convertida en *Ley de 14 de marzo de 2005*, modificó la legislación concursal italiana de manera puntual. En efecto, esta ley, conocida como *mini reforma della Legge Fallimentare*,¹⁷⁸ por tratarse en principio de una reforma parcial, introdujo, sin embargo, modificaciones de especial relevancia para el Derecho concursal italiano y para nuestro estudio. Y ello es así porque los principios de política jurídica que inspiran esta reforma en un intento de *desjudicializar el tratamiento de las crisis económicas del empresario*, eliminando los perjuicios que un proceso judicial y también extrajudicial podía suponer, introducen en el ordenamiento jurídico institutos extrajudiciales tanto de prevención como de remoción de la insolvencia del deudor común.¹⁷⁹

Consecuentemente la reforma persigue por un lado, de tutelar e incentivar la conclusión de iniciativas extrajudiciales de composición de intereses que no tengan intención o finalidad fraudulenta y, de otro lado, modificando el régimen de la acción revocatoria concursal, en el sentido de reducir el *período sospechoso* y de introducir supuestos de *exención* en el ejercicio de la acción, eliminar la inseguridad que provocan los actos realizados en ejecución del acuerdo de refinanciación en caso de una eventual declaración de un procedimiento concursal.¹⁸⁰

¹⁷⁸ De *mini reforma* se habla en relación con esta reforma pero también de otras como la operada en virtud de la Ley de 27 de junio de 2015 que viene a modificar el régimen del *concordato preventivo*.

¹⁷⁹ Téngase en consideración lo que dice CASTIELO D'ANTONIO, *op. cit.* págs. 332 y ss.

¹⁸⁰ En Italia siempre ha existido un sistema *revocatorio* y no de retroacción como sucedía en España conforme al Derecho previgente. Esta acción revocatoria puede ser ejercitada aunque no se constate un daño a la masa de los acreedores, esta sería una consecuencia de la llamada teoría *antiindemnizatoria*, opinión mayoritaria en la jurisprudencia italiana. En este sentido, son susceptibles de revocación en primer lugar,

En lo que concierne a la necesidad de incentivar y tutelar iniciativas extrajudiciales de composición de intereses, se configura junto al *fallimento* y el *concordato preventivo*¹⁸¹ otros dos institutos negociales de composición con diferentes niveles de desjudicialización: los *Accordi di Risanamento*, regulados por primera vez en el art. 67.3 d) de la *Legge Fallimentare*, nuevo instituto negocial de composición, *acuerdos extrajudiciales puros*, concluidos y ejecutados al margen de intervención judicial y sin condicionamiento legal alguno y, de otra parte, los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, del art. 182 bis de la *Legge Fallimentare*, que podrían calificarse como acuerdos mixtos o semijudiciales, en los que la negociación ejecución y conclusión del acuerdo entre el deudor y todos o algunos de sus acreedores, se produce al margen de intervención judicial pero con un control final basado en la homologación judicial.¹⁸²

Tanto los *Accordi di Risanamento* como los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, se presentan como institutos que permiten una solución negociada para prevenir o superar e prevención de una situación

actos que ni siquiera han llegado a producir perjuicio objetivo alguno sobre el patrimonio del deudor pero que sí producen una *alteración* sobre los acreedores y, en segundo lugar, actos que no hayan producido ninguno de esos dos efectos pero cuya remoción se realice con fines *solidarios*.. *Vid.* sobre el alcance de la revocación en la *Legge Fallimentare*, BONFATTI, *op. cit.*, págs. 70 y ss.

¹⁸¹ El *concordato preventivo*, como consecuencia de la reforma operada en virtud de esta Ley, pierde parte de su característica rigidez y se le dota de una mayor autonomía negocial, al modificar el art. 160 *L.Fall.* en relación con las condiciones para su admisión, el art. 177 *L.Fall.* acerca de su contenido y, especialmente el art. 180 *L.Fall.* relativo a la homologación del mismo. *Vid.* acerca de la reforma del *concordato preventivo*, entre otros, AMBROSINI/DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milán, 2005.

¹⁸² Hasta tal punto esta homologación es necesaria que sin ella no cabe la aplicación del privilegio del *fresh money*, incorporado en la reforma de 2010.

de crisis económica,¹⁸³ si bien, como acabamos de mencionar los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, en tanto que sometidos a una homologación posterior, vendrían a asimilarse a los acuerdos extrajudiciales de pagos del sistema concursal español. De hecho, con frecuencia se recurre al Derecho italiano para explicar las novedades que el Derecho concursal español ha ido incorporando especialmente desde las reformas operadas por el RD Ley 3/2009 y la Ley 38/2011. Los dos acuerdos son incentivados por el legislador por la vía de los *escudos protectores* tanto del deudor, como de los acreedores y terceros (normalmente financiadores) en relación con aquellos actos realizados en ejecución del acuerdo y ante la eventual declaración de un procedimiento concursal. No obstante el grado de protección que reciben a través de los *escudos protectores*, ambos acuerdos no es el mismo ya que dependerá del grado de judicialización y por tanto, de la presencia judicial, mayor en el caso de los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*.¹⁸⁴

En cualquier caso, dada la naturaleza semijudicial de los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, y su proximidad con los acuerdos de

¹⁸³ Aunque con frecuencia se alude por la doctrina la posibilidad de que estos acuerdos puedan tanto prevenir como remover las dificultades económicas de la empresa, lo cierto es que la reforma no contempló mecanismo alguno que estimulara de manera eficaz una tempestiva prevención y detección de la crisis económica, con lo que esta función es escasamente cumplida por estos acuerdos extrajudiciales. Por otra parte, no se plantean ni los llamados sistemas de alerta de los procedimientos concursales franceses ni tampoco se produce una anticipación en la declaración de los procedimientos concursales por la vía de un presupuesto objetivo más flexible por la vía de la insolvencia inminente como es el caso de España y Alemania. Por último, llamamos la atención sobre la circunstancia de que en los acuerdos de refinanciación del Derecho español, a diferencia del sistema italiano, sólo cabe protección legal de los acuerdos de refinanciación conservativos y no liquidativos que contemplen las partes liquidaciones consensuadas y pactadas.

¹⁸⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...op. cit.* pág. 136 y ss; ARIAS VARONA, «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», Monografía asociada a la *RDGP*, nº 17, 2013, págs.50 y 51.

refinanciación del Derecho español, nuestro propósito, a continuación, se centra en analizar, si quiera someramente, la conformación, así como la evolución legislativa que han experimentado hasta el año 2015.

B) *Accordi di Ristrutturazione dei debiti* o Acuerdos de Reestructuración de deudas

La reforma de la *Legge Fallimentare* operada en virtud de las reformas introducidas en los años 2005 y 2006, incorporó un nuevo instituto relativo a los *acuerdos de reestructuración de deudas* lo que supuso la entrada en la normativa concursal italiana de la regulación de la preconcursalidad.¹⁸⁵ Con ello se pretendía dar una respuesta negociada a la situación de crisis del empresario, mediante un acuerdo amplio entre el deudor y sus acreedores, verificado por un experto y sometido al control de la autoridad judicial. Lo cierto es que el legislador resulta más explícito en relación con los *Accordi di Risanamento* al señalar que la protección se concede en tanto que el *plan resulte aparentemente idóneo para permitir el saneamiento de la exposición deudora de la empresa y para asegurar el reequilibrio de su situación financiera*, no obstante lo propio debe entenderse, con más razón, respecto de los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*.¹⁸⁶

¹⁸⁵ El legislador italiano, de manera similar a lo que ha acontecido en España, no así en Francia, eludió una regulación autónoma de la disciplina preconcursal.

¹⁸⁶ En este sentido, el art. 182 bis.1 L.Fall. dispone que, el informe del experto debe pronunciarse expresamente sobre su *idoneidad para asegurar el pago de los acreedores externos*.

La regulación de este nuevo instituto se contiene en el art. 182 bis *L.Fall.*¹⁸⁷ deberá ser completado con el art. 67 bis de la *L.Fall.* relativo a la *revocatoria fallimentare* uno de los principales mecanismos de protección de los acuerdos de reestructuración.

En el contexto del análisis de estos dos preceptos, varias cuestiones hemos de abordar seguidamente: primera, el acuerdo debe alcanzarse sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, sin intervención judicial u organización colectiva de los acreedores de ningún tipo, reuniendo en todo caso, acreedores que representen al menos el 60 por ciento de los créditos ordinarios y privilegiados. Se exige además, un informe redactado por un experto, que deberá pronunciarse expresamente sobre la posibilidad por una parte, de que el plan de reestructuración sea viable (*attuabilita*) y de otra, que resulte acreditada su idoneidad para asegurar el pago íntegro de los créditos acreedores

¹⁸⁷Esos acuerdos se ubican en la sección que el ordenamiento jurídico italiano dedica al *concordato preventivo* y dice literalmente que «*L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditor estranei nel rispetto dei seguenti termini: L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168 secondo comma. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese*».

disidentes del acuerdo.¹⁸⁸ Segundo, verificada la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos, el juez procederá a su homologación de manera que se paraliza el ejercicio de acciones ejecutivas y cautelares singulares, como también la solicitud de procedimiento concursal. Tercera, para el caso de que fracase el acuerdo, se prevé que todo acto, pago o garantía contraída en ejecución del acuerdo quede protegida frente al ejercicio de las acciones revocatorias del art. 67.3 *L.Fall.*¹⁸⁹

C) El Decreto Ley de 31 de mayo de 2010¹⁹⁰

¹⁸⁸ Constituye un requisito de homologación judicial precisamente la satisfacción íntegra y puntual de los créditos de los acreedores del acuerdo alcanzado entre el deudor y el resto de los acreedores.

¹⁸⁹ El grado de protección que se dispensa a los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti* en el sentido del art. 67.3 de la *L.Fall.* no se contempla, sin embargo, para los *Accordi di Risanamento* de manera que en la práctica, los acreedores disidentes en estos acuerdos opten por el ejercicio de acciones ejecutivas singulares o por la solicitud de un procedimiento concursal ya que nada se lo impide. El único escudo protector con el que si pueden contar estos acuerdos como también los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, consiste en la exención de acciones revocatorias concursales en un eventual proceso de *fallimento*, así, *vid.* PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pág. 139, «los actos, pagos y garantías constituidas sobre bienes del deudor, en ejecución de un acuerdo que parezca idóneo para propiciar el reflotamiento de la situación deudora de la empresa y asegurar el equilibrio de la situación financiera y cuya «razonabilidad» queda comprobada en el informe del experto».

¹⁹⁰ Con anterioridad al Decreto Ley de 2010 se promulgó el Decreto Legislativo de 12 de septiembre de 2007, cuya finalidad consistió esencialmente en ampliar los *escudos protectores* de estos acuerdos de manera que desde la fecha de la publicación en el registro mercantil de la homologación y durante un plazo de sesenta días, los acreedores por título y causa anteriores a dicha fecha, no podrán iniciar o continuar acciones cautelares o ejecutivas contra el patrimonio del deudor. Por otra parte, procuró también este Decreto aclarar el presupuesto objetivo y subjetivo de los acuerdos de reestructuración, resultando además de aplicación la suspensión o interrupción del plazo de prescripción de las obligaciones previsto en el párrafo segundo del art. 168 de la *L.Fall.* también al *concordato preventivo*.

Al problema de la falta de una denuncia tempestiva del estado de crisis por parte del empresario, había que sumar la carencia en la normativa diseñada por ley de 2005 de incentivos para la utilización del instituto, particularmente la prededucción o la paralización de acciones ejecutivas que facilitaran la conclusión de un acuerdo preconcursal. Y es que la ausencia de una regulación sobre el tratamiento de los financiadores externos o internos tanto en los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, como en los *Accordi di Risanamento*, favorecedores en última instancia del éxito de este tipo de acuerdos, provocó la necesidad de reformar la *Legge Fallimentare*.¹⁹¹ En efecto, en virtud del art. 48 del Decreto Ley 78/2010 convertido en Ley 122/2010, se reconoce el privilegio del *fresh money* a la financiación, en el seno de los acuerdos de reestructuración, cuando se trate de nueva financiación bancaria, financiera y de socios.¹⁹² Llamamos la atención acerca de la

¹⁹¹ En este sentido, GRANATA, «Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencia del sistema bancario italiano» en *Implicaciones financieras de la Ley concursal*, Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid, 2009, pág. 36 y 36, quien señala en relación con el escaso éxito de los acuerdos de reestructuración que «el estudio de la Asociación Bancaria puso asimismo de manifiesto que los acuerdos que llegaban a conocimiento de los tribunales representaban sólo una parte de los intentos de acuerdo efectivamente realizados por las partes –en concreto el 60%–, y que de tal porcentaje sólo la mitad obtuvo la homologación judicial».

¹⁹² La referencia que hace la ley exclusivamente a la banca e intermediarios financieros cualificados, excluye incomprensiblemente a otros sujetos, tales como proveedores que podrán estar interesados no sólo en la negociación sino también en el éxito del acuerdo de reestructuración. *Vid.* en este sentido, INZITARI, «Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.Fall. natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi», disponible en www.ilcaso.it, Foglio d'informazione giuridica, págs. 28 y ss. «Art. 48: I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111. Sono (parificati ai) prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o

prededucibilidad de los créditos de nueva financiación que alcanza el 100 por cien de los mismos, cuando se trata de bancos o intermediarios financieros cualificados, limitándose esta prededucibilidad al 80 por ciento ex art. 182 quáter, párrafo 3º. *L.Fall.* cuando la financiación proceda de socios, y siempre en ejecución de un acuerdo de homologado de reestructuración. En efecto, la protección del art. 182 bis de la *L.Fall.* pasa necesariamente por una homologación judicial, procedimiento relativamente sencillo, que culmina con la pertinente publicidad registral. En vista de la redacción de este precepto, el privilegio del *fresh money* en el Derecho italiano, presupone necesariamente una homologación judicial¹⁹³, a diferencia de lo que acontece en el Derecho español donde el requisito esencial para la homologación descansa en el cumplimiento de los requisitos contenidos en el art. 71.6 de la LC.

Aún cuando el legislador ha procurado extender la protección de los escudos protectores, por una parte, mediante la paralización frente a las acciones ejecutivas individuales que surgen en el mismo proceso de negociación, publicada registralmente la solicitud y durante un plazo de sesenta días y, de otra parte, mediante la incorporación del *fresh money*, con el fin de incentivar el éxito de los acuerdos extrajudiciales. Sin embargo, el sistema no resulta del todo eficaz al no reconocerse una extensión del contenido de los *Accordi di Ristrutturazione* a acreedores

dall'accordo di ristrutturazione e purche' (la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al) concordato preventivo (ovvero) l'accordo (sia omologato)».

¹⁹³ La homologación a la que ha de acudir para identificar las cantidades prededucibles lo será la realizada por el tribunal de primera instancia ex. art. 182 bis, párrafo 4, segunda parte, sin que se puedan tener en cuenta la vicisitudes procesales posteriores; en estos términos, CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.* pág. 337.

disidentes o no participantes, lo que sí acontece en otros ordenamientos jurídicos como en el español.

CAPÍTULO III. DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL. ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES

1.- CAMBIO DE RUMBO EN LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y LA APARICIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA JURÍDICA. LA DESPRIVATIZACION DE LOS INSTITUTOS CONCURSALES TRADICIONALES

Resulta conveniente esbozar unas ideas preliminares en orden a analizar en el presente capítulo, la prevención de la insolvencia empresarial mediante soluciones que pasen por la reorganización o reestructuración extrajudicial de la deuda. En este sentido, vamos a analizar en primer lugar, el significado de los principios de política jurídica fruto de los cambios experimentados a lo largo del siglo XX, para a continuación examinar los fines que el Derecho concursal cumple, o debiera cumplir, bajo la evolución que el sistema económico está experimentado en los últimos años.

En la primera parte de nuestro estudio, hemos abordado desde el punto de vista histórico, los procesos de ejecución colectiva y universal dirigidos contra el patrimonio del deudor común, a la luz del Derecho concursal y del Derecho privado de las obligaciones.¹⁹⁴ Ello implicaba que

¹⁹⁴ El principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1911 del CC, en conexión con los arts. 1919 y 1920 del CC, hoy derogados, establecían el marco normativo en el que se movía el deudor civil que pretendía la celebración de un convenio en sede de concurso. En relación con la vinculación del Derecho Concursal y el Derecho de las obligaciones traemos aquí las palabras de BISBAL, *La insoportable (...) op. cit.*

la finalidad perseguida por estos procedimientos concursales, consistía básicamente en la liquidación de los bienes del deudor común, con el fin de tutelar el crédito de los acreedores, a la vez que se infligía un castigo sobre la persona del deudor. Si bien, con el paso del tiempo, este castigo se fue mitigando, la finalidad solutoria y prevalentemente liquidativa permaneció hasta prácticamente la segunda mitad del siglo XX, momento a partir del cual comienzan a perfilarse soluciones de carácter conservativo, en previsión de la consideración de intereses no directamente relacionados con el deudor y sus acreedores.¹⁹⁵ Se trataba, en efecto, de intereses de carácter general para la comunidad, dirigidos en la mayoría de los casos a la conservación del tejido empresarial.

En efecto, a lo largo del siglo XX, Europa y EE.UU conocen una profunda crisis económica, consecuencia de las dos guerras mundiales, del período de entreguerras, así como de los efectos de la gran depresión

pág. 845 y 846, quien señala que «el Derecho concursal es sencillamente una pieza más del sistema de extinción de las obligaciones. Concretamente: *una de las varias piezas predispuestas para extinguir las obligaciones de un deudor insolvente, frente a una pluralidad de acreedores*».

¹⁹⁵ No obstante, en España encontramos una manifestación temprana de esta tendencia a la consideración de *otros fines concursales*, ya a finales del siglo XIX con la promulgación de la Ley de 1869 sobre quiebras de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas. Profundiza sobre esta cuestión, el Profesor, DUQUE DOMÍNGUEZ en, *La modernización (...) op. cit.* pág. 115, quien considera que «en España la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, constituye el *primer intento de modernización (en el sentido de reestructuración general) de los principios que habían regido hasta entonces esta región jurídica*». Esta reforma concursal, que supuso un importante avance para la época, sin embargo, no tuvo una continuidad en posteriores reformas concursales necesarias para nuestro ordenamiento jurídico, *vid.* OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal española y doctrina jurídica», *RDCP*, 2004, pág. 19 quien en relación con la elaboración doctrinal que acompaña la producción legislativa, señalaba que «una mirada retrospectiva a la historia de la doctrina concursal española nos lleva a fijar la atención en los máximos y mínimos de una curiosa curva de evolución: desde la cima de la literatura clásica de del siglo XVII, a la penuria, cuantitativa y cualitativa, de casi tres siglos de caída ».

económica de 1929. Ante este estado de cosas, no resulta extraño que dependiendo del carácter más o menos intervencionista de los diferentes Estados, se produjeran importantes cambios especialmente en el ámbito económico con trascendencia en el ámbito social y jurídico.¹⁹⁶ Estos

¹⁹⁶En relación con los efectos de la crisis en el ámbito económico, destaca el tránsito del marco constitucional de una economía liberal a la llamada «Economía Social de Mercado» o «capitalismo social». Bajo el liberalismo económico, las situaciones de crisis, especialmente cuando se trataba de empresarios, se resolvían mediante la dinámica del mercado, lo que suponía que aquellas empresas ineficientes o no competitivas eran expulsadas del mercado. La satisfacción del interés privado de los acreedores legítimos se configuraba como fin de los procedimientos concursales. Frente a este sistema, surge el modelo de Economía Social de Mercado, *modelo sociopolítico* desarrollado en 1946 por Alfred Müller-Armack quien en su obra *Dirección económica y economía de mercado (Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft)*. Müller-Armack definió, el núcleo de la Economía Social de Mercado como “la combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social”. Constatadas las deficiencias del mercado que bajo el liberalismo económico y los graves efectos de las crisis económicas sobre el empleo y la producción, los intereses sociales, públicos y laborables son especialmente valorados. En España, acerca del concepto de política de economía social de mercado, *vid.* el interesante trabajo del Profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, «Constitución económica y Derecho mercantil» en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pág. 92 para quien esta economía social «trata de encontrar un *compromiso entre la libertad económica y la igualdad social*, sin renunciar a la intervención de los poderes públicos para mantener el mercado y la competencia económica, y para alcanzar las finalidades sociales cuando éstas resulten frustradas por el acontecer del mercado»; acerca del significado de este cambio económico en el Derecho concursal, *vid.* por todos, PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994, pág. 31, quien, a nota a pie, señala la insuficiencia de la formulación teórico-clásica del liberalismo económico de manera que «los hechos ponen de manifiesto que los intereses generales no son satisfechos a través de aquel modelo (función autorreguladora del mercado), abandonándose progresivamente por parte del Estado su posición abstencionista e iniciándose un intervencionismo en materia económica que dará lugar a un nuevo marco de relaciones Estado-sociedad, superador de la separación entre ambos típica del liberalismo»; *vid.* también, SACRISTÁN REPRESA, quien señala la importancia del modelo social de la economía de mercado en relación con la importancia de soluciones concursadas y la denominada Constitución Económica de estados que se agrupan en las comunidades Europeas, germen de la actual UE, en «El convenio anticipado en la Ley concursal. (Notas sobre su régimen específico)» en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 4707 y 4708; *vid.*, SANTINI, «Crisis empresarial en la economía de mercado» en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, Editorial Civitas: Fundación Universidad-Empresa, 1982, págs. 35 a 66; en relación con la repercusión de la Economía social de Mercado en el Derecho concursal norteamericano, *vid.* GALBRAITH, *Historia de la economía*, traducción de Hernán Rodríguez Campoamor, Barcelona, 1989, pág. 229 para quien «uno de los

cambios en las estructuras económicas, singularmente el tránsito a la economía social de mercado, provocaron en el ámbito jurídico y especialmente en relación con el tratamiento de las crisis económicas del deudor común, un *replanteamiento del tradicional marco institucional concursal*.¹⁹⁷ Considérese que en este contexto, la piedra angular del sistema de economía de mercado lo constituye el principio de responsabilidad patrimonial universal sustentado sobre el derecho de propiedad, el derecho de contratos, en particular, el de crédito, así como, en el último extremo la libertad de la persona responsable de sus actuaciones.¹⁹⁸ De ahí que esta evolución de los principios de política jurídica que inspiraron el Derecho concursal provocaran una cierta *desprivatización de los tradicionales institutos concursales*, especialmente

fenómenos más relevantes que se produjeron en Estados Unidos como respuesta a la gran depresión fue el surgimiento de lo que con el tiempo, a veces en forma aprobadora, y con frecuencia en tono condenatorio, llegaría a denominarse el estado del bienestar. Ésta sería la creación más perdurable de la revolución rooseveltiana».

¹⁹⁷ Sobre el particular, especialmente antes de la reforma de 2009, *vid. in extenso*, PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal comparado y español*, Madrid, 1994, IBÍDEM, «Insolvencia: Conservación versus liquidación», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (Est. Dir.R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezquerra), Madrid, 2002; ENCISO ALONSO MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía núm. 6, asociada a la RCP, Madrid, 2007; con posterioridad a la reforma, PULGAR EZQUERRA, «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en AA.VV. (dir. Alonso Ureba – Pulgar Ezquerra), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, La Ley, 2009; IBÍDEM *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012; IBÍDEM, *El concurso de acreedores: la declaración*, Madrid, 2009; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art.209.1 b)*, 2001; IBÍDEM, « El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación» (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral* (2010); AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores*, Valencia, 2014; GARCIA CRUCES, *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*, Madrid, 2013.

¹⁹⁸ Así, CUESTA RUTE/NÚÑEZ RODRÍGUEZ, en AA.VV., Cuesta Rute (dir.), *Derecho Mercantil, II*, 2014, pág. 378.

en aquellos casos en los que el deudor era una empresa de grandes dimensiones o en aquellos en los que la empresa resultaba relevante para un sector de la economía.

En efecto, la crisis económica del siglo XX puso de manifiesto, como también ha sucedido con la reciente crisis económica,¹⁹⁹ la necesidad de proteger intereses no previstos originariamente o al menos no directamente, por las legislaciones concursales. En consonancia con lo anterior, la preocupación de los modernos Estados se centraría en la conservación de la actividad empresarial, prestando especial atención a la intensidad con que se percibe la presencia del interés general. En este sentido, las reformas concursales acometidas en Europa en el siglo XX van a incorporar de forma más o menos articulada los principios de política jurídica antes expuestos.²⁰⁰

¹⁹⁹ Prueba de ello son las numerosas reformas a las que se ha sometido la vigente LC consecuencia en la mayoría de las ocasiones de la grave crisis económica. Especialmente y en lo que nos atañe: 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; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y recientemente el Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero).

²⁰⁰ Así pues, cabría apuntar la reforma de la *Corporate Reorganization, Bankruptcy Code* de 1978, con la promulgación del célebre Capítulo XI, en sustitución de dos capítulos de reorganización corporativa, Capítulo X y Capítulo XI, la reforma francesa mediante la Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises” y la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 “relative au redressement et a la liquidation judiciaire des entreprises”; el frustrado Proyecto de Ley belga de 28 de octubre de 1983 “relative aux entreprises en difficulté” y por último, la reforma italiana de 1979 (*Amministrazione straordinaria* de la *Legge* n.95 de 3 de abril de 1979).

En virtud de todo lo dicho, podemos concluir que en este contexto político y económico, un mayor intervencionismo estatal correlativo a una desprivatización de los institutos concursales trajo consigo las siguientes consecuencias:

En primer término, ya no son los dos principales sujetos afectados por la crisis, deudor y acreedores, como sucedía en la concepción tradicional, los que deciden acerca de las posibles soluciones al concurso. Ahora la decisión comienza a ser compartida y en ocasiones sustituida, además de por el deudor y los acreedores, por otros sujetos públicos de carácter judicial o administrativo, en aquellos supuestos de insolvencia de grandes unidades productivas²⁰¹ o que resulten relevantes por razón de la índole de su actividad.²⁰²

²⁰¹ En relación con este aspecto se discute si la gran empresa, en especial cuando se trata de grandes bancos, debe también superar el riesgo empresarial, escapando a las instituciones concursales clásicas, generalmente liquidativas, para caer dentro del ámbito de estos *procesos administrativos conservativos* (sobre la base del axioma 'too big to fail').

²⁰² En este sentido, es necesario advertir que la crisis, especialmente de grandes unidades productivas, dado que puede llegar a afectar a la propia estructura de la empresa, puede hacer necesaria la intervención del sector público (supuestos de fusiones, escisiones o grupos en sectores tales como el bancario o el asegurador). Se trata de actividades que al requerir un alto grado de concentración para poder ser eficientes, con frecuencia son esenciales para un determinado sector lo que exige, por una parte, una regulación específica que contemple sus peculiaridades y, por otra parte, un régimen de vigilancia especial en términos de solvencia, acompañado de procedimientos llamados 'paraconcursoales' con finalidad conservativa y un alto grado de intervención administrativa. Así las cosas, la normativa concursal establece en unos supuestos la prevalencia incluso de las soluciones conservativas frente a las liquidativas y, en otros casos, se admite directamente un mayor intervencionismo público. Así, en España, la evolución del intervencionismo público se produce principalmente en relación con las empresas financieras por la vía de Ley de 1869, Ley de 1 de enero de 1939 sobre la incautación e intervención estatal de las empresas, el Decreto Ley de 20 de octubre de 1969 sobre la administración judicial de empresas embargadas o ya más próximo el Real Decreto-Ley de 30 de noviembre de 198 y la Ley de 26 de julio de 1984 relativas a la reconversión industrial. Posteriormente y en relación con la necesidad de dar soluciones

Podemos afirmar que la situación de insolvencia del deudor común genera en su entorno una serie de intereses que afectan bien directamente al deudor o a sus acreedores, bien indirectamente a éstos. Todos estos intereses son los que el legislador debe procurar conciliar.

El primero de estos intereses consiste, desde el punto de vista del deudor empresario, el de su salvación económica. En efecto, el interés principal de la empresa en dificultad no es otro que obtener una quita o espera en el pago de sus deudas con el fin de reanudar lo antes posible sus actividades permitiéndole esta recuperación mantenerse en el mercado²⁰³. No obstante, este interés llevaría aparejado otro ineludible cual es la necesaria eliminación del mercado de aquellas empresas que

especiales para determinadas crisis empresariales, se promulgaron la Ley relativa a la intervención e incautación estatal de empresas y el Decreto Ley de 20 de octubre de 1969, hoy derogado por la LEC de 2000 que regula el régimen de la administración judicial de empresas o grupos de empresas embargadas. *Vid.* sobre el particular, CERDÁ ALBERO/SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos nº 25, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona, 2001, pág. 15 y 16.

²⁰³ *Vid.* GARCIA VILLAVERDE, «La quiebra: Fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en AA.VV., *Derecho Concursal I*, patrocinado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Madrid, 1992, pág.275, quien apuntaba que «La previsión de que la crisis es superable aconseja posibilitar el mantenimiento de la organización a través de un acuerdo con los acreedores. Mediante la espera-retraso en el pago- o la quita remisión de las deudas- acreedores y deudor se reparten el riesgo empresarial y la empresa continúa ejerciendo su función »; GUYON, *op. cit.* pág.5 quien apunta en relación con este extremo que «la disparition d'une entreprise est un phénomène aussi naturel que le décès d'une personne physique. Le Droit doit s'efforcer d'en atténuer les conséquences. Mais une politique de soutien systématique des «canards boiteaux» serait aussi contraire à l'intérêt général que le maintien en survie artificielle des malades ayant atteint le stade du coma dépassé» también, *vid.* GUYON, *op. cit.* pág.5 quien apunta en relación con este extremo que «la disparition d'une entreprise est un phénomène aussi naturel que le décès d'une personne physique. Le Droit doit s'efforcer d'en atténuer les conséquences. Mais une politique de soutien systématique des «canards boiteaux» serait aussi contraire à l'intérêt général que le maintien en survie artificielle des malades ayant atteint le stade du coma dépassé».

se hubieran manifestado poco eficientes o con dirigentes poco honestos o con falta de escrúpulos.²⁰⁴

El segundo grupo de intereses lo configuran los acreedores cuyo objetivo prioritario consiste en la satisfacción de sus créditos lo antes posible y además de la manera más íntegra posible.²⁰⁵

Por último, la colectividad en su conjunto, tiene también interés en las consecuencias que se derivan de los procedimientos concursales. La desaparición de una empresa provoca en numerosas ocasiones la destrucción de empleo, la degradación económica de una región pudiendo llegar a afectar a toda una economía local, regional o incluso nacional. El conflicto de intereses en los casos de insolvencia del deudor común no es sólo un conflicto entre el deudor y la pluralidad de acreedores, si así fuera, la solución sería relativamente sencilla sacrificando los intereses del deudor a favor de los acreedores, esto es, configurando los procedimientos concursales como *procedimientos extintivos de una actividad* mediante la (colectiva) ejecución de los bienes que servían de soporte materia.²⁰⁶ Dado que en este conflicto hay

²⁰⁴En este sentido, en relación con el procedimiento de quiebra *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen jurídico de la empresa y sobre su reforma», ADC, XXXIII, 1980, pág.74 quien destaca que «de esta forma, en beneficio primero de los acreedores y después de la propia comunidad, la quiebra cumplía *una función de saneamiento de la economía*, eliminando a las empresas que por su funcionamiento, se había mostrado poco eficientes e, indirectamente, a los empresarios pocos sagaces o faltos de escrúpulo la posibilidad de verse (las empresas) excluidos del mercado debía servir de estímulo para que los empresarios *redoblaran su vigilancia y su prudencia en la gestión* de su empresa, y, al mismo tiempo, de *freno para manipulaciones poco escrupulosas*».

²⁰⁵ A la necesidad de dar cumplida satisfacción de los intereses de los acreedores nos referiremos en los apartados 2 y 3 de este capítulo.

²⁰⁶ En estos términos se pronuncia el Profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, *ibídem*, pág. 62.

además otros intereses que deben ser tomados en consideración y que con el devenir de los tiempos van adquiriendo cada vez una mayor relevancia, se trata de que el interés general de conservación de la empresa, de la protección del crédito y del saneamiento del nivel de empleo de la producción obliguen a adaptar las legislaciones concursales a estas circunstancias.

A modo de compendio de lo hasta aquí dicho, el Derecho concursal debe procurar la conciliación de todos estos intereses, habida cuenta que ésta no es una tarea sencilla.²⁰⁷ En palabras del Profesor DUQUE «están abocadas al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretendan definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándola unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla».²⁰⁸ En este sentido, resultaría más conveniente desde un punto de vista metodológico, no delimitar el

²⁰⁷En la vigente LC, la conciliación de la pluralidad de intereses que concurren en un concurso, viene representados por el denominado *interés del concurso*. Este interés no se identifica exclusivamente con el interés del acreedor, o del deudor, ni intereses públicos o privados- *Vid.* sobre el particular, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal» ADC, t. LXII, 2009, pág. 1055 y ss. En este sentido, *vid.* GUYON, *op. cit.* pág.7 en relación con el intento de conciliación de esta pluralidad de intereses tiene como resultado la consideración del derecho concursal como un « *Droit des procédures collectives est donc un Droit éminement conflictuel, qui sert de banc d'essai à la plupart des techniques juridiques. (...) Malgré ses apparences idéologiques, le droit des procédures collectives est aussi un Droit réaliste, qui n'hésite pas à appliquer des solutions pragmatiques dès lors que celles-ci permettent de redresser l'entreprise défaillante ou d'améliorer le paiement des créanciers*»; en estos términos se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, « Soluciones jurídicas a la crisis empresarial» en *La reforma del Derecho de quiebras: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Fundación Universidad-Empresa, 1982, pág.110, para quien «el concurso debe dejar de ser sólo un procedimiento de ejecución colectiva para pasar a ser un instrumento de composición de intereses diversos».

²⁰⁸ *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones sobre...», *op. cit.* pág.76.

Derecho concursal con unos fines definidos y jerarquizados a priori, dejando que las condiciones económicas de cada época sean las que determinen finalmente su jerarquía y aplicación.

En segundo término, los nuevos institutos concursales que surgen al amparo de las nuevas estructuras económicas, fruto del sistema de economía de mercado, comienzan a articularse como piezas esenciales para expulsar del mercado a aquellas actividades económicas no demandadas o que siéndolo, en definitiva, fracasan por no resultar competitivas en una economía de mercado. Así, se persigue por una parte, una reasignación de los factores productivos en ellas utilizados a otras actividades más eficientes logrando con ello la protección de otros intereses y de otra parte irrumpen las instituciones concursales buscando mediante el examen de la conducta del deudor, depurar las eventuales responsabilidades en que pueda haber incurrido por llegar a esa situación crítica.²⁰⁹

En tercer lugar, en la composición de las crisis económicas, la toma de decisiones ya no se produce en relación con la exclusiva consideración de intereses privados del deudor y acreedores, sino que otros intereses, en particular la conservación de la empresa, vía institutos conservativos con el consiguiente ahorro temporal y económico, además del mantenimiento del empleo o el desarrollo económico de una localidad o región, comienzan a ser tomados igualmente en consideración. Y es que

²⁰⁹ En estos términos se pronuncia OLIVENCIA RUIZ en relación con los límites del principio de conservación de la empresa en los sistemas de libre mercado, *vid.*, «Soluciones jurídicas...», *op. cit.* pág. 113, al decir que «se trata de salvar lo salvable, de sanar lo sanable, y no de mantener a ultranza organismos inertes que han dejado de ser productivos».

cuando se trata de crisis económicas de deudores especialmente de gran magnitud, lejos de afectar tan sólo a sectores directamente relacionados con ella, en virtud del efecto de una *onda inducida* se expande a otras direcciones vía proveedores, clientes o trabajadores provocando a su vez desastres económicos en otros sectores no afectados inicialmente por la crisis de deudor.

Como última reflexión y al hilo de lo expuesto, debe entenderse que la aparición de estos *nuevos intereses*, no pretende el desplazamiento en las legislaciones concursales del tradicional interés de los acreedores en la satisfacción de sus deudas, se trata más bien de que en la medida de lo posible y, especialmente cuando se trate de empresas viables, las soluciones conservativas propuestas resulten más satisfactorias, no sólo para el deudor y la colectividad en general sino también, y de manera especial, para el interés de los acreedores.²¹⁰ Esta necesidad de procurar la conservación de la empresa, vía institutos conservativos-reorganizativos resulta, a nuestro entender, especialmente relevante por ello creemos conveniente el desarrollo de su estudio en los apartados que siguen.

²¹⁰ Esto es lo que sucedió en la reforma francesa de 1984 y que resultó objeto de críticas por este motivo, por ello la *Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* dando prueba de más realismo que sus leyes antecesoras procuró *retocar* el equilibrio a favor de los acreedores.

2. LA FUNCIÓN TRADICIONAL DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES Y LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL

A la vista de lo anterior y en conexión con la armonización de los distintos intereses que concurren en torno a los institutos concursales, surge la necesidad de replantearse el tradicional debate de los *finés del Derecho concursal*. Esta cuestión reviste una especial importancia ya que no todas las legislaciones concursales ofrecen una definición detallada y jerarquizada acerca de los fines del Derecho concursal.²¹¹ Repárese que la irrupción de los nuevos principios de política jurídica inspirados en las reformas económicas del siglo XX, agravan este debate de los fines del Derecho concursal, un debate que en el caso de España, no ha dejado de plantearse en cada intento de reforma de nuestra vetusta legislación concursal.²¹²

²¹¹ Vid. en este sentido, PULGAR EZQUERRA, *Preconcurabilidad...op cit.* pág. 41 quien señala que «en relación con la fijación del/de los fin/es del Derecho Concursal se ha producido normativamente en un modo distinto en los modelos anglosajones, en los que se suele definir en el articulado de la norma en un modo jerarquizado la finalidad del procedimiento (Alemania y Reino Unido desde la Enterprise Act 2002), y en los modelos latinos, en los que tradicionalmente se ha «obviado» una definición legal de objetivos y la concreción de una finalidad de los procedimientos, a los que, en ocasiones, se ha hecho referencia «programáticamente» en las exposiciones de motivos de las normativas concursales». La LC española, en palabra de TIRADO MARTÍ, ha optado por una vía intermedia entre el modelo anglosajón y el modelo latino, *vid.* TIRADO MARTÍ, «El «interés concursal». Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, t. LXII, 2009, págs. 96 para quien «en la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición (de la finalidad del procedimiento), incluyéndose en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso». En efecto, en la exposición de Motivos de la LC, en su apartado IV se habla de «interés del concurso», como también a lo largo del articulado de la LC en diferentes momentos y con menciones similares.

²¹² En el Derecho proyectado español, la necesidad de fijar los fines del Derecho concursal, aunque sea programáticamente, podemos encontrarlo en: para el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, el objeto del concurso, así lo recoge expresamente el art. 1 del Anteproyecto, debía ser la satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común algo que no se había definido con tanta claridad en los Códigos de comercio españoles, en el ALC'83 la finalidad del

En efecto, se parte de la consideración de que al interés general en la conservación de la empresa que puedan ser viables y que temporalmente se encuentren en dificultades económicas, interés que se concreta en el mantenimiento del empleo y de la productividad, se une la necesidad de evitar la inherente destrucción de valor que en casi toda reasignación de los factores productivos se produce. De esta manera, la idea de la conservación de empresas desembarca en las legislaciones concursales con la tradicional dificultad de conjugarlo con el fin tradicional de estas instituciones, que no es otro que el dar satisfacción a los acreedores mediante la ejecución colectiva y ordenada del patrimonio del deudor.

En esta línea se presenta la LC donde la Exposición de Motivos declara que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores al tiempo que alude a la conservación de la actividad profesional o empresarial del concurso, como objetivo que puede cumplirse a través del convenio.

procedimiento concursal ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor que no puede realizarse sin reconocer la *dimensión sanatoria del derecho concursal*, finalidad llevó aparejada otra, de especial interés para nuestro estudio que no es otra que la anticipación en el tiempo del presupuesto objetivo, *vid.* en relación con los efectos de esta anticipación, ROJO, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid, 1985, pág. 93 y por último, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en la que se propone *sin perder el norte de la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, se ofrezca la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías.*

Se ha de apuntar que el Derecho concursal tradicionalmente ha tenido por finalidad, basándose en su configuración *imperativa*, obtener el grado máximo de satisfacción de los acreedores. La satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común se configura como el fin primordial y tradicional del Derecho concursal. No obstante lo anterior, como es sabido, esta finalidad, se vio alterada en torno a los años ochenta del siglo pasado como consecuencia de la irrupción de teorías sanatorias vinculadas al Derecho concursal cuyo máximo exponente se concreta en la Ley de *prevención* francesa de 1984.²¹³

²¹³ En España en el Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983, proclamaba, como consecuencia de estas tendencias sanatorias, que la finalidad del concurso no era sólo la satisfacción de los acreedores, sino también la protección de los intereses públicos y sociales en los casos de crisis económica de un deudor común (Base I). En este Anteproyecto, la *gestión controlada* cobra una especial relevancia, en tanto que se recurría a ella cuando no se pudiera llegar a un convenio, que tiene preferencia en aras de un interés general, social y público, y se quisiera evitar la liquidación. Sobre la influencia que el ALC'83 recibió de Ordenamientos jurídicos próximos, *vid.* SACRISTAN REPRESA, *op. cit.* pág. 4707. Un cambio en los principios de política jurídica se manifiestan en los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal. (Suplemento al Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior. Nº 1768), cuya Exposición de Motivos disponía que «se intenta encontrar un punto de equilibrio entre las concepciones clásicas y las concepciones modernas acerca de lo que debe ser la legislación concursal, de modo tal que, sin perder el norte de la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, se ofrezca la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor». Por último, la LC en su Exposición de Motivos proclama en su apartado II que «la unidad del procedimiento del concurso se persigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso», para después añadir en el apartado VI que «el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través de un acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud». Las estadísticas demuestran que la solución de los concursos en más de un 95% consiste en la liquidación lo que dificulta aún más el entramado de finalidades perseguidas por el legislador.

Que el Derecho concursal ha de ser imperativo se desprende de la necesidad de contraponer la tutela individual a la tutela colectiva. En efecto, es consabido que cuando el deudor no cumple en forma voluntaria la obligación contraída se abre la posibilidad de acudir al cumplimiento forzoso. Dice el tenor del art. 1911 CC que *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*. La responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el art. 1911 CC, pone de manifiesto la existencia de un poder o derecho de «agresión» del que es titular el acreedor ante un incumplimiento del deudor. La aplicación del art. 1911 CC supone una *anormalidad* en el funcionamiento de la libre iniciativa económica, en la libertad contractual y en la libertad en el poder de disposición de que gozan las personas.²¹⁴ Ahora bien, la ejecución individual o la ejecución colectiva, cuando el deudor posee bienes suficientes que puedan ser trabados en favor de todos sus acreedores, determina la finalización del procedimiento de ejecución y la extinción de sus obligaciones. Por el contrario, la situación

²¹⁴ Vid. Prof. GIRÓN TENA, «Introducción (Temario para una encuesta)», nº 8. *Revista de la Universidad Complutense*. Madrid: Facultad de Derecho, 1985, pág. 12, «ahora bien, frente a la normalidad y al incumplimiento ocasional, adquiere propia relevancia la anormalidad generalizada en la fluidez de los cumplimientos, esto es, lo opuesto al incumplimiento ocasional no significativo de una ruptura con la normalidad, concebida como la posibilidad o potencialidad de cumplir el todo y a su tiempo». En estos términos se pronunciaba ROCCO, «Studi sulla teoria generale del fallimento», Riv. Dir. Comm., 1910, I, pág. 699 quien partiendo del estudio de la quiebra, entendía que se trataba de «un hecho patológico en el desenvolvimiento de la economía crediticia, que constituye el efecto del anormal funcionamiento del crédito»; cfr. TIRADO MARTÍ, «El «interés concursal». Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, tomo LXII, 2009, págs. 91 y 92 que define la insolvencia como «una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad económica, ocurre en una minoría de los casos (es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos para las personas jurídicas); es patológico porque presupone mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho».

difiere ante la existencia de una pluralidad de acreedores en situación de insolvencia patrimonial del deudor común, esto es, cuando el pasivo exigible resulta superior al activo realizable, la aplicación de las ejecuciones singulares y aisladas resultaría injusta para el conjunto de los acreedores.²¹⁵

Ante la insolvencia patrimonial del deudor común, en la concepción tradicional de los institutos concursales, la finalidad de éstos consiste en sustituir la satisfacción individual sobre la base del principio de prioridad en el tiempo de embargo, *prior tempore potior iure*, por la satisfacción colectiva, *par conditio creditorum*, en virtud del cual, los acreedores se organizan bajo la tutela de la autoridad judicial, satisfaciéndose los créditos comunes u ordinarios de acuerdo a este principio.²¹⁶ En definitiva, los procedimientos concursales, en tanto que procesos de ejecución

²¹⁵ En palabras de GARRIGUES, «una exigencia de justicia que armoniza perfectamente con la naturaleza social del Derecho, impone en los casos de quiebra económica una organización de defensa de los acreedores como colectividad. Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, que premia al que llega primero, se opone entonces un principio de equidad: el principio de que el régimen del azar o del favor debe ser sustituido por el de comunidad de pérdidas y el tratamiento igual para todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta a satisfacerlos íntegramente»; *Curso de derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962, pág. 350, también, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma», *ADC*, tomo XXXIII (1980), pág. 45; BISBAL MÉNDEZ, «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, 1994, nº 215, pág. 845, para quien «el derecho concursal es una de las varias piezas predispuestas para extinguir las obligaciones de un deudor insolvente, frente a una pluralidad de acreedores».

²¹⁶ *Vid.* ROJO en MENÉNDEZ/ROJO (dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2014, pág. 494; así es reseñado por la doctrina más clásica, en relación con el concepto de quiebra, *vid.* RAMÍREZ, *La quiebra*, vol. I, Barcelona, 1998, pág. 11, «El concepto «quiebra», pues entraña *prima facie*, bajo el punto de vista jurídico, con anterioridad a su reconocimiento y proclamación por los Tribunales, o sea, antes de su entrada en la esfera del Derecho procesal, una doble circunstancia, a saber: 1ª., incumplimiento de sus obligaciones patrimoniales por el deudor; 2ª., insuficiencia del patrimonio del deudor para el cumplido pago de las obligaciones a su cargo (...) es preciso que el incumplimiento de las obligaciones sea derivación o efecto de la insuficiencia patrimonial del deudor» .

colectiva y universal contra el patrimonio del deudor común, en relación con el derecho privado de las obligaciones, cumplen la principal finalidad asignada que no es otra que la realización del patrimonio del deudor común para satisfacer con su producto a los acreedores.²¹⁷

Luego, una vez reconocida la necesaria imperatividad del Derecho concursal, pasamos a continuación a examinar las consecuencias que dimanarían de esta imperatividad:

En primer lugar, la *imperatividad* de los procedimientos concursales explicaría el clásico deber del deudor de solicitar su concurso. La solicitud del concurso por el deudor, no es algo voluntario, pese a que la denominación del concurso voluntario en la LC, como sucedía con el Derecho previgente, en los supuestos de solicitud por el deudor, pueda inducir a considerar que el deudor puede elegir, en caso de insolvencia patrimonial, entre solicitar su propio concurso o no hacerlo.²¹⁸ Aquí cabe reiterar que el deudor tiene el *deber* de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia (insolvencia actual); pero también tiene la *facultad* de anticiparse a ésta (insolvencia inminente). Como es sabido, en la

²¹⁷ En este punto coincidimos con CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, pág. 20, quien señalaba que «el *planteamiento de partida* es que través del derecho concursal se intenta satisfacer mejor a una colectividad de acreedores mediante un procedimiento de ejecución colectiva universal. Quiere decirse con ello que la meta es *recuperar los créditos* impagados puesto que así se cumple la *función de protección* asignada por el Ordenamiento jurídico».

²¹⁸ Art. 5.1 LC: *el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*. Se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando concurre alguno de los hechos que pueden dar lugar a la solicitud de concurso necesario del art. 2.4 LC

actualidad la LC combina un sistema de garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, con el fin de evitar por una parte, el deterioro de la situación patrimonial del deudor común y, por otra, que este deterioro impida la adopción de las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.²¹⁹

En segundo lugar, este carácter imperativo, explicaría que el Derecho concursal persiga el establecimiento de una equidad o justicia entre todos los acreedores. En efecto, al crearse una comunidad de pérdidas en la que todos los acreedores se reparten de manera equitativa el daño que la insolvencia del deudor común les haya podido producir, se evitan las acciones individuales que egoístamente puedan dañar al conjunto de los acreedores.²²⁰ Pero también son razones de eficiencia las que explican la necesidad del procedimiento concursal, en la persecución del mayor grado de satisfacción de los acreedores. En este punto se ha de destacar especialmente la doctrina norteamericana que incorporó al Derecho concursal, desde finales del siglo pasado, la llamada «teoría de juegos», propia del análisis económico del derecho. Atendiendo a principios originariamente matemáticos de esta teoría y, aplicándolos al Derecho concursal, se viene a formalizar jurídicamente el conflicto existente entre los intereses individuales y el interés colectivo en sede concursal. Se trataba de determinar en definitiva, qué puede hacer un acreedor teniendo en cuenta lo que piensa que harán los demás, en particular cuando el valor de la empresa considerada en su conjunto,

²¹⁹ Exposición de Motivos de LC, apartado II.

²²⁰ No obstante BISBAL MÉNDEZ, *op.cit*, pág. 850 afirma que «la concursabilidad no está para hacer justicia distributiva, sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor (o de la garantía de los acreedores) que acarrea la competición para hacerse individualmente como una parte del mismo».

going concern,²²¹ es superior al de la liquidación. Un primer *juego*, conocido como el «dilema del prisionero»²²² trata de explicar cómo la actuación individual y egoísta de un individuo, en este caso un acreedor, al objeto de maximizar la satisfacción de sus intereses conduce, sin embargo, a un resultado peor para el conjunto de todos los acreedores.

²²¹ El principio contable de “empresa en funcionamiento” o “gestión continuada” guarda una estrecha relación con la anticipación de la solución jurídica a las crisis empresariales. Sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal*, Madrid, Marcial Pons, 2001, págs. 13 a 29.

²²² *Vid.* sobre el particular, el brillante trabajo de JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press), 1986. En su obra, el autor plantea el ya célebre «dilema del prisionero». Se trata de un juego con dos participantes, aunque también podría plantearse con varios participantes, y con una única solución. El juego parte de la detención de dos delincuentes que han cometido dos delitos de distinta gravedad y, en principio el Fiscal sólo tiene pruebas del delito más leve. Para la acusación del delito más grave se requiere la confesión de los delincuentes. Se parte de la base de que a cada prisionero, encerrado y aislado, le resulta indiferente el destino del otro y que no cabe acuerdo posible. La conclusión a la que se llega es que la estrategia que adoptará cada prisionero consistirá en la de acusar al otro para así maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, *vid.* BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and Law*, Cambridge Harvard University Press, 1994, págs. 31 y ss. Sobre el particular, en relación con el procedimiento concursal de la quiebra, BISBAL, *op.últ.cit.* págs.850-851, el reparto que supone la aplicación de un procedimiento concursal es desigual y no siempre justo, comenta el autor ya que «esto es una situación en la que conduciéndose cada individuo racionalmente al objeto de maximizar la satisfacción de sus intereses, el resultado conjunto de esa actuación es peor para todos. En España, un estudio sobre estos ejemplos puede encontrarse en GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999, págs. 99 a 107. También, TIRADO MARTÍ, «El «interés concursal... *op.cit.* págs. 90 a 142. Las consecuencias de la Teoría de juegos y la actitud egoísta de quienes participan en ellos, siguen despertando interés, aplicadas en otros ámbitos aunque con idénticas conclusiones. Recientemente el Diario El país publicaba el 17 de julio de 2015 el caso de un profesor de la Universidad de Maryland quien en la última pregunta de su examen ofrecía al alumno la opción de conseguir dos o seis puntos adicionales en la nota final. El profesor incluía una *cláusula* en virtud de la cual, si más del 10% de los alumnos de la clase elegía la segunda opción nadie se llevaría los puntos adicionales, con independencia de la decisión de cada alumno. La conclusión fue que tan sólo en una ocasión los estudiantes quedaron por debajo del umbral de la opción egoísta. El profesor pretendía demostrar que los individuos no siempre deciden colaborar para alcanzar un fin común, incluso en aquellos casos en los que éste sea beneficioso para ambos. No obstante, en relación a este último juego, hemos de advertir que en la Teoría de juegos *todos los jugadores* parten de una misma situación lo que no siempre sucede entre los alumnos que se presentan a un mismo examen.

Esta teoría cobra especial importancia cuando la insolvencia recae sobre una empresa, ya que en estos casos, sucede que el valor del activo en su conjunto es muy superior a la suma del valor de los elementos que integran la empresa.²²³ En efecto, merced a esta teoría, que ha ejercido una destacable influencia en algunas legislaciones concursales como la alemana, el efecto de «trocear» el patrimonio del deudor provocando así una pérdida general de valor, debería incentivar a la pluralidad de acreedores por encontrar una solución que en su conjunto resulte más equitativa.

Posteriormente esta realidad fue explicada de manera más gráfica sustituyendo el «dilema del prisionero» por el juego del «caladero común»²²⁴ al objeto de determinar no tanto qué es lo que puede pretender el Derecho concursal, sino qué es lo que no puede pretender, incluyendo la posibilidad de que los acreedores afectados sepan que cuentan con dos alternativas: la ejecución individual y la ejecución colectiva.²²⁵ En

²²³ En este punto se han de destacar las reflexiones de TIRADO MARTÍ, *ob.cit.* pág.94, para quien «una empresa en funcionamiento «captura» elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta disgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se trocee y pierda valor.».

²²⁴ Parábola que parte de la existencia de un lago y de un grupo de pescadores. Si inicialmente un solo pescador puede elegir entre capturar peces un sólo día con un beneficio de un millón de unidades monetarias o, explotarlo durante varios años obteniendo unos ingresos anuales inferiores, facilitando con ello la reproducción de las especies, parece evidente que la elección del pescador dependerá de si la suma de los valores que obtenga los años de explotación supera o no el límite del millón de unidades monetarias. El juego, cobra mayor sentido si se trata no de un pescador para el único lago sino una pluralidad de pescadores. En este caso, la solución debería ser la misma que si se trata de un solo pescador, sin embargo, si no se fijan unas normas de explotación se llegaría al agotamiento del lago. Sin estas normas obligatorias para todos, ningún pescador podría inferir en la actuación de los demás.

²²⁵ Así, el trabajo BISBAL MÉNDEZ, *op.cit.* «*La insoportable...*» pág. 854, se ocupa de mostrar que « En términos de Derecho concursal esto significa que la solución colectiva es la única que consiente que los acreedores puedan contrastar el valor de liquidación

efecto, sólo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar sus pretensiones, obteniendo, de este modo, una solución más ventajosa para la colectividad.

Que el Derecho concursal tenga por finalidad la liquidación o la conservación vinculadas a la satisfacción de los acreedores, es un debate suscitado especialmente en el marco del análisis económico del Derecho. Reflejo de ello son las dos corrientes surgidas en torno a las finalidades del Derecho concursal, así como a la jerarquía de las mismas, desde la perspectiva de la eficiencia de sus normas. Así, en primer lugar, un sector de la doctrina considera que frente a la pluralidad de finalidades que puede perseguir el Derecho concursal, la finalidad de la conservación de la empresa puede alcanzarse de manera independiente de la satisfacción de los acreedores, lo que supone que el concurso además de perseguir la tutela del crédito, debe procurar la distribución de las pérdidas que la insolvencia del deudor común pueda ocasionar.²²⁶ Para otro sector, por el contrario, la finalidad del concurso es la exclusiva satisfacción de los acreedores, a través de la maximización del valor del patrimonio del deudor con una inherente reducción de costes²²⁷ y, en este sentido, la

del patrimonio del deudor con el valor de la empresa en funcionamiento, ya que el sistema de ejecuciones individuales conduce inexorablemente a elegir el valor de liquidación sin contrastación alguna ».

²²⁶ Así, PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...* op. cit. pág. 40 y 41, en relación con las distintas corrientes surgidas en el marco del análisis económico del Derecho.

²²⁷ En especial costes de transacción, *vid.* sobre el particular, BRUNET ICART/PASTOR, *Ciencia, Sociedad y Economía*, Fundamentos, Madrid, 2003, pág. 230, quienes apuntan que «La economía de los costes de transacción trata de explicar por qué algunas transacciones se producen a través del mercado y otras, en cambio, se internalizan en la empresa y a qué lógica responde un distinto orden organizativo de las empresas, o también por qué, en algunos casos, la empresa crece y se confía, más o menos a la jerarquía, y en otros se mantiene en pequeñas dimensiones»; la función del Derecho concursal consiste en la reducción de costes de transacción en el particular proceso de

opción por la solución liquidativa o conservativa vendrá determinada por el propio mercado.²²⁸

Reconociendo el meritorio valor de la aplicación de la teoría de juegos al Derecho concursal, no obstante lo anterior, para un sector de la doctrina el análisis económico del derecho contribuye a explicar los conflictos en el seno de un procedimiento concursal ofreciendo tan sólo una visión parcial de manera que en general, las conclusiones alcanzadas no deben ser consideradas de manera excluyente.²²⁹

De lo hasta aquí explicado, se infiere que, el Derecho concursal es un instrumento jurídico de carácter imperativo necesariamente. Así, entendido en un sentido amplio, el Derecho concursal comprendería todas

reasignación de recursos que exige la insolvencia del deudor, *vid.* BISBAL, *op. cit.* pág.847, para quien «el Derecho concursal (está) destinado a conducir el patrimonio del deudor insolvente al empleo más adecuado; esto es, al empleo que destinaría, si el mercado funcionara sin costes de transacción».

²²⁸ *Vid.* En España esta postura en, BISBAL MÉNDEZ, quien mostraba una postura crítica en relación con la declaración del ALC'83 precisamente sobre la dimensión sanatoria del Derecho concursal al decir en «La insoportable levedad...». *op. cit.* pág. 859 que «la función exclusiva del Derecho concursal ha de consistir en maximizar el valor del patrimonio del deudor, asignándolo al uso que mayor utilidad reporte, bien sea liquidándolo, bien sea manteniéndolo operativo» para después añadir que « el Derecho concursal constituye un *método de mercado* de reasignación de recursos, en el sentido de que es un método que debería lograr que el destino de la empresa fuese el que le reservaría el mercado, si éste funcionara sin costes de transacción». En el mismo sentido, CABRILLO, *Análisis económico del derecho concursal español*, Madrid, 1986, pág. 41y en desde la perspectiva del análisis económico, JACKSON, *op. cit.* pág. 201 y ss.

²²⁹ En este sentido, SÁNCHEZ PAREDES, *op. cit.* pág. 20 para quien en relación con las conclusiones alcanzadas por los analistas económicos del derecho basadas en la eficiencia «el concurso no presenta solo problemas de eficiencia, ni presenta únicamente problemas de distribución, sino que debe resolver un problema de distribución eficiente». En el mismo sentido, GONDRA, «Del derecho de la economía a la moderna economía del derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica), en *Ensayos de economía en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la facultad*, Bilbao, 1981, págs. 49 y ss.

aquellas instituciones que regulan la insolvencia del deudor común, con el fin de obtener la máxima satisfacción de los acreedores.²³⁰ De manera que dirigiéndose a la satisfacción de los acreedores, ya sea mediante una solución convenida o mediante una solución liquidatoria.²³¹

3. EL DERECHO DE LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA. DE LA DESPRIVATIZACION A LA DESJUDICIALIZACION DEL DERECHO CONCURSAL.

Se ha analizado previamente el proceso de *desprivatización* de los institutos concursales propios del liberalismo económico como consecuencia de los principios de política jurídica que inspiraron las reformas concursales en el siglo pasado. Ello nos permite deducir que la consideración de otros intereses sociales y públicos en las situaciones de crisis económica de las empresas constituyera el impulso necesario para

²³⁰ Con relación al Derecho concursal previgente, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ *op.últ.cit.*, págs.30-31, quien ofrece una definición en sentido amplio de Derecho concursal entendido como un «conjunto de instituciones procesales y extraprocesales que regulan el estatuto de las personas físicas o jurídicas, empresarios o no empresarios, en las situaciones de crisis económica (...) se entiende, por tanto, el conjunto sistemático de normas, materiales y procesales, que regulan las relaciones entre deudor común, que no puede, por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores, así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de la crisis económica que puede afectar a las empresas».

²³¹ En este sentido, SÁNCHEZ PAREDES, *op. cit.* pág. 17, para quien en la actualidad «los procedimientos concursales no están dirigidos a conservar empresas ni a eliminar empresas insolventes sacando del mercado a los menos preparados. Su función debe ser procurar la satisfacción de los acreedores del deudor, tutelando sus derechos en las situaciones de crisis, de la misma manera que las demás ramas jurídicas les procuran tutela en las situaciones de «normalidad» económica o financiera».

la conservación de la empresa del deudor como mecanismo de solución preferente.

Conviene apuntar que desde la desprivatización de los institutos concursales del siglo XX estamos asistiendo en la actualidad, al menos desde la última década, en España y especialmente en Europa y EE.UU., a un proceso de *desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis empresariales del deudor común*.²³² Resulta obligado destacar que mediante esta desjudicialización se pretende la regulación de instancias convenidas que ocupando una posición intermedia entre los tradicionales convenios judiciales insertos en el procedimiento concursal y las soluciones convenidas extrajudiciales, sumen las ventajas de una parte de los convenios concursales, en particular en cuanto al control judicial se refiere y de otra parte, de las ventajas de las soluciones extrajudiciales de composición de crisis económicas sobre la base de la autonomía de la voluntad, en orden a aportar la flexibilidad y de manera especial, el ahorro de costes.

²³² Esta desjudicialización se advierte en las reformas legislativas acometidas en Francia en julio de 2005 y en Italia en marzo de 2005 y en las reformas de la LC española de 2009, 2011 y 2014 en virtud de las cuales se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos.

En estos términos se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, «Concurso y precurso», RDCP, nº 22, 2015, pág. 17 y 18 al decir que en relación con las recientes reformas de nuestra legislación concursal «el centro de gravedad del sistema se desplaza, del tiempo de tramitación del procedimiento al previo a su apertura («prevención»); de la jurisdicción, a la autonomía de la voluntad («desjudicialización»), con el leve control. En su caso, de registradores y notarios y de la intervención de experto, auditor o mediador, y control judicial muy limitado. La descarga de la justicia se hace a expensas de la disminución de las garantías jurídicas». También SÁNCHEZ PAREDES, *op. cit.* pág. 14 quien en este sentido señala que «en la tercera etapa que se desarrolla en la actualidad, el sistema económico se define por una interdependencia propia de un entorno globalizado».

En este sentido, consideramos que el Derecho concursal debe dirigirse ante todo a la tutela del crédito, con independencia de si lo hace mediante una solución convenida o mediante una solución liquidatoria. La liquidación y, especialmente la conservación de la empresa no deben considerarse como un fin del Derecho concursal, sino un *medio* para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor común ante una pluralidad de acreedores.

La prevención o la remoción²³³ de la insolvencia del deudor común por medio de institutos de carácter conservativo –preventivo, en particular, vía convenios amistosos extrajudiciales, que alcancen una mayor satisfacción de los intereses de los acreedores, al tiempo que la conservación de la empresa, responde a lo que podríamos llamar una *evolución natural del Derecho concursal*. En efecto, si analizamos la configuración de la normativa concursal, en lo que a la *finalidad primaria* se refiere, desde un punto de vista cronológico observamos, que el fin de la tutela del crédito ha ido variando desde los primeros sistemas concursales hasta la actualidad. Así, en un primer momento el fin de los procedimientos concursales no era otro que la liquidación, el reparto de los bienes y el castigo del deudor común, como fin para alcanzar exclusivamente la satisfacción de los intereses de los acreedores. Con el paso del tiempo, la conservación de la empresa emerge como un fin en sí

²³³ Como veremos más adelante, los convenios amistosos extrajudiciales pueden perseguir en unos casos la prevención de la insolvencia y, en otros, de manera más discutida, la remoción de la insolvencia una vez que ésta ya se ha manifestado con el fin de evitar la apertura del procedimiento concursal; *vid.* sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Preconcuralidad (...)», *op. cit.* pág. 51y 52 quien pone de manifiesto dudas acerca de la licitud de «convenios amistosos que insertos en el marco de un procedimiento concursal se configuran como una vía de conclusión del procedimiento iniciado».

mismo, quedando relegados los intereses de los acreedores a un segundo plano, hasta llegar, como consecuencia del escaso éxito de la finalidad sanatoria del Derecho concursal así entendida, a un Derecho concursal, que incorpora procedimientos más ágiles y flexibles, que contemplen en sede concursal y *preconcurso*, medidas tales como el convenio, la liquidación o los convenios amistosos extrajudiciales, soluciones todas ellas para alcanzar la tutela del crédito.²³⁴

De nuevo la explicación de este cambio la encontramos en las características del actual sistema económico. En efecto, desde el liberalismo económico de la etapa codificadora, pasando por los sistemas de economía de mercado del siglo XX, llegamos a la actualidad a un sistema económico basado en una *interdependencia propia de un entorno globalizado*. Y es en este contexto, donde el Derecho concursal procura la satisfacción de los intereses de los acreedores al tiempo que se contemplan otros fines, en particular, la corrección de los desajustes del mercado sin olvidarse de los distintos intereses públicos y privados afectados por la crisis económica.²³⁵ En este marco se ha de advertir la preferencia por parte de los operadores económicos hacia la resolución de la insolvencia empresarial a través de soluciones amistosas que

²³⁴ En este sentido se pronuncia CANDELARIO MACÍAS quien en atención a la finalidad primaria perseguida, diferencia en el ámbito del Derecho comparado, entre ordenamientos de primera, segunda y tercera generación, *op. cit.* p. 181. Quizá sería oportuno, siguiendo este criterio de clasificación hablar de ordenamientos de cuarta generación, en tanto que incorporen de manera expresa, ya sea en una legislación concursal específica o no el Derecho preconcursal. ALONSO UREBA, en relación con este momento señala «que se abre paso a un privatismo más utilitarista que desde la configuración de institutos insertos en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad, eliminen los riesgos de la absoluta extrajudicialidad, propiciándose con ello la prevención y conservación de deudores en crisis», en el prólogo a la obra de ENCISO, *op. cit.* pág. 18.

²³⁵ En estos términos se pronuncia, SANCHEZ PAREDES, *op. cit.* pág. 14.

procuren una conservación de la empresa con una mejora en los efectos económicos y sociales, con la finalidad de procurar la satisfacción de los acreedores.²³⁶

Hemos de subrayar que tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, la autocomposición, como solución negociada de resolución de conflictos de intereses, ha experimentado un importante desarrollo normativo en los últimos tiempos. Podemos afirmar que este desarrollo es consecuencia de la escasa efectividad de las legislaciones concursales ya que con frecuencia cuando declaran el concurso del deudor común, se plantea una situación tan compleja y generalmente de absoluto agotamiento económico, de suerte que su recuperación resulta harto complicada. Es por todos admitido que un retraso en la declaración de concurso difícilmente podrá facilitar la solución conservativa propiciada por el legislador concursal. Si en esta situación resulta difícil una solución convenida en sede concursal, la posibilidad de una recuperación empresarial se antoja aún más complicada. En efecto, cuanto mayor sea el retraso en la solicitud del concurso, mayor será la destrucción del patrimonio del deudor como también la dificultad de alcanzar un convenio que permita la satisfacción de los intereses de los acreedores. De igual manera, cuanto mayor sea el tamaño de la empresa.

Y es precisamente en relación con este principio de conservación donde ocupa un lugar destacado, especialmente respecto de deudores con forma societaria, *la prevención de las crisis económicas*. En efecto,

²³⁶ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.* pág. 43, estos acuerdos podrán ser «acuerdos privados concebidos como contratos, convenios o acuerdos con efecto sólo respecto de las partes que participan en ellos».

los mecanismos concursales de carácter preventivo, adquieren cada vez una mayor trascendencia, especialmente en el ámbito del Derecho comparado, gracias a los cuales una intervención temprana y no necesariamente judicial permite, en principio, alcanzar los fines concursales previstos tras las diversas reformas concursales operadas en los países de nuestro entorno. Interesa en este punto mencionar especialmente la reforma concursal francesa incorporada mediante la Ley 84/1984 de 1 marzo, sobre «*Prevention et Règlement amiable des entreprises dans difficulté*», considerada como máximo exponente de Derecho comparado de la regulación de la prevención.²³⁷ Enmarcada esta ley en la corriente sanatoria de los años ochenta del siglo pasado, aborda de manera unitaria y sistemática el tratamiento de la prevención de las crisis económicas en una doble dirección: la prevención por la información y la prevención a través de la financiación. Se establece por primera vez

²³⁷ Esta ley estructura la prevención sobre la base de la información. Para ello resulta imprescindible las medidas de intervención y detección precoz de la crisis empresarial que esencialmente tratan de ofrecer los acreedores reales o potenciales, una información oportuna y fiable sobre la situación económica del deudor. No obstante, ha resultado una ley de escasa aplicación práctica al menos hasta la reforma introducida por la Ley de 2005. *Vid.* sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, *op. cit.* pág. 47 quien apunta que «No obstante, casi veinte años después de la configuración en Francia de un Derecho preconcursal, la valoración de los resultados en la práctica no está exenta de dificultades, y no porque no se hayan alcanzado los objetivos perseguidos, sino porque han sido procedimientos escasamente utilizados, lo que probablemente encuentre su justificación, de un lado, en la ya referida necesidad de confidencialidad en torno a la prevención, y de otro, en la escasa virtualidad coactiva de los mecanismos preventivos», en contra de este parecer, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen...op. cit.* pág. 39 quien señala que «no creo que pueda avanzarse la tesis de la futilidad del intento de crear un Derecho de la prevención concursal a la vista de la experiencia comparada francesa y belga: *la última información estadística disponible de los tribunales de comercio franceses no permite sostener el lugar común de la escasa utilidad práctica de su Derecho de la prevención de la insolvencia*»; en relación con la doctrina francesa, *vid.* JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2006; PÉROCHON/BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, París, 2006; SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2006; GUYON, *Droit des affaires*, vol. II, París, 2003; GALLE, *Reforme du Droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, París, 2005.

la necesidad de que la solución de los procedimientos concursales ya no sea principalmente la satisfacción de los intereses de los acreedores sino la conservación de la empresa.²³⁸ Esta sería la razón por la cual la doctrina francesa se refiere a esta etapa como el tránsito del *Droit de la Faillite* al *Droit des entreprises en difficulté*.²³⁹

Pues bien, en este último escenario de economía globalizada irrumpe la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de septiembre de 2004. Si bien la Exposición de Motivos afirma que esta LC «no supone una ruptura con la larga tradición histórica española» lo cierto es que sí nos encontramos ante una «profunda modificación del Derecho vigente²⁴⁰».

²³⁸ Vid. GUYON, *op. cit.* pág. 39 quien al tiempo que reconoce la finalidad eminentemente preventiva de la ley reconoce que otros textos legislativos ya contemplaron estas medidas, «La loi du 1 mars 1984 est le premier texte législatif officiellement consacré à la prévention des difficultés des entreprises. L'innovation est cependant moins grande qu'il ne paraît au premier abord. Toute règle juridique contribue à la prévention des difficultés, dans la mesure où elle facilite le bon fonctionnement et le développement des entreprises. Beaucoup de lois antérieures faisaient donc de la prévention sans le proclamer ouvertement».

²³⁹ Así, vid. JACQUEMONT, *Droit des entreprises (...), op. cit.* pág. 2 quien en relación con la evolución del *Droit de la faillite* al *Droit des entreprises en difficulté* señala que «maintenant il n'est plus question de loi sur la faillite, mais plutôt de loi de sauvegarde des entreprises, l'ensemble des dispositions étant volontiers qualifié de *Droit des entreprises en difficulté*. Est ainsi marquée la complexité des objectifs, qui sont autant de sauver que d'éliminer des débiteurs ayant une activité professionnelle indépendante et qui sont- ou risquent de tomber en cessations de paiements».

²⁴⁰ Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico de insolvencia» en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, pág.1002, quien comenta que «aunque, como es lógico, los redactores de la LC no han echado en saco roto las aportaciones anteriores y las concreciones legislativas que en el Derecho comparado han intentado adaptar la añosa institución para responder adecuadamente y en términos de justicia a las condiciones de la sociedad y del tráfico actuales, el producto legislativo es distinto de los productos normativos de otros Estados».

Considérese que atendiendo a los principios de política jurídica que la inspiran, la LC se enmarca en el principio de «unidad» entendida desde una triple perspectiva: unidad legislativa, de disciplina, y de procedimiento.²⁴¹ Ahora bien, no se nos escapa, pese a lo apuntado, que este principio de unidad admite *excepciones*. En primer lugar, en lo que concierne a la unidad legal, un mismo cuerpo legislativo regula tanto los aspectos sustantivos como procesales del procedimiento concursal. Ya hemos puesto de manifiesto que el análisis que sigue se centra en las normas de carácter sustantivo, ya que los límites de nuestro estudio vienen determinados por las crisis económicas que afectan a los empresarios que de acuerdo con las estadísticas del INE representan una abrumadora mayoría. Pues bien, esta unidad legal se produce con la excepción de aquellas normas que por su naturaleza, exigen rango de Ley Orgánica, opción de política jurídica que ya se establecía en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que excluía la materia concursal de su ámbito, remitiéndola a una futura Ley Concursal.²⁴²

En segundo lugar, en lo que a la unidad de disciplina se refiere, la LC establece en su art. 1 que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», se supera de esta manera la tradicional distinción entre deudor comerciante y no comerciante a los efectos del tratamiento de su insolvencia, con lo que se

²⁴¹ La Exposición de Motivos de la LC, en su apartado II, recoge los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema como eje vertebrador de la reforma concursal. El principio de unidad, ya se había propuesto en los sucesivos y frustrados intentos de reforma concursal, tanto en el Anteproyecto de 1959, como en el Anteproyecto de 1983 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1995.

²⁴² La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, excluye esta materia de su ámbito y la remite expresamente a la LC, *cfr.* apartado 2º de la Exposición de Motivos de LC.

salva el carácter represivo de la insolvencia mercantil.²⁴³ Sin propósito de agotar los problemas interpretativos que se plantean en relación con la unidad de disciplina, se ha de señalar que la LC viene a establecer preceptos pensados especialmente en relación con deudores con forma de persona jurídica, a diferencia de lo que sucedía con el Derecho previgente, cuyo paradigma era el deudor persona física. En efecto, son varios los preceptos de LC pensados en el concurso de sociedades (normas sobre la llevanza obligatoria de la contabilidad, la inscripción en el Registro Mercantil, así como la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios), fiel reflejo de lo que acontece ante nuestros tribunales, donde la insolvencia de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada son mayoría.

A la luz de lo expuesto, cabría plantearse si tras la promulgación de la vigente LC y el establecimiento del principio de unidad de disciplina, estamos en disposición de reconocer en la actualidad la autonomía del Derecho concursal reclamada por parte de la doctrina en épocas pasadas.²⁴⁴

²⁴³ No obstante hay un supuesto, recogido en el art. 1.2. de la LC en el que una entidad que carece de personalidad jurídica puede ser declarada en concurso, nos referimos a la herencia yacente, como también personas jurídicas que, sin embargo no pueden ser declaradas en concurso, como las entidades que integran la organización territorial del Estado del art. 1.3 de la LC. Por otra parte, el reconocimiento de un procedimiento abreviado para aquellos supuestos que no revistan una especial complejidad atendiendo a lo dispuesto en el art. 190 y ss. de la LC pone de manifiesto que el legislador pese a reconocer unidad de disciplina, se tiene en cuenta las necesidades del deudor civil o del pequeño comerciante.

²⁴⁴ Esta dualidad de disciplina ha servido para considerar el Derecho concursal como una institución perteneciente al Derecho patrimonial unificado, así, CUESTA RUTE/ NUÑEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 371, quien considera «que se presente el Derecho concursal como parte del Derecho mercantil es algo por completo injustificado y sumamente oportunista». En relación con el Derecho previgente, la discusión acerca del carácter mercantil del Derecho concursal se planteaba en otros términos, se mostraban

Por último, en relación con la unidad de procedimiento, el concurso se configura como el único procedimiento para resolver la insolvencia del deudor común. Esta unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo identificado en el art. 2 de la LC con la insolvencia a la que el legislador ha pretendido dotar de mayor flexibilidad. En efecto, el estado de insolvencia al que se refiere el art. 2.3 de la LC procura que la unidad se manifieste no sólo en relación con la persona del deudor, cualquier deudor, sino también unificando su presupuesto objetivo, la insolvencia, de manera que a tenor del art. 2.2 de la LC se encuentra en esta situación «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones». Ahora bien, conviene hacer notar que el reconocimiento en el art. 2.3 de la LC de una insolvencia actual o inminente, supone la incorporación a nuestro vigente Derecho concursal de una *preconcuralidad* desconocida hasta la fecha, en la pretensión de adelantar la declaración de concurso ante los primeros síntomas de dificultad económica con el fin de procurar, en la medida de lo posible, la

partidarios de su consideración mercantil, GARRIGUES, «Derecho de quiebras y de la suspensión de pagos», Tomo XXIV, nº 281, RDP., 1940, pág. 133 y ss; CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, págs.7 y 8, la autora se centra en una triple perspectiva subjetiva, objetiva y normativa para rechazar su autonomía; TIRADO MARTÍ, ob. cit, pág. 89, precisa sobre este punto « En fin, en lo que hace a la relación del derecho concursal y Derecho mercantil, no podemos negar que es una rama del Ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente». Por el contrario, eran partidarios de la autonomía del Derecho Concursal respecto del Derecho Mercantil, en relación con los procedimientos de la quiebra y de la suspensión de pagos y no con el vigente concurso de acreedores con las peculiaridades que éste plantea. Son partidarios de la autonomía del Derecho Concursal: VACAS MEDINA, «L´autonomía del Diritto concursuale» Dir. Fall., 1957, págs. 161 y ss entendiendo que la autonomía legislativa, la científica y la didáctica ya se había conseguido, restando, por tanto, la autonomía sustancial o jurídica del derecho concursal; «Crítica a los procesos concursales vigentes», concursal», Jornadas de Derecho Procesal organizadas por el CGPJ, 1984, págs., 9 y ss.

conservación de la empresa.²⁴⁵ Por otra parte, la unidad de procedimiento judicial admite un desdoblamiento en su tramitación en el convenio, solución preferida por el legislador, o la liquidación. No obstante, habría que reconocer que esta unidad de procedimiento plantea dudas acerca de su unidad, desde el momento en que tras la reforma de 2009, se admite en nuestro ordenamiento jurídico concursal instituciones de naturaleza no judicial que persiguen *mediatamente la finalidad solutoria de las obligaciones de un deudor común aunque inmediatamente se propongan la conservación o continuidad de la actividad productiva del deudor.*²⁴⁶

En orden a sentar las bases de conceptos que serán analizados más adelante, en particular el conocido como «problema temporal» del Derecho concursal, la LC proclama en la Exposición de Motivos que la finalidad del concurso consiste en *la satisfacción de los acreedores*, entendida ésta como *finalidad esencial del concurso*, si bien, se reconoce que el convenio es la solución *normal* del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los

²⁴⁵ El presupuesto de la insolvencia inminente tiene un origen próximo en el Derecho alemán, donde el texto de la *Insolvenzordnung* ya lo recogía como tercer supuesto de hecho del presupuesto objetivo del concurso.; *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico ...», *op. cit.*; también, PULGAR EZQUERRA, *El concurso (...)*, *op. cit.* No obstante, la dualidad de procedimientos abandonada en la LC, aunque no en la reforma propuesta por ROJO, impide las soluciones con alto grado de desjudicialización, *vid.* sobre el particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia» en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, Dir. Rojo, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs.25 y 26.

²⁴⁶ En estos términos, *vid.* CUESTA RUTE/NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* pág. 381 para quienes «si bien es cierto que se mantiene hasta nuestros días la unidad de *procedimiento judicial*, previsto por la LC, ese procedimiento judicial, es decir, el concurso, no es ya el único remedio legal ante el problema de la insolvencia de un deudor con una pluralidad de acreedores».

acreedores.²⁴⁷ A todo ello debe sumarse la delimitación del presupuesto objetivo no sólo en relación con la insolvencia actual sino especialmente con la insolvencia inminente. Que la finalidad del concurso sea la finalidad primaria del concurso, responde a una concepción originaria y funcional de los procedimientos concursales.

A pesar de la dificultad que supuso la reforma de nuestra legislación concursal, cuyo inicio se sitúa a los pocos años de la entrada en vigor del vigente CCom, reforma a la que nos hemos referido en la primera parte de nuestro trabajo, desde la entrada en vigor de la LC en septiembre de 2004, varias han sido las reformas, muchas de ellas de manera precipitada mediante Real Decreto y con preponderante intervención del Ministerio de Economía, las que han venido a modificar de manera sustancial el vigente Derecho concursal.²⁴⁸ En efecto, el

²⁴⁷ Así se recoge expresamente en los párrafos II y VI de la Exposición de Motivos de la LC. Por *finalidad esencial del concurso* hemos de entender si bien el concurso se dirige a dar satisfacción de los acreedores del modo más equitativo y eficiente posible, ya sea a través de un convenio o de una liquidación, *vid.* sobre el particular, ROJO, en Uría y Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006, págs. 895 y ss. También, PULGAR EZQUERRA, «Preconcursalidad (...)», *op.cit.* pág. 41, para quien «la recepción de la fijación del/de los fin/es del Derecho Concursal se ha producido normativamente en un modo distinto en los modelos anglosajones, en los que se suele definir en el articulado de la norma en un modo jerarquizado la finalidad del procedimiento (Alemania y Reino Unido desde la Enterprise Act 2002), y en los modelos latinos, en los que tradicionalmente se ha «obviado» una definición legal de objetivos y la concreción de una finalidad de los procedimientos, a los que en ocasiones, se ha hecho referencia «programáticamente» en la exposiciones de motivos de las normativas concursales».

²⁴⁸ El 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; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la Ley 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el Real decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materias de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, el Real Decreto- ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de

motivo principal por el cual el legislador se ha visto obligado a reformar una legislación tan joven se debe, en la mayoría de los casos a la grave crisis económica mundial, aunque con el transcurso del tiempo bien se podría hablar de *gran depresión*, que pese su carácter internacional, desde el verano del año 2007 ha azotado especialmente la economía española, junto a las restantes economías mediterráneas de la Unión Europea.²⁴⁹

mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y, la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal. La doctrina se ha manifestado muy crítica en relación con las sucesivas modificaciones concursales desde la promulgación de la LC, *vid* OLIVENCIA RUIZ, «Concurso (...), *op. cit.* pág. 6, al declarar que «las sucesivas e incesantes modificaciones revelan la forma precipitada de legislar; a veces, improvisada, impulsada por la urgencia y después desvirtuada por la aplicación práctica o simplemente por la reflexión posterior, que pone de manifiesto los defectos de las normas y obliga de inmediato a rectificar una y otra vez, de manera que la norma se repara o se remienda por oleadas». Estas sucesivas reformas hacen en opinión del citado autor que «esto no es ya un sistema porque carece de armonía y racionalidad, sino un puzle cuyas piezas no encajan. Algo parecido con la restauración del «Ecce Homo» de Borja». No obstante, *vid*. VICENT CHULIÁ, *vid.* «Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación», *RDCP*, nº 22, 2015, págs.19 y ss, considera acertada las reformas producidas al decir que «no es de extrañar que ante esta actitud de tancredismo el Ministerio de Economía y Competitividad haya tomado el relevo al Ministerio de Justicia en la regulación de esta materia y que mediante RDL haya introducido reformas apresuradas pero necesarias que podemos calificar como «La Reforma», por antonomasia».

²⁴⁹ El RD Ley 3/2009, se refiere a la necesidad de reforma del Derecho concursal con motivo de la crisis económica, en su mismo título: Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal *ante la evolución de la situación económica*, la Ley 38/2011 alude en su Preámbulo (I) al *deterioro de la situación económica*, la Ley 14/2013, en su Preámbulo (I), habla de que *España viene atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales*, el RD Ley 4/2014, justifica en su Preámbulo (I), la reforma concursal al objeto del *saneamiento de empresas que, no obstante su elevado endeudamiento, siguen siendo productivas*, por último, sin citar de manera expresa la crisis económica, el RD Ley 11/2014 en su Preámbulo (VII), dispone que *la urgencia viene determinada por la necesidad de garantizar la plena coherencia del conjunto de la normativa concursal después de las novedades introducida*. A partir del RD Ley 1/2015 comienza a referirse a la recuperación económica de nuestro país, justificando las reformas concursales que siguen con el fin de armonizar el conjunto del Derecho concursal español, así, el apartado I de la Exposición de Motivos menciona la existencia de *signos esperanzadores de recuperación y consolidación del crecimiento económico* y, *por último*, la Ley 9/2015, que viene a abordar la extensión de las premisas establecidas en reformas precedentes.

Al hilo de lo anterior, no está de más recordar que la aprobación de la LC en el año 2003 se produjo en un contexto de bonanza económica que se extendió entre los años 1996 a 2007, razón por la cual nuestro Derecho de la insolvencia no abordaba el fenómeno de las empresas en dificultades financieras al margen del concurso de acreedores, ni arbitraba ningún remedio institucionalizado para solventarlo,²⁵⁰ como tampoco dotó a la Administración de justicia de mayores medios tanto personales como materiales, pese a crear órganos jurisdiccionales especializados.

Así las cosas, la LC bajo el principio de unidad legislativa, de disciplina y de procedimiento, con un único presupuesto objetivo y con dos posibles soluciones del concurso, convenio y liquidación, la LC comienza su andadura. Como es sabido, a los cuatro años estalla la crisis económica mundial con lo que pronto la legislación concursal se reveló insuficiente para hacer frente a la avalancha de concursos que

²⁵⁰ En reiteradas ocasiones el legislador, en especial de las reformas de la LC por medio de Real Decreto-Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia concursal y la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal, ha llamado la atención sobre el hecho de que es ésta una Ley que al haber sido elaborada durante un período de bonanza económica no ha sido capaz de dar respuesta a los problemas surgidos en la tramitación de los concursos de acreedores como consecuencia de la crisis económica que se está viviendo. Traemos aquí las palabras de OLIVENCIA RUIZ quien en contestación a las críticas sobre la falta de oportunidad de reformar la legislación concursal en tiempo de crisis económica señala que «es cierto que la Ley Concursal de 2003 se elaboró, como he tenido ocasión de manifestar múltiples veces, en una situación económica de prosperidad, fase expansiva del ciclo con baja inflación, reducidos tipos de interés, creación de empresas y de puestos de trabajo, baja tasa de paro, escasa volatilidad en el mercado; un panorama muy diverso del que devasta desde 2008 la economía española. Pero aquel ambiente de bonanza y serenidad no perjudicó al legislador concursal, sino que le benefició. Aunque traten de regular la situación de insolvencia, las leyes concursales no precisan de la urgencia de una demanda social acuciada por la gravedad de los hechos; muy al contrario, se aprovechan de la calma, estado ideal para elaborar buenas normas, incluidas las concursales», *vid.* OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal y crisis económica», *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012, pág. 527.

comenzaban a llegar a los Juzgados de lo Mercantil.²⁵¹ La falta de adecuación de la LC a esta nueva realidad motivó sucesivas reformas de la LC que han modificado algunos preceptos y en otras ocasiones ha incorporado instituciones desconocidas originariamente por la LC.²⁵²

En este sentido, no dudamos en suscribir la idea de que en este contexto, los elevados costes de los procedimientos concursales, la excesiva duración de éstos, que pese a las reformas resulta inaceptable, la tensión entre la publicidad y la confidencialidad, aún no resuelta de manera satisfactoria en la mayoría de las legislaciones concursales de nuestro entorno, la asimetría en la información ante las insolvencias de las sociedades mercantiles, todo ello ha provocado que no sólo en España, sino también en el resto de Europa, el recurso a los procedimientos concursales, en los supuestos de crisis económica del deudor común, resulte cada vez más escaso, ni siquiera el recurso en España a la propuesta anticipada de convenio.

²⁵¹ Desde el inicio de la crisis económica en España provocó casi de inmediato la presentación de numerosos expedientes de regulación de empleo de grandes sociedades con lo que el impacto económico y la alarma social fue mayor.

²⁵² Las reformas que hasta la fecha se han practicado en la LC son: RDL3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación concursal para la implantación de una nueva Oficina Judicial; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

4.-LA PRECONCURSALIDAD²⁵³ Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

La necesidad de regular la preconcursalidad ha venido siendo reclamada por la mayor parte de la doctrina.²⁵⁴

²⁵³ Vaya por delante una aclaración terminológica en relación con la denominación misma de la *preconcursalidad*. El prefijo “pre” significa en el Diccionario de la Lengua Española *anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento*. Aplicado al concurso, se habla de *preconcursalidad*, en otras *ocasiones* de *preinsolvencia* o de *precrisis* y en el ámbito del Derecho comparado para referirse a situaciones previas a la crisis de las empresas, se alude a *les entreprises en difficulté* o *financial distress*. La confusión a que puede dar lugar el empleo de este término, se encuentra en conexión con el ámbito dentro del cual se mueve la preconcursalidad. En efecto, la dificultad para establecer a partir de qué momento concreto una empresa deja de estar en situación de plena solvencia para pasar a este estado preconcursal, de precrisis o preinsolvencia, reviste una complejidad tal que ni el Derecho ni la Economía pueden precisar con exactitud la separación entre uno y otro estado. Decía GUYON, *op. cit.* pág. 39, que la prevención presenta una connotación más médica o militar que jurídica, ya que prevenir es a la vez curar y defender. En este sentido se han de destacar las reflexiones de OLIVENCIA RUIZ, «Concurso y precurso», *RDCP*, nº 22, 2015, pág.19 al decir que «la expresión literal cubre tanto el período que precede a la declaración de concurso como aquel en que ésta se prevé y tiende a evitar. Quizás hubiese sido más correcto gramaticalmente designar al segundo período con el prefijo *para-*, que es el que se utiliza en el título de nuestra *Revista* (refiriéndose a la *RDCP*)»; *vid.* también, en relación con la confusión a que puede inducir el uso de la expresión “Derecho preconcursal”, FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico (...)*, *op. cit.* pág. 18 y 19, quien precisaba sobre este punto que « la expresión «Derecho preconcursal» es equívoca. Dice poco de su contenido: sólo contiene una doble referencia al aspecto temporal del diagnóstico y al tratamiento de la “precrisis”. Además aquella expresión puede engañar sobre el presunto carácter sistemático del tratamiento preventivo de la insolvencia en el Derecho positivo. Al menos en nuestro derecho positivo –y en general otro tanto acontece en Derecho comparado con la excepción quizá del derecho francés o belga- lo preconcursal no es objeto de tratamiento autónomo en Derecho.

²⁵⁴ Ya en relación con el ALC´83, el Profesor ROJO, «Las opciones del Anteproyecto...» *op. cit.* pág. 99 manifestaba la necesidad de regular convenios extrajudiciales que habían sido excluidos de la redacción del citado Anteproyecto por considerar que la solución dada al presupuesto objetivo obligaba a eliminar un procedimiento preventivo, decía ROJO que «la ausencia de un *convenio (o concordato) preventivo extrajudicial*, es decir, un convenio *preventivo* adaptado a la situación de dificultades de liquidez transitorias o provisionales y, además, un convenio *extrajudicial* que ahorre los costes de todo tipo, y no sólo los económicos, que, en la realidad española supone la apertura de un procedimiento universal aunque no sea de ejecución»; IBÍDEM, ROJO, «La reforma del Derecho concursal español», en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (est. Dir. A. Rojo y Coord. A.B. Campuzano), Madrid, 2003, págs. 110 y 111; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...op. cit.* págs. 8 y 9; IBÍDEM, «La reforma...», *op. cit.*

Conviene apuntar que un Derecho concursal que desatiende la regulación de la *preconcurso* o la prevención de la insolvencia empresarial, hace que su normativa concursal se limite casi exclusivamente a disciplinar jurídicamente la liquidación colectiva del patrimonio del deudor común²⁵⁵. En este sentido, la falta de una regulación preconcursal ha sido considerada como uno de los principales defectos de la LC al menos en su redacción originaria.²⁵⁶

págs. 27 y ss. También FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los presupuestos de la declaración de concurso», en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (est. Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez), Madrid, 2004, pág. 86. Por otra parte en el mismo sentido, en el año 1980, el Profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, *Reflexiones fundamentales (...)*, pág. 31, ofrecía una definición de Derecho concursal en sentido amplio que contemplaba expresamente los acuerdos de carácter extrajudicial, como parte integrante de un conjunto sistemático de normas, materiales y procesales, «que regulan las relaciones entre deudor común, que no puede por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores, así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de las crisis económica que puede afectar a las empresas. Una primera restricción, será lo que limite el derecho concursal a las instituciones propias de las *crisis económica de la empresa*, esto es, la suspensión de pagos, la quiebra y, también, aunque sea excepcional, la administración judicial de empresas embargadas, así como los convenios extrajudiciales».

²⁵⁵ En estos términos, FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad...op. cit.* pág.9; también SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, , «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, nº22, 2014, pág.60, para quien «a partir de la evidencia empírica, que nuestro modelo de la insolvencia se está deslizando hacia la refinanciación como una solución reservada a empresas viables mientras que el concurso se ha convertido en un genuino cementerio empresarial al que llega una abrumadora mayoría de sociedades insolventes. Una situación que provoca algunas dudas acerca de la aptitud de la LC para facilitar soluciones efectivas a la insolvencia».

²⁵⁶ *Cfr.* Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 10 de octubre de 2001, al señalar que «llama poderosamente la atención el hecho de que los autores del anteproyecto no hayan tenido en cuenta las múltiples propuestas prelegislativas que, para la prevención de la crisis, se han formulado en algunos Ordenamientos jurídicos más significativos, así como tampoco aquellas normas que se han introducido en algunos Derechos con esta específica finalidad». También, *cfr.* Informe del Consejo General de la Abogacía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2001.

No obstante, reconocida la necesidad de regular la preconcursalidad, no sólo en el ordenamiento jurídico español sino también en el ámbito del Derecho comparado, lo cierto es que la existencia de un estado previo a la dificultad económica de empresas y deudores profesionales, se resiste a una concreta definición jurídica.²⁵⁷ En este sentido, se ha afirmado que la prevención de las crisis empresariales es una materia de carácter interdisciplinar, de naturaleza económica y jurídica, para cuyo tratamiento debe partirse de la inexistencia de una teoría general sobre las causas de las crisis económicas²⁵⁸. En esta línea, hemos de atender a las palabras de FERNÁNDEZ DEL POZO,²⁵⁹ al decir que «no existe bisturí de jurista que consiga zanjar con claridad la exacta frontera de separación entre la solvencia y la “preinsolvencia”». Y es que la determinación de esta frontera, en la que la prevención puede actuar, presenta zonas de carácter oscuro o borroso que dificultan el ámbito de aplicación del Derecho preconcursal.²⁶⁰ Por otra parte, interesa a nuestro

²⁵⁷ Así, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.* pág. 23 comentaba que «la prevención de las crisis económicas empresariales constituye una materia compleja con componentes de diversa naturaleza jurídicos y económicos, que tradicionalmente ha venido planteando problemas de técnica y política legislativa»; en el mismo sentido, en relación con legislaciones concursales comparadas, PULGAR EZQUERRA, *op. cit.* pág.46 y 47, «al abordar en algunos ordenamientos desde un punto de vista jurídico, particularmente a partir de los años ochenta, el tratamiento de la prevención de las crisis económicas no parte de aproximaciones económicas a los índices reveladores de crisis, planteándose la necesidad de su delimitación jurídica lo que, como puede presumirse y como acontecía en el ámbito económico, no está exento de dificultades».

²⁵⁸ Así, *vid.* PULGAR EZQUERRA *Preconcursalidad...op. cit.* pág. 45; también Enciso ALONSO-MUÑUMER, *op. ult.cit.* pág. 23.

²⁵⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. ult.cit.* pág. 16 y 17.

²⁶⁰ En opinión de RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», en *RDCP*, nº 4, 2006, pág. 187, «Ha sido y es, por tanto, el tema de la prevención y consiguiente declaración tempestiva del concurso un tema recurrente y común a nuestro Derecho concursal –art. 870 CCom. de 1885-, pero al mismo tiempo un

estudio retener este punto, ya que cuando se plantea la necesidad de potenciar la prevención, vía conservación, en aras de satisfacer también los intereses de los acreedores, se propone, en algunos ordenamientos jurídicos como en el alemán con la InsO de 1994 y en el español a partir de la vigente LC, una anticipación en la declaración de concurso mediante el establecimiento de un presupuesto objetivo configurado de manera flexible que incorpore la *insolvencia inminente*. En efecto, la necesidad de adelantar la declaración de concurso ante la aparición de señales económicas de alarma por una previsible dificultad económica que pueda desembocar en una insolvencia, se antoja la única forma viable de lograr la conservación de la empresa.

Con todo y en orden a ofrecer una definición del significado de este Derecho, se puede afirmar que el Derecho preconcursal al que nos venimos refiriendo a lo largo de nuestro estudio, estaría integrado por *todas aquellas normas e instituciones que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis y por fin específico la prevención de la misma*, aunque en ocasiones se reconozca también la posibilidad de remoción de la insolvencia para el caso de que se manifieste en esta fase preconcursal.²⁶¹

tema sumamente delicado y problemático, a juzgar por sus difusos contornos y contenido y por el conflicto de intereses y principios contrapuestos en litigio, que hacen de él una materia sometida a una fuerte controversia doctrinal y legal, y por tanto aún no resuelta definitiva y satisfactoriamente».

²⁶¹ Vid. en estos términos, FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico...op. cit.* pág.19. No obstante, téngase en consideración que al menos en relación con los convenios amistosos preventivos de insolvencia que persiguen la remoción de la insolvencia una vez que ésta ya se ha manifestado y no tanto un tratamiento preventivo de ésta, resultan cuanto menos cuestionables, vid. PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* págs. 64 y ss, señala la autora que « si todos los acreedores del deudor participan aceptando el acuerdo extrajudicial de remoción de insolvencia, podría entenderse que superada por esta vía la insolvencia estarían implícitamente renunciando su derecho a

Merece especial atención el hecho de que se trata de una normativa especial en tanto que está destinada a una determinada clase de acreedores, circunstancia ésta última objeto de numerosas críticas por la doctrina.²⁶²

Así entendido, el Derecho preconcursal debería procurar en primer lugar, una detección o diagnóstico preventivo de las dificultades económicas por las que esté atravesando la empresa, la adopción de las medidas necesarias para de una parte inhibir la insolvencia y, de otra parte, sanear tempestivamente las dificultades económicas siempre que ello sea posible. Ahora bien, sólo se conciben los mecanismos propios de este Derecho de la preinsolvencia en relación con el patrimonio del deudor que sea susceptible de recuperación económica.²⁶³ En este sentido, consideramos que no tendría sentido el planteamiento de estos mecanismos cuando la insolvencia es actual e irreversible, de manera que

solicitar un concurso de acreedores, eliminando en virtud del acuerdo alcanzado su presupuesto objetivo de apertura, pues sobre la base de la doctrina de los actos propios resultaría incompatible la aceptación del acuerdo con una manifestación de voluntad orientada a obtener la declaración de concurso (eis quae pro se introducta sunt renunciare)»

²⁶² Vid. las palabras de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.* pág. 59, al decir que «a partir de ahí se denuncia una discriminación o disparidad entre acreedores, tan contraria a los fundamentos del régimen de la insolvencia. Es una enunciación errónea, por limitada. La refinanciación es un acuerdo en el que participa el deudor y por supuesto, que suele comportar efectos sobre su deuda financiera. Los efectos directos de la refinanciación afectan a los créditos que configuran esa deuda y a sus garantías, pero van más allá».

²⁶³ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.* pág.60, para quien «la nueva normativa apunta al saneamiento financiero y a la reestructuración de la deuda, de forma que «la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico generando riqueza y creando puestos de trabajo». Sólo en relación con esas empresas tiene sentido un proceso de refinanciación y, en consecuencia, es sólo con respecto a ellas como procede aplicar las medidas de tutela que para el deudor y sus acreedores financieros derivan de la disciplina de los acuerdos de refinanciación».

su recuperación económica no resulte viable, quedando, por tanto, en el ámbito del proceso concursal el tratamiento de esta insolvencia.

En este punto cabe advertir que la ausencia de una regulación preconcursal ha sido resuelta de manera diversa por las distintas legislaciones concursales si bien, ya anticipamos que un tratamiento sistemático y autónomo del Derecho de la preinsolvencia o Derecho preconcursal se ha logrado en pocos ordenamientos jurídicos, todo lo más han sido instituciones dispersas y generalmente inconexas que pretenden dar una respuesta rápida y con los menores costes posibles a la insolvencia del deudor común.²⁶⁴

4.1. LA PRECONCURSALIDAD CON ANTERIORIDAD A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY CONCURSAL.

Es consabido que en el Derecho concursal previgente²⁶⁵ como tampoco en la redacción originaria de LC, no se contemplaban mecanismos preconcursales de carácter preventivo.²⁶⁶

²⁶⁴ El Derecho francés se ha caracterizado por tratar la crisis empresarial mediante soluciones conservativas, se manera que desde 1985 su objetivo principal ya no era la satisfacción de los acreedores sino la conservación de empresas en dificultad. En este sentido, desde mediados de los años ochenta, los textos legales que regulan la crisis empresarial, se orientan al salvamento empresarial, así Ley de 1 de marzo de 1984 y la Ley de 1 de marzo de 1985.

²⁶⁵ El vigente CCom siguiendo la influencia del Código de comercio francés, excluyó los acuerdos extrajudiciales quedando limitada su eficacia tan sólo entre las partes y sus herederos. Así, OLIVENCIA RUIZ, «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de comercio», en AA.VV., (dir. Menéndez), *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, pág. 380, quien afirmaba que «el convenio amistoso, extrajudicial, no es solución. Es campo abonado de intermediarios “de olfato”, que buscan comisiones en situaciones comprometidas, de los acreedores más avisados y menos escrupulosos, que obtiene

Con el inicio de la crisis económica en el año 2008, la ausencia de una regulación de institutos de carácter preconcursal se hizo insostenible. En efecto, la restricción crediticia como consecuencia del temor a la rescisión de la refinanciaciones en sede concursal, ex. art. 71 LC, singularmente por parte de las entidades financieras, provocó una situación de caos empresarial. Las empresas, especialmente del sector de la construcción, necesitaban una renegociación urgente de su deuda para evitar la insolvencia y el concurso, por otra parte, las entidades financieras se resistían a esta renegociación de la deuda como consecuencia del régimen rescisorio establecido en la LC, así como de la posible postergación de sus créditos.²⁶⁷ A todo ello había que añadir que en virtud primero de la CBE 4/2004 de 22 de diciembre sobre normas de

privilegios a costa de los más complacientes, honestos y débiles, fuente de fraudes y abusos sobre los que la justicia no ejerce inspección alguna».

²⁶⁶ Así, OLIVENCIA RUIZ, «Concurso (...)», pág. 2 al decir que «en el procedimiento concursal se sitúa, pues, el centro de gravedad del sistema de 2003: el concurso es un procedimiento judicial, desde su declaración hasta su conclusión, y un procedimiento único, lo que excluye el período de tiempo anterior, sólo relevante en cuanto a la suerte o significación que en el concurso puedan tener los actos realizados durante él». Con la excepción de medidas preventivas que pertenecen al Derecho público, a las que deben añadirse la prevención por los cauces paraconcursales recogidos en legislaciones especiales (planes de reconversión, medidas de intervención, sustitución de entidades de crédito, entidades aseguradoras o de embargo de empresas) y fuertemente administrativizados, en España no existía mecanismos preconcursales de carácter preventivo regulados autónomamente. *Vid. sobre el particular*, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.* pág. 25; también RUBIO VICENTE, *op. cit.* pág. 191, «el panorama normativo en materia de alerta y prevención de las situaciones de riesgo o amenaza de insolvencia ha sido y sigue siendo en Derecho concursal español manifiestamente desalentador, a juzgar por el uso indebido y también tardío que se ha venido haciendo del procedimiento de la suspensión de pagos y la presuntamente escasa y conflictiva aplicabilidad de su mecanismo sustitutivo».

²⁶⁷ Para comprender la necesidad de un cambio en la regulación de la redacción original de la LC, téngase en cuenta que en el año 2008 entre otros, se produjeron los concursos de la constructora Martinsa Fadesa con un volumen de 7155 millones de euros, Habitat con 2.807 millones de euros y Nozar con 1.563 millones de euros. Los procesos formales de insolvencia del tejido empresarial nacional aumentaron un 282 por ciento en el período 2008-2011.

información financiera y pública y reservada y modelos de estados financieros y, después por la CBE 3/2010 de 29 de junio sobre entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, las entidades financieras deben clasificar sus operaciones en función de su riesgo de crédito, y llegada la insolvencia o concurso de un prestatario tendrán que dotar o incrementar sus provisiones en concepto de deterioro del crédito. En definitiva, la dotación de estas provisiones suponía una exigencia adicional para las entidades de crédito en un momento de colapso económico.²⁶⁸

Así las cosas, el Gobierno recurrió a la legislación de urgencia y por medio del RD Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante *la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española*. A partir de este momento, se incorporan a nuestra legislación concursal mecanismos de carácter preconcursal, los acuerdos de refinanciación, desconocidos hasta el momento en nuestra legislación concursal.²⁶⁹

²⁶⁸ Vid. sobre los aspectos económico-financieros de reestructuración de la deuda, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* págs. 199 a 213.

En este contexto, la reforma de la CBE 3/2010 contempla expresamente la necesidad de que las entidades financieras contemplen políticas de renegociación de deuda de manera que se establecen principios *ex ante* de gestión del riesgo, prestando especial atención a la gestión de las operaciones de crédito, así como las condiciones que se deben introducir en el caso de reestructuraciones financieras. La CBE 3/2010 da una nueva redacción al apartado 1 del anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, al disponer la política de las entidades financieras deberá procurar «de una política de renegociación de deudas aprobada por el máximo órgano de gobierno, que considere, para acceder a la renegociación de las condiciones inicialmente pactadas, al menos, los siguientes requisitos: a) una experiencia mínima con el prestatario; b) una experiencia de cumplimientos del prestatario durante un período suficientemente amplio, o un importe de amortización del principal prestado que sea equivalente, y c) un límite a la frecuencia de renegociación durante un número suficientemente amplio de años».

²⁶⁹ Los efectos de este RD Ley 3/2009 serán objeto de análisis en el capítulo IV.

Sin embargo, no podemos afirmar que el Derecho concursal español desconociera completamente un Derecho de la preinsolvencia hasta la reforma de la LC en virtud del RD Ley 3/2009. En efecto, llegados hasta aquí y antes de cerrar este apartado general, corresponder exponer algunos mecanismos que en nuestra legislación, aunque de manera dispersa, rudimentaria y al margen de una organización sistemática, se han ocupado con mayor o menor intensidad, como también con mayor o menor éxito, de la preconcursalidad de carácter preventivo con anterioridad a la citada reforma concursal de 2009:

En primer lugar, la declaración tempestiva de la quiebra y, especialmente de la suspensión de pagos, ha sido un tema recurrente en nuestro Derecho concursal. Ya el art. 870 CCom, establecía un principio de *prevención* al decir que:

«El comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el Juez de Primera instancia de su domicilio en vista de su manifestación».

Como es sabido, este precepto fue modificado por la Ley de 10 de junio de 1897, excluyendo del privilegio de constituirse en estado de suspensión de pagos, al comerciante *que careciera de recursos para satisfacerlas (las deudas) en su integridad*. La posterior promulgación de la LSP de 1922 vino a suscitar discrepancias tanto doctrinales como jurisprudenciales acerca de la vigencia de los arts. 870 a 873, en relación con el requisito de *suficiencia de bienes* al que se refieren el art. 870 CCom y el requisito de la *insolvencia definitiva* contemplada en los arts. 8

y 10 de la LSP.²⁷⁰ Este requisito de la suficiencia de bienes del deudor, que resultó objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial, pretendía, al menos en origen, que el beneficio de la suspensión de pagos sólo resultara aplicable a determinados deudores con el fin último de alcanzar un acuerdo entre el deudor y acreedores que permitiera su recuperación económica evitando los graves efectos de la declaración de la quiebra y la liquidación de los bienes del deudor que ésta habitualmente suponía.²⁷¹

En segundo lugar, y ya en el ámbito del Derecho societario, en relación con los que podríamos denominar *mecanismos de alerta internos* para detectar situaciones de preinsolvencia, encontramos una regulación rudimentaria de preservación de la integración del capital social ya en la LSA de 1951, como también posteriormente en la LSA de 1989 y en la LSC de 2011, si bien ésta última coincide en cuanto a su vigencia con la LC modificada en virtud del RD Ley 3/2009.²⁷² En definitiva, podemos afirmar que las normas relativas al capital social como cifra de retención y de garantía para los acreedores sociales, ante la ausencia de

²⁷⁰ Los arts. 870 a 873 del CCom se consideraban derogados por la LSP de 1922 al no exigir suficiencia de bienes en el deudor, ni exigencias temporales para la solicitud de la suspensión de pagos, ni establecer límites respecto del contenido del convenio. *Vid.* sobre el particular OLIVENCIA RUIZ, « Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio» en AA.VV *Centenario del Código de Comercio*, vol. I. (dir. MENÉNDEZ), Madrid, 199, pág. 383 y 384.

²⁷¹ No obstante, es consabido que la expansión del expediente de la suspensión de pagos, se produjo en detrimento del *beneficio* que pretendía otorgar a determinados acreedores. *vid.* ROJO, «El estado de crisis económica», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal* español, Forum Universidad-empresa, Madrid, 1982, pág. 128 y ss.

²⁷² La finalidad de estas normas consistía ante todo en preservar la garantía de cobro que el mantenimiento de un patrimonio contable en una franja de valor superior a la mitad del capital social pudiera suponer para los acreedores de compañías mercantiles en situación de progresivo deterioro financiero, propiciando soluciones a través de un aumento de la financiación propia de la sociedad.

responsabilidad por parte de los socios, generan también efectos no sólo en el ámbito concursal sino también *preconcursal*.²⁷³ Se trata, en definitiva, de evitar el desplazamiento del riesgo inherente a la insolvencia de la empresa, desde los accionistas, hacia los acreedores.

Los efectos prácticos de la situación descrita se materializan en los siguientes preceptos:

A) En primer lugar, en el ámbito de Derecho societario y en relación con el capital social, encontramos una primera norma con destacados efectos en sede preconcursal: el régimen de la reserva legal contenido en el art. 214 LSA actualmente regulado con un contenido idéntico en el art. 274 LSC al decir que:

«1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance al menos, el veinte por ciento del capital social.

2. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin (...).»

También en relación con la cobertura de gastos de establecimiento y otros del art. 194.3 LSA derogado por la Ley 16/2007 de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea disponía que:

²⁷³ Así, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Comentario al art. 1.1» en Sánchez Calero/ Guilarte Gutierrez (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pág.53 quien apunta que una de las medidas para corregir estas situaciones abusivas pasa por la técnica del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

«Hasta que las partidas anteriormente indicadas no hayan sido amortizadas por completo se prohíbe toda distribución de beneficios, a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados».

Otro tanto sucede con la disolución por pérdidas del art.260.1.4 LSA en la actualidad el art. 363.1.e) LSC, ejemplos de finalidad “preconcursoal” comúnmente admitidos por la doctrina²⁷⁴:

«1. La sociedad de capital deberá disolverse:

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.»

Por último, los riesgos de la infracapitalización y los límites a la emisión de obligaciones contemplados en los arts. 282 LSA, hoy art. 401 LSC cuyo contenido es el siguiente:

- «1. Las sociedades de capital podrán emitir y garantizar series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda.
2. El importe total de las emisiones de la sociedad limitada no podrá ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté

²⁷⁴ En este sentido en relación con los deudores con forma de sociedad de capital, se pronuncia SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit*, pág.53 para quien «puesto que en las sociedades de capital no existe responsabilidad personal de los socios, no puede admitirse que el denominado capital nominal sirva para enmascarar una insuficiencia patrimonial. Allí donde la actividad de la sociedad venga produciendo pérdidas, no es admisible para el Derecho de sociedades que la sociedad mantenga un capital nominal notoriamente superior a su patrimonio neto». También, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, Posibilidad y contenido...*op. cit.* pág. 65 y ss. al decir que «toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la “regla de oro” del art. 213.2 LSA (patrimonio superior a capital social)».

garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con un aval solidario de entidad de crédito.».

No obstante, ha de apuntarse que la utilidad y la eficiencia del sistema de capital legal, pese a lo indicado en párrafos precedentes, ha sido cuestionada por la doctrina, desde distintos puntos de vista, con importantes implicaciones en lo que al Derecho concursal se refiere.²⁷⁵

En primer lugar, en lo que concierne a la finalidad principal del Derecho concursal, esto es, evitar el desplazamiento del riesgo inherente a la insolvencia de la empresa, desde los accionistas hacia los acreedores, se critica que en la práctica, el capital social no sea capaz de garantizar que los acreedores sociales puedan finalmente cobrar sus créditos. En efecto, es ésta la principal objeción que recibe el régimen del capital legal, ya que no se establece normativamente por una parte, los medios que eviten supuestos de *infracapitalización* y, por otra, por resultar insuficiente, a estos efectos, con el establecimiento del principio de *capital mínimo*. En otro orden, el hecho de que no existan límites para que la sociedad siga endeudándose o que incluso los administradores sociales (directivos) opten por inversiones más arriesgadas para los acreedores, aunque impliquen un riesgo mayor para la sociedad y para los acreedores sociales, hace que el capital legal resulte un mecanismo de control insuficiente.²⁷⁶

²⁷⁵ En este punto seguimos la sistematización ofrecida por VELASCO SAN PEDRO, en relación con el control *ex ante* de las distribuciones a los socios en «El tratamiento de las distribuciones a los socios», en Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Esteban Velasco (dir.), *La modernización del Derecho de sociedades en España. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Pamplona 2011, págs. 171 a 190.

²⁷⁶ En la fase preconcursal, como es sabido, la *par condicio creditorum* no resulta de aplicación, de manera que no sólo los acreedores, sino también los administradores y el

En segundo lugar, se critica el sistema del capital legal por resultar en unas ocasiones excesivamente rígido, como en materia de dividendos y readquisición de acciones propias y, en otras, por el contrario, excesivamente permisivo, en particular en aquellos casos de reparto de dividendos que sin perjudicar el capital social, puede terminar afectando negativamente la solvencia y/o la liquidez de la sociedad ²⁷⁷ Más grave es aún que la sociedad pueda asumir, sin que el sistema de capital legal instaurado lo impida, endeudamientos que posterguen a los actuales acreedores sociales, alterando de este modo el régimen no sólo concursal sino también preconcursal.

Por último, y en relación con lo que veremos inmediatamente después, se ha achacado al régimen del capital legal una incompatibilidad

deudor, ante la eventual declaración de concurso pueden realizar conductas que persiguiendo la maximización de sus propios intereses, sin embargo, provoquen un perjuicio para los intereses de los demás, incluida la situación económica de la empresa. La situación descrita que ha sido explicada desde la perspectiva del análisis económico del Derecho obedece a *estímulos perversos y oportunistas* especialmente sobre administradores y acreedores, que adquiere mayor relevancia a medida que empeora la situación económica de la empresa. Esta *asimetría de información*, *antiselección* o *selección adversa* en terminología económica, y guarda una estrecha relación con el Derecho preconcursal y el Derecho societario. En estos términos, se pronuncia VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.* págs. 182 y ss; también MENÉNDEZ REQUEJO, «Estructura de capital de la empresa española ante problemas de riesgo moral y selección adversa», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 10, 2001, pág. 486, en opinión de la autora en relación con los distintos niveles de información a los que tienen acceso, los socios, los acreedores y el deudor «se trata de describir aquellas situaciones de «oportunismo precontractual» en que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala «calidad» de lo ofrecido por la otra parte, por lo que acaba suponiendo que lo más probable es la posibilidad peor, ya que por lo general es la más interesante para el otro agente. En esta situación se induce un efecto de selección adversa, dado que únicamente se acabarán ofreciendo las peores «calidades» ya que no se distinguen de las «buenas».

²⁷⁷ En estos términos se pronuncia VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.* pág. 182.

con los estándares contables a partir de la incorporación en Europa de las llamadas *Normas Internacionales de Contabilidad (NIC/NIIF)* y las *Normas Internacionales de Información financiera*, se incide sobre la *incompatibilidad del sistema de capital legal con los nuevos estándares contables*, incorporando un criterio dinámico basado en el *valor razonable* o *fair value*.

B) En lo que concierne a la función de control de la auditoría de cuentas en relación con el tratamiento de la preconcursalidad en el sistema español, se debe destacar especialmente, el apartado b) del art. 209.1 LSA que diseñaba un *primer sistema de alarma de crisis empresarial*.²⁷⁸ El contenido del informe de auditoría debía contener, a tenor del art. 209.1 LSA:

«1. Los auditores redactarán un informe detallado de su actuación, conforme a la legislación sobre auditoría de cuentas, que contendrá, al menos las menciones siguientes:

- a) Las observaciones sobre las eventuales infracciones de normas legales o estatutarias que hubiera comprobado en la contabilidad, en las cuentas anuales o en el informe de gestión de la sociedad.

²⁷⁸ Si bien la redacción del citado precepto, en especial en lo que concierne al apartado b) desconocido en el Derecho contable, en LAC así como en la normativa comunitaria. En este punto se han de destacar el amplio y exhaustivo trabajo de FERNÁNDEZ DEL POZO especialmente en relación con el apartado b) del art. 209.1 LSA, *vid. Posibilidad...*, *op. cit.* pág. 15. para quien «en general, puede decirse que este aspecto un tanto sorprendente del informe de auditoría y de la función del auditor que se encierra en el art. 209.1 b) LSA, cuyo tratamiento legal completa la Resolución del ICAC, ha sido pasado por alto por la generalidad de la nuestra doctrina mercantil, que no ha querido ver en el precepto citado el pilar de un incipiente, quizás necesario, hoy rudimentario, sistema preventivo de crisis empresariales». La regulación actual de este precepto se contiene en el art. 269 LSC cuyo texto, que simplifica su precedente dispone que «Los auditores de cuentas emitirán un informe detallado sobre el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas».

- b) Las observaciones sobre cualquier hecho que hubieran comprobado, cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad.»

La extensión de la función verificadora de la función encomendada al auditor en este apartado b), objeto de críticas por la doctrina, no se ha mantenido, sin embargo en la redacción actual. Así, el art. 269 de la LSC dispone que:

«Los auditores de cuentas emitirán un informe detallado sobre el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas».

Por otra parte, el art. 202.1 LSA con el deber impuesto a los administradores de evaluar los riesgos que afronta la sociedad en el informe de gestión ex art. 202.2 LSA, aunque escasamente revelador de posibles indicios de alarma ya que *se toleraba cualquier ejercicio de imaginación en la confección ritual de este documento*. En general la actuación de los auditores en relación con el informe de auditoría que éstos están llamados a desempeñar. La relevancia del informe de gestión, que es de carácter informativo, consiste en el acceso para todos los interesados en la empresa de aquellos datos que vienen a complementar la información ofrecida por las cuentas anuales, ofreciendo en este sentido, una información más precisa no tanto de patrimonio, situación financiera y de resultados de la sociedad, sino más bien del contexto socioeconómico, político, tecnológico y de estructura de la empresa.²⁷⁹

²⁷⁹ Vid sobre el particular, GALÁN CORONA, «Memoria e informe de gestión. Artículos 199 a 202 de la Ley de Sociedades Anónimas» en Uría/Menéndez/Olivencia (dir), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, Madrid, 2000, pág. 644 quien añade con relación a este

Esta información, así entendida, resulta a todas luces de extraordinaria importancia a los efectos de conocer una posible *preconcurso* en la empresa. Actualmente esta regulación se contiene en el art. 262 LSC, referido al informe de gestión objeto de modificación su apartado primero en virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, añadiendo expresamente la necesidad de que el informe de gestión incluya una *descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta*:

1. El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma.

En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal. Se exceptúa de la obligación de incluir información de carácter no financiero, a las sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

punto que «pero apreciar el estado de la sociedad es preciso no prescindir del futuro: no sólo los acontecimientos importantes para la sociedad acaecidos tras el ejercicio económico, sino también perspectivas, previsiones y, conectado con ello, la actividad en investigación y desarrollo, en cuanto que presentan un extraordinario interés para la evolución previsible de la sociedad».

Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Las sociedades que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada deberán indicar en el informe de gestión el periodo medio de pago a sus proveedores; en caso de que dicho periodo medio sea superior al máximo establecido en la normativa de morosidad, habrán de indicarse asimismo las medidas a aplicar en el siguiente ejercicio para su reducción hasta alcanzar dicho máximo.»

Llamamos la atención en relación con este precepto sobre la necesidad de que incluir información acerca de los *indicadores clave financieros* empleados²⁸⁰, al modo de los sistemas de alertas de otros ordenamientos jurídicos, en particular del francés.²⁸¹

Por último, encontramos una manifestación más de la concursabilidad de nuestra legislación con anterioridad a la LC en los registros públicos, singularmente el Registro Mercantil, en virtud de la obligación de los administradores sociales y de los auditores que

²⁸⁰ Vid. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Información financiera y concursabilidad» en *RDGP*, nº 18, 2013, págs. 84, en relación con estos indicadores señala que, «son un conjunto de reglas analíticas generadas por la praxis profesional, y a las que el propio legislador remite sin especificarlas, art. 262.1 de la LSC, bajo la referencia de indicadores clave, sean o no de carácter financiero, no deja de causar cierta perplejidad y en todo caso siendo criticable una mención de tal naturaleza, que se aluda a que si fuera necesario se recurra a «indicadores clave», referencia que, además, no deja de producir, además una cierta inseguridad jurídica».

²⁸¹ El sistema de mecanismos de alerta del Derecho concursal francés fue incorporado ya con *la Loi du 1 de mars de 1984*, dirigida a informar tanto al empresario como a los órganos sociales de la sociedad acerca de *hechos de tal naturaleza que puedan comprometer la continuidad de la explotación (empresarial)*. El sistema de alertas inicialmente diseñado han resultado posteriormente modificado en 1994 y 2005, como consecuencia de las proposiciones de ley *Bignon* y *Barrot*.

partiendo del *principio de empresa en funcionamiento*, quedan obligados a la formulación y depósito de las cuentas anuales.²⁸² En efecto, uno de los pilares de la prevención es la información empresarial cuya fuente principal se encuentra en el Registro Mercantil, no obstante es necesario advertir que ni el depósito de cuentas ni el Registro Mercantil cumplen una función auxiliar del Derecho de prevención ya que con frecuencia se produce de una parte, un inevitable retraso en la divulgación de la información que accede al Registro Mercantil, con lo que la posibilidad de remediar tempestivamente la situación de preinsolvencia se hace más difícil y, de otra parte, es desgraciadamente una práctica frecuente que precisamente las empresas que no cumplen con la obligación de depositar sus cuentas anuales son precisamente aquellas que se encuentran en dificultades económicas.²⁸³

²⁸²En este sentido, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *op. cit.*, págs. 82 y ss al señalar que «la información económica que encierra las cuentas anuales representa ante todo, una foto en tiempo determinado, es decir, son una manifestación estática de algo que es esencialmente dinámico como es la empresa. A partir de aquí, esa conjugación de factores dinámicos y estáticos, deben analizarse desde una óptica dobl, en tiempo presente, o lo que ha ocurrido hasta un momento predeterminado aleatoriamente –cierre de ejercicio-, pero también y en cuanto aquí interés, en una perspectiva dinámica, que implica necesariamente considerar su viabilidad futura hasta el punto de que el proceso contable a desarrollar podrá materializarse bajo dos premisas absolutamente antagónicas, continuidad o liquidación ; también ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.* pág. 25 y especialmente FERNÁNDEZ DEL POZO, Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. (Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA), Madrid, Marcial Pons, 2001, págs. 79 a 157, IBÍDEM, «Sobre la preconcursalidad...» *op. cit.* págs. 28 y ss., también, RUBIO VICENTE, *op. cit.* pág. 201, quien indica que « las informaciones recogidas en el Registro apuntado podrán operar a modo de indicios o hechos externos reveladores de esa situación (insolvencia)».

²⁸³ *Vid.* sobre el particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad...» *op. cit.* pág. 30, para el autor «Se hace necesario mejorar el sistema informativo público de las señales de alerta, hoy excesivamente articulado en torno a la divulgación registral de las cuentas depositar en el Registro Mercantil a instancias de la entidad obligada a depósito y en la confianza –injustificada, como hemos visto- en que los auditores cumplirán sus función».

En suma, con las anteriores precisiones se ha querido poner de relieve la importancia de esta normativa en el ámbito de la preconcursalidad. Y ello es así porque sólo conjugando estos mecanismos, las medidas de protección del capital social, junto con la actuación de los auditores, a través del informe de auditoría y los mecanismos de publicidad legal mediante el Registro Mercantil, se podrán combatir eficazmente los problemas de información no simétrica entre los distintos acreedores, administradores e incluso el deudor. Las conductas escasamente cooperativas que surgen en este estado, cuya dimensión aumenta a medida que se aproxima la insolvencia, podrían verse reducidas al coordinarse con institutos concursales establecidos en nuestro ordenamiento concursal desde la reforma de 2009.²⁸⁴

4.2.- EL TRATAMIENTO DE LA PRECONCURSALIDAD EN LA LEY CONCURSAL 22/2003 DE 9 DE JULIO

Como ya hemos manifestado en páginas anteriores, el sistema concursal configurado en virtud de la redacción originaria de la LC de 2003, carecía de instituciones que regulasen la preconcursalidad. Al margen de la normativa societaria, desde un punto de vista estrictamente concursal, esta carencia se ha suplido mediante el establecimiento por una parte, de un *período sospecho* de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, *período preconcursal* que puesto en relación con el presupuesto objetivo de la insolvencia, ha permitido ejercer un control sobre hechos reveladores de la misma, así como sobre las

²⁸⁴ Vid. en este sentido, RUBIO VICENTE, *op. cit.* pág. 203 a 207, especialmente 204; también, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.* pág.55.

actuaciones del deudor que pudieran resultar decisivas en cuanto a la calificación del concurso se refiere y, de otra parte, mediante la incorporación en la redacción originaria de la LC de la *propuesta anticipada de convenio* que aunque inserta dentro del procedimiento concursal, en ausencia de una regulación preconcursal, ha venido a cumplir algunas de las funciones asignadas a institutos preconcursales al ser configurada como una *judicialización de los convenios extrajudiciales*.²⁸⁵

A continuación vamos a contextualizar sucintamente el alcance de esta *preconcuralidad* en la redacción originaria de la LC.

En primer lugar y en lo tocante al período sospechoso previsto en el art. 71 de la LC, este plazo de dos años resulta relevante a los efectos de determinar de una parte, los hechos reveladores de la insolvencia que con posterioridad servirán de base para la solicitud de la declaración de concurso necesario, art. 2.4 de la LC, o para fijar el plazo de la solicitud de concurso voluntario, art. 5.2 de la LC y, de otra, para la calificación del concurso, ya que en virtud del art. 164 de la LC, la concurrencia en este período de determinados hechos, en particular relativos a incumplimientos del deudor, pueden provocar una calificación culpable del concurso.²⁸⁶ En

²⁸⁵ Vid. sobre el particular el interesante trabajo de ENCISO ALONSO MUÑUMER, La judicialización de *los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, Monografía asociada a la *RDCP*, nº6, 2007. También, OLIVENCA RUÍZ, *op. cit.* pág. 12, para el autor la propuesta anticipada de convenio sin ser una figura «preconcursal», se trata más bien de un instrumento para «judicializar» los acuerdos extrajudiciales y encauzarlos hacia un convenio concursal.

²⁸⁶ Así a lo largo de este período que podemos llamar *preconcursal*, los actos realizados que resulten perjudiciales para la masa serán rescindibles durante el concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Estos actos son *iuris et de iure*, los gratuitos y los de extinción de obligaciones anticipadas a su vencimiento y, *iuris tantum*, aquellos realizados a favor de persona especialmente relacionada con el deudor, los de

suma, este *proximus tempus decoctionis* se configura como un plazo preconcursal, vacío de instituciones preconcursales pero habilitado para el desarrollo de actuaciones con importantes consecuencias en sede concursal.

En este punto es necesario advertir que, la opción de política jurídica seguida por la LC, en relación con el presupuesto objetivo de declaración de concurso, inspirada en la Ley de concursos alemana de 5 de octubre 1994 *Insolvenzordnung*, (*InsO*) establece en el art. 2 LC, como presupuesto objetivo no sólo la insolvencia actual, no poder cumplir regularmente las obligaciones exigibles, sino también la *insolvencia inminente*, a solicitud del deudor cuando prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.²⁸⁷ La anticipación tempestiva de la solicitud concursal sólo es posible con una definición del presupuesto objetivo muy flexible basada en presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de insolvencia inminente o definitiva. Junto a ello, en relación con el estado previo de insolvencia, o en palabras del legislador del *estado de insolvencia inminente*, ésta se produce exclusivamente en relación con el concurso voluntario, no así con el necesario, de manera que el acreedor

superposición de garantías a obligaciones preexistentes o de constitución de nuevas en sustitución de aquellas. *Vid.* sobre el particular, OLIVENCIA RUÍZ, «Concurso y precurso», en *RDCP*, nº 22, 2015, pág. 11.

²⁸⁷ La *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (*InsO*) cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de enero de 1999, da cuenta de la importancia de la reforma que requirió una *vacatio legis* de cinco años. Como es sabido, una de las novedades principales de la ley alemana consistía en una anticipación en la configuración del presupuesto objetivo, al reconocer la posibilidad de que el deudor pueda instar el procedimiento concursal cuando su incapacidad de pago sea inminente o exista una situación de amenaza de insolvencia (*drohende Zahlungsundfähigkeit* recogida en el § 18(2) *InsO*). Para el caso de que el deudor actúe con prontitud en la solicitud del concurso, se le puede mantener las facultades de administrar y disponer de su patrimonio como también a la inversa, si el deudor persona física se retrasa en la solicitud de su concurso, perderá la posibilidad de liberarse de las deudas residuales.

no podrá instar una declaración de concurso basándose en el peligro que representa la insolvencia inminente, ya que conculcaría el principio constitucional de la libre empresa del art. 53.1 CE. Reiteradamente se dice en relación con la insolvencia inminente que nadie mejor que el deudor conoce su verdadera situación económica. Se habla por ello de *facultad*, no de obligación, del deudor de instar su declaración de concurso.²⁸⁸ No obstante, los estímulos a la solicitud de concurso voluntario que facilita la LC, pese a la voluntad del legislador, han sido cuestionados por la doctrina, ya que los beneficios que pueda ocasionar al deudor una solicitud temprana del concurso pueden no verse compensados con los inconvenientes de la intervención en su gestión. En efecto, la pérdida del control de la sociedad, por parte del deudor en un momento en el que la insolvencia no es actual, al tiempo que los costes que supone la declaración de concurso, hace que los incentivos diseñados por el legislador, no resulten del todo incentivadores para una solicitud temprana del concurso.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la propuesta anticipada de convenio se configura como un instituto concursal de carácter mixto, ya que en el contexto descrito de la LC en su redacción originaria, mediante esta opción se propicia una vía de solución a las crisis económicas basada en la autonomía de voluntad de las partes, sin

²⁸⁸ Así se recoge en el apartado II de la Exposición de Motivos de la LC « el sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

los riesgos de soluciones absolutamente desjudicializadas en el tratamiento de crisis económicas del deudor.²⁸⁹

Asimismo, y en línea de coherencia con lo reseñado, hallamos en la propuesta anticipada de convenio una posibilidad para que el deudor pueda negociar el acuerdo con sus acreedores de forma privada y confidencial, incluso sin sometimiento a requisitos legales y en ausencia de intervención judicial. Esta negociación al margen del procedimiento concursal, justamente cuando se percibe la insolvencia inminente, hace que sólo el deudor en esta fase pueda solicitar la declaración de concurso voluntario, pudiendo utilizar esta circunstancia como amenaza contra sus acreedores con el fin de que éstos suscriban el acuerdo. La situación cambia cuando la negociación tiene lugar en un escenario de insolvencia actual, ya que los acreedores en esta circunstancia están legitimados para la solicitud de concurso necesario de manera que si el deudor inicia las negociaciones en este momento, corre el riesgo de que la solicitud de concurso por uno de sus acreedores impidan el desarrollo del acuerdo ²⁹⁰.

Ahora bien, sin ser un instituto preconcursal,²⁹¹ ya que su anticipación no se refiere a la declaración de concurso sino a la apertura de la fase de convenio, sin embargo sí podemos afirmar que podía

²⁸⁹ *Vid, in extenso*, JACQUET YESTE, *La propuesta anticipada de convenio*, monografía nº 16, asociada a la RDCP, 2012.

²⁹⁰ *Vid.* sobre el particular, ENCISO ALONSO MUÑUMER, *op. cit.* pág. 34.

²⁹¹ Se ha de atender a lo que señala. JACQUET YESTE, *op. cit.* págs.25 y ss. para quien la propuesta anticipada de convenio se configura como un mecanismo anticipador de la declaración de concurso por ser «un estímulo para que el deudor solicite la declaración de concurso en un momento oportuno, permitiéndole una solución más rápida y por esto menos costosa a su insolvencia y a los acreedores una mayor satisfacción de sus créditos basada en un menor deterioro del patrimonio del deudor».

contribuir a una mayor rapidez y eficacia en la tramitación de un acuerdo ente deudor y acreedores. Empleamos el tiempo verbal en pasado ya que la realidad ha resultado contraria a las expectativas del legislador de tal manera, que si ya resultan los convenios ordinarios concursales como modo de terminación del concurso escasamente utilizados, lo propio podría decirse de la propuesta anticipada de convenio.

A mayor abundamiento, lo anterior se demuestra con la realidad y para ello parece necesario aportar, en este momento, algunas referencias sobre los concursos y las propuestas anticipadas de convenios en los últimos años a partir de los datos que obran en el Colegio de Registradores de España:

Partiendo del año 2010, con la primera reforma operada en la LC en virtud del RD Ley 3/2009, se registraron 297 convenios, de los cuales tan sólo 3 corresponden a un concurso necesario. Se trata de una cifra pequeña si la comparamos con el número de empresas que acabarán liquidándose. En efecto, los convenios representan un 11,39 por ciento del total de casos para los que conocemos con certeza la salida asignativa dada por los participantes en el concurso. Es una cifra superior a la obtenida en el 2009 (7,23 por ciento) y supera al porcentaje de las fases de convenio abiertas en 2010²⁹². Pues bien, de los convenios registrados en este año, al menos 45 convenios se aprobaron anticipadamente. Es decir, en el 15,31 por ciento de los casos fueron

²⁹² No obstante, el Colegio de Registradores llama la atención sobre el hecho de que en estos datos es necesario tener presente los efectos del RD 3/2009, que al tiempo que incorpora los acuerdos de refinanciación, flexibilizó las condiciones de inicio de la fase de liquidación, en la fase común, de manera que esta flexibilidad ha permitido a los deudores avanzar solicitudes de liquidación que con anterioridad hubieran tenido que esperar hasta el 2011.

suficientes adhesiones de los acreedores, siendo este porcentaje inferior al 22,41 por ciento, 25,35 por ciento y 21,8 registrados en 2006, 2007 y 2009, aunque similar al 13,8 por ciento obtenido en 2008.

En el ejercicio 2011 cerca del 93 por ciento de las sociedades que iniciaron la fase sucesiva lo hicieron para liquidarse. Así, en 2011 se confirma el escasísimo número de convenios correspondiente a concursos necesarios: 7 casos. Es una cifra muy baja, que sitúa al ejercicio 2011 en la línea de lo observado en 2006 (donde hubo solamente 2 casos), en 2007 (ningún caso), en 2008 (5 casos), en 2009 (ningún caso) y en 2010 (3 casos). De los convenios registrados en 2011, 41 se aprobaron anticipadamente, esto es, sin pasar por la fase sucesiva de convenio). Es decir, en el 14,34 por ciento de los casos fueron suficientes las adhesiones de los acreedores (expresadas por escrito antes de la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores), siendo este porcentaje inferior al 22,41 por ciento, 25,35 por ciento, 21,8 por ciento, y 14,34 por ciento registrados en 2006, 2007, 2009 y 2010, aunque algo superior al 13,85 por ciento obtenido en 2008. En el resto de casos ha sido necesaria la apertura de la fase de convenio y la posterior celebración de la junta de acreedores.

Las fases de convenio abiertas en 2012 representaron un 5,05 por ciento sobre el total de fases sucesivas iniciadas en ese mismo año. Fue una proporción menor a la registrada en 2011 (un 7,13 por ciento), acercándose no obstante a la observada en 2010 (el 5,79 por ciento). También advertimos que el porcentaje de convenios sobre el total de elecciones asignativas del concurso se situó en el 6,87 por ciento, bastante por debajo del 9,83 por ciento anotado en 2011, y alejándose

definitivamente del nivel registrado en 2010 (11,39 por ciento). Estas cifras no sólo confirman el gran peso de la liquidación como salida al concurso, sino también su tendencia a crecer en los últimos años.²⁹³

En lo que concierne al año 2013, si tenemos en cuenta el progresivo empeoramiento en las condiciones financieras de las sociedades concursadas en los años previos, no resulta extraño observar que la mayoría de las fases sucesivas iniciadas en 2013 tenga como objeto de nuevo la liquidación. Por su parte, en 2013 el porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 5,30 por ciento, una cifra dramáticamente inferior al 17,2 por ciento registrado en 2012.

Por último, en 2014 el porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 6,79 por ciento, una cifra algo superior a la correspondiente a 2013 (5,30 por ciento), pero dramáticamente inferior al 17,2 por ciento registrado en 2012.²⁹⁴

²⁹³ No obstante, los datos deben ser interpretados a la luz del hecho de que 2012 fue el primer ejercicio tras la entrada en vigor (el 1 de enero de 2012) de la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, norma que en muchos casos ha permitido avanzar la fecha de apertura de la fase de liquidación, aumentando, en consecuencia, el número de fases sucesivas de liquidación observadas en el ejercicio concreto 2012. De esta forma, el menor peso de las opciones de convenio podría deberse en buena medida al mayor número de liquidaciones registradas en 2012, es decir, liquidaciones que de no haberse aprobado la referida norma se hubieran iniciado en 2013.

²⁹⁴ Descenso que definitivamente hade atribuirse a la aplicación plena de la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* en 1 de enero de 2012, una norma que amplía los supuestos y avanza la apertura de las fases de liquidación reduciendo, en consecuencia, la probabilidad de que se inicie una fase de convenio cuando no tenga posibilidades de prosperar.

A la vista de lo anterior, cabría preguntarse las razones por las cuales el convenio anticipado no es el principal modo de terminación del concurso, habida cuenta de su naturaleza mixta y de las ventajas que supone.²⁹⁵ En efecto, configurado, como solución intermedia entre convenios extraconcursoales y convenios concursales, sobre la base de la autonomía de la voluntad, al tiempo que se aminoran los riesgos propios de una opción desjudicializada, debería convertir está solución concursal en la solución preferida, más aún en tiempos de crisis económica como los vividos.

Quizá haya que buscar la respuesta de nuevo en los costes inherentes a todo procedimiento concursal así como en las exigencias impuestas a entidades de créditos acreedoras por normas sectoriales, concretamente Circulares del Banco de España sobre provisión.²⁹⁶

Como última reflexión y al hilo de lo expuesto, el interés del legislador en una solicitud temprana del concurso, en aras de alcanzar una solución conservativa del mismo, propiciada además mediante diversos estímulos para que sea el deudor quien solicite el concurso,

²⁹⁵ La voluntad de legislador es que el convenio sea la *solución normal del concurso*, para lo que incorpora una serie de incentivos a tal fin como resulta de los arts. 142 y 143 de la LC, a tenor de los cuales, la apertura de la fase de liquidación se circunscribe a aquellos casos en que el convenio no ha sido posible. En este sentido, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio...», *op. cit.* pág. 2113, al decir que «De esta manera nuestro Derecho, en el caso más frecuente de deudores empresarios, viene a seguir una *orientación conservativa de la empresa*, por otra parte presente en mayor o menor medida en la actualidad en el conjunto del Derecho concursal comparado, ya que la realización de bienes que implica la liquidación, comporta frecuentemente la desaparición de la empresa (...).».

²⁹⁶ No obstante, en opinión de JACQUET YESTE, *op. cit.* «La propuesta anticipada de convenio», monografía nº 16, asociada a la *RDCP*, 2012, págs. 20 y 21 *considera precisamente que «la finalidad de reducir los costes del concurso que se atribuye a la PAC afecta tanto a los directos como a los indirectos, pues la PAC actúa sobre los diversos factores que contribuyen al aumentos de los diferentes costes del concurso».*

choca, sin embargo, con el renovado interés por las soluciones preconcursales, en particular los acuerdos de refinanciación incorporados en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la reforma de 2009.

Así las cosas, las dificultades surgen en orden a delimitar el *espacio* de la solvencia, la preinsolvencia y el de la insolvencia o lo que es lo mismo, cuál es el límite temporal en el cual los incentivos que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico concursal pueden operar sin interferir en las medidas de prevención. A todo ello hay que añadir una dificultad añadida y es que en lo que a la prevención se refiere, estamos ante supuesto futuribles, respecto de los cuales no llega a existir una certeza absoluta.

4.3 SOLUCIONES REORGANIZATIVAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA. COMPOSICIONES O ARREGLOS ESTRICTAMENTE PRIVADOS.

La prevención no se alcanza tan sólo mediante la información de hechos reveladores de un estado de preinsolvencia. Una vez conocida la preinsolvencia se hace necesaria una intervención dirigida a la recuperación o *sanación empresarial* para lo que será necesario el empleo de mecanismos dirigidos de una parte a la reorganización extraconcursal de carácter voluntario y de otra parte, mecanismos reorganizativos extraconcursales necesarios.

Corresponde descender, al estudio de los distintos institutos de carácter conservativo-reorganizativo dirigidos a la prevención o remoción de la insolvencia para, posteriormente centrar nuestro estudio en los acuerdos de refinanciación a la luz de las diversas reformas de la LC.

Entendido el concurso como un todo, desde su declaración hasta su conclusión, el período anterior o preconcursal, quedaba excluido en la redacción originaria de la LC, resultando tan sólo relevante a los efectos de las consecuencias que estos actos puedan suponer en el procedimiento concursal. En palabras de OLIVENCIA RUÍZ²⁹⁷ «en el procedimiento concursal se sitúa, pues, el centro de gravedad del sistema de 2003». Sin embargo, la ausencia de institutos preconcursales tanto en la LC de 2003, como en el Derecho previgente se ha suplido mediante arreglos de composición de naturaleza estrictamente privada. Es más, las soluciones estrictamente privadas de las dificultades financieras por acuerdo libre entre deudor y acreedores constituyen, en principio, la opción preferida por los operadores, en particular por la gran empresa, debido fundamentalmente al probado ahorro temporal y de costes tanto económicos como reputacionales que suponen.

Se trata de composiciones o acuerdos que sujetos a la voluntad y negociación de las partes, otorgan más flexibilidad y posibilidades de actuación *ad hoc* aunque esta autonomía de la voluntad de las partes se realice al margen del control judicial. En el Derecho español, esta clase de convenios amistosos extrajudiciales encuentran su fundamento legal en la autonomía de la voluntad de las partes del art. 1255 CC. No se

²⁹⁷ Vid. OLIVENCIA RUÍZ, *op. últ. cit.* pág.12.

someterían, por tanto, en cuanto al contenido y límites, a la legislación concursal o preconcursal si la hubiera, sino a los propios límites de la ley, moral y orden público en relación los supuestos de causa ilícita del art. 1255 CC.

Como quiera que en el ahorro de los costes que suponen estos acuerdos radica su principal ventaja, resulta de interés analizar el significado de estos costes para valorar la preferencia por estas medidas y las reformas que las distintas legislaciones concursales se han visto obligadas a incorporar.

En primer lugar y en lo que concierne al ahorro temporal, es voluntad del legislador, la de simplificar y sobre todo reducir la duración de los procedimientos concursales, precisamente con el fin de reducir costes. Así, en España la LC apunta a este motivo expresamente en el apartado X de la Exposición de Motivos, al decir que *la flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad y 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 garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados.*

De esta manera, el legislador pretende hacer frente a una de las críticas que tradicionalmente se ha dirigido contra el Derecho concursal, esto es, la larga duración de sus procedimientos y el elevado coste de los mismos. En la actualidad, por tanto, si bien la duración del concurso se ha visto formalmente reducida si la comparamos con la duración del procedimiento de quiebra y del expediente de suspensión de pagos, lo

cierto es que sigue siendo un procedimiento costoso y lento, posiblemente por ser excesivamente garantista, presenta un inaceptable tiempo medio de duración superior al año.²⁹⁸ A su vez, esta situación se ha visto afectada por la adversa situación económica que ha provocado un notable aumento de concursos, que como efecto inmediato ha generado una sobrecarga en los Juzgados lo que a su vez se ha traducido en una dilación en la resolución de los procedimientos concursales.²⁹⁹

²⁹⁸ Las estadísticas hablan de una duración de entre 6 meses a 4 años. En este sentido, *vid.* en relación con el Proyecto de Ley Concursal de 2002 a BELTRÁN, « El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en Rojo (dir), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid- Barcelona 2003, pág. 324, al decir que «tal y como aparece configurado en el Proyecto de Ley Concursal de 2002, el concurso de acreedores será un procedimiento largo y complejo, que superará, con mucho el año de duración. Esa duración mínima trasluce claramente del texto, ya que se prevé que los acreedores con garantía real no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el oportuno convenio o, en su defecto, transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación (art. 55.1), y una restricción temporal similar se impone a los acreedores de la masa (art. 153.2).».

²⁹⁹ Todas estas circunstancias están directamente relacionadas con la voluntad del legislador de procurar una *nueva* reducción del problema del coste temporal en relación con el convenio anticipado y el procedimiento abreviado mediante las modificaciones operadas en la LC por el RD Ley 3/2009 y la Ley 38/2011. Así, el legislador consciente de la todavía dilatada duración del procedimiento, ha incorporado diversas medidas tendentes a la agilización de sus trámites procesales:

1- La reducción de la publicidad del concurso. Por otra parte, se restringe la publicidad complementaria a los casos en que sea imprescindible al tiempo que se potencia el empleo de medios telemáticos siempre que sea posible. El cómputo para el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en virtud de esta modificación, se inicia desde la publicación en el *BOE*. 2.-Se suprime el informe de la administración económica, de manera que cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de los límites establecidos en el art. 100.1 LC. 3.-Se admite la tramitación escrita del convenio en concursos de más de 300 trabajadores. Solución especial prevista para los *macroconcursos* en los que se faculta al juez su tramitación escrita.- Se establece un procedimiento abreviado obligatorio en concursos de pasivo no superior a 10 millones de euros. La redacción del art. 190 LC contempla el supuesto de los *microconcursos*, esto es, concursos en los que el deudor persona natural o persona jurídica, está autorizada a presentar balance abreviado con una estimación inicial de su pasivo no superior a 10 millones de euros.

En segundo lugar, y en lo que concierne a los costes económicos asociados a la declaración de un procedimiento concursal, es frecuente distinguir entre costes económicos directos e indirectos.³⁰⁰ En relación con los primeros, nos encontramos con los costes inherentes a todo procedimiento judicial tales como los gastos y costas judiciales, esto es, desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del mismo procedimiento.³⁰¹ Estos gastos aparecen enumerados en el art. 84.2.2º de la LC (costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración del concurso, adopción de medidas cautelares, gastos de publicidad, la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes hasta la conclusión del concurso). Todos estos gastos tendrán la consideración de créditos contra la masa lo que supone que serán satisfechos con prioridad a los créditos concursales.

En cuanto a los costes indirectos, más difíciles de cuantificar y de valorar, destacamos los costes de oportunidad derivados del proceso mismo, tales como la disminución de las ventas, pérdida de clientes o devaluación de la marca entre otros.³⁰²

³⁰⁰ Esta distinción entre costes directos e indirectos encuentra su origen especialmente en el Derecho anglosajón. *Vid. in extenso*, LOPUCKI, LYNN y DOHERTY, «The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy reorganization Case», *Empirical Legal Stud.* Vol. I, 2004; WEIS, «Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims», en BHANDARI y WEIS, *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996;

³⁰¹ Un análisis detallado de todos los gastos y costas judiciales puede verse en GONZÁLEZ NAVARRO, «Las costas en la Ley Concursal», *RDGP*, nº 5, 2006, págs. 115 a 136.

³⁰² Se ha comprobado que la gestión de los costes directos e indirectos asociados a los procedimientos concursales viene a condicionar en parte tanto el resultado, opción entre

En general y en lo que hace a estos costes económicos, es necesario poner de manifiesto que estas cantidades se van a aplicar, en el caso de que el deudor sea una sociedad mercantil, directamente al circulante inmediato de la contabilidad de las sociedades, lo que obliga a contar provisiones adicionales en situaciones ya de por sí complejas de tesorería. Estas tensiones, se agravan más si cabe por las dificultades extremas de obtener financiación una vez abierto un procedimiento concursal en el marco legal vigente. En este sentido, con frecuencia la apertura del procedimiento concursal tenga como consecuencia inmediata una restricción del crédito bancario así como la evaporación de la financiación espontánea concedida por los proveedores de las sociedades, sin que nuestra actual LC prevea mecanismos específicos para obtener fuentes de financiación estables en sede concursal.³⁰³

liquidación o solución pactada, como la eficacia del procedimiento concursal mismo. Vid. en la doctrina norteamericana la base de datos elaborada en 2004 por LOPUCKI/DOHERTY, <http://lopucki.law.ucla.edu/> en la que analizaron la repercusión de la aplicación de *bankruptcy* sobre 48 grandes empresas norteamericanas a lo largo de 4 años. Llegaron a la conclusión de que los factores que condicionaban principalmente la conclusión del procedimiento por una solución conservativa o liquidativa pasaba por la dimensión de la empresa, la duración del proceso y el órgano judicial ante el que se tramita el procedimiento. IBÍDEM «The determinants of professional fees in large bankruptcy reorganization cases», *Empirical Legal studies*, vol. I, 2004. En relación con este último aspecto, el fenómeno del *forum shopping* empresarial....En un intento de cuantificar estos costes, vid. ALTMAN, «A Further Empirical investigation of the Bankruptcy Cost Question», *Journal of finance*, septiembre, 1984, págs. 1067 a 1089 señala que los estudios empíricos desarrollados para el caso norteamericano, ponen de relieve que los costes directos de los arreglos voluntarios son de un 0,65 % del valor contable de los activos, porcentaje menor a los costes obtenidos en un procedimiento concursal que oscilan entre 3,1 por ciento y 7,5 por ciento.

³⁰³ Como sí ocurre, por ejemplo, en los EE.UU. con el *debtor in possession financing* postconcurzal especialmente tras la reforma operada en octubre de 2011 y que entró en vigor en el convencimiento de que estas refinanciaciones pueden llevar, incluso en escenarios de crisis, a la consecución de buenos objetivos de rentabilidad y seguridad jurídica para el inversor *distress*.

Precisamente por todo ello, el procedimiento concursal, lejos de ser un instrumento de reestructuración, es percibido por los operadores económicos como un cauce para liquidar la actividad empresarial con la traumática consecuencia de reasignar los recursos de la empresa.

Por último, y en lo que concierne a los costes reputacionales, vinculados a la percepción que los diferentes agentes económicos (clientes, proveedores, trabajadores, entidades financieras, administraciones públicas) tienen del concurso, hace que la alternativa de la refinanciación sea aconsejable con el fin mantener un deterioro de imagen mucho menor.³⁰⁴ El valor inherente a la empresa en funcionamiento como consecuencia del estigma de la declaración de un procedimiento concursal se va perdiendo de manera irremediable. Es preciso advertir que la mayor rapidez en la celebración y conclusión de un acuerdo privado determina igualmente que los costes indirectos sean menores en un procedimiento privado que en un proceso concursal, ya que la mayor rapidez de éstos reduce la publicidad adversa que produce efectos negativos sobre los trabajadores, clientes y proveedores.

No obstante las ventajas que estos acuerdos amistosos ajenos al control judicial puedan suponer en relación con los intereses arriba mencionados, los riesgos inherentes a los mismos no dejan de suscitar dudas acerca de la generalidad en su aplicación. En efecto, son varios los peligros inherentes a estas medidas privadas en la mayor parte de los casos derivados de la ausencia de control judicial.

³⁰⁴ Ejemplos literarios de los efectos sobre la reputación de los comerciantes declarados en quiebra pueden encontrarse en DUQUE DOMÍNGUEZ «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.* pág. 29 y ss.

En primer término, destacaríamos el peligro de la desmembración del patrimonio del deudor que emerge como consecuencia del hecho de tratarse de acuerdos al margen del procedimiento concursal de manera que no existe, como si sucede en sede concursal, una paralización de acciones ejecutivas individuales. Podría darse la circunstancia de que el inicio de una negociación privada pudiera simultanearse con la sustanciación de acciones judiciales individuales contra bienes del patrimonio del deudor común, lo que dificultaría no sólo la culminación con éxito de la negociación sino que, también podría poner en peligro los intereses del resto de los acreedores no participantes en la negociación ante un eventual retraso en la solicitud de concurso. En estos casos, y cuando el conjunto de la deuda de la empresa es repartida entre un grupo de acreedores difusos, se dice que el ahorro potencial en costes y, en consecuencia la probabilidad de la renegociación privada vendrá condicionada, en todo caso, por la mayor o menor eficiencia de los procedimientos concursales, lo que provoca que la decisión última de optar por esta vía dependa también de circunstancias ajenas al deudor ya los acreedores.³⁰⁵

A esta dificultad habría que añadir, en segundo lugar, el problema que surge en relación con determinados acreedores que podrían resistirse a participar en este tipo de acuerdo decidiendo mantenerse al margen de estas negociaciones cuando se producen con ausencia de control judicial.

³⁰⁵ Vid. GONZÁLEZ MÉNDEZ/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, «Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de insolvencia y transferencias de riqueza », *Investigaciones económicas*, nº 24, 2000, pág. 2, quienes apuntan que « los problemas para acordar el reparto del ahorro de costes pueden venir originados por a) problemas de *free-rider* o de *holdout* cuando la deuda de una empresa es poseída por un número grande de acreedores difusos, b) asimetrías informativas que pueden surgir entre acreedores externos peor informados y directivos o *insiders* de la empresa mejor informados, y c) conflictos entre diferentes grupos de acreedores»;

Se trata del conocido como *holdout problem*,³⁰⁶ desarrollado por los analistas económicos del Derecho, que englobaría no sólo la imposibilidad de negociar con éxito la salida de la crisis, habida cuenta de los insoportables costes que ello acarrea, sino también el problema relativo a las estrategias que de manera coordinada podrían realizar determinados acreedores con el fin de obstruir la negociación buscando otras soluciones seguramente en sede concursal.³⁰⁷

Por último, la celebración de estos acuerdos de composición extrajudiciales presenta un inconveniente relacionado con la aparición de conductas estratégicas fruto de los conflictos de intereses entre el deudor y los acreedores en orden a decidir la solución a la insolvencia del deudor. En la fase preconcursal, como es sabido, la *par condicio creditorum* no resulta de aplicación, de manera que no sólo los acreedores, sino también los administradores y el deudor, ante la eventual declaración de concurso pueden realizar conductas que persiguiendo la maximización de sus propios intereses, sin embargo, provoquen un perjuicio para los intereses de los demás, incluida la situación económica de la empresa. La situación descrita que ha sido explicada desde la perspectiva del análisis económico del Derecho,³⁰⁸ obedece a *estímulos*

³⁰⁶ En relación con el *holdout problem* o problema del veto o extorsión de la minoría, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico (...)*, *op. cit.* pág. 42 y 43.

³⁰⁷ En este sentido es necesario tener en cuenta que en ocasiones los mismos ordenamientos jurídicos pueden favorecer esta clase de conductas si se tiene en cuenta los incentivos que establecen en orden a la solicitud de declaración de un procedimiento concursal necesarios.

³⁰⁸ La Teoría de juegos, formulada por JACKSON en su célebre obra hasta pasar por la aplicación a esta fase preconcursal de la asimetría informativa y el riesgo moral, todas ellas pretenden explicar el comportamiento, en ocasiones escasamente colaborativo con los fines primordiales del Derecho concursal.

perversos y *oportunistas* especialmente sobre administradores y acreedores, que adquiere mayor relevancia a medida que empeora la situación económica de la empresa. Esta desigualdad relativa a la información y a las conductas que se desprenden de ella, se conoce como *asimetría de información*, *antiselección* o *selección adversa*,³⁰⁹ en terminología económica, y guarda una estrecha relación con el Derecho preconcursal.

En este contexto varias observaciones deben apuntarse:

En primer lugar, la asimetría informativa surge en relación con empresas en situación de dificultad económica o precrisis, ya que en situaciones de solvencia, los intereses de socios, administradores y acreedores resultan en mayor o menor grado coincidentes.³¹⁰

En segundo lugar, cuando la asimetría informativa se produce entre los distintos acreedores, nos encontramos con que aquellos que gozan de información privilegiada, en particular, la Hacienda Pública, la Seguridad

³⁰⁹ Vid. MENÉNDEZ REQUEJO, «Estructura de capital de la empresa española ante problemas de riesgo moral y selección adversa», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 10, 2001, pág. 486, en opinión de la autora «Con esta expresión se trata de describir aquellas situaciones de «oportunismo precontractual» en que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala «calidad» de lo ofrecido por la otra parte, por lo que acaba suponiendo que lo más probable es la posibilidad peor, ya que por lo general es la más interesante para el otro agente. En esta situación se induce un efecto de selección adversa, dado que únicamente se acabarán ofreciendo las peores «calidades» ya que no se distinguen de las «buenas».

³¹⁰ Partiendo de un concepto tradicional de sociedad y sobre la base de los arts. 1665 CC y del 116 del CCom, los socios de una sociedad se obligan a hacer aportaciones que han de constituir el fondo común, para la realización de una actividad también común. Ahora bien, que el fin lucrativo sea, en este contrato de sociedad, un elemento esencial o normal es una discusión doctrinal, que no altera la necesidad de la concurrencia de intereses entre los socios y los administradores sociales.

Social o las entidades financieras, buscarán proteger sus créditos más aún, ante una eventual declaración de concurso que suponga una inmediata paralización de las ejecuciones individuales, lo que puede suponer un agravamiento de la situación económica del deudor.³¹¹

Por último, cuando esta asimetría surge entre administradores o directivos y socios, cabe la posibilidad de que en esta situación se asuman riesgos innecesarios, se produzca una desinversión, por ejemplo mediante reparto de dividendos o se mejore la posición de unos acreedores en detrimento de otros.³¹² Esta última asimetría informativa enlaza directamente con el conocido problema del *riesgo moral* relacionado con los estímulos que tienen estos directivos de las empresas para tomar decisiones o realizar actuaciones en beneficio propio, dadas las dificultades que tienen los accionistas y, especialmente los acreedores en controlarlas.³¹³ Llamamos la atención sobre el hecho de que este riesgo moral, surge una vez que la asimetría informativa ya se ha

³¹¹ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *op.últ.cit.* pág. 46 y 47, expone las distintas actuaciones que como consecuencia de los *estímulos perversos* antes descritos pueden realizar determinados acreedores, así «tan pronto como la crisis pueda ser previsible, los acreedores mejor situados repercutirán el mayor nivel de riesgo en las condiciones de sus préstamos; perseguirán la obtención de garantías de no tenerlas o la mejora de las que ya tuviesen; pedirán el reembolso anticipado de su deuda; acudirán a la ejecución judicial de sus créditos etc. Otros no estarán en condiciones de hacerlo».

³¹² Vid. MENÉNDEZ REQUEJO, *op. últ. cit.* págs.487 para quien en relación la asimetría informativa entre directivos y socios se produce la paradoja de que «puede conducir a que la empresa esté infravalorada en el mercado en aquellos casos en que las verdaderas expectativas de la empresa sean positivas, pero no sean reconocidas por los accionistas. En estas situaciones los directivos de la empresa con expectativas positivas tienen incentivos para diferenciarse comunicando la información positiva que no están considerando los accionistas, a través de alguna señal creíble, como es la decisión de aumentar el nivel de endeudamiento de la empresa».

³¹³ Acerca del riesgo moral o *moral hazard*, planteado entre administradores (o directivos) y accionistas y entre administradores y acreedores, *vid.* MENÉNDEZ REQUEJO, *op. últ. cit.*, pags.489 y ss.

producido, de manera que afecta a futuras actuaciones de al menos una de las partes. Los problemas surgen, por tanto, en relación con los incentivos que pueden tener los administradores en el futuro para tomar decisiones o realizar actuaciones en beneficio propio, habida cuenta de la dificultad de que socios o acreedores las puedan controlar.

En conclusión, todos estos riesgos mencionados difícilmente facilitan la finalidad principal de la legislación concursal, esto es, la satisfacción de los acreedores, como tampoco la conservación de empresas viables económicamente, dándose además la circunstancia de que estos costes puedan incluso consumir una buena parte de la masa activa del concurso, ya que al tener la calificación de créditos contra la masa tendrían preferencia en el cobro frente a los demás.

Todas estas situaciones descritas en sede preconcursal podrían ser controladas en el caso del establecimiento de un Derecho preconcursal sistemático y autónomo. Así, junto con el establecimiento de una serie de garantías cuyo fundamento serían fuentes de información que reduzcan esta asimetría, entendiendo por tales aquellos mecanismos insertos no sólo en el ámbito del Derecho concursal, sino también y de manera especial, en el ámbito del Derecho societario y registral.³¹⁴

³¹⁴ Con independencia de la opción de política legislativa y económica adoptada sólo se podrá reducir el alcance y los efectos perniciosos de las crisis económicas con una información simétrica y puntual de la situación financiera de la empresa, *vid.* RUBIO VICENTE, *op. cit.* págs. 190 y 191, también GUYON *op. cit.*, pág. 40.

CAPÍTULO IV. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO: AUSENCIA Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La aprobación de la LC en un contexto de bonanza económica no hizo sentir la necesidad de una regulación sobre el tratamiento de las dificultades económicas de la empresa, al margen de las previsiones contenidas en el Derecho societario, fuera del procedimiento concursal. Con todo, tanto con anterioridad a la promulgación de la LC, como después bajo su redacción originaria,³¹⁵ los acuerdos extrajudiciales de composición de crisis entre el deudor y sus acreedores, eran factibles sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1255 del CC y siempre que se respetasen la ley, la moral y el orden público.³¹⁶

³¹⁵ La regulación de la propuesta anticipada de convenio, venía a cubrir la necesidad de un proceso concursal en parte desjudicializado. En este sentido, se ha hablado de que este convenio anticipado suponía, desde otra perspectiva, una *judicialización de acuerdos extrajudiciales*. Se trata en definitiva, de una solución que presentando carácter concursal y no preconcursal, contribuye a evitar un agravamiento de la situación patrimonial del deudor, en especial en los supuestos de insolvencia inminente. Los datos estadísticos, sin embargo, desde la entrada en vigor de la LC ponen de relieve que la mayor parte de los concursos terminan por liquidación, seguramente por el carácter restrictivo del convenio anticipado, pese a que la ley trata de fomentarlo a través de diversas medidas. Como consecuencia de todo ello, el convenio anticipado resultó objeto de modificación en virtud, primero, del RD Ley 3/2009, en particular mediante la protección de la fase de negociación a través de la comunicación ex art. 5.3 de la LC, la reducción de prohibiciones ex art. 105 de la LC, para poder presentar el convenio anticipado y la reducción del quórum de adhesiones necesario para facilitar la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y últimamente en virtud de la Ley 9/2015 en relación con los posibles contenidos del convenio. *Vid.* sobre el particular, ROJO, *El convenio anticipado*, Madrid, 2004, págs. 14 y ss; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.* págs. 23 y ss. y JACQUET YESTE, *op. cit.* págs. 7 a 11.

³¹⁶ Acerca del carácter transaccional de estos convenios, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio o liquidación» en *Comentarios a la legislación concursal*, en SÁNCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIERREZ (dir.), Valladolid, 2004, para quien «ya que

En este contexto, los tribunales procuraron durante el escaso tiempo, seis años, en el que se careció de una regulación preconcursal, ofrecer una interpretación menos rigurosa de alguna de sus normas, en particular, del ejercicio de acciones rescisorias del art. 71 de la LC cuya aplicabilidad a estos acuerdos, desincentivaba una mayor utilización. De manera que, próxima la reforma de la LC por medio del RD Ley de 2009, se dictaron algunas resoluciones judiciales, que acertadamente matizaron la rescisión en algunas refinanciaciones preconcursales, como en la Sentencia de la Sección 15ª. de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, que basándose en la doctrina del *sacrificio patrimonial justificado*, abría una línea jurisprudencial, admitiendo la posibilidad de eludir la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial establecida en el art.71.3.2º de la LC, respecto a nuevas garantías constituida en acuerdos de refinanciación para garantizar obligaciones preexistentes que no tenían garantías.³¹⁷

se trata, igual que se señala en el art. 1809 del Código Civil al caracterizar a esta figura, de evitar un pleito –en este caso el concurso– mediante los compromisos asumidos por las partes. Con arreglo a estas reglas, y en virtud de lo dispuesto en el art. 1257 del Código Civil, sólo podrá mantenerse la eficacia de estos convenios en relación con las partes que los hayan celebrado; esto es, en relación con el deudor y los acreedores que participen en el acuerdo dando expresamente su consentimiento».

³¹⁷ Siguieron esta línea jurisprudencial, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2011, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de diciembre de 2011 o de la Audiencia Provincial de Vizcaya de de 30 de julio de 2010. Últimamente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de fecha 29 de Julio de 2.014 (Grupo Petromiralles), a vueltas con el sacrificio desproporcionado decía que *«hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo. Si partimos de la base que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores - adheridos o disidentes-, parece razonable entender que la valoración de la proporción o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores*

En esta situación estalla en el año 2008 la que se ha dado en llamar *la primera gran crisis del siglo XXI*. A la vista de esta difícil situación económica, resulta oportuno fijar la atención sobre dos consecuencias relevantes de esta crisis a los efectos de nuestro estudio: en primer lugar, la práctica totalidad del tejido empresarial se vio afectada y como consecuencia de este desastre económico la Administración de Justicia se reveló incapaz de absorber la avalancha de procedimientos concursales con los medios personales y materiales con los que contaban los nuevos Juzgados de lo mercantil.³¹⁸ En segundo término y en relación con lo anterior, la crisis económica provocó un incremento de estos acuerdos extrajudiciales que permitían soluciones preconcursales, rápidas y sin los costes de los procedimientos concursales, pero los riesgos que asumían los financiadores ante una eventual declaración de concurso,

quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior».

No obstante también en este período de seis años se dictaron también otras sentencias de carácter ejemplarizante en la aplicación de las acciones rescisorias del art.71 de la LC, así la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007, que en su fundamento jurídico tercero expone que la constitución de una garantía prendaria e hipotecaria perseguía asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviviera al deudor la percepción de la cantidad prestada, de manera que «*si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho*».

³¹⁸ Esta situación ha tratado de ser aliviada recientemente mediante la modificación del art. 85 LOPJ por la L.O. 7/ 21 de julio, por la que añade un apartado 6 al art. 85 LOPJ, de manera que ahora los Juzgados de 1ª Instancia conocerán en el orden civil *de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora*, si bien estos concursos son una mínima parte de los que se declaran.

con el peligro de la acción rescisoria ex art. 71.1 de la LC y la clasificación subordinada de algunos créditos afectados, comenzaron a suponer un grave problema para la continuidad de estos acuerdos. Así pues, muchos procesos de refinanciación se frustraron incrementándose paralelamente el número de procedimientos concursales y en consecuencia saturando los Juzgados de lo Mercantil.³¹⁹

A este respecto es necesario tener presente además, que los acreedores que participaban en esta clase de acuerdos extrajudiciales con frecuencia eran, y son, acreedores financieros³²⁰, de manera que ante el riesgo de una posible rescisión respecto de actos de refinanciación realizados en épocas de precrisis del deudor, optaron por cortar la refinanciación, así como nuevas líneas de crédito a estos deudores, lo que finalmente se tradujo en un agravamiento de la crisis económica general.³²¹

³¹⁹ En este sentido, destacamos las estadísticas concursales realizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantil. En la correspondiente a 2009, disponible en Internet en <https://www.registradores.org>., donde se señala que sobre un total de 90 refinanciaciones, los pasivos afectados ascienden aproximadamente a 15mil millones de euros, de manera que pese a su escaso número, son grandes empresas las que se han acogido a esta solución en el primer año de su funcionamiento.

³²⁰ En relación con el término *acreedor financiero*, el legislador comenzó refiriéndose a *entidades financieras* para pasar a partir de la reforma operada por la Ley 17/2014 a emplear *pasivo financiero* un concepto más amplio que englobaría también a las entidades financieras.

³²¹ Existía un cierto recelo por parte de algunas entidades de crédito de realizar operaciones de refinanciación ya que ordinariamente, estos acuerdos de refinanciación contienen a favor del financiador nuevas garantías, que con frecuencia cubren las obligaciones crediticias anteriores y las nuevas; asegurándose en muchas ocasiones vía garantías reales las deudas anteriores. En este contexto, con frecuencia estos acuerdos consistían en operaciones complejas, con amortizaciones anticipadas de créditos, muchas de ellas a través de daciones en pago. Además el peligro de una posterior declaración del financiador, entidades financieras en la mayoría de los casos, como cómplice del concursado en la fase de liquidación, con las consecuencias que se

Sea como fuere, no faltaron advertencias acerca del carácter cíclico del período de bonanza económica, así como que la solución conservativa, solución preferente en la LC, posiblemente no se pudiera compadecer con la realidad.³²²

Como consecuencia de todo ello, la dificultad en la celebración de los acuerdos de extrajudiciales y, en general, los efectos de la crisis económica, bajo estas condiciones provocaron un importante repunte, que se mantiene hasta nuestros días, en el uso por parte de los acreedores, singularmente proveedores, de medios de pago tales como el *confirming* y *factoring* con el fin de evitar las consecuencias de la insolvencia de sus deudores.³²³

2. LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: EL RDLEY 3/2009

presentaban a los efectos de la calificación del concurso, no facilitaba la celebración de acuerdos de refinanciación.

³²² Vid. sobre el particular, VELASCO SAN PEDRO, «La apertura de liquidación a solicitud de legitimado» en *La liquidación de la Masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, Rojo/Quijano/Campuzano (dir), Navarra, 2014, pág. 70, quien en este sentido señala que incluso en situación de bonanza económica «se vaticinaba, a la luz de la experiencia comparada de Derechos que habían servido de inspiración al nuevo modelo español, como el alemán, que probablemente la inmensa mayoría de los futuros concursos acabarían en liquidación».

³²³ En efecto, el uso de estos medios, en particular, en la modalidad *sin recurso* permitía un funcionamiento fluido de las relaciones comerciales sin los inconvenientes, por otra parte frecuentes en medio de una crisis económica, de que la insolvencia de un empresario pudiera arrastrar la de los otros.

Lo que se acaba de indicar llevó al legislador a reformar, por primera vez la LC, a los pocos años de su entrada en vigor. Esta reforma se produjo en virtud del *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*.³²⁴ No se trataba de una gran reforma o reforma global, ya que tal y como se recoge en su Preámbulo, «*la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacen necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial así como para seguir impulsando la superación de la crisis mediante el fortalecimiento y la competitividad de nuestro modelo productivo*».³²⁵

De nuevo la crisis económica, ponía de relieve la necesidad de incorporar determinadas mejoras en el sistema concursal.³²⁶ Los datos

³²⁴ A esta reforma de la LC le siguió, apenas unos meses después la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, una reforma de la legislación procesal que afectó también al procedimiento concursal.

³²⁵ No es voluntad del legislador reformar el sistema concursal articulado en la LC de 2003, por ello estas modificaciones se plasman en un Real Decreto Ley, lo que vendría a justificar su urgencia, no obstante, llama la atención que el propio legislador en el Preámbulo del RDL abra la posibilidad a una reforma más profunda y no meramente “ortopédica”, en palabras del Profesor Olivencia, al decir que *sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis (...)*.

³²⁶ *Vid.* con relación a las razones que el legislador considera que justifican una primera reforma de la LC, OLIVENCIA RUIZ, “Del Concurso y tiempos de crisis” en *RDCP*, nº 11, 2009, págs. 23-33; ÍBIDEM, “La reforma de la Ley Concursal” en *RDM*, nº 285, julio-septiembre 2012, págs. 11 a 28. No sólo la crisis económica ha justificado las medidas incorporadas en el RD Ley 3/2009, señala PULGAR EZQUERRA, «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento y comunicación ex art. 5.3» en *RDCP*, nº 11, 2009, pág. 46 indica que «el fundamento último de la política jurídica de las modificaciones introducidas y propugnadas por distintos sectores desde hace ya algún tiempo no parece situarse sólo en la crisis

estadísticos eran, en este momento, decepcionantes. El 95 por ciento de las empresas que entraban en concurso acababan en liquidación y a esto había que sumar la pérdida de valor de muchas de estas empresas como consecuencia de la excesiva burocratización de los procedimientos concursales (costes temporales, costes económicos, así como la estigmatización que sufría –y sufre– el concursado).

En un intento de profundizar en la promoción de los acuerdos extrajudiciales en especial, en la *desjudicialización* del Derecho concursal, el legislador se ocupa por vez primera de los acuerdos de refinanciación de deuda preconcursales de carácter extrajudicial, principal novedad concursal en el art. 8 RD Ley, que lleva por título “Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación” y, en su apartado tercero incorpora una nueva DA. 4ª en la LC.³²⁷ A partir de este momento los acuerdos de refinanciación y la rescisión concursal tendrán una nueva regulación que permitirá la entrada en el Derecho concursal español de la

económica, sino además en *razones de eficiencia y equidad sostenibles en su necesidad también en una situación de bonanza económica*».

³²⁷La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación ha suscitado un gran interés en la doctrina lo que ha traducido en una abundante bibliografía. Para un análisis de los acuerdos de refinanciación; *vid.* AZNAR GINER, *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Valencia, 2010; IBÍDEM, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores*, Valencia, 2014; FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico preconcursal...op. cit.*; IBÍDEM, *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal...op. cit.*; IBÍDEM, «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos e refinanciación”: el expediente registral preconcursal, ADCo, nº 21, 2010, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.*; IBÍDEM, «Estrategias preconcursales e implicaciones financieras de la Ley Concursal», en Alonso Ureba, y Pulgar Ezquerra (coords.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid, 2009; IBÍDEM, «Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011» en *RDCP*, nº 16, 2012; IBÍDEM, «Acuerdos de refinanciación y “fresh money” en *RDCP*, nº15, 2011; ESTEBAN RAMOS, «Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso» en *RDCP*, nº 22, 2015;

desjudicialización y la *prevención* como vía de resolución de la crisis económica del deudor común.³²⁸

La incorporación de estos acuerdos se produjo mediante una reforma de la LC y no mediante la creación de una específica Ley de acuerdos extrajudiciales.³²⁹ En este sentido, no se nos escapa que España era uno de los pocos países en el ámbito del Derecho comparado europeo y norteamericano, que no contaba con una adecuada normativa incentivadora de la refinanciación de empresas en situación de crisis económica, así como de una normativa protectora de los acuerdos de refinanciación preconcursales, clave para la recuperación económica.³³⁰

Se trata, a continuación de analizar los acuerdos de refinanciación, tal y como fueron incorporados a nuestra legislación concursal, en virtud del RD Ley 3/2009, para examinar las modificaciones que estos acuerdos han ido experimentando a la luz de las numerosas reformas de los años 2011, 2013, 2014 y 2015 que se han sucedido desde entonces.

³²⁸ La introducción de esta figura preconcursal no siempre ha sido bien aceptada por la doctrina, de *figura extraña al sistema* ha sido calificada por OLIVENCIA, «La reforma de la Ley Concursal» en *RDM*, nº 285, 2012, pág. 16 para quien «se sitúa así nuestra Ley en una perspectiva contractual, no procedimental, de la prevención de la insolvencia, a través de acuerdos, arreglos o convenios *inter partes*, pero con efectos sobre los acreedores que en ellos no lo han sido».

³²⁹ La reforma operada por el RD Ley 3/2009 y, especialmente la Ley 38/2011 y sucesivas reformas, optaron por potenciar la preconcursalidad mediante la protección de acuerdos preconcursales de refinanciación ante un eventual escenario concursal, sin convertir el Derecho preconcursal en un derecho autónomo, como si se realizó en otros ordenamientos de nuestro entorno, en particular en el Derecho francés reciente con los procedimientos de *Sauvagarde*, antes con el *Réglement Amiable* o el *Redressement judiciaire*.

³³⁰ En Francia, la *Conciliation* y la *Sauvagarde*, en especial la *Sauvagarde Financière Accélérée*, en los EE.UU. los *prepackage agreements*.

No encontramos una definición legal de los acuerdos de refinanciación en el RD Ley de 2009. La DA 4ª añadida a la LC proclama que *tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas*. Este precepto se refiere más bien a los posibles contenidos de los acuerdos de refinanciación que a una definición de los mismos.

En todo caso, a la vista de este precepto y teniendo en cuenta las distintas referencias que se realizan a los mismos a lo largo de la LC, especialmente con ocasión de las sucesivas reformas de la LC, podemos afirmar que se trata de *acuerdos extrajudiciales realizados entre un deudor no concursado y sus acreedores, no necesariamente todos, a través del cual se pretende una reestructuración del pasivo del deudor que le permita continuar con su actividad empresarial, estableciendo un régimen especial en el supuesto de que el deudor resulte declarado en concurso posteriormente*.³³¹

³³¹ Vid. ESTEBAN MARCOS, *op. cit.* pág.425; AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda...op. cit.* págs. 17 y 18 define los acuerdos de refinanciación como «contrato alcanzado al amparo del art. 1255 CC por el deudor, o varios deudores conjuntamente, y su acreedor, o varios de sus acreedores, esto es, tanto de forma bilateral como multilateral, compuesto a su vez por una suerte de pactos que, normalmente conforma un negocio jurídico único e inescindible que tiene su base y fundamento en un plan de viabilidad, tendente a procurar viabilidad y continuidad empresarial del deudor, y a prevenir o evitar la eventual insolvencia o simplemente las dificultades financieras del mismo»; haciendo hincapié en la posibilidad de celebrar acuerdos de refinanciación preconcursal de remoción de la insolvencia, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, «El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación», Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, págs. 115 y ss quien los define como «remedio preconcursal, pues persiguen remover, evitar o prevenir la situación de insolvencia, antes de que el deudor se halle incurso en un procedimiento concursal»; otros conceptos, en JACQUET YESTE, *op. cit.* pág. 107 y ss.

Y es que no debe olvidarse, que al margen de su carácter extrajudicial, evidente por situarse al margen del procedimiento concursal, se trata de acuerdos de carácter eminentemente contractual.³³² Ahora bien, este carácter contractual de los acuerdos de refinanciación cobra un nuevo sentido cuando se producen en sede preconcursal. En efecto, en virtud del art. 1257 CC, *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*, de manera que dado que los acuerdos de refinanciación no son *acuerdos de masa*, no deberían obligar más que a quienes los han suscrito y, sin embargo, como veremos más adelante, la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación – aspecto que se introdujo en la reforma de 2011– provoca que éstos obliguen también a quienes no los han suscrito o incluso han manifestado su disconformidad a los mismos dentro de ciertos parámetros.³³³

Así las cosas, y sin anticiparnos a las reformas que se sucederán más adelante, la DA 4ª se ocupaba no sólo del contenido de estos acuerdos sino también y de manera especial de la incorporación en nuestra legislación concursal de lo que ha dado en llamar *escudos*

³³² Vid. PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* pág. 210 quien destaca que los acuerdos de refinanciación son «negocios jurídicos plurilaterales de derecho privado, concluidos y ejecutados en el marco de la autonomía de voluntad».

³³³ En este punto podríamos trasladar las clásicas tesis que en relación a la naturaleza jurídica del convenio concursal se han suscitado en la doctrina. Las diferentes corrientes doctrinales procesalistas, contractualistas y mixtas que han surgido en torno a la obligatoriedad del convenio concursal también para acreedores ausentes y disidentes también. Sobre estas corrientes, analizadas en sede preconcursal, recientemente *vid.* JACQUET YESTE, *op. cit.* pág. 11 a 16.

protectores,³³⁴ respecto de determinados acuerdos de refinanciación, singularmente aquellos que por su interés merece la pena *blindar* frente al régimen general de rescisión concursal del art. 71 LC, todo ello ante un hipotético escenario concursal.³³⁵

No obstante, la técnica legislativa empleada en este RD Ley resulta deficiente en algunos aspectos.³³⁶ En este sentido, interesa subrayar problemas con la interpretación sistemática que se desprende de la lectura del párrafo primero del número 2 de la DA. 4ª (*no estarán sujetos a refinanciación...*) y el número 3 de la DA. 4ª (*declarado el concurso, sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos*) debiendo interpretarse como que sólo será posible la impugnación contra aquellos acuerdos de refinanciación que no cumplen con los requisitos establecidos en la DA. 4.2 de la LC. Esta excepción se recoge igualmente en la Ley 38/2011 de la LC en los arts. 71.6 (*no podrán ser objeto de refinanciación los*

³³⁴ Con frecuencia se cita como origen de estos *escudos protectores*, los *Accordi di Risanamento* del art. 67.3 *L.Fall.*, también podrían situarse en el origen de los mismos los *Accord constaté* del Derecho francés respecto de los que se manifiesta una preferencia por este tipo de acuerdos gracias a la máxima confidencialidad que guardan lo que se traduce en un posible mantenimiento del crédito del deudor.

³³⁵ No se protege de la rescisión a cualquier acuerdo extrajudicial, tan sólo aquellos acuerdos que reúna cumulativamente y no alternativamente los requisitos que se recogen en el número 2 de la DA. 4ª del RD Ley 3/2009 (1. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. 2. Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del RRM. 3. Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores). Estos acuerdos deberán de *responder a un plan de viabilidad* que permita la *continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo*.

³³⁶ Como todo es susceptible de empeora, esta técnica sin embargo, es mucho mejor que la de algunas de las ulteriores reformas de la LC.

acuerdos alcanzados por el deudor...) y 72.2 de la LC (sólo la administración judicial estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria). Nótese que ahora se habla expresamente de acción rescisoria frente a acciones de impugnación del RD Ley 3/2009.³³⁷

Por lo demás los acuerdos de refinanciación podrán adoptarse tanto en situaciones de insolvencia efectiva del deudor, como en situaciones de preinsolvencia, pudiendo intervenir un acreedor o varios y resultando indiferente el tipo de acreedor que interviene, aunque con frecuencia lo serán acreedores financieros.

A la luz del contenido y participantes de los acuerdos de refinanciación arriba mencionados, las siguientes apreciaciones pueden colegirse:

En primer lugar y en lo que concierne al ámbito objetivo del acuerdo de refinanciación, hay que distinguir entre los acuerdos de refinanciación

³³⁷ Vid. sobre el particular, OLIVENCIA, «La reforma de la Ley ...», *op. cit.* págs. 17 y 18; no obstante, acerca de la conveniencia de la formulación positiva que realiza la DA.4ª y de la necesidad de mencionar expresamente las acciones de impugnación, sin necesidad de abandonar esta opción a decisiones jurisdiccionales como la célebre sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico preconcursal...op. cit.* pág. 229, quien señala que «la formulación positiva en la última reforma concursal de ese nuevo supuesto de enervación legal de la rescisoria concursal se me antoja oportuna, a la vista de la cierta desorientación que revelaban en sus decisiones los juzgados de lo mercantil cuando debían enfrentarse con un concurso declarado y con unos acuerdos de refinanciación en que se constituyen, como era y sigue siendo habitual, “*garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*”»; también, CERDÁ ALBERO, *op. cit.* pág.117, califica de *forzado bucle normativo* el art. 71 bis y el art. 72.2 de la LC de manera que «la solución se encuentra en el inciso segundo de este art. 72.2 de la LC: el fundamento de partida de la acción rescisoria concursal consiste en el incumplimiento de las condiciones previstas para cada modalidad de acuerdo de refinanciación (colectivo o particular) en los respectivos apartados 1 y 2 del art. 71.2.3 de la LC».

propiamente dichos, que tratan de prevenir la insolvencia, y el convenio concursal:³³⁸

Los acuerdos de refinanciación son preconcursales y de carácter extrajudicial, y surgen necesariamente *antes* de la declaración de concurso de acreedores, debiendo distinguirse a su vez entre refinanciaciones *preventivas*, por ser anteriores a la insolvencia o de *remoción* de la insolvencia para el caso de que ésta ya se haya producido. Estas refinanciaciones operan en todo caso sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad de las partes del art. 1255 CC. En este ámbito la rescisión no opera de manera homogénea ya que dependerá en todo caso del cumplimiento cumulativo de los requisitos legalmente previstos en la DA. 4ª de la LC.³³⁹

³³⁸ Las dudas generadas acerca de si los acuerdos de refinanciación debían tener carácter exclusivamente preventivo, tal y como parecía desprenderse de su primera regulación en el RDLey 3/2009, se ha disipado con la Ley 38/2011, ya que no hay un pronunciamiento expreso al respecto en su articulado que lo impida. En efecto, para la concesión de nuevo crédito o la modificación de las obligaciones preexistentes, la LC permite eludir el estado de insolvencia actual del art. 2.2 de la LC, ya que al no haber obligaciones exigibles, que el deudor no estaba en condiciones cumplir de forma regular, porque son novadas por otras sujetas a término o se satisfacen mediante daciones en pago, se remueve el estado de insolvencia, y con ello tanto la posibilidad de que sea instado por un acreedor el concurso (art. 3.1 de la LC), como el deber legal que recae sobre el deudor de instar su propio concurso voluntario en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento o pudo conocer de la situación de insolvencia (art. 5.1 de la LC). En este sentido, *vid.* ESTEBAN MARCOS, *op.cit.* págs.423 y ss También, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* pág. 284.

³³⁹ *Vid.* especialmente PULGAR EZQUERRA, *op.últ.cit.* pág. 49 quien señala que las refinanciaciones que cumplan con los requisitos de la DA. 4ª de la LC «podrán beneficiarse de la exención condicionada del ámbito de las rescisorias concursales generales (art. 71 LC) y especiales (art. 10 LMH) quedando, no obstante, sometidas a la posibilidad de ejercicio de otras acciones de impugnación (rescisorias general pauliana, rescisión por lesión, nulidad, anulabilidad).

Los convenios concursales, en cambio son reestructuraciones de deuda planteadas en sede concursal, donde la insolvencia ya se ha revelado y el procedimiento concursal ya se ha iniciado.³⁴⁰ El tratamiento de la crisis del deudor podrá abordarse desde un convenio propuesto anticipadamente, arts. 104 a 110 de la LC, o un convenio en la fase de convenio previsto en los arts. 111 y ss de la LC, no quedando sometidas, en consecuencia, a la rescisión concursal.³⁴¹

En segundo lugar, en lo que concierne al número de acreedores participantes en el acuerdo de refinanciación, dado que no se establece en la reforma de la LC requisito alguno, podrán intervenir uno, varios o la totalidad de los acreedores. De otra parte, si son varios los acreedores, no es preciso que el acuerdo se formalice de manera conjunta, en el sentido de consensuada, entre todos ellos.³⁴²

En tercer lugar y, en relación con el tipo de acreedor que interviene, normalmente lo serán acreedores financieros. Lo más frecuente es que los que participen en los acuerdos de refinanciación sean acreedores financieros; es más, con frecuencia éstos serán los únicos conocedores de la negociación, ya que sus créditos suelen resultar decisivos a los

³⁴⁰ Aunque puede haber concursos con insolvencia inminente, con el objeto de dotar al procedimiento concursal de una mayor flexibilidad y carácter preventivo.

³⁴¹ No obstante, la obligación que impone antes la CBE 4/2004 de 22 de diciembre cuando se promulgó el RD Ley 3/2009 (actualmente en vigor la CBE 3/2010 de 29 de junio) a las entidades financieras de clasificar las operaciones en las que intervienen en función del riesgo del crédito al que se expone la entidad y de dotar o incrementar según los casos, sus provisiones, hace que las entidades financieras se decanten por los acuerdos de refinanciación, cuando resulten viables frente a estas soluciones concursales.

³⁴² Vid. AZNAR GINER, *op. cit.* pág. 19 y ss.

efectos de una posible recuperación económica del deudor, de manera que el resto de los acreedores pueden no conocer –tampoco hay obligación de ello– la existencia o el resultado de un acuerdo de refinanciación.³⁴³

Por último, por lo que respecta a los destinatarios de las refinanciaciones, la DA. 4ª, alude a los acuerdos *alcanzados por el deudor*, de manera que, en principio, *cualquier deudor* que cumpla los requisitos legalmente establecidos puede celebrar estos acuerdos de refinanciación, sin que resulten de aplicación las prohibiciones legales establecidas para la solicitud de la propuesta anticipada de convenio del art.105 de la LC. No obstante, la práctica nos demuestra que son las grandes compañías y no la pequeña y mediana empresa, a la que por cierto la reciente crisis económica ha azotado con especial fuerza, las que acuden con más frecuencia y con más éxito, a estas soluciones convenidas extrajudicialmente. En efecto, tanto la pequeña y mediana empresa, como también las micropymes y los autónomos son vistos con cierto recelo, acerca de sus posibilidades de recuperación, por parte de las entidades financieras, lo que dificulta las posibilidades de refinanciación por medio de esta vía.³⁴⁴

³⁴³ Aunque avancemos en este desarrollo cronológico, hay un extremo que llama la atención y es que, si bien las refinanciaciones protegidas por el art. 71.6 de la LC, en principio, no deben ser sólo las acordadas con las entidades financieras, ya que en este precepto no se hace distinción alguna atendiendo a este criterio, sin embargo, la homologación de la DA. 4ª, consecuencia de la modificación introducida por la Ley 38/2011, parece limitada a las entidades financieras al señalar que *podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del art. 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo.*

³⁴⁴ Esta primera reforma de la LC pretendía facilitar las refinanciaciones en un específico contexto de crisis económica. En efecto, el régimen inicial parecía especialmente concebido para la atención de los problemas específicos derivados de la crisis

Estrechamente relacionado con el contenido de estos acuerdos de refinanciación se encuentra el conjunto de requisitos que se exigen para que éstos puedan desplegar todos sus efectos. No han faltado autores para quienes, precisamente estos requerimientos exigidos para la validez de estos acuerdos hacen de éstos un instrumento poco flexible y operativo.³⁴⁵ No obstante, y anticipándonos de nuevo en el desarrollo cronológico de nuestro estudio, ya adelantamos que con la reforma de la *Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su*

inmobiliaria, con el tiempo la crisis económica afectó por este motivo, señala LEÓN SANZ, «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», Working Paper IE Law School, nº216, 2014, pág. 4, «Los acuerdos de refinanciación en el Real Decreto Ley 3/2009 estaban concebidos para refinanciar la deuda con el fin de hacer posible la continuidad de la sociedad hasta que se superase la crisis inmobiliaria y para facilitar las transmisiones de activos inmobiliarios para lograr la reducción de la deuda. La celebración de esta clase de acuerdos de refinanciación tiene como presupuesto que implique un menor sacrificio que la liquidación concursal y, normalmente, se adoptan en conexión con grandes empresas». Esta circunstancia acabará propiciando que en ulteriores reformas se introduzca, para este tipo de empresas y particulares (consumidores sobreendeudados) el llamado *acuerdo extrajudicial de pagos*, como ya se expuso en el capítulo I de nuestro estudio».

³⁴⁵ Sobre el conjunto de requisitos exigidos para el reconocimiento de los acuerdos de refinanciación, *vid.* ILLESCAS, «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración», *La Reforma Concursal, III Congreso español del Derecho de la Insolvencia*, Beltrán (dir); García Cruces y Prendes, Pamplona, 2011, págs. 233 y ss. Así, bajo la reforma operada por el art. 8 del RD Ley 3/2009, se exigía para que los acuerdos de refinanciación no queden sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 de la LC que: a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación; b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor de acuerdo con los artículos 338 y siguientes del Reglamento del registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo; c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. *Vid.* sobre el conjunto de los requisitos exigidos por el legislador del RD Ley 3/2009, PIÑEL LÓPEZ, «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales» en *RDCP*, nº 11, 2009, págs. 35 y ss.

internacionalización se procuró paliar la rigidez de los acuerdos de refinanciación, en lo que al régimen de mayorías se refiere, distinguiendo dentro de los acuerdos de refinanciación típicos, que veremos más adelante, aquellos acuerdos que requieren unas determinadas mayorías sean o no homologados judicialmente y aquellos otros acuerdos bilaterales o plurilaterales, que no exigen la concurrencia de mayorías específicas.³⁴⁶ Ulteriormente estas mayorías han resultado objeto de reforma de nuevo en virtud de la *Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal*, reformando la DA.4ª de la LC al eliminar el inciso que establecía la regla del 75 por ciento en caso de acuerdos de sindicación, se entenderá *a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a los acreedores no participantes o disidentes.*³⁴⁷

En definitiva, esta primera reforma de la LC operada por medio del RD Ley 3/2009, tuvo el acierto de incorporar los acuerdos de refinanciación por primera vez en la legislación concursal española. No obstante, fue objeto de importantes críticas tanto por el tiempo en el que produjo, como por la forma y el fondo de la misma. En lo que concierne al momento en que se reformó la LC, para un sector de la doctrina esta

³⁴⁶ *Vid.* en relación con este cambio en el régimen de mayorías y los efectos que supone sobre los principios de política jurídica de protección de los acuerdos de refinanciación, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», *Diario La Ley*, nº 8271, Sección Doctrina, 14 de marzo, 2014.

³⁴⁷ Lo relevante es que esta regla de sindicación resultará también de aplicación a los acuerdos de refinanciación que busquen protección frente a la acción rescisoria por la vía del art. 71.6 de la LC resultando de aplicación a los efectos del cómputo de la mayoría requerida de los tres quintos del pasivo.

primera reforma se produjo con excesivo apresuramiento.³⁴⁸ La LC se había promulgado tan sólo seis años antes de esta reforma. En este sentido, se consideraba necesario dar un cierto reposo a esta ley, al tiempo que resultara conocida por los distintos operadores jurídicos y especialmente por los Tribunales.³⁴⁹ No obstante, la crisis económica, como también ha sucedido en posteriores reformas de la LC, ha actuado como justificación de la *necesaria* y *urgente* reforma de nuestra legislación concursal.

En lo que concierne a la forma, el recurso al Decreto-Ley³⁵⁰, por otra parte frecuente en esta materia, justificado por la urgencia, sorprende especialmente cuando algunos de sus preceptos entraron en vigor a los cinco años de la reforma y otros ni siquiera han sido objeto del oportuno

³⁴⁸ Especialmente crítico es OLIVENCIA, «Del concurso...», *op. cit.* pág. 27 al decir que «además de ortopédica, la reforma del RD-L no contiene realmente un Derecho excepcional, de crisis, de medidas extraordinarias y provisionales, como la situación que trata de remediar. Medida típica es la moratoria legal, por extraordinaria y temporal. Pero las que se han adoptado tienden a mejorar las normas vigentes, en aspectos muy concretos, insertándose en el sistema con vocación de permanencia». En el mismo sentido, AZNAR GINER, *op. cit.* pág. 32 y ss.

³⁴⁹ En este sentido compartimos el parecer de OLIVENCIA cuando se alude a la crisis económica para justificar que la ley no resulta adecuada por ser fruto de un período de bonanza económica, *op. cit.* pág. 26, «de seguirse la tesis del RD-L, el Derecho concursal debería elaborarse en tiempo de crisis».

³⁵⁰ Son muchos los autores que han puesto de relieve, lo inadecuado que resulta legislar mediante real decreto-ley. En este sentido, repárese en lo que señala en relación con el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, pero aplicable a nuestro estudio, VELASCO SAN PEDRO, «La modificación del convenio» en *ADCo* nº 34, enero 2015, pág. 74, al decir en relación con la utilización del real decreto-ley que «a ello habría que añadir haber prescindido de la Comisión General de la Codificación, organismo técnico y apartidista adscrito al Ministerio de Justicia que prepara con gran competencia la legislación de Derecho privado en España desde el siglo XIX, y a la que prácticamente se ha ignorado en las últimas reformas legales, aprobadas y en tramitación, y cuyo protagonismo, según parece ha correspondido al Ministerio de Economía».

desarrollo reglamentario.³⁵¹ En otro orden y por lo que se refiere al fondo de la reforma, se ha calificado esta reforma de apresurada, poco meditada e impulsada casi exclusivamente por la crisis que pretendió paliar.³⁵²

Llegados a este punto y, a pesar de esta *primera* regulación de los acuerdos de refinanciación en el Derecho español, dada su rigidez inicial y, en especial, la ausencia del *privilegio del fresh money*, pronto afloró el fenómeno del *forum shopping* (elección del foro) o *fuga de refinanciaciones* de algunas grandes empresas,³⁵³ hacia otros modelos de Derecho comparado, en particular el Reino Unido con los *schemes of arrangement*.³⁵⁴

³⁵¹ Vid. AZNAR GINER, *op.cit.* pág. 33 quien se muestra especialmente crítico con la reforma señalando cómo algunos de los preceptos incorporados en la reforma, singularmente el Registro Público Concursal, tardaron hasta cinco años en entrar en vigor desde la promulgación de la reforma; OLIVENCIA, «El Real Decreto-Ley 3/2009: Las nuevas normas y su aplicación» en *RDCP*, nº12, 2010, págs. 19 y ss.

³⁵² En este sentido se pronuncia, OLIVENCIA quien se refiere, en relación con las distintas medidas incorporadas en este RD Ley de 2009 «no fueron ni *urgentes*, ni *provisionales*, ni todas ellas *oportunas*, ni todas las *oportunas*», *vid.* OLIVENCIA, «Del concurso...», *op. cit.* págs. 25 y 26.

³⁵³ Entre otras, la compañía química La Seda de Barcelona, actualmente en proceso de liquidación y Metrovacesa.

³⁵⁴ En este momento, la posibilidad de que un acreedor minoritario titular de un derecho de garantía real, contrario a un acuerdo de refinanciación, pueda iniciar ejecuciones singulares, puede poner en serio peligro la continuidad del acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores mayoritarios, generalmente entidades financieras. Por este motivo, algunas refinanciaciones importantes se han llevado a otros países con sistemas concursales más flexibles, particularmente al Reino Unido. En efecto, los *schemes of arrangement* del ordenamiento inglés constituyen el principal instrumento para canalizar las negociaciones y los acuerdos preconcursales. Uno de los rasgos principales de estos acuerdos radica en su extrema flexibilidad donde radica en buena medida su principal atractivo, de manera que se produce una extensión de todo el contenido del acuerdo, no sólo a los acreedores financieros sino también a los acreedores con garantía real. Esta fuerza expansiva de los *schemes of arrangement* suscita un interesante debate en el seno del Derecho Internacional privado, ya que ha de tenerse en cuenta la relevancia del *Center of Main Interests* o Centro Principal de

3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y DEL LLAMADO “PRECONCURSO”: LA LEY 38/2011 Y ULTERIORES

En fin, como consecuencia de todo lo dicho y ante la evolución de la crisis económica, el legislador se vio obligado a reformar la legislación concursal en virtud de la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003 modificando de nuevo el régimen de los acuerdos de refinanciación* tratando de reajustar de esta manera la dura realidad.³⁵⁵

En efecto, en virtud de esta Ley, se acomete la segunda reforma de la LC, a la que sucederán otras más en los años 2013, 2014 y 2015.

Comienza el preámbulo de la Ley 38/2011 recogiendo un primer elogio a la LC considerándola como *un importante hito en nuestro Derecho de la insolvencia*,³⁵⁶ si bien, añade el legislador, *una segunda*

Intereses (COMI), puesto que es uno de los criterios principales para determinar la jurisdicción, toda vez que es el criterio principal para determinar la jurisdicción competente de conformidad con el Reglamento de Insolvencia (1346/2000) *vid.* sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación y Escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», *Diario La Ley*, nº 7731, nº 7731, Sección Doctrina, 2011. No obstante lo anterior, debe reconocerse el éxito de importantes refinanciaciones en España con la regulación de los acuerdos de refinanciación en la regulación dada por el RD Ley 3/2009 (SOS, Panrico, etc). Hoy ya no está justificada la huida al Derecho inglés, ya que los principios de los *schemes of arrangement* han sido incorporados en las sucesivas reformas concursales.

³⁵⁵ Antes de esta reforma debemos mencionar el *RD Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*, añadiendo una nueva letra k) en la DA. 2ª de la LC, que ya se había modificado en virtud de la *Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica* y por el *RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública*.

³⁵⁶ *Vid.* el Preámbulo I de la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Esta reforma se preparó con más cuidado que la anterior y fue el resultado del trabajo de una Comisión creada *ad hoc* de especialistas en la materia.

*reforma se hace necesaria como consecuencia del grave deterioro de la situación económica que ha acentuado determinados aspectos de la legislación concursal, lo que ha puesto de manifiesto normas disfuncionales por una parte e incumplimiento de la conservación de la actividad empresarial de la actividad profesional o empresarial del concursado por otra.*³⁵⁷

El legislador considera la reforma objeto de estudio continuadora de la LC y sus principios de política jurídica, por otra parte elogiados por el legislador en el preámbulo de la ley, al tiempo que señala la necesidad de acometer una reforma global con el fin de incorporar al sistema concursal importantes modificaciones que pretenden “*corregir errores de enfoque detectados en la práctica para colmar las lagunas de la ley.*” Tomando como referencia la crisis económica del momento y, ante el incumplimiento de uno de los propósitos de la LC, esto es, la conservación de la empresa, al tiempo que la satisfacción de los intereses de los acreedores, se profundiza en el régimen de los acuerdos de refinanciación, instituto preconcursal que se había revelado como fundamental desde su incorporación en el año 2009.

En atención a esta finalidad, la ley profundiza en los denominados institutos preconcursales o alternativas al concurso ya que la reforma operada por medio de la Ley 38/2011 se considera continuadora de la LC pero también del RDL 3/2009. Por este motivo se potencia la preconcursalidad instaurada en la DA. 4ª de la LC, al reconocer entonces la legalidad de los acuerdos de refinanciación. En este sentido, apenas se

³⁵⁷ De nuevo la situación económica justifica una nueva reforma concursal.

reformó el régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación, en lo que a su impugnación se refiere, sin perjuicio de trasladar su regulación de la DA. 4ª de la LC al apartado 6 del art. 71 de la LC.

A estos efectos, el actual art. 71.6 LC define los acuerdos de refinanciación como *los alcanzados por el deudor (...) en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*". Y, además, tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, *a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo*. El legislador pretende con ello ofrecer a las empresas soluciones más ágiles y económicas a la finalización del concurso al tiempo que se ofrecen más garantías a los acreedores, ya que se permite una comunicación formal del inicio preconcursal de las negociaciones con los acreedores (ex art. 5 bis de la LC), regulando los deberes de las partes y el régimen de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación.

De entre las distintas medidas concursales adoptadas por el legislador,³⁵⁸destacamos aquella referidas principalmente al *ámbito*

³⁵⁸En virtud de la reforma operada en la LC por medio de la Ley 38/2011, se acometieron medidas no estrictamente preconcursales tales como agilizar el concurso, al tiempo que se procura solucionar el problema del retraso en el tiempo de la solución de la insolvencia. Es sabido que el retraso causa un daño no sólo al concursado, sino también a sus acreedores pues se reduce el valor de los bienes del deudor. Por este motivo, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, admitiendo una "anticipación de la liquidación" una de las novedades más importantes de la presente ley, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio. Por otra parte, se incorporan también medidas tendentes a la mejora de la publicidad del concurso, configurando el Registro Público Registral

preconcursoal. Estas novedades y el tratamiento legislativo que han recibido, constituyen el hilo conductor de las páginas que siguen en nuestro estudio.

3.1. LA LLAMADA SITUACIÓN PRECONCURSAL. LA COMUNICACIÓN DEL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES PARA ALCANZAR UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN (EL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LC).

El inicio de las negociaciones entre el deudor y sus acreedores dirigido a lograr un acuerdo de refinanciación, puede interferir *temporalmente* con el deber que pesa sobre el deudor de solicitar la declaración de concurso, *ex art. 5.1 de la LC, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*. Así las cosas, en la práctica puede darse la circunstancia de que la negociación y conclusión de un acuerdo de refinanciación de deuda, proceso complejo de duración indeterminada, supere el límite temporal de los dos meses establecido en la LC, de manera que el deudor podía incumplir el deber legal de solicitar su concurso estando inmerso en la negociación de un acuerdo de refinanciación, con las consecuencias a los efectos de la calificación del concurso, previstas en el art. 165.1 de la LC.

como un instrumento de publicidad de los concursos, reforzando su función de transparencia y garantía para todos los sujetos implicados.

Por otra parte, estas negociaciones extrajudiciales en situación de preinsolvencia del deudor común, también podrían interferir con el derecho que asiste a cualquiera de los acreedores de solicitar la declaración de concurso necesario siempre que concurren los requisitos establecidos en el art.2.4 de la LC.

La situación se torna más compleja, cuando la insolvencia que afecta al deudor no es actual, sino inminente, y ello es así porque en este caso, no pesa sobre el deudor el deber, sino la facultad, de solicitar el concurso³⁵⁹ a lo que hay que añadir los incentivos positivos y negativos establecidos en la LC, ya desde su redacción originaria, para lograr una solicitud temprana del mismo.³⁶⁰

En suma, a la vista de las anteriores precisiones, se plantea un difícil encaje temporal entre, de una parte, estos incentivos positivos y negativos para que en caso de insolvencia, especialmente inminente, el deudor solicite lo antes posible su concurso y, de otra parte, la necesidad de celebrar acuerdos extrajudiciales que eviten en último extremo una declaración de concurso con los costes que ello supone.

Este problema es abordado por la doctrina bajo la denominación de *problema temporal* o *timing problem* utilizada en la literatura concursal

³⁵⁹ La solicitud de declaración de concurso por el deudor basada en la insolvencia inminente implica anticipar un hecho que aún no se ha producido, pero del que cabe razonablemente esperar que suceda si no se resuelve mediante un procedimiento concursal.

³⁶⁰ Precisamente porque la LC no contemplaba institutos preconcursales, la flexibilidad con la que se dotó el presupuesto objetivo de la declaración de concurso (insolvencia actual e insolvencia inminente) pretendió cumplir esta finalidad, estableciendo los oportunos incentivos positivos y negativos a tal fin (art. 105.1.6º y art. 164 de la LC).

anglosajona.³⁶¹ En efecto, el *problema temporal*, analiza el momento en que el legislador estima conveniente que se produzca la apertura de los procedimientos concursales. Se trata, entonces, de una cuestión de política legislativa que debe tener en cuenta los motivos que fundamentan la existencia del concurso pero también, la determinación estratégica del deudor y los acreedores. Como es sabido, la LC optó por no regular los acuerdos extrajudiciales de composición de crisis entre el deudor y sus acreedores, sustituyendo esta solución, por un presupuesto objetivo de declaración de concurso flexible, que vía insolvencia inminente, adelantara el concurso permitiendo satisfacer los intereses de los acreedores, al tiempo que facilitara una conservación empresarial. Precisamente, a este principio de conservación de la empresa se refiere *programáticamente* el legislador de la LC en diversas ocasiones de la Exposición de Motivos.³⁶²

Por todo ello, el legislador de la Ley 38/2011 reconociendo este *problema temporal* y aproximándose a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, singularmente el Derecho francés,³⁶³ introduce

³⁶¹ La doctrina con frecuencia alude a este término tomado de la obra de JACKSON, *op. cit.* para referirse al desfase temporal que puede plantearse en relación con los procedimientos concursales diseñados en la actualidad y por institutos conservativos y reorganizativos de carácter preconcursal *vid.* especialmente FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad...op. cit.*; IBÍDEM, *El régimen jurídico...op. cit.*; PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* GARRIDO, «El privilegio...», *op. cit.*

³⁶² El apartado VII de la Exposición de Motivos de la LC no deja lugar a dudas acerca de ello al decir que «*el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta mediante una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo obtenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud*», también añade que «*la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio*».

³⁶³ Sólo el deudor está legitimado para solicitar la apertura de la *Conciliation* cuando pruebe una dificultad *jurídica económica o financiera, real o previsible sin encontrarse en*

importantes modificaciones en los acuerdo de refinanciación. En efecto, con el fin de facilitar el acceso a los acuerdos de refinanciación, modificó el art. 5 derogando el art. 5.3 de la LC para pasarlo, modificado, al art. 5 bis de la LC.

Se trata a continuación de enunciar, a grandes rasgos, las principales novedades arriba mencionadas del art. 5 bis de la LC:

Primero, quedará en suspenso el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. La Ley 38/2011 derogó el número 3 del art. 5 de la LC que a su vez incorporó el RD Ley 3/2009, a tenor del cual *el deber de solicitar el concurso no será exigible al deudor que en estado de insolvencia haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso*. La necesidad de potenciar los convenios anticipados, que en plena crisis económica eran escasamente utilizados, propició esta reforma que, en último extremo, suponía una prórroga de cuatro meses en el plazo obligatorio para solicitar el concurso voluntario. En todo caso, siempre que el deudor hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio ya que, continúa el art. 5.3 de la LC, *transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado el deudor haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta*

suspensión de pagos durante un período superior a cuarenta y cinco días. En efecto, el art. 611.4 del CCom francés dispone una moratoria de cuarenta y cinco días para que el deudor cumpla con su deber se solicitar el concurso si *fracasó* en la negociación de un acuerdo extrajudicial.

anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.

En este sentido, el art. 5.3 de la LC ha sido calificado como *preconcurso* en tanto que supone un primer paso en la incorporación a nuestra legislación concursal de la protección de los procesos de negociación preconcursales.³⁶⁴ En cualquier caso, esta calificación de *preconcurso* pudiera resultar inapropiada ya que esta protección sólo estaba prevista en relación con la negociación de propuestas anticipadas de convenio y no con acuerdos preconcursales de refinanciación, lo que por otra parte suscitó un interesante debate doctrinal acerca de esta segunda posibilidad.³⁶⁵

Ahora bien, es necesario advertir que pese al indudable éxito en el empleo del art. 5.3 de la LC durante el tiempo que estuvo en vigor, lo cierto es que éste no siempre se destinó al fin para el que había sido previsto, esto es, para la negociación de un convenio anticipado que

³⁶⁴ No obstante del tenor literal del art. 5.3 de la LC no se desprende que entre su finalidad estuviera la refinanciación de la deuda contraída con sus acreedores, como tampoco obtener liquidez, o disponer de tiempo para llevar a cabo una liquidación ordenada de su patrimonio. La esencia del art. 5.3 de la LC radicaba principalmente en ser un instrumento para *favorecer e impulsar la concertación de propuestas anticipadas*, lo cual, por otra parte, no es poco. Así se pronuncia, AZNAR GINER, *op. cit.* pág. 70.

³⁶⁵ *Vid.* sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...op. cit.* pág. 373 y ss; *IBÍDEM*, «Protección de las refinanciaciones de deuda...», *op. cit.* pág. 45-59; FERNÁNDEZ TORRES, «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y posibilidad de no presentar declaración de concurso» en *RDGP*, nº12, 2010, pág. 262 quien además señala en relación con la protección del art. 5.3 de la LC respecto de los acuerdos de refinanciación «deberíamos plantearnos si la búsqueda de una refinanciación no era también una alternativa cuya omisión responde –única y exclusivamente- a un olvido del legislador».

procurara una conservación de la actividad empresarial y profesional, sino más bien para otros fines no previstos por el legislador.³⁶⁶

Segundo, no podrán dirigirse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra determinados bienes y derechos del deudor. En efecto, como consecuencia de algunas disfuncionalidades del régimen establecido por el art. 5.3 de la LC, se reformó flexibilizando, la obligación del deudor insolvente, mediante la incorporación del art. 5 bis, en un intento de resolver las dudas que la redacción del art. 5.3 de la LC había suscitado.

El art. 5 bis de la LC incorporado por la Ley 38/2011 disponía que:

1. *«El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.*
2. *Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.*
3. *El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.*
4. *Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de*

³⁶⁶ En este sentido, destacamos las palabras de AZNAR GINER, *op. cit.* pág. 72 al advertir el uso picaresco del art. 5.3 de la LC por parte de algunos deudores que buscaban con el recurso a este precepto «una reiniciación de deuda o su eliminación o reducción mediante compraventa o daciones en pago, mostrando con picardía a sus acreedores el eventual futuro concurso al que se dirigía caso de no otorgarse la misma».

convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».

En definitiva, son varios los comentarios que se infieren de la configuración de este instituto, a saber:

En primer lugar, en relación con el problema de la finalidad del precepto, se menciona expresamente que también se exonera del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor insolvente que deberá poner en conocimiento del Juzgado que ha iniciado *negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación* o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Se superan definitivamente, las dudas de la regulación anterior, de manera que los acuerdos de refinanciación quedarán amparados por este precepto, surgiendo la duda ahora de si otras soluciones preconcursales de insolvencia, distintas del acuerdo de refinanciación podrían entenderse insertas en el mencionado precepto.³⁶⁷

En segundo lugar, téngase en cuenta que la paralización de acciones puede llegar en este momento hasta cuatro meses, ya que dispone el legislador que a los tres meses, sin que se haya alcanzado el acuerdo o la propuesta, habrá que sumar un mes más para solicitar el concurso necesario (art. 5 bis.4 de la LC). Durante este período, el deudor deberá procurar superar sus dificultades económicas de tal manera que si transcurridos estos tres meses desde la comunicación al juzgado, sin que el deudor haya superado su situación de insolvencia, dentro del mes hábil

³⁶⁷ En sentido contrario a esta posibilidad, *vid.* AZNAR GINER, *op. ult.cit.* pág. 74.

siguiente deberá solicitar su concurso con independencia de si alcanzó con éxito o no un acuerdo de refinanciación.³⁶⁸

En tercer lugar, en conexión con lo anterior, el art. 15.3 de la LC dispone que una protección específica al acuerdo de refinanciación, toda vez que vez que una vez comunicado al juzgado el inicio de las negociaciones, no podrá solicitarse el concurso por ninguno de los acreedores del deudor durante el plazo de tres meses. Se pretende que determinadas solicitudes de concurso, incluso las de acreedores minoritarios puedan poner en peligro la viabilidad del deudor.

Por último, la constante adaptación de los institutos concursales y preconcursales, singularmente de los acuerdos de refinanciación, a la realidad económica, especialmente cambiante desde el inicio de la crisis económica, ha provocado dos reformas ulteriores del art. 5 bis de la LC, en este caso, en virtud primero 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* y segundo, mediante *la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal*. Se modifica este precepto de manera que la comunicación del inicio de las negociaciones afectará también a las ejecuciones. Y es que no tenía mucho sentido impedir la solicitud de concurso necesario cuando los acreedores podían iniciar o continuar ejecuciones contra el patrimonio de deudor, lo que implicaría una disminución del mismo y en última instancia comprometería la viabilidad de la empresa.³⁶⁹

³⁶⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación...op. cit. págs. 431 y ss.

³⁶⁹ En este sentido, vid. ESTEBAN MARCOS *op. cit.* pág. 426 y ss.

En efecto, la nueva redacción del artículo 5 bis, permite en virtud de la Ley 17/2014, que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.³⁷⁰ En coherencia con lo anterior, también se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la DA. 4ª, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación. En este último caso, estaríamos ante un supuesto similar a los *Standstill Agreements* del Derecho anglosajón, ya que el inicio de estas negociaciones da lugar a un *pactum de non petendo* entre quienes se encuentran negociando.³⁷¹ No obstante, el inconveniente

³⁷⁰ En relación con estos bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, surge la duda de si dada la redacción del art. 5 bis de la LC, es el deudor el que con su comunicación debe indicar los bienes que se consideran necesarios, o si además se requiere una prueba sobre tal necesidad. Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 17 de marzo de 2014: “Desde ahí consideramos que las opciones serían dos: 1º. Que la comunicación y consiguiente resolución deben incluir aquellos bienes, sin más declaración, que el solicitante (quien comunica) considera necesarios para la actividad. En este caso se deberá dejar simplemente constancia de dicha comunicación. 2º. Que será posible ampliar (y evidentemente justificar) la declaración de dicho bien como necesario cuando se justifique dicha necesidad en función de la documentación (viabilidad y otros) que se aporte al efecto. Todo ello consecuentemente con los efectos automáticos que la ley parece querer dar a la citada comunicación sin más discusión al respecto”.

³⁷¹ El pacto de renuncia temporal por parte de los acreedores financieros al ejercicio de acciones legales, los *Standstill Agreements* junto con las condiciones financieras y documento de términos económicos, *term sheet*, constituyen el contenido de la generalidad de los acuerdos de refinanciación. De hecho ya con la promulgación del RDLey 3/2009 en algunas refinanciaciones, el empleo de los art. 5.3 y 15.3 de la LC ya eran una *Standstill de facto*, ya que resultaba poco gratificante para el ejercicio de acciones individuales por los acreedores que éstos sepan que de no lograrse el acuerdo

que presentan estos acuerdos radica en el hecho de que parecen estar pensados principalmente para negociaciones surgidas como consecuencia de una insolvencia actual, de manera que su objetivo principal se dirigiría hacia negociaciones para lograr adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En cualquier caso, si finalmente se alcanza un acuerdo de refinanciación, aunque la negociación surgiera para conseguir una propuesta anticipada de convenio, la doctrina entiende que este acuerdo, si cumple los requisitos legalmente establecidos debería quedar amparado por la DA.4ª de la LC frente a las rescisiones del art. 71 de la LC.³⁷²

Ahora bien, quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público. Se pretende de este modo que el art. 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes.

Por otra parte, en lo que concierne a la reforma del art. 5 bis de la LC incorporada por la Ley 9/2015, se limita a establecer que el juez competente para conocer del concurso será el encargado de resolver las

de refinanciación, cabría la posibilidad de declarar el concurso y finalmente sus acciones individuales resultarían inútiles. *Vid.* sobre el particular, VICENT CHULIÀ, «Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación» en *RDCP*, nº 22, 2014, pág.19 y ss, para quien «El punto de partida de la negociación es un Pacto de Standstill. El pacto no tiene carácter novatorio de las obligaciones preexistentes. En su virtud *las partes se obligan a negociar de buena fe durante su período de vigencia* para alcanzar un acuerdo satisfactorio para los intereses de las partes que permita la formalización efectiva del «plan de reestructuración o de negocio», presentado por la sociedad a las entidades financieras y el «plan de refinanciación» de la Sociedad».

³⁷² Así, VICENT CHULIÀ, *op. cit.* pág. 22.

controversias que pudieran plantearse respecto al carácter necesario o no del bien³⁷³. Otra de las novedades que incorpora esta ley y que trataremos en las siguientes páginas, alude a las ejecuciones promovidas por acreedores financieros, en especial a la paralización que afectará tanto a las ejecuciones judiciales, como a las extrajudiciales sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, siempre que se acredite documentalmente que al menos el 51 por ciento del pasivo financiero ha apoyado expresamente el inicio de las negociaciones del acuerdo de refinanciación.

A modo de conclusión, la introducción del mecanismo del art. 5 bis de la LC facilita ampliamente la negociación de los acuerdos de refinanciación, sin embargo, no han faltado voces en contra de las consecuencias de la aplicación del art. 5 bis de la LC, ya que se concede al deudor de un *arma dilatoria*, que bloquea la acción de los legítimos acreedores durante un período máximo de cuatro meses.³⁷⁴ Además se puede dar el efecto perverso de aquellos acreedores que sí han participado en los actos rescindibles puedan, al retrasar la declaración de

³⁷³ La Ley 14/2013 modificó también el art. 5 bis con el fin de incluir en sus números 1, 3 y 4 a los acuerdos extrajudiciales de pagos. La última reforma de este artículo por la Ley 17/2014, suscitó dudas sobre cuál era el juzgado competente para decidir sobre la suspensión solicitada y sobre si el que lo fuera podría entrar a valorar tanto los presupuestos de la comunicación (negociación de un acuerdo de refinanciación, de una propuesta anticipada de convenio o de un acuerdo extrajudicial de pagos), como los presupuestos de la suspensión derivada de la comunicación (carácter necesario o no del bien, condición de acreedor titular de pasivo financiero o concurrencia del 51% de los acreedores titulares de pasivo financiero en el inicio de la negociación).

³⁷⁴ El Profesor OLIVENCIA, «La reforma ...», *op. cit.* págs. 19 y 20 llama la atención sobre la contradicción que supone que una ley como la LC que pretende una simplificación y aceleración en la tramitación del concurso posteriormente facilite un retraso sin más causa que la manifestación del deudor.

concurso lo suficiente, quedar a salvo del período sospechoso de dos años establecido en la LC.³⁷⁵

3. 2.- ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN Y RESCISIÓN CONCURSAL.

Una vez dicho lo anterior y, sin incurrir en reiteraciones innecesarias destacamos las siguientes novedades legislativas respecto de la relación existente entre los acuerdos de refinanciación y la rescisión prevista en la LC.

Si el acuerdo de refinanciación resulta satisfactorio, ello supondrá que el riesgo de la insolvencia se ha superado, con lo que se evita que el deudor tenga que solicitar la declaración de concurso voluntario, de igual modo ningún acreedor podrá instar un concurso necesario. No obstante, puede suceder que el deudor, pueda caer más adelante, en estado de insolvencia que dé lugar a una declaración de concurso, de manera que los acuerdos de refinanciación que hubiera podido celebrar en los años previos a esta declaración de concurso, así como los negocios, actos y pagos realizados en ejecución de dichos acuerdos de refinanciación, en aplicación de las acciones de rescisión de la LC, puedan resultar afectados por ser perjudiciales para la masa activa del concurso.

Como ya se indicó anteriormente, este riesgo constituía un obstáculo para la obtención de la refinanciación, por lo que el art. 71 de la LC, como

³⁷⁵ Vid. OLIVENCIA, *op.ult. cit.* pág. 19.

también la DA.4ª de la LC, han dispuesto que los acuerdos de refinanciación que cumplan ciertas condiciones no podrán ser rescindidos ante un eventual proceso concursal posterior.

Ahora bien, llamamos la atención sobre el hecho de que si con frecuencia la doctrina ha considerado que el art. 5 bis es la disposición capital del tratamiento de la preconcursalidad en el Derecho español, no lo es menos que el régimen de la rescisión del art. 71 de la LC contribuye eficazmente a la consolidación de los acuerdos de refinanciación. Ello vendría a explicar por qué ambas disposiciones han resultado tan baqueteadas con ocasión de las sucesivas reformas de la LC. Ahora bien, la *frecuencia* con la que se han ido acometiendo estas reformas de la LC, casi una por año, así como la forma, en la mayoría de los casos mediante Real Decreto Ley dificultan el análisis de los preceptos referidos a continuación, que bien podemos decir que empiezan a constituir una maraña legislativa de la que pretendió huir, como es sabido, la vigente LC.³⁷⁶

³⁷⁶ En efecto, los acuerdos de refinanciación se recogen por primera vez en el *RD Ley 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, económica y concursal ante la evolución de la situación económica*, resultaron modificados posteriormente por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*; a continuación fueron reformados por la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*; una nueva modificación se produjo en virtud 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*; por último la *Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal* reformó los acuerdos de refinanciación con novedades significativas en el texto del art. 5 bis (comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. Prueba de la dificultad en el estudio de los acuerdos de refinanciación a la vista de las múltiples reformas lo encontramos en los requisitos para la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación. Regulados inicialmente en la DA.4ª de la LC en virtud del *RD Ley 3/2009*, fueron reubicados posteriormente en el art. 71.6 de la LC por la *Ley 38/2011*, para ser modificados posteriormente por la *Ley 14/2013* que añadió un art. 71 bis. Actualmente, en virtud de la *Ley 17/2014*, el art. 71 de la LC pasa a regular dos modalidades de acuerdos de refinanciación.

La norma general de la rescisión se recoge en el art. 71.1 de la LC en virtud del cual *declarado el concurso son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*. En efecto, del art. 71 de la LC puesto en relación con el art. 73 de la LC, se desprende que la rescisión implica la ineficacia del acto impugnado como consecuencia de la rescisión, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél y con independencia del *animus fraudis* del deudor.

El éxito de los acuerdos de refinanciación, depende en buena medida de que los deudores puedan acceder a una refinanciación de la deuda y, al mismo tiempo, que los acreedores que refinancien tengan las suficientes garantías para el supuesto de que los acuerdos no tengan éxito y sea necesaria la apertura de un procedimiento concursal, sin el inconveniente de la rescisión de los actos de refinanciación realizados.

La Ley 38/2011 introdujo una tipología concreta de acuerdos de refinanciación, distinguiendo entre acuerdos de refinanciación típicos y atípicos, atendiendo al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Ley. Sólo otorgaría una protección a aquellos en los que concurren los requisitos del art. 71.6 y de la DA. 4ª de la LC (acuerdos de refinanciación típicos).³⁷⁷

³⁷⁷ La gran virtualidad de la Ley 38/2011 consiste en lograr reforzar los acuerdos típicos celebrados de conformidad a las reglas del art. 71.6 de la LC sin llegar a convertirlos en procedimientos concursales, esto es, manteniendo una naturaleza negocial/contractual, *vid.* en este sentido, PULGAR EZQUERRA, «Preconcursalidad...*op. cit.* pág. 42.

De manera que de conformidad a la reforma introducida por la Ley 38/2011 de la LC distinguimos entre:

Acuerdos de refinanciación *atípicos*, que no se adaptan a los requisitos legales establecidos en el art. 71.6 de la LC y DA. 4ª de la LC y que en consecuencia, aún resultando válidos y generando sus efectos en sede contractual, sin embargo, no reciben protección ante una eventual declaración de concurso de acreedores («escudo protector») desenvolviéndose con todas las consecuencias en el marco del art.1255 del CC. Estos acuerdos quedarán sometidos al régimen rescisorio general del art.71 de la LC, con las *presunciones iuris tantum* y *iuris et de iure* de los párrafos 2 y 3 del art. 71 de la LC.³⁷⁸

Acuerdos de refinanciación *típicos*, en cuanto que cumplen con los requisitos establecidos, conforme a la redacción del art.71.6 de la LC, en particular, en orden a las mayorías legales para la válida aceptación del acuerdo, el informe del experto independiente y la necesaria elevación a instrumento público del acuerdo. No obstante, la redacción de este

³⁷⁸ También quedarán sometidos estos acuerdos atípicos, en su caso, al régimen rescisorio especial ex art. 10 LMH, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «Preconcurso y acuerdos de refinanciación» en *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerra (Dir.), Madrid, 2012, pág. 43. En este sentido, cobra especial importancia la idea del «sacrificio patrimonial justificado» incorporado por la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, y en la misma línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Badajoz de 24 de noviembre de 2011. De manera que se introduce un nuevo concepto en el ámbito de las acciones de reintegración, si bien al menos respecto de la primera se Sentencia de 6 de febrero de 2009, antes de la reforma por RD Ley 3/2009 de la LC: el de “sacrificio patrimonial justificado”, utilizado para ponderar el sacrificio que asume el deudor en dificultades económicas cuando otorga garantías sobre su patrimonio. Una última reforma del art. 71 bis ha tenido lugar recientemente en virtud de la Ley 9/2015 de manera que en el artículo 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados.

precepto de nuevo fue objeto de dos modificaciones, una, en virtud de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* y una segunda por medio de la *Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* con origen el en RD Ley 4/2014, de 7 de marzo. En efecto, la Ley 14/2013 añade, en relación con los acuerdos de refinanciación, un nuevo art. 71 bis por el que se regulaba la designación de expertos independientes procurando resolver las dudas que el régimen anterior había suscitado, al tiempo que se modifica el apartado 1º de la DA. 4ª de la LC reduciendo las mayorías legales para la homologación de los acuerdos de refinanciación. Además, resulta oportuno en este momento mencionar la regulación en virtud de la Ley 14/2013 de un nuevo instituto *preconcursoal*, en el ámbito del Derecho concursal español, se trata *del acuerdo extrajudicial de pagos, fresh start o mecanismo de segunda oportunidad*, cuyo régimen se recoge en una Ley, en principio, no exclusivamente concursal, destinada, en palabras del legislador a *la mejora de de las políticas de apoyo institucional al emprendimiento desde servicios, asistencia, información, asesoramiento y fomento de la cultura emprendedor*. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, suprimió el apartado 6º del art. 71 de la LC dando una nueva redacción al art. 71 bis, al objeto de potenciar la *preconcursoalidad*. De manera que, atendiendo a este precepto, en especial a los dos apartados que incorpora, podemos distinguir a su vez dos clases de acuerdos de refinanciación dentro de los que hemos llamado acuerdos típicos:

3.2.1. ACUERDOS DE MASA

La primera modalidad de acuerdos de refinanciación,³⁷⁹ recoge la regulación del anterior art. 71.6 de la LC con importantes novedades regulándose en el art. 71 bis.1 a) de la LC.³⁸⁰

Dispone este precepto que:

«1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación y extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo»

Varias observaciones deben realizarse en relación con este precepto:

Primera, para que los acuerdos de refinanciación puedan incluirse en este primer grupo se requiere que su contenido consista cumulativa o

³⁷⁹ Son calificados como *Acuerdos de masa plurilaterales alcanzados con mayorías legales* por PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación...», en general la doctrina se refiere *acuerdos de refinanciación colectivos* en contraposición con los *acuerdos de refinanciación singulares* del art. 71 bis.2 de la LC.

³⁸⁰ Nótese que el art. 71.6 de la LC como consecuencia de la reforma de la LC operada en virtud de la *Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal*, tiene un nuevo contenido. El texto no se refiere a esta nueva redacción sino a la anterior redactada por la Ley 38/2011 a su vez modificada posteriormente por la Ley 17/2014.

alternativamente en una *ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de las obligaciones del deudor* y siempre que responda a un *plan de viabilidad* que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional.³⁸¹ Por otra parte, en relación con el posible contenido del acuerdo, merece particular referencia la capitalización de la deuda como posible contenido del acuerdo de refinanciación. En efecto, la Ley 17/2014 se ocupa de fomentar este contenido de acuerdo de refinanciación cuando ya en su Preámbulo señala que *se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital*. Para ello ha sido necesaria la modificación de varios preceptos de la LC tales como el art. 92.5 de la LC³⁸² a tenor del cual se excluye de la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, a los acreedores que hayan capitalizado todo o gran parte de sus créditos en cumplimiento del acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad a lo establecido en el art. 71 bis o en la DA. 4ª de la LC. No obstante, de nuevo este precepto ha resultado modificado por el *RD Ley 1/2015, de 27 de febrero* y posteriormente por la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de*

³⁸¹ Acerca del contenido de esta modalidad de acuerdos de refinanciación y la indeterminación de algunos de los términos empleados por el legislador, en particular, *la ampliación significativa del crédito disponible*, vid. CERDÁ ALBERO, «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal» en *RDCP*, nº 22, 2014, pág.118; también PULGAR EZQUERRA, «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos de refinanciación» en *RDCP*, nº 22, 2015, pág. 73 y 74

³⁸² «Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo.»

orden social, de manera que la capitalización de la deuda a la vista del art. 92.5 de la LC y del art. 92.2 2º queda redactado como sigue:

«2.º (...) Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición».

Se logra así, excluir la subordinación concursal crediticia, vinculada a acreedores titulares de pasivos financieros que hayan capitalizado sus créditos, fomentando así la recuperación empresarial pero sin resultar de aplicación las consecuencias que la regulación anterior de la Ley 17/2104 se daba al art. 92 de la LC. De igual manera, se pretende mediante la incorporación de un nuevo párrafo en el art. 93.2.2º de la LC que, *salvo prueba en contrario*, no tendrán la consideración de administrador de hecho aquellos acreedores que suscribiendo un acuerdo de refinanciación ex art. 71 bis.1 o DA.4ª de la LC, por las obligaciones que asumen el deudor en relación con el plan de viabilidad, excluyéndose en consecuencia, una eventual subordinación por este motivo.

También, para facilitar este contenido de capitalización de la deuda, se ha procedido a la reforma del art. 165.4 de la LC en relación con la regulación de las presunciones de dolo o culpa grave en relación con la

calificación del concurso,³⁸³ y de la DA 4ª de la LC de manera que aquellos acreedores de pasivos financieros que no suscriban el acuerdo de refinanciación o muestren su disconformidad al mismo, y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, la conversión de deuda en acciones o participaciones decidida en el acuerdo si éste ha sido suscrito al menos por un 75 por ciento del pasivo financiero y por la parte que no exceda del valor de garantía real, si el porcentaje es del 80 por ciento.³⁸⁴

Segunda, el empleo de la expresión *al menos* referida al contenido de esta primera modalidad de acuerdos, permite deducir que el legislador está ofreciendo un contenido de *mínimos* sin que resulte un inconveniente que se puedan incluir en el acuerdo otros contenidos que quedarán protegidos de una eventual rescisión siempre que permitan el fin último de la refinanciación que no es otro que la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Tercera, a la necesidad de que el acuerdo responda a un *plan de viabilidad* se refiere expresamente el legislador de la Ley 17/2014, poniendo de relieve una idea que debe estar implícita en todo

³⁸³ De manera que se presume, salvo prueba en contrario, que existe dolo o culpa grave cuando el deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores se nieguen, sin causa razonable, a la capitalización de créditos una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando así la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis o DA. 4ª de a LC.

³⁸⁴ Con ello se potencia en palabras de PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pag.13 que los «los administradores perseguirían o deberían perseguir la protección no sólo de la sociedad, sino también de los acreedores a los que les pueda interesar esta capitalización, con el riesgo de que opten por recomendar la referida capitalización con el fin de excluir su responsabilidad».

refinanciación.³⁸⁵ La valoración de si el acuerdo responde o no a un plan de viabilidad será valorado por el juez de lo mercantil.³⁸⁶ Es éste un elemento necesario, ya que determina la aptitud del acuerdo para permitir la continuidad de la empresa. La necesidad de este plan no es sólo un presupuesto de la no rescindibilidad de un acuerdo de refinanciación, ex art. 71.bis.1 y 2 de la LC, sino también de la posibilidad de una homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, DA.4.1ª de la LC. Se elimina la necesidad del informe del experto independiente, sustituyéndola por certificación de auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción³⁸⁷. Por último,

³⁸⁵ A la viabilidad de la empresa de refiere la Exposición de Motivos de la Ley 17/2014 al decir que su finalidad es favorecer «empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero». En este sentido, podemos afirmar que no todas las empresas deberían ser refinanciadas si no cuentan con un avalado plan de viabilidad que ponga de manifiesto una posible recuperación económica del deudor. Así, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, «Refinanciación y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad» en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 61 y ss. para quien «es un hecho manifiesto que el pasivo de no pocas grandes y medianas empresas presenta una estructura en la que destaca un exceso de deuda financiera, hasta el punto de que la promoción de vías alternativas de financiación se ha convertido en un objetivo normativo expreso con la presentación del Proyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial»; en el mismo sentido, VAQUER MARTÍN, «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre» en *RDCP*, nº 22, 2015, págs. 226 y ss.

³⁸⁶ Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 12 de febrero de 2015 que viene a justificar que el acuerdo de refinanciación responde a un plan de viabilidad sobre la base de concepto de grupo y en interés de terceros, poniendo de relieve los efectos que una no homologación del acuerdo producirían sobre el sistema general. Esta justificación podría cuestionarse debido a que esta justificación resultaría aplicable a todo tipo de empresas viables y no viables.

³⁸⁷ Habrá que determinar lo que se entiende por *sustitución*, en este sentido, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.* pág.61 quien en este aspecto concreto se refiere a que «si por sustitución entendemos que desaparece la obligatoria aportación del informe y que en su lugar se introduce la también preceptiva certificación del auditor que contempla el art. 71 bis.1 de la LC podrá compartirse la justificación legal. Si, por el contrario, entendemos que sustituir significa que una exigencia legal se vea reemplazada por otra con la que comparte finalidad y contenido, las dudas están justificadas, puesto que el informe del experto se proyecta sobre el plan de viabilidad y la proporcionalidad de las

nada dice el legislador sobre quién debe redactar el informe, por lo que en principio cabría deducir que podrán serlo el deudor, los acreedores o un tercero designado a tal efecto, en cualquier caso personas físicas o jurídicas que, en función de su experiencia profesional y de su cualificación, estén en condiciones de opinar sobre la viabilidad de una empresa inserta en una reestructuración empresarial. La Ley 9/2015 ha reformado la regulación anterior en orden a otros requisitos que se exigen para evitar la rescisión del acuerdo de refinanciación.

Además de las exigencias de contenido mencionadas, la letra b) del art. 71 bis establece otros tres requisitos de mayorías más complejos, para que estos acuerdos sean inmunes a la rescisión. Llamamos la atención sobre el hecho, que el régimen de mayorías previsto en el art. 71 bis.1 b) de la LC ha sido recientemente modificado por la Ley 9/2015³⁸⁸

«b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1. ° 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. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

garantías, mientras que la certificación del auditor de cuentas tiene un alcance mucho más limitado, ya que consistirá en una mera constatación o afirmación de un hecho preciso: *la suficiencia del pasivo que se exige para aprobar el acuerdo* ».

³⁸⁸ En el artículo 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y en la DA. 4ª de la LC se introducen respecto de la Ley 17/2014, una serie de modificaciones para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado

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

2. ° Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3. ° El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.»

Estos tres requisitos establecidos por el legislador vienen a confirmar la opción de viabilidad en el acuerdo que debe presentar el deudor. En primer lugar, se establece un régimen de mayorías que acepten el acuerdo alcanzando de, al menos, los *tres quintos del pasivo del deudor*³⁸⁹ en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. Además de los problemas de coordinación entre este precepto y la DA.4ª.1 de la LC.³⁹⁰ Por otra parte, cuando se alude a un *régimen de mayorías*, pudiera pensarse en la aceptación de *varios* acreedores, cuando lo cierto es que no debería existir impedimento en que un solo acreedor pudiera alcanzar

³⁸⁹ En el art. 71 bis. 1.b) el legislador sigue refiriéndose a mayorías en términos de fracción y no con porcentajes como si hacía en la DA. 4ª de la LC, sin embargo en el párrafo 2º al referirse a los acuerdos de grupos vuelve alude a *porcentaje*.

³⁹⁰ En relación con la base de cálculo del art. 71 bis.1.b) 1º de la LC se refiere sin ninguna duda a la totalidad del pasivo del deudor, sin embargo, para la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación la base de cálculo para el cómputo del porcentaje mínimo del 51% es sobre el denominado *pasivo financiero* donde se excluyen los créditos laborales, los créditos por operaciones comerciales y los créditos de derecho público. Sobre el particular, *vid.* CERDÁ ALBERO, *op. cit.* pág. 118 y ss.

las mayorías requeridas legalmente.³⁹¹ Tampoco dispone el legislador el modo en qué habrán de llevarse las negociaciones de manera que cabe entender que se deja a la voluntad de las partes.

En segundo lugar y en lo que concierne a la certificación que debe emitir el auditor de cuentas del deudor, sobre la suficiencia del pasivo para adoptar el acuerdo de refinanciación, así como la concurrencia de la referida mayoría, este certificado ha venido a sustituir el informe del experto independiente de la DA.4^a de la LC y pese a las críticas que suscitó el mismo,³⁹² lo cierto es que finalmente fue considerado como una garantía eficaz. La importancia de este certificado llega incluso a los efectos de la homologación del acuerdo, ya que el auditor debe hacer constar en dicho certificado la suficiencia de las mayorías necesarias para la validez del acuerdo, haciendo mención expresa del porcentaje de voto emitido por acreedores sindicados de una parte y acreedores de pasivos financieros *genéricos* de otra.³⁹³ A tenor de la LC, parece que el legislador

³⁹¹ Así, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «La exención...», *op. cit.* págs. 992 y ss. No obstante, *vid.* ESTEBAN MARCOS, *op. cit.* pág. 6 para quien «a partir de la reforma operada por la Ley 17/2014 esta interpretación resultaría un poco forzada ya que el Preámbulo de la norma, cuando alude a la otra modalidad de acuerdos e refinanciación, menciona expresamente la posibilidad de que sean adoptados con un solo acreedor, posibilidad no recogida para este supuesto». En este sentido, también los magistradas de lo mercantil recogido en las *Jornadas de magistrados especialistas mercantiles*, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, los días 15 a 17 de octubre de 2014.

³⁹² Ahora tras la reforma de la Ley 17/2014 el informe del experto independiente que se puede mantener, a diferencia del régimen anterior, de manera potestativa. Una de las críticas de este informe consistía precisamente el coste que suponía que podía perjudicar en la adopción del acuerdo de refinanciación, es posible que el legislador haya procurado abaratar costes de la tramitación, en lo que a honorarios del experto se refiere.

³⁹³ Así en relación con la impugnación del acuerdo de homologación de EROSKI, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, sentencia 195/2015 de 23 de julio de 2015, se dispone en el fundamento de derecho V que «La Ley Concursal ha previsto que el régimen de mayorías preciso para adoptar los acuerdos recogidos en la Disposición Adicional 4^a sean acreditados a través de Auditor que certifique la

está pensando en deudores persona jurídica, de manera que su designación corresponde al registrador mercantil y no a los administradores de la sociedad deudora. Sin embargo, para el caso de personas naturales, será también el registrador mercantil de su domicilio quien designe al auditor.

Para terminar, se requiere que el acuerdo se formalice en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

3.2.2. ACUERDOS INDIVIDUALES.

Una segunda modalidad de acuerdos de refinanciación sería la prevista en el art. 71 bis.2 de la LC cuyo tenor literal es el siguiente:

2. Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.*
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.*

suficiencia de las mayorías; en este caso concreto consistiría en que hubieran votado a favor del acuerdo de refinanciación sujeto a un régimen de sindicación acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero afectado por el acuerdo de refinanciación. Del examen de los documentos aportados, los informes-certificados de auditoría aportados omiten todo dato sobre el particular limitándose a señalar cuál es la relación entre el pasivo financiero, sin adjetivar, y los firmantes del acuerdo».

c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.

d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Esta segunda modalidad de acuerdos de refinanciación debe haberse realizado con anterioridad a la declaración de concurso, cuando además no se reúnan las mayorías exigidas en el 71 bis.1 de la LC, si bien en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan han de reunir una serie de condiciones individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación.³⁹⁴ Considera el legislador que estos acuerdos constituyen en consecuencia un «*puerto seguro*» que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Por otra parte, dados los requisitos exigidos (valor de las garantías, tipos de interés, formalización en instrumento público...) estamos ante una modalidad de acuerdo de refinanciación de difícil ejecución, algo que ya reconoce el propio legislador de la Ley

³⁹⁴ Afirma el legislador que los requisitos son más estrictos a cambio de no requerir una mayoría concreta de su pasivo.

17/2014 al decir que esta modalidad es más restrictiva en cuanto a los requisitos, pero más laxa en cuanto a los intervinientes.³⁹⁵

Por último, con el fin de dotar a los acuerdos de refinanciación del art. 71.6 de la LC de un plus de protección, se añade por la vía de la DA.4ª la *homologación de los acuerdos de refinanciación*, lo que supone una extensión de los efectos del acuerdo homologado a aquellos acreedores que no intervinieron en su adopción, lo que en definitiva constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos.

3.3. LA HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La *homologación judicial* de los acuerdos de refinanciación se introdujo con la Ley 38/2011. Como es sabido, la finalidad de esta homologación judicial consiste en que el contenido del acuerdo concluido entre el deudor y los acreedores que lo hayan firmado, se extienda a los restantes acreedores no participantes o disidentes del acuerdo, incluso, como veremos más adelante, aunque sus créditos estén dotados de garantía real.³⁹⁶ Con este fin, la DA.4ª de la LC reconoce fuerza obligatoria al contenido de los acuerdos de refinanciación respecto de acreedores que no han participado en su adopción, lo que resultaba de

³⁹⁵ El legislador se justifica diciendo que «si en el apartado 1 se exige la concurrencia de los tres quintos del pasivo pero se habla de forma más genérica de la mejora de condiciones de financiación, en el apartado 2, a cambio de no requerirse mayoría concreta de pasivo, se exigen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean tampoco rescindibles por causas distintas al incumplimiento de las condiciones que el propio artículo establece».

³⁹⁶ Como consecuencia de la reforma de la DA.4ª de la LC por la Ley 17/2014.

difícil encaje con el carácter eminentemente contractual de estos acuerdos.³⁹⁷

El legislador se pronuncia expresamente sobre este extremo al mencionar en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 que *«la ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes»*. Añade el legislador de la Ley 17/2014, que *«lo paradójico del caso es que, en la actualidad, la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal»*. En efecto, la necesidad de profundizar en las *alternativas* del concurso, hace que los acuerdos de refinanciación ocupen una posición privilegiada, posición que será compartida más adelante cuando la Ley 14/2013 incorpore al sistema concursal español los acuerdos extrajudiciales de pagos.

La DA.4^a de la LC, que se ocupa de su regulación desde su incorporación en 2011, ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de las reformas de los últimos años.³⁹⁸ En particular la Ley 17/2014

³⁹⁷ Si incurrir en reiteraciones innecesarias, traeríamos de nuevo aquí las reflexiones realizadas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del convenio concursal, en particular, en relación con los efectos del mismo sobre los acreedores disidentes.

³⁹⁸ La redacción original de la DA.4^a introducida por la Ley 38/2011 disponía que *«Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la*

y la Ley 9/2015 han modificado significativamente la redacción originaria de la DA.4ª de la LC.

Pues bien, el régimen de la homologación diseñado inicialmente por la Ley 38/2011, actualmente se articula mediante las siguientes modificaciones:

Se altera en primer lugar, el régimen de la legitimación para solicitar la homologación de los acuerdos de refinanciación, de manera que no sólo el deudor,³⁹⁹ sino también los acreedores podrán solicitar del juez

adopción del acuerdo. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real». Desde el año 2012 hasta la actualidad son siete las reformas de la LC que se han llevado a cabo y que en mayor o menor medida han afectado a los acuerdos de refinanciación así como a su homologación. En efecto en los años 2012 y 2013 se reformó la LC en materia de deuda hipotecaria, y de apoyo a los emprendedores; en el año 2014, la Ley 17/2014 que trae causa del RDL 4/2014 incorporó medidas de refinanciación y reestructuración empresarial; el RD Ley 1/2015 introdujo la “segunda oportunidad” en el ámbito de las personas físicas sean o no comerciantes y la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal que a su vez trae causa del RD Ley 11/2014. Por otra parte, es de esperar que en los próximos meses se tramite una nueva reforma de la LC sobre la base del proyecto de ley procedente del RDL 1/2015 de 27 de febrero. Precisamente la DF 8ª de la Ley 9/2015, autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido de la LC antes del 28 de mayo de 2016, con el fin de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos.

³⁹⁹ Cuando se solicita conjuntamente la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación suscrito por un grupo de empresas deudoras, la solicitud que entiende el juez debe tramitarse de forma coordinada aunque en procedimientos distintos. Así, vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 4 de marzo de 2015, al decir que «La DA.4ª, a diferencia de los arts. 25 y ss de la LC, no recoge la posibilidad de solicitar de manera conjunta la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación que afecta a diversas sociedades como grupo empresarial. El precepto habla de “deudor” en singular, pero qué duda cabe que debe hacerse una interpretación integradora del mismo, pues si se obligara a cada sociedad del grupo a tener que presentar una solicitud de homologación judicial ante el juez de su domicilio social, el riesgo de incurrir en resoluciones judiciales contradictorias para resolver sobre el mismo objeto, es más que evidente. Adicionalmente, si se permite dicha acumulación en los acuerdos de refinanciación extrajudiciales del art. 71 bis LC, no existe óbice para que se apliquen los mismos criterios y principios que si se solicita su homologación judicial. Ahora bien, al

competente la homologación de aquellos acuerdos en los que concurren los requisitos establecidos en los arts. 71 bis.1 a), 2 y 3b) de la LC.⁴⁰⁰ En efecto, tras la reforma operada por la Ley 17/2014 la solicitud de homologación también puede prevenir de aquellos acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, tal y como recoge la DA. 4ª de la LC.⁴⁰¹

En segundo lugar, dispone el número 5 de la DA.4ª de la LC que el juez competente para la homologación lo será el juez de lo mercantil,⁴⁰²

igual que dispone el citado precepto, sí debe exigirse que los porcentajes que la DA 4ª exige para su homologación se superen tanto en base consolidada como individual».

⁴⁰⁰ Se superan así los efectos de la *posición de poder* que podía ejercer el deudor frente a sus acreedores bajo la regulación anterior a la reforma operada por Ley 17/2014 (el RD Ley 4/2014 del que trae casusa sin embargo, no mencionaba esta posibilidad). En este sentido, no era inusual que el deudor, haciendo valer la posibilidad de solicitar la homologación judicial, con el efecto de arrastre que suponía para los acreedores disidentes o contrarios, pudiera manejar estratégicamente su refinanciación, ya que a determinados acreedores les podía resultar más beneficioso entrar en la negociación aceptando unas determinadas condiciones que asumir los efectos de una homologación en la que no hubiera negociado.

⁴⁰¹ En palabras de PULGAR EZQUERRA, *op. últ. cit.* pág. 18, «ello establece un nuevo marco de composición de intereses, en el que como «defensa» frente a la solicitud de homologación del acuerdo por los acreedores, al deudor sólo le quedaría expedita la facultad y en ocasiones el cumplimiento de deber de solicitud del concurso (supuestos de insolvencia actual ex art. 2.2 LC), que prevalecería en todo caso, a mi entender, frente a la solicitud de homologación de un acuerdo proveniente de los acreedores».

⁴⁰² Se plantea en este Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 28 de agosto de 2014 si la homologación del acuerdo de refinanciación es potestativa para el juez teniendo en cuenta que la DA. 4ª apartado 1º habla de que *podrán* homologarse judicialmente los acuerdos. Así en el Fundamento de Derecho 2º, «Así como antes de la reforma introducida por el RD Ley 4/2014, el legislador atribuían al juez la competencia de examinar de oficio el contenido del acuerdo de refinanciación pudiendo incluso denegar la homologación judicial si consideraba que tal acuerdo suponía un sacrificio patrimonial injustificado para los acreedores disidentes, tras la reforma se suprime ese control judicial a priori, debiendo el juez limitarse a verificar si la solicitud cumple o no los requisitos antes mencionados. En consecuencia, tanto la providencia de admisión a trámite del expediente como el propio auto de homologación judicial se convierten en resoluciones bastante regladas».

que sea competente para conocer de la declaración del concurso de acreedores, a quien se ha de presentar para su posterior homologación acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud.

Dicho lo anterior, es necesario tener en consideración que todo sistema de refinanciación que implique la superación del principio de relatividad de los contratos previsto en el art. 1257 del CC, debe llevar aparejados mecanismos de control judicial, entre otros sobre el posible carácter desproporcionado del sacrificio exigido a los acreedores disidentes. Sin embargo tras la última reforma concursal operada por la Ley 17/2014, ese control judicial no se verifica *ex ante*, sino con posterioridad a la homologación y solo en caso de impugnación del acreedor afectado. Luego, la labor del juez se limita a controlar la concurrencia de estos requisitos, sin entrar a valorar si la homologación suponía un sacrificio desproporcionado como sí sucedía en la regulación anterior.⁴⁰³ Es éste un concepto jurídico indeterminado el del *carácter desproporcionado del sacrificio exigido*, ya que la norma no establece ningún criterio para determinarlo, así que deberá ser valorado en cada

⁴⁰³ Sin embargo, no existe una desprotección de aquellos acreedores de pasivos financieros disidentes o no participantes, que puedan verse afectados por los efectos del acuerdo, ya que podrán impugnar el auto de homologación alegando ahora sí que el contenido del acuerdo supone un *sacrificio desproporcionado* para ellos.

caso por el juez. El sacrificio lo es para los acreedores y no para el concursado. Y por ello lo es en relación a sus productos en los que el deudor aparece como obligado⁴⁰⁴.

En relación con el *sacrificio desproporcionado*, detengámonos en la *Recomendación de La Comisión de la UE de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, DOUE L 74/65. Se postula que el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160 de 30.6.2000, p. 1), debe ser aplicable también en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, en vías de reforma [COM(2012), 744 final] extendiendo su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios” (Preámbulo, 5).⁴⁰⁵ En el apartado 22 c) de esta Comunicación se dispone que:

⁴⁰⁴ Vid. sobre este concepto y el hecho de que se trataría de que se trataría más bien de un *sacrificio desproporcionado* y no de un *sacrificio patrimonial desproporcionado* SENÉS, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?, en *RDCP*, vol.I, nº 1, enero-marzo, 2014, pág. 53 y ss.

⁴⁰⁵ En estos términos, vid. VICENT CHULIÁ, «Desapalancamiento y Ley concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación», en *RDCP*, nº22, 2015, pág. 20; también, destacando la importancia que representa esta Recomendación en el conjunto del Derecho europeo de la insolvencia, vid. PULGAR EZQUERRA, en *Estudios de Derecho Empresario*, 2014, pág.181, quien señala que «si la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 es importante, es no sólo por lo que representa en orden a una armonización del Derecho Europeo de insolvencias, sino porque, además, recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial, referenciado al modelo norteamericano del Chapter XI del Bankruptcy Code, que será determinante de un nuevo sistema y que parece estructurarse en torno a dos ideas básicas: prevalencia de soluciones precontractuales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física»

«Las condiciones en que el plan de reestructuración puede ser confirmado por un órgano jurisdiccional deberían especificarse claramente en la legislación de los Estados miembros e incluir, como mínimo, las siguientes:

c) el plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según el caso;».

La Comisión pretende dar a las empresas viables la oportunidad de reestructurarse y mantenerse en actividad, una vez constatado que en el marco de la UE casi 200.000 empresas de toda la UE están en peligro de insolvencia y que 1,7 millones de personas se encuentran en riesgo de perder sus puestos de trabajo.⁴⁰⁶

En líneas generales se pretende, en virtud de esta Recomendación, armonizar la legislación relativa a la insolvencia de los distintos Estados miembros a partir de las siguientes premisas: en primer lugar, facilitar la reestructuración de las empresas en dificultades financieras en una fase temprana, evitando así largos y costosos trámites al contribuir a un menor recurso a la liquidación; en segundo lugar, permitir a los deudores reestructurar sus empresas sin necesidad de incoar un procedimiento judicial para lo que se ofrece a las empresas que sufran dificultades financieras la posibilidad de solicitar una moratoria de hasta cuatro meses

⁴⁰⁶ Transcurrido un año desde la publicación de esta Recomendación, recientemente se ha formulado una pregunta parlamentaria relativa a la insolvencia de las familias, así como una segunda oportunidad para los particulares y las familias a los que no se incluía en la redacción originaria.

(prorrogable hasta un máximo de doce meses) para adoptar un plan de reestructuración antes de que los acreedores puedan incoar procedimientos de ejecución en su contra y, por último, facilitar el proceso de adopción de un plan de reestructuración, teniendo en cuenta los intereses de los deudores y los acreedores, con vistas a aumentar las oportunidades de salvar empresas viables. Como puede entreverse de estas breves líneas, se plantean de nuevo los límites que necesariamente deben aplicarse al sacrificio patrimonial que pueden sufrir los acreedores disidentes en todo acuerdo de reestructuración. Así, se dispone que este sacrificio no puede superar el límite lo que *cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración*. Para ello se propone en primer término dotar a todos los acreedores de legitimación, con o sin garantía, si bien deberán ser tratados como categorías separadas que reflejen sus respectivos intereses; en segundo término, los *quórum*s de aprobación se dejan al arbitrio de las legislaciones nacionales, pero cuando haya categorías separadas, los planes han de ser confirmados judicialmente, teniendo en cuenta la importancia de los créditos de cada categoría; en tercer lugar, se ha de establecer un sistema de votación por medios electrónicos que garantice iguales condiciones a todos los acreedores, con independencia de la ubicación física y, por último, se debe garantizar la posibilidad de planes de reestructuración únicamente aprobados por los acreedores, o categoría de acreedores, a quienes haya de afectar.

Se trata, en definitiva, de propiciar acuerdos cuya naturaleza es contractual, aunque se alcancen con un régimen de mayorías frente a la clásica necesaria unanimidad de los acuerdos extrajudiciales. Por otra parte, la superación de los principios básicos contractuales, como el de relatividad de los contratos, debe encontrarse en la homologación judicial

de que es objeto el acuerdo, homologación que también vendría a justificar el sacrificio patrimonial que puede suponer.⁴⁰⁷

Ya en el ámbito nacional, el juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. En efecto, admitida a trámite, el juez mediante providencia declara la paralización de las ejecuciones singulares, hasta que se acuerde la homologación, sin necesidad de traslado alguno. Se dará publicidad de esta providencia a través del Registro Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

⁴⁰⁷ En esta línea destacamos de nuevo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de fecha 29 de Julio de 2.014 (Grupo Petromiralles), que a vueltas con el sacrificio desproporcionado decía que *«hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo. Si partimos de la base que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores - adheridos o disidentes-, parece razonable entender que la valoración de la proporción o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior»*.

En tercer lugar, en lo tocante a las mayorías necesarias para la homologación judicial, el párrafo primero de la DA.4ª de la LC dispone que:

«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. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los apartados siguientes.»

A la vista del precepto mencionada, varias cuestiones de relevancia jurídica se ponen de manifiesto:

En primer término, para una homologación judicial se exige que el acuerdo de refinanciación haya sido suscrito por acreedores que represente un 51 por ciento de los pasivos financieros.⁴⁰⁸ En este sentido, resulta acertado el empleo del término *pasivo financiero* en sustitución de *entidades financieras*, más amplio, entendiendo por tales a los *titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera*.⁴⁰⁹ Es más, en este punto, cabe

⁴⁰⁸ Quedan excluidos en el cómputo de las mayorías indicadas del 51 por ciento, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan consideración de *persona especialmente relacionada* conforme al art. 93.2 de la LC quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación judicial.

⁴⁰⁹ El legislador excluye de los pasivos financieros a los acreedores de créditos laborales, por operaciones comerciales y acreedores de pasivo de derecho público. En relación con el significado de *pasivo financiero*, los jueces de lo Mercantil de Madrid en las reuniones llevadas a cabo los día 7 y 21 de noviembre de 2014, con el fin de ofrecer un concepto

admitir la posibilidad de una cesión de la posición de los acreedores con pasivos financieros incluso tras la homologación del acuerdo. En estos casos, los cesionarios deberán reunir también las condiciones previstas en la DA. 4ª de la LC.⁴¹⁰

En segundo término, el párrafo cuarto de la DA. 4ª.1 de la LC dispone en relación con los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que:

«En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación

unitario de pasivo financiero consideraron que «No se aprecian razones para efectuar ninguna restricción respecto del concepto de pasivo financiero utilizado en la norma 9ª del Plan General Contable basado en la NIC 39, salvo las que propiamente hace el Legislador al excluir los débitos por operaciones comerciales, que en la normativa contable sí estarían expresamente incluidos. Consideramos que esta interpretación favorece la seguridad jurídica, pues permite aplicar de manera cierta las reglas de cómputo de mayorías basándose en la contabilidad del deudor y sin necesidad de analizar, una a una, la exacta naturaleza como "contrato de financiación" (atípica en nuestro Derecho) de la relación jurídica. Interpretación que, en aras de la exhaustividad, debe significarse que no santifica la corrección de la contabilidad del deudor, que en casos extremos podría llegar a fiscalizarse».

⁴¹⁰ Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de 2 de marzo de 2015 (RIOFISA) en sus Fundamentos de Derecho dispone que «Conforme al párrafo 1 de la DA 4ª deben tener en todo caso la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Para que el acuerdo pueda desplegar sus efectos con normalidad es razonable entender que serán acreedores de pasivos financieros no sólo quienes cumplieran con las exigencias referidas en el momento de la firma y homologación del acuerdo, sino también en un momento posterior, para el caso de que una entidad financiera pudiera transmitir sus derechos de crédito a terceros».

establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.»

Se entiende que en este caso se alcanzan las mayorías legalmente exigidas cuando voten a favor del acuerdo acreedores que representen el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo.⁴¹¹ Llamamos la atención sobre el cambio que introduce la Ley 9/2015 en este extremos al mencionar que con una mayoría de 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, se entenderá que *la totalidad* de los acreedores han suscrito dicho acuerdo. Las consecuencias del empleo de este término son claras cuando lo ponemos en relación con el número 7 de la DA.4ª de la LC que dispone que «dentro de los quince días siguientes a la publicación (del Auto que aprueba la homologación), los acreedores de pasivos financieros *que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación* o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla...».⁴¹²

⁴¹¹ Acerca de la necesidad de acreditar las mayorías exigidas por la ley, traemos nuevamente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, sentencia 195/2015 de 23 de julio de 2015, en relación con la impugnación de la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación alegando falta de legitimación activa por ser parte de un crédito sindicado donde más del 75% de los créditos han suscrito la refinanciación. Esta excepción a la impugnación es rechazada ya que «*no aparece indicado por ningún lado el porcentaje del voto a favor del sindicado, especificado o separado sobre el voto conjunto del pasivo financiero genérico que sí recoge, y único al que se refiere La Ley Concursal ha previsto que el régimen de mayorías preciso para adoptar los acuerdos recogidos en la Disposición Adicional 4ª sean acreditados a través de Auditor que certifique la suficiencia de las mayorías; en este caso concreto consistiría en que hubieran votado a favor del acuerdo de refinanciación sujeto a un régimen de sindicación acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero afectado por el acuerdo de refinanciación. Del examen de los documentos aportados, los informes-certificados de auditoría aportados omiten todo dato sobre el particular limitándose a señalar cuál es la relación entre el pasivo financiero, sin adjetivar, y los firmantes del acuerdo*».

⁴¹² Estas consecuencias difieren de lo previsto para el convenio en sede concursal por los arts. 121.4.3º de la LC y del art. 71 bis.1 b) de la LC en relación con los acuerdos colectivos de refinanciación, a los efectos del cómputo de mayorías. Esta opción del

En otro orden, los motivos de impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.⁴¹³ Se mantienen así las financiaciones sindicadas con efectos para todos los acreedores sindicados evitando posibles acuerdos sindicados paralelos.

En tercer término, a tenor de la DA.4.3ª de la LC para el legislador ha dejado de ser relevante la distinción entre acreedores con o sin garantía real, ya que no todos los acreedores con garantía real son de la misma condición de tal manera que con frecuencia pueda darse la circunstancia de que la garantía de la que se dispone es de un rango posterior a otras preferentes, o puede recaer sobre un activo de muy

legislador resulta contraria a las conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil, de 7 y 21 de noviembre de 2014 que en este punto se pronunciaban «4º.- Los acreedores que formen parte de un acuerdo sindicado y a los que se imponga la adhesión al acuerdo de refinanciación por integrarse en la minoría del 25% que no respalda el mismo, ¿se consideran parte del acuerdo o únicamente obligados por el mismo? ¿Tienen legitimación para deducir impugnación de la homologación en los términos del punto 7 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal? I salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75% de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de 10 años, pero la mayoría que lo respalda –un 60% del pasivo financiero total- sólo permite la extensión de una espera de 5 años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato); y pudiendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado. (Unanimidad)».

⁴¹³ Concepto jurídico indeterminado el del *carácter desproporcionado del sacrificio exigido*, ya que la norma no establece ningún criterio para determinarlo, así que deberá ser valorado en cada caso por el juez. De manera que se trata de un *sacrificio desproporcionado* y no de un *sacrificio patrimonial desproporcionado*. El sacrificio lo es para los acreedores y no para el concursado. Y por ello lo es en relación a sus productos en los que el deudor aparece como obligado. *Vid.* sobre este concepto, SENÉS, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores», en *RDGP*, 1, enero-marzo, 2014, pág. 53 y ss.

escaso valor que cubre una pequeña parte de la deuda, o pueden producirse ambas situaciones simultáneamente. Lo relevante es, en consecuencia, la distinción *objetiva*, entre la parte de la deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está anticipando lo que podría suceder en caso de liquidación concursal.

Ello explica la distinción que se realiza para que los acuerdos homologados se extiendan también a acreedores no firmantes en el párrafo tercero de la DA.4ª de la LC, entre acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito acuerdo de refinanciación, o que hayan mostrado su disconformidad con el mismo y *cuyos créditos no gocen de garantía real*, o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, y los acreedores de pasivos financieros que no suscriben el acuerdo o que se oponen al mismo, por la parte de su *crédito que no exceda de del valor de la garantía real*.

Así las cosas, en relación con el primer grupo de acreedores, sin garantía real, distinguimos:

- 1.- Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.
- 2.- Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez; las

quitas, la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más y no superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original; la cesión de viene o derechos a los acreedores en pago de la deuda.⁴¹⁴

En cuanto al segundo grupo de acreedores, acreedores con garantía real, si concurre la mayoría del 65 por ciento resultarán de aplicación los efectos arriba mencionado en relación con esperas no superiores a cinco años o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo (cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior), y del 80 por ciento cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior, casos en que se exigía el 75 por ciento.

De manera que los extremos anteriormente referenciados pueden dar lugar a que en una misma homologación de un acuerdo de

⁴¹⁴ Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid al extender el contenido de un acuerdo de refinanciación a acreedores disidentes titulares de garantías financieras al amparo del *RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso la productividad y para la mejora de la contratación pública*, que en virtud de la DA 1ª del *RD Ley 11/2014*, las actuaciones que se deriven de la aplicación del art. 5 bis y de la DA 4ª de la LC, tendrán las consideración de medidas de saneamiento. El juez entiende que podrán ser arrastrados acreedores con garantías financieras a pesar de la DA 1ª del *RD Ley 11/2014*, dado que la extensión de la protección se refiere a la posible ejecución de las garantías pero no al hecho de que el crédito no pueda ser arrastrado. El Fundamento de Derecho 4º dispone que «la protección que le confiere el art. 15.4 del Real Decreto-ley 5/2005, debe venir exclusivamente referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por dicho precepto, siendo posible, la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real (en este sentido se pronuncia la nota de aclaración de los Jueces de lo Mercantil de Madrid sobre la respuesta aprobada en la reunión de unificación de criterios de 7 y 21 de noviembre de 2014, en el epígrafe II punto 3º).

refinanciación con arrastre de disidentes tenga distinto alcance atendiendo a la condición de cada acreedor y la mayoría del pasivo en cada caso alcanzada. Por otra parte, el arrastre o la extensión de los efectos de los acuerdos de refinanciación a acreedores disidentes, además de reunir las mayorías anteriormente recogidas, deberá producirse exclusivamente respecto de contenidos de los acuerdos de refinanciación previstos en el apartado 4º de la DA.4ª de la LC (quitas, espera y conversión en participativo o en capital).⁴¹⁵

Ahora bien, los acuerdos que han resultado homologados con una mayoría de 51 por ciento se pueden beneficiar de la no rescindibilidad y del *fresh money* o privilegio de dinero nuevo, que analizaremos seguidamente, pero no se podrán extender sus efectos a los titulares de pasivos financieros disidentes o no participantes, para lo que se exigen mayorías superiores.

⁴¹⁵ En este sentido, *vid.* el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra de 13 de febrero de 2015. «*pero no cabe extenderle cualquier efecto a las entidades disidentes, sino solamente los pactados en el acuerdo, y que además sean algunos de los previstos en el apartado tercero letra a) o de los previstos en la letra b), o en su caso de los previstos en el apartado cuarto de la Disposición Adicional Cuarta de la LC, en función de los porcentajes que allí se prevén, esto es, se homologa únicamente la extensión de los efectos pactados de las quitas, esperas, la conversión de deuda en acciones o participaciones o en préstamos participativos a los acreedores titulares de pasivo financieros e incluso a los titulares de pasivos financieros con garantía real [...]; sin que haya lugar a homologar judicialmente todos los efectos previstos en el acuerdo que no cumplan estrictamente la enumeración de extensión de efectos previstos en el apartado tercero y cuarto de la Disposición Adicional Cuarta de la LC*».

3. 4. EL PRIVILEGIO DE DINERO NUEVO O *FRESH MONEY*.

Continuando con el desarrollo explicativo de las novedades incorporadas en virtud de la Ley 38/2011, corresponde a continuación centrarnos en el llamado privilegio de *dinero nuevo*, también conocido como *fresh money* en la literatura anglosajona o *argent frais* en la francesa.⁴¹⁶

El privilegio del *fresh money* constituye una de las principales novedades incorporadas por la Ley 38/2011, apenas modificado en posteriores reformas. No obstante lo anterior, su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico no resultó sencilla, habida cuenta de los diversos intereses en juego.⁴¹⁷

Incentivar la financiación tanto preconcursal como postconcursal⁴¹⁸ de empresas en situación de crisis, pasa no sólo por la protección de las

⁴¹⁶ En Francia la reforma del año 2005 del art. 611-11 en relación con el art. 622-17 del CCom introduce el llamado *privilegio de la Conciliation*, que se concedía a cualquier sujeto, aunque con frecuencia lo serán las entidades financieras, que en el marco de un acuerdo de conciliación homologado, concedan financiación, obteniendo estos acreedores una mejor posición en el cobro, al reconocerse a estos créditos el carácter de prededucibles, en un eventual procedimiento concursal. Con l'Ordonnance de 12 de marzo de 2014, este privilegio se extiende a todo el marco del procedimiento de *Conciliation*, no sólo en relación con los acuerdos homologados.

⁴¹⁷ El problema surge entre los intereses de los distintos acreedores crediticios, provocó que no fuera fácil su incorporación, *vid* .PULGAR EZQUERRA, *op. cit.* pág.430.

⁴¹⁸ En relación con el privilegio del *fresh money* postconcursal, la reforma del art. 100.5 de la LC como consecuencia de la Ley 38/2011 permite que tengan la consideración de créditos contra la masa y por tanto, también prededucibles, en virtud del art. 82.2.11º de la LC, *los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad*, lo que implica que la declaración de concurso ya se ha producido, de manera que en palabras de PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad... op. cit.* pág.458 «puede hablarse así de un «privilegio para el «fresh money» postconcursal ex art. 84.2.11º de la LC, que coexistiría con la previsión contenida en el art. 100. 5 LC de remisión al ámbito de autonomía de la voluntad de las partes del tratamiento que dichos créditos recibirían, en una eventual

refinanciaciones en sede de negociación e incluso de ejecución (ex art. 5 bis de la LC, art. 71. 6 de la LC, DA.4ª de la LC) sino, sobre todo, por procurar al acreedor la certeza de que si el concurso ya está declarado o lo va a estar, su crédito recibirá un trato privilegiado procurando, de esta manera, compensar los riesgos asumidos durante la operación de financiación.

El reconocimiento legal de un *fresh money* en el Derecho español se articuló a través del primer párrafo del art. 84.2.11.^a de la LC que dispone que tendrán la consideración de créditos contra la masa *el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en relación con la cuantía no reconocida como crédito contra la masa*, dispone el art. 91.6.^o de la LC que son créditos con privilegio general, *los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa*. En este segundo supuesto, el crédito sigue resultando privilegiado, se le reconoce como crédito preferente, aunque con una calificación más modesta que en el art. 84.2.11^o de la LC.

En efecto, en la conformación de un acuerdo de refinanciación surgen negociaciones más o menos complejas, pero en último extremo la renuncia o el sacrificio por parte de los acreedores de una parte de su crédito o la postergación en el cobro de sus deudas, facilita la conclusión,

liquidación, en sede de clasificación crediticia, precepto este que mantiene su vigencia y no ha sido objeto de modificación en su redacción en virtud de la Ley 38/2011».

dentro de unos límites, de los acuerdos de refinanciación. Por el contrario, la obtención de financiadores que inyecten dinero líquido a una empresa en dificultad económica, no es tan fácil, si no se acompaña de medidas que garanticen una protección de los créditos financiadores. Esta protección se logra a través del mecanismo del *fresh money* que persigue incentivar, en palabras del legislador, *nuevos ingresos de tesorería*, -inyecciones de capital-, a través de una refinanciación de deuda, respecto de empresas que se encuentren en una situación de dificultad económica. De este modo, la celebración de acuerdos de refinanciación en los que se integra este privilegio, permiten la remoción de la insolvencia, en unos casos o la mejora de la situación económica en otros, ofreciendo un trato favorable a estos créditos ante un eventual concurso del deudor.⁴¹⁹ Y es que el privilegio que se establece para estos créditos participantes de la refinanciación que consistan en *nuevos ingresos de tesorería* escaparía del régimen general de composición de la masa pasiva, en relación con la clasificación de los créditos concursales contenido en los arts. 84 y ss de la LC.

Ahora bien, si los principios de política jurídica sobre los que se apoya el reconocimiento legal de un *fresh money* son admitidos por todos, no sucede lo mismo en relación con sus límites y extensión. Por esta razón, resulta necesario examinar a continuación, los requisitos que los preceptos antes mencionados exigen para dar cumplimiento a este nuevo privilegio, analizando los problemas que se derivan de ello:

⁴¹⁹ En este punto, traeríamos de nuevo el debate acerca de la legalidad de acuerdos de refinanciación dirigidos a procurar una remoción de la insolvencia del deudor. Así, AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda...op. cit.* pág. 275;

En primer lugar, en lo que concierne al origen del dinero nuevo, con frecuencia este privilegio tiene un único destinatario; acreedores profesionales, normalmente bancos e instituciones financieras que pueden ser acreedores o no del deudor común. Aunque la reforma introducida por la Ley 38/2011 no alude directamente a ellos, no existe un *fresh money* profesional, lo cierto es que la liquidez a la que alude el legislador suele ser inyectada por estos financiadores profesionales. En este sentido, se considera que por ser las entidades financieras los principales y casi únicos destinatarios de este privilegio, deben asumir unos riesgos concretos que no asumirían otro tipo de refinanciadores, razón por la cual este privilegio cobraría todo su sentido.⁴²⁰ A esto hay que añadir que la posibilidad de que personas vinculadas con el deudor o incluso el *propio* deudor quedan excluidas del privilegio del *fresh money*, como veremos más adelante.

En segundo lugar, en relación al destino que se deben dar al *fresh money*, tampoco hay un pronunciamiento expreso del legislador, sin embargo de una lectura conjunta de los arts. 71.bis.1.a) de la LC y del art.

⁴²⁰ Con frecuencia se apunta que los riesgos que las entidades financiadoras asumen en relación con la crisis del deudor y a la necesidad de dar cumplimiento al régimen de provisiones fijado por el Banco de España en la Circular 3/2014, como justificación del privilegio del *fresh money*. No es de esta opinión, AZNAR GINER, op. cit. págs. 276 y ss. para quien «las entidades de crédito no asumen un mayor riesgo que, por ejemplo, un proveedor del deudor que le suministra mercancía a crédito. Ciertamente las primeras se ven sometidas por el Banco de España a un severo régimen de provisiones por morosidad. Pero también disfrutan de una suerte de mecanismos públicos de rescate de deterioro o crisis económica». No obstante, si el dinero nuevo obtenido por esta vía se destinara al pago de proveedores o en general de los créditos comerciales, sí cobraría de nuevo más sentido, el *privilegio* de que disfrutaban las entidades financieras.

84.2.11^a de la LC, el dinero nuevo deberá destinarse a *garantizar la continuidad de la actividad y no para amortizar créditos*.⁴²¹

En tercer lugar, el legislador sólo contempla una única opción de financiación o de apoyo al deudor: *nuevas aportaciones de tesorería*. Respecto del concepto de *nuevas aportaciones de tesorería* surge la duda de si por tal debe entenderse exclusivamente, las realizadas mediante préstamos o cuentas de crédito, esto es, aportaciones dinerarias líquidas y en metálico o, si por el contrario, puede ampliarse también a otras figuras de financiación habituales en la práctica bancaria, tales como, líneas de descuento, *factoring*, *confirming* o la concesión de avales.⁴²²

En lo que concierne al contenido de este privilegio, el estímulo para que los terceros inyecten tesorería vinculado a un plan de viabilidad en el marco de un acuerdo de refinanciación, constituye el contenido del

⁴²¹ Dado que los nuevos ingresos de tesorería han de obtenerse en el marco de un acuerdo de refinanciación y que éstos deben responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial, parece claro que éste ha de ser el destino del *dinero nuevo*. En este sentido, ESTEBAN MARCOS, *op. cit.* pág. 69, también, PAVÓN NEIRA, *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, Barcelona, 2013, pág. 79 al decir que «el plan de viabilidad contendrá una previsión de gastos (aprovisionamientos, laborales, generales y financieros) en los que habrá de incurrir el deudor para sostenimiento de su capacidad productiva, cuyo pago estará contemplado en el citado plan, sin que quepa deducir que los beneficiarios de los mismos deben ser acreedores firmantes para sostener tal aplicación del *fresh money* permita el reconocimiento del privilegio del dinero nuevo».

⁴²² En relación con el *factoring* y las líneas de descuento la doctrina se muestra favorable a su admisión en cuanto supongan nueva liquidez a disposición del deudor, en este sentido, *vid.* AZNAR GINER, *op. cit.* pág. 280; también, PAVÓN NEIRA, *op. cit.* pág. 78. Sin embargo, respecto del *confirming* y la concesión de avales por parte de la entidad financiera, al no ser propiamente nuevos ingresos de tesorería ya que no se trata de una inyección de dinero líquido, sino de pagos realizados por las entidades financieras por cuenta del deudor, la aplicación del privilegio de dinero nuevo a estos supuestos resulta cuestionable..

privilegio de dinero nuevo. En este contexto, todos los acreedores del deudor común, desde la declaración de concurso quedarán integrados en la masa pasiva del concurso ex art. 49.1 de la LC, si bien, los créditos de los financiadores gozarán de una doble condición:

- a) El 50 por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el art. 71.6 de la LC, tendrán la consideración de créditos contra la masa.
- b) Los créditos no reconocidos como créditos contra la masa, que supongan nuevos ingresos de tesorería y sean concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, tendrán la consideración de créditos con privilegio general.

De un análisis detenido del precepto se desprenden los siguientes comentarios:

En primer lugar, llama la atención la conexión de estas dos calificaciones, ya que un mismo crédito recibe *simultáneamente* la calificación de no concursal, la parte del créditos contra la masa, y concursal, la parte del créditos con privilegio general.⁴²³ Por otra parte, la alteración en la calificación de estos créditos privilegiados, lleva a considerar como créditos no concursales, esto es, créditos contra la

⁴²³ En estos términos, VELASCO SAN PEDRO, «El régimen transitorio del *fresh money* de socios y otras personas especialmente relacionadas con el deudor», en *RDCP*, nº 22, 2015, págs.52

masa, a créditos generados *antes* del concurso⁴²⁴, del mismo modo que los créditos correspondientes al 50 por ciento restante, que adquieren la condición de privilegiados generales, privilegio del que el acreedor normalmente no disfrutaría.⁴²⁵ Del mismo modo, desconocemos las razones que llevan al legislador a optar por una partición del crédito al 50 por ciento entre créditos contra la masa y créditos con privilegio general y no.⁴²⁶

En segundo lugar, la consideración de créditos contra la masa exige que estos sean satisfechos a su vencimiento. Sin embargo, el art.84.3 de la LC, permite que la administración concursal altere esta regla cuando lo

⁴²⁴ Los créditos contra la masa se caracterizan precisamente por generarse una vez iniciado el concurso con la excepción de los créditos salariales de los últimos 30 días anteriores al concurso, ex art. 84.12.1º de la LC.

⁴²⁵ En este punto se ha de atender a lo que señala VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.* pág.53, al señalar que la diferenciación en relación con un mismo crédito de dos calificaciones de sus créditos distintas conduce a «régimenes bien distintos, no sólo de *orden de pago*-que es en lo único en lo que probablemente estaba pensando el legislador-, sino de momentos de pago, devengo de intereses, sujeción al convenio, voto, etc., y que probablemente son en ciertos puntos excluyentes entre sí».

⁴²⁶ Es más, en este punto se plantea AZNAR GINER *op. cit.* pág. 278 y 279 del motivo por el que el legislador optó por la cifra del 50 por ciento y no otra, «se ha aludido para justificar la citada limitación del privilegio, tal vez, al riesgo de financiaciones excesivas que puedan lastrar el patrimonio del concursado y al hecho que el aumento de los créditos contra la masa disminuye las posibilidades de cobro de los acreedores, debiéndose conciliar el apostar por mantener la viabilidad y funcionamiento de la empresa a través de la refinanciación con la imposibilidad de cobro para el resto de los acreedores si, fracasa tal intento y la empresa deviene en concurso, ya que la masa activa podría estar comprometida a la satisfacción de dichos créditos. Pero lo cierto es que el legislador ha optado por razones estéticas y de “justicia”, aplicando la conocida regla salomónica, o la más vulgar “café para todos”. *También vid.* en este sentido, PULGAR EZQUERRA, «Fresh money...», *op. cit.* pág. 74 y ss., para quien hubiera resultado conveniente llegar a alcanzar el 100 por cien del crédito como crédito prededucible al modo de los ordenamientos jurídico francés e italiano, «ya que al financiador le incentiva no formar parte de la masa del concurso y no estar sometido a las reglas de comunicación y clasificación de crédito, lo que sólo se consigue por la vía de la prededucción».

considere conveniente *para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa*. Por otra parte, es necesario tener en cuenta el contenido del art. 176 bis de la LC que se ocupa de las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, sitúa a los créditos contra la masa procedentes de nuevos ingresos de tesorería, no se satisfarán conforme a su vencimiento, sino en último lugar dentro del epígrafe *demás créditos* al no mencionarse expresamente en otro lugar. Todo ello, nos lleva a pensar que el privilegio puede quedar desvirtuado en los casos de suficiencia de la masa, lo que se contradice con la pretensión del legislador de la Ley 38/2011 de procurar que esta regulación del *fresh money* incentive la conclusión de acuerdos de refinanciación con una específica ventaja para los acreedores financiadores.

Por último, en virtud del párrafo 3º, del art.84.2.11ª de la LC, *esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad*. La finalidad de la norma es clara, se trata de excluir de la calificación de créditos contra la masa a aquellos créditos que procedan del *propio* deudor o de personas especialmente relacionadas con él en el ámbito de determinadas operaciones. Sin embargo, la técnica empleada resulta defectuosa⁴²⁷ al tiempo que trata de forma diferente la financiación externa e interna, perjudicando la financiación interna.⁴²⁸

⁴²⁷ *Vid*, especialmente sobre el particular, VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.* págs.53 para quien es defectuosa por dos motivos, por referirse a créditos del *propio deudor* « en primer lugar, (...) al referirse directamente a créditos del propio deudor. Aunque es concebible que alguien decida emplear nuevos fondos de los que ya era dueño en «su»

Así las cosas se produce una reforma en este ámbito operada por la Ley 17/2014. La DA.2ª de esta Ley suspende la aplicación del régimen establecido en los arts. 84.2.11ª y 91.6 de la LC *durante un plazo de dos años desde su entrada en vigor*, de forma que los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de la norma, en las condiciones establecidas en el art. 71 bis o en la DA.4ª, tendrán la consideración de créditos contra la masa en su integridad, hasta el importe del nuevo ingreso, al no resultar de aplicación los arts. 84.2.11ª y 91.6 de la LC. Llama la atención, la extensión que hace el legislador a los créditos que reúnan estas condiciones realizados por el *propio* deudor y por personas especialmente relacionadas, salvo cuando la financiación proceda de un aumento de capital. Transcurrido este plazo de dos años, resultará de aplicación para estos créditos el art. 84.2.11ª con la regla del 50 por ciento de prededucibilidad establecida inicialmente.

empresa, detrayéndolos de otras finalidades (por ejemplo, del ahorro destinado a cubrir necesidades personales o familiares), es obvio que nunca puede haber aquí un crédito – ni contra la masa, ni de cualquier otro tipo-, porque nadie puede ser deudor de sí mismo. En segundo lugar, al excluir a los fondos suministrados a través de una operación de *aumento de capital*, ya que en este caso los fondos pasan a integrarse en el patrimonio de la sociedad que aumenta su capital y, en caso de concurso y de subsistir, formarían parte de la masa activa ».

⁴²⁸ Perjudicando la financiación interna, en este sentido, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «Fresh money...» *op. cit.* págs. 67 y ss.

CONCLUSIONES

I.- Históricamente el Derecho concursal ha perseguido cuatro grandes *objetivos de política jurídica* que, a veces de manera consciente y reflexiva, pero otras de forma meramente intuitiva, han orientado la labor de los legisladores. Así, (1) la prevención de la insolvencia o de las dificultades económicas de la empresa; (2) la recuperación de empresas en situación económica comprometida pero susceptibles de recuperación económica, (3) la liquidación del patrimonio del deudor común en situación de dificultad financiera irremediable y, por último, (4) el establecimiento de sanciones para aquellos deudores considerados deshonestos. Luego de lo precedente se desprende que el Derecho concursal así entendido, comprende una serie de medidas de carácter heterogéneo que varían, atendiendo al momento histórico y al lugar en que se manifiestan, pero que en todos los casos presentan determinados elementos comunes.

II.- La *prevención de la insolvencia* en relación con el *principio de conservación de empresa*, se ha revelado como uno de los principales objetivos del Derecho concursal desde al menos finales del siglo XIX, coincidiendo en Europa con la quiebra de grandes sociedades, en particular, de las compañías de ferrocarriles, que dado su volumen de capital y de medios personales, supuso un importante reto para un Derecho concursal que en la época resultaba ser eminentemente liquidativo. Con todo, su plasmación en los principios de política jurídica que inspiran el Derecho concursal, no se produjo plenamente hasta la segunda mitad del siglo XX.

III.- La necesidad de incorporar la recuperación empresarial a los fines del Derecho concursal, aparece ligada a la prevención y su manifestación más temprana se produjo en el Derecho francés con la Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984, relativa à *la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, y la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985, relativa *au redressement et a la liquidation judiciaire des entreprises*, siendo a la fecha el único ordenamiento que ha incorporado de manera sistemática la prevención y recuperación de las empresas mediante institutos preventivos reorganizativos.

IV.- La *finalidad solutoria* ha sido un objetivo fundamental del Derecho concursal, que sólo comienza a ser compartido con otros fines de carácter conservativo a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la aparición de nuevos principios de política jurídica consecuencia del modelo político-económico de la Economía Social de mercado.

V.- En un principio, en el Derecho concursal histórico, operaba el conocido principio *decoctor ergo fraudator* que, en relación con el deudor comerciante, dotaba a los institutos concursales de un extraordinario rigor (prisión, expulsión de la profesión o inhabilitación, desapoderamiento y ocupación de sus bienes...). Aunque esto se conectaba principalmente a la pérdida de la honorabilidad exigible a los comerciantes, defraudada cuando no se cumplían o no se hacía honor a las deudas, no dejaba de tener también una función resarcitoria en conexión con el *principio de*

responsabilidad universal (como han puesto de relieve autores como Pajardi⁴²⁹).

Aunque los aspectos sancionatorios de los procedimientos concursales se han ido modificando con el paso del tiempo, todavía perduran en los Derechos modernos, como ponen de relieve los diferentes mecanismos de extensión del concurso o de responsabilidad por deudas de los gestores de las empresas insolventes, asociados a un mal desempeño de estas funciones (en el Derecho español, su inhabilitación y la posible responsabilización de todo o parte del déficit patrimonial no cubierto por la liquidación, en caso de concurso calificado como *culpable*).

Asimismo debe tenerse en cuenta que la declaración en concurso (o en procedimientos similares) suele comportar un significativo coste reputacional con importantes implicaciones.

Estos costes reputacionales del concurso e instituciones análogas, junto con los costes económicos y los costes temporales que implican estos procedimientos judiciales, son los que han acabado abriendo paso a las soluciones extrajudiciales a la crisis económica del deudor común, y que éstas además sean en la actualidad la opción preferida por los operadores económicos, en particular, la gran empresa.

⁴²⁹ Vid. PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milán, 1998, pág. 2 y ss.

VI.- Durante largo tiempo *la liquidación forzosa* en el marco del procedimiento de quiebra, fue la única solución practicada para resolver la insolvencia del deudor comerciante. Con el tiempo, se fue advirtiendo que la liquidación podía ser sustituida por un arreglo de composición negociado en el seno de un procedimiento judicial entre el deudor y la mayoría de los acreedores. Aparecen así, *los convenios de masa*, situados originariamente dentro de la propia quiebra. Cuestionada la naturaleza jurídica de estos convenios, pueden definirse como un acuerdo de voluntades entre el deudor y sus acreedores, sancionado por el juez, tendente a lograr la satisfacción de éstos por una vía distinta a la tradicional liquidación forzosa (generalmente con una quita y/o una espera). Con todo, la tutela del crédito seguía siendo la finalidad principal de los tradicionales institutos concursales, aún reconociéndose los convenios de masa y la finalidad perseguida por éstos.

VII.- A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, aparecen los *convenios preventivos judiciales*, en gran parte como consecuencia de la quiebra de las compañías de ferrocarriles y de bancos. En efecto, en la mayoría de los países de nuestro entorno, surge la necesidad de llegar prontamente a un arreglo entre el deudor y sus acreedores, como medio de procurar la satisfacción de sus créditos, a la vez que de evitar la liquidación o desaparición de las empresas insolventes. En España esto *arreglos* se lograron en un primer momento, con la promulgación de la *Ley de Suspensión de Pagos* en 1922. Con todo, la finalidad perseguida muchas veces no se conseguía en la práctica, debida a la proliferación de malas prácticas, como la de permitir acogerse a estos expedientes a empresas en situación de profunda crisis económica, que impedía su

mantenimiento, o la adopción de convenios de liquidación, sin supervisión judicial efectiva.

VIII.- Los *arreglos privados extrajudiciales* aparecieron a lo largo del siglo XX, con el fin de evitar, por una parte, las consecuencias infamantes de los procedimientos concursales sobre la persona del deudor, así como su duración y costes y, por otra, la escasa operatividad de los convenios “concursoales”, por su planteamiento en un momento tardío y, por tanto, con escasas posibilidades de recuperación económica, aparecieran, así como de los convenios preventivos judiciales, por su desnaturalización.

En este contexto, la finalidad de estos arreglos extrajudiciales no era otra que evitar la apertura de los procedimientos concursales, particularmente de la abocación a soluciones de carácter liquidativo. Ahora bien, la ausencia de control de estos arreglos podía dar lugar a importantes riesgos tanto para el deudor, como para los acreedores, ya que las acciones ejecutivas no se paralizaban, pudiendo estas mermar sensiblemente el patrimonio del deudor (se trata del llamado *holdout problem*, o el problema de aquellos acreedores que deciden mantenerse fuera de los acuerdos extrajudiciales, sin perjuicio de que puedan hacer valer en cualquier momento los derechos vinculados a sus créditos).

IX.- En este contexto, se promulga en el año 2003 la vigente LC y pronto, los acuerdos de refinanciación centran, en buena medida, el debate sobre la reforma del Derecho concursal, especialmente en los

últimos años. Basada la LC en la unidad legislativa, de disciplina y de procedimiento, no contemplaba en su redacción originaria mecanismos concursales de carácter preventivo. La crisis económica que estalla en el año 2008 obliga a reformar la LC con el fin de contemplar la autocomposición y prevención de las crisis económicas.

X.- La reforma de la LC, siguiendo la tendencia de las reformas operadas en Europa, se acometió principalmente a través de dos grandes reformas: el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico un primer tratamiento de este tipo de *acuerdos de refinanciación*, a través de la incorporación de la DA.4ª de la LC y al objeto de incentivar su negociación, así como de un mecanismo de protección de las negociaciones concursales por la vía del art. 5 bis de la LC. Posteriormente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la misma línea que la precedente, realiza una reforma de mayor alcance en relación con los acuerdos de refinanciación, mediante la incorporación del sistema de *homologación judicial* para estos acuerdos, introduciendo determinados privilegios al objeto de potenciar la financiación de los acuerdos de refinanciación. Con este fin, se reforma de nuevo la DA.4ª de la LC y el art. 71 de la LC con el fin de facilitar el acceso a los acuerdos de refinanciación, derogando el art. 5.3 de la LC para pasar su contenido, modificado, al art. 5.bis de la LC.

XI.- La constante adaptación de los institutos concursales y concursales, singularmente de los acuerdos de refinanciación, a la realidad económica, especialmente cambiante desde el inicio de la crisis

económica, ha provocado dos reformas ulteriores del art. 5 bis de la LC, en este caso, en virtud primero 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* y segundo, mediante *la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal*. En primer lugar, la Ley 17/2014 modifica este precepto de manera que la comunicación del inicio de las negociaciones afectará también a las ejecuciones. La nueva redacción del artículo 5 bis, permite que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En coherencia con lo anterior, también se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la DA. 4ª, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación. En segundo lugar, la Ley 9/2015 en lo que concierne a la reforma del art. 5 bis de la LC se limita a establecer que el juez competente para conocer del concurso será el encargado de resolver las controversias que pudieran plantearse respecto al carácter necesario o no del bien. Otra de las novedades que incorpora esta ley alude a las ejecuciones promovidas por acreedores financieros, en especial a la paralización que afectará tanto a las ejecuciones judiciales, como a las extrajudiciales sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, siempre que se acredite documentalmente que al menos el 51 por ciento del pasivo financiero ha

apoyado expresamente el inicio de las negociaciones del acuerdo de refinanciación.

XII.- Por otra parte, la entrada de mecanismos preconcursales no termina con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación. La *Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, introduce un nuevo Título X a la LC, denominado *Acuerdo Extrajudicial de Pago*, destinado a regular un nuevo mecanismo preconcursal de tratamiento de la insolvencia en donde la figura del mediador concursal ocupa un lugar destacado.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de Ley concursal y el Registro de la Propiedad. Borrador del Anteproyecto de 1995*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997.
- ALCOVER GARAU, «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», *RdS*, nº 6, 1996.
- ALCOVER GARAU, «La Ley 22/2003, de 8 de julio, concursal» en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970.
- ALTMAN, «A Further Empirical investigation of the Bankruptcy Cost Question», *Journal of finance*, September, 1984.
- AMBROSINI/DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milán, 2005.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, «Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal », en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, «El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005.
- ARIAS VARONA, «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», monografía nº 17 asociada a la *RDCP*, 2013.
- AZNAR GINER, *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Valencia, 2010.
- AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia, 2014.

- BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and law*, Cambridge Harvad University Press, 1994.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, (dir. Rojo), Madrid- Barcelona, 2003.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, «Ideas básicas de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Rojo», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. Madrid, 2005.
- BISBAL MÉNDEZ, «El nuevo Derecho concursal francés», *RDBB*, nº19, julio-septiembre, 1985.
- BISBAL, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia: Real Colegio de España, 1986.
- BISBAL MÉNDEZ, «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, nº215,1994.
- BONFATTI, «Reforma concursal italiana vs. Reforma española», *RDCP*, nº8, 2008.
- BRUNET ICART/PASTOR, *Ciencia, Sociedad y Economía, Fundamentos*, Madrid, 2003.
- CABRILLO, *Análisis económico del derecho concursal español*, Madrid, 1986.
- CAIFA, «La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005», *Dir. Fall.* Septiembre-octubre, nº 5, 2005.
- CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999.

- CARRERAS LLANSANA, «Situación actual del Derecho concursal español», Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 1986.
- CASTIELLO D'ANTONIO, «La evolución legislativa del Derecho concursal italiano», *RDCP*, nº 14, 2011.
- CERDÁ ALBERO, «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», *RDCP*, nº 22, 2015.
- CERDÁ ALBERO/SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho concursal*, Madrid, 2000.
- CERDÁ ALBERO/SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos nº 25, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona, 2001.
- COLE, «El Derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global», *RDCP*, nº 15, 2011.
- CUESTA RUTE/NUÑEZ RODRÍGUEZ en Cuesta Rute (dir.), en *Derecho Mercantil II*, Madrid, 2014.
- DÍAZ ECHEGARAY, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Pamplona, 2014.
- DIXON, *Señor monopolio: la asombrosa vida de Juan March*, Madrid, 1985.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Pol*, RDP, 1981.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, XXXIII, 1980.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico de insolvencia» en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía núm. 6, asociada a la *RDCP*, Madrid, 2007.
- ESTEBAN RAMOS, «Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso», *RDCP*, nº 22, 2015.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los presupuestos de la declaración de concurso», en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez), Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursoal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art.209.1 b)*, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia» en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo), Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, «El régimen jurídico preconcursoal de los «acuerdos de refinanciación» (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, «Una lectura preconcursoal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”: el expediente registral preconcursoal», *ADCo*, nº 21, 2010-3.
- FERNÁNDEZ TORRES, «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y posibilidad de no presentar declaración de concurso», *RDCP*, nº12, 2010.
- FERNÁNDEZ TORRES, «Prevención de la insolvencia y fresh money. Modelos comparados y propuesta de de reforma», *RDCP*, nº 15, 2011.

- GALÁN CORONA, «Memoria e informe de gestión. Artículos 199 a 202 de la Ley de Sociedades Anónimas» en Uría/Menéndez/Olivencia (dir.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, Madrid, 2000.
- GALBRAITH, *Historia de la economía*, traducción de Hernán Rodríguez Campoamor, Barcelona, 1989.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol.II, Padua, 1990.
- GALLE, *Reforme du Droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, París, 2005.
- GARCIA CRUCES, *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*, Madrid, 2013.
- GARCIA DELGADO, *Economía española*, Pamplona, 2012.
- GARCIA DELGADO, *Lecciones de economía española*, en GARCIA DELGADO (dir), Pamplona, 2013.
- GARCIA GALLO, *Curso de historia del Derecho español*, vol. II, Madrid, 1958.
- GARCIA VILLAVERDE, «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en AA.VV., *Derecho Concursal*, patrocinado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- GARCIA/SANTOS, *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.
- GARICANO, *El dilema de España*, Barcelona, 2014.
- GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999.
- GARRIGUES, «Derecho de quiebras y de la suspensión de pagos», *RDP*, tomo XXIV, nº 281, Madrid, 1940.

- GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962.
- GIRÓN TENA, «Introducción (Temario para una encuesta)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº8, Madrid, 1985.
- GONDRA ROMERO, «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico comparada», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- GONDRA, «Del derecho de la economía a la moderna economía del derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica)», en AA.VV., *Ensayos de economía: en conmemoración del XXV aniversario de la Fundación de la Facultad*, Bilbao, 1981.
- GONDRA, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ DE ECHEVARRI, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922*, Valladolid, 1932.
- GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebra*, Madrid, 1.856.
- GONZÁLEZ MÉNDEZ/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, «Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de insolvencia y transferencias de riqueza », *Investigaciones económicas*, nº 24, 2000.
- GONZÁLEZ NAVARRO, «Las costas en la Ley Concursal», *RDCP*, nº 5, 2006.
- GRANATA, «Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencia del sistema bancario italiano» en *Implicaciones financieras de la Ley concursal*, Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid, 2009.
- GUYON, *Droit des affaires*, vol. II, Paris, 2003.

- ILLESCAS, «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», en AAVV., *La reforma del Derecho concursal*, CDC, monográfico, 1997.
- ILLESCAS, «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración», en AA.VV., *La Reforma Concursal, III Congreso español del Derecho de la Insolvencia*, Beltrán (dir); García Cruces y Prendes, Pamplona, 2011.
- Informe del Consejo General de la Abogacía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2001.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Concursal.* Nº 12. Revista del Poder Judicial, septiembre, 1984.
- Informe del Consejo Superior Bancario sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, nº 15. RDBB., julio-septiembre, 1984; monográfico del Anteproyecto de la Ley Concursal publicado por la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, nº8, 1985.
- Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 10 de octubre de 2001.
- INZITARI, «Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi», disponible en www.ilcaso.it, Foglio d'informazione giuridica.
- JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press), 1986.
- JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2006.
- JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2013.
- JACQUET YESTE, «La propuesta anticipada de convenio», monografía nº 16 asociada a la *RDCP*, 2012.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Ante una posible reforma del Derecho concursal español», Discurso de apertura del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Sevilla, Sevilla 1978.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Las soluciones jurídicas de la crisis económica», en AAVV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Fórum Universidad-Empresa, 1.981.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro Ordenamiento jurídico», en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Justino. Duque Domínguez*, Valladolid, 1998.

Jornadas de magistrados especialistas mercantiles, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, los días 15 a 17 de octubre de 2014.

JORRO MIRANDA, *La suspensión de pagos*, Valencia, 1902.

LAWLESS, «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *RDCP*, nº 8, 2008.

LEÓN SANZ, «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», *Working Paper IE Law School*, nº216, 2014.

LLOPIS y MALUQUER DE MOTES, *España en crisis. Las grandes depresiones económicas, 1348-2012*, Barcelona, 2013.

LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000.

LOPUCKI, LYNN y DOHERTY, «The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy reorganization Case», *Empirical Legal Stud.* vol. I, 2004.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Información financiera y preconcursalidad» en *RDCP*, nº 18, 2013.

MELEDO-BRIAND, *Nature du Droit des Entreprises en Difficulté*, Rennes, 1992.

- MENÉNDEZ REQUEJO, «Estructura de capital de la empresa española ante problemas de riesgo moral y selección adversa», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 10, 2001.
- MORRISON, «Bargaining around Bankruptcy: Small Business Workouts and State Law», disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- NAVARRINI, *La quiebra*, trad. Española, Barcelona, 1943.
- OLIVENCIA RUIZ, « Soluciones jurídicas a la crisis empresarial» en *La reforma del Derecho de quiebras: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Editorial Civitas: Fundación Universidad-Empresa, 1982.
- OLIVENCIA RUIZ, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en AA.VV., *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid. 1985.
- OLIVENCIA RUIZ, «Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio» en AA.VV *Centenario del Código de Comercio (dir. Menéndez)*, vol.I., Madrid, 1991.
- OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *RDCP*, nº 1, 2003.
- OLIVENCIA RUIZ, “Del concurso y tiempos de crisis”, *RDCP*, nº 11, 2009.
- OLIVENCIA, “La reforma de la Ley Concursal”, *RDM*, nº 285, julio-septiembre 2012.
- OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal y crisis económica», *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012.
- OLIVENCIA RUÍZ, «Concurso y precurso», *RDCP*, nº 22, 2015.
- ORTIZ MARQUEZ, *Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal*, disponible en www.dspace.ceu.es.

- PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milán, 1998
- PAVÓN NEIRA, *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, Barcelona, 2013.
- PÉREZ DE LACRUZ, «Cuestiones en torno al convenio de quiebra» en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. R.Uría*, Madrid, 1978.
- PÈROCHON, «El nuevo derecho francés de empresas en dificultad surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvagarde) de las empresas», *RDCP*, 2008.
- PÈROCHON/BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, París, 2006.
- PIÑEL LÓPEZ, «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», *RDCP*, nº 11, 2009.
- PIRAS, en AA.VV., *Diritto Fallimentare*, Milán, 2008
- PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de Quiebra (notas y adiciones de Ramírez)*, vol. III, 1958.
- PROVINCIALI/RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padua, 1988.
- Proyecto de Ley Concursal de 1979* elaborado por las Secciones de Derecho fiscal, mercantil y procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de abogados de Barcelona, *vid.* este anteproyecto en *RJC*, núm. 1, 1981, pp. 7 y ss.
- PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.
- PULGAR EZQUERRA, «La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RdS*, año I, 1996.
- PULGAR EZQUERRA, «Insolvencia: Conservación versus liquidación», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de*

2001 (dir. García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra), Madrid, 2002.

PULGAR EZQUERRA *El concurso de acreedores. La declaración*, Madrid, 2009.

PULGAR EZQUERRA, «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009» en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, 2009*, (dir. Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra), Madrid, 2009.

PULGAR EZQUERRA, «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *RDCP*, nº 11, 2009.

PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación y Escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», *Diario La Ley*, nº 7731, 2011.

PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación y “fresh money”», *RDCP*, nº15, 2011.

PULGAR EZQUERRA, «Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011», *RDCP*, nº 16, 2012.

PULGAR EZQUERRA, «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación» en AA.VV., *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerra (dir.), Madrid, 2012.

PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», *Diario La Ley*, nº 8271, 14 de marzo, 2014.

PULGAR EZQUERRA, «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho español», *Estudios de Derecho Empresario*, Córdoba, 2014.

PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012.

- PULGAR EZQUERRA, «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos de refinanciación» en *RDCP*, nº 22, 2015.
- RAMÍREZ, *La quiebra*, III, 2ª ed. Madrid, 1998.
- ROCCO, «Studi sulla teoria generale del fallimento», *Riv. Dir. Comm.I*, 1910.
- ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902.
- ROCCO, *Il fallimento. Teoria Generale e origine storica*, Millán, 1962.
- ROJO en Menéndez/Rojo (dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2014.
- ROJO, «El estado de crisis económica», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Forum Universidad-empresa, Madrid, 1982.
- ROJO, «La reforma del Derecho concursal español», en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo y coord. Campuzano), Madrid, 2003.
- ROJO, «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», *RPJ*, nº 33, 1994.
- ROJO, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8, Madrid, 1985.
- ROJO, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975.
- ROJO, en Uría y Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006.
- ROJO/ BELTRAN/CAMPUZANO, *Legislación y Jurisprudencia concursales*, Pamplona, 1997.
- RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», *RDCP*, nº 4, 2006.

- RUBIO, «El principio de conservación de la empresa y la disolución de las sociedades mercantiles», *RDP*, 1935.
- SACRISTÁN REPRESA, «El convenio anticipado en la Ley concursal. (Notas sobre su régimen específico)» en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. I, Barcelona, 1974.
- SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. III. Barcelona, 1974.
- SAINT ALARY- HOUIN, «La loi de sauvegarde des entreprises, des nouvelles procédures, pour des nouvelles stratégies», *RPC*, nº 13, 2007.
- SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 1995.
- SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2006.
- SAINT ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2014.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ-CALERO, «Refinanciación y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, nº 22, 2015.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Comentario al art. 1.1» en AA.VV., Sánchez Calero/Guilarte Gutierrez (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, nº22, 2014.

- SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis%20Maria%20Lu%20isa%20Sanchez%20Paredes.pdf>.
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964.
- SANTINI, «Crisis empresarial en la economía de mercado» en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1982.
- SCHMIDT, «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán», *ADCo*, nº10, 2007-1.
- SENÉS, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *RDC*, vol.I, nº 1, enero-marzo, 2014.
- TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal» *ADC*, t. LXII, 2009.
- TORRES DE CRUELLS, «Nota crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal», *RJC*, 1959.
- TORRES DE CRUELLS, *La Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1957.
- URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1998.
- VACAS MEDINA, «L' autonomía del Diritto concorsuale» *Dir. Fall.*, 1957.
- VAQUER MARTÍN, «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», *RDCP*, nº 22, 2015.
- VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio o liquidación» en AA.VV., Sánchez –Calero/Guilarte Gutierrez (dir.), en *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004.

- VELASCO SAN PEDRO, «El régimen transitorio del *fresh money* de socios y otras personas especialmente relacionadas con el deudor», *RDCP*, nº 22, 2015.
- VELASCO SAN PEDRO, «El tratamiento de las distribuciones a los socios», en Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Esteban Velasco (dir.), *La modernización del Derecho de sociedades en España. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Pamplona, 2011.
- VELASCO SAN PEDRO, «La apertura de liquidación a solicitud de legitimado» en *La liquidación de la Masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, Rojo/Quijano/Campuzano (dir), Navarra, 2014.
- VELASCO SAN PEDRO, «La modificación del convenio» en *ADCo*, nº 34, enero 2015.
- VICENT CHULIÁ, «Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación», *RDCP*, nº 22, 2015.
- VIÑUELAS, «El nuevo procedimiento de «Sauvagarde Financière Accélérée» en Derecho francés», *ADCo*, nº 29, mayo-agosto, 2013.
- WARREN/WESTBROOK, *The Law of Creditors and its Debts*, Little Brown and Company, 2006.
- WEIS, «Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims», en BHANDARI y WEIS, *Coporate Bankruptcy. Economic and Legal perpectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996.
- ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico I*, Barcelona, 2001.