



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.

Grado en Derecho.

Título del Trabajo: El acuerdo de refinanciación.

Autor: Andrea Gacimartín Elvira.

Tutor: Laura González Pachón.

Fecha: Julio 2016.

ÍNDICE.

1. Abreviaturas.	pág. 4
2. Resumen y palabras clave.	pág. 5
2.1 Abstract.	pág. 5
2.2. Keywords.	pág. 5
3. Introducción.	pág. 6
4. Contexto histórico.	pág. 8
4.1. Origen de los Acuerdos de refinanciación.	pág. 8
4.1.1 <i>Época romana.</i>	pág. 8
4.1.2 <i>La Edad Media.</i>	pág. 10
4.1.3 <i>La Edad Moderna.</i>	pág. 11
4.1.4 <i>La Edad Contemporánea.</i>	pág. 12
4.2. La legislación concursal en España.	pág. 13
4.2.1 <i>La Ley Concursal de 2003.</i>	pág. 14
4.2.1.1 <u>¿Qué es el scheme of arrangement?</u>	pág. 17
4.2.2 <i>Cronología de las distintas reformas de la Ley Concursal.</i>	pág. 18
4.2.3 <i>El Real Decreto-ley 3/2009 y la Ley 13/2009.</i>	pág. 21
4.2.4 <i>La Ley 38/2011.</i>	pág. 24
4.2.5. <i>La Ley 14/2013.</i>	pág. 29
4.2.6 <i>El Real Decreto-ley 4/2014.</i>	pág. 33
4.2.7 <i>El Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014.</i>	pág. 38
4.2.8 <i>La Ley 9/2015.</i>	pág. 41
4.3 Los acuerdos extrajudiciales de pagos.	pág. 44
4.3.1 <i>Ámbito de aplicación.</i>	pág. 45
4.3.2 <i>El Concurso Consecutivo.</i>	pág. 48
4.3.3 <i>Ventajas e Inconvenientes.</i>	pág. 49
5. El acuerdo de refinanciación.	pág. 51
5.1 ¿Qué es un acuerdo de refinanciación?.	pág. 51
5.2 La comunicación de las negociaciones.	pág. 53
5.2.1 <i>Los efectos de la comunicación.</i>	pág. 58

5.3 Clasificación de los acuerdos de refinanciación.	pág. 59
5.3.1 <i>Los acuerdos de refinanciación colectivos.</i>	pág. 63
5.3.2 <i>Los acuerdos de refinanciación singulares o no colectivos.</i>	pág. 64
5.4 El “fresh money” o dinero nuevo.	pág. 65
5.4.1 <i>La finalidad del fresh money.</i>	pág. 67
5.5 El experto independiente y la rescisión de los acuerdos de refinanciación.	pág. 68
5.5.1 <i>El experto independiente.</i>	pág. 68
5.5.2 <i>La rescisión de los acuerdos de refinanciación.</i>	pág. 72
5.6 La homologación judicial del acuerdo de refinanciación.	pág. 79
5.6.1 <i>Aspectos procesales.</i>	pág. 85
5.7 El incumplimiento del acuerdo de refinanciación.	pág. 86
6. Conclusiones.	pág. 88
7. Anexos.	pág. 91
7.1 Modelo formulario de comunicación del deudor.	pág. 91
7.2 Modelo de acuerdo de refinanciación.	pág. 92
7.3 Modelo de solicitud de homologación judicial.	pág. 94
8. Bibliografía.	pág. 96

2. ABREVIATURAS.

AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos.
Art./Arts.	Artículo/ Artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
C.com	Código de Comercio.
Dir.	Director.
Disp. Adic	Disposición Adicional.
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.
LC	Ley Concursal.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
Pág/ Págs	Página/ Páginas
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto-ley.
RDLeg	Real Decreto Legislativo.
SAREB.....	Sociedad de gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria
UE	Unión Europea.

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.

1.1 Abstract (resumen).

This work aims to analyze the refinancing agreement. The analysis focuses on the evolution of this procedure through its incorporation into the Spanish bankruptcy legislation and its subsequent reforms, involving in-depth analysis of those norms that are supposed to have a greater significance in the modification of debt's refinancing agreement. Besides there will be an explanation of the different aspects that characterize it, showing the changes preformed by the different reforming norms of the Spanish law on insolvency.

The refinancing agreement is a procedure prior to the declaration of bankruptcy that aims to overcome a debtor's insolvency condition, trying to avoid the declaration of bankruptcy.

Este trabajo tiene por objeto analizar el acuerdo de refinanciación. Centrando el análisis en la evolución de dicho procedimiento a través de su incorporación en la legislación concursal española y sus posteriores reformas, analizando con más profundidad aquellas normas que han supuesto un mayor calado en la modificación del acuerdo de refinanciación. Además se realiza una explicación de los distintos aspectos que lo caracterizan, mostrando los cambios sufridos por las distintas normas reformadoras de la legislación concursal española.

El acuerdo de refinanciación es un procedimiento anterior a la declaración del concurso de acreedores que busca conseguir la superación de la insolvencia que atraviesa un deudor, intentando evitar la declaración del concurso de acreedores.

1.2 Key words (palabras clave).

Scheme of arrangement or refinancing agreement; debtor; creditors; insolvency; bankruptcy; economic problems.

Acuerdo de refinanciación, deudor, acreedores, insolvencia, problemas económicos.

3. INTRODUCCIÓN.

Según el Código civil, en su artículo 1911 “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*” es decir, que el deudor asumirá todas sus deudas con los bienes que posea en ese momento y en el caso de no cubrir toda la deuda los bienes que adquiera en el futuro estarán destinados a pagar la deuda. El acreedor puede realizar una ejecución singular (individual) contra el patrimonio del deudor para poder lograr satisfacer su crédito, si existieran varios acreedores y suficiente patrimonio sería el mismo procedimiento bajo el principio de *prior tempore potior iure* (primero en el tiempo, primero en el derecho). Pero el problema surge cuando existe una pluralidad de acreedores y el patrimonio del deudor no es suficiente para asumir todas las deudas, es decir, algunas se quedarán sin cumplir. En estos casos, el ordenamiento jurídico posee un procedimiento colectivo, que se denomina concurso, que se basa en la igualdad entre los acreedores y la comunidad de pérdidas (*par conditio creditorum*), evitando las ejecuciones individuales y que cobren solo los acreedores más rápidos en solicitar tales ejecuciones.

Pero la declaración de un concurso de acreedores producía un problema grave al deudor que lo sufría, provocando que los inversores desconfiaran, dificultando la recuperación económica de dicho deudor. Para evitar esta situación los deudores negociaban con sus acreedores unos acuerdos para reordenar la deuda, pero se regulaba bajo la autonomía de la voluntad privada y las reglas generales del derecho patrimonial privado, siendo solo aplicables entre las partes firmantes, sin poder extenderse a aquellos que no participaron. Además había que sumar el gran riesgo que suponía tales acuerdos si el deudor no superaba la insolvencia, pues según la Ley Concursal vigente en esos momentos, estos actos eran considerados perjudiciales para la masa y por tanto, rescindibles, pudiendo declarar la mala fe de los acreedores que hubieran participado en ellos, incluso llegar a declarar a tales acreedores eran cómplices del agravamiento de la insolvencia del deudor (en la pieza de clasificación del concurso).

Para evitar estos hechos y que los deudores pudieran obtener financiación, en 2009 se regulan estos acuerdos recibiendo el nombre de “acuerdos de refinanciación”, modificando la Ley Concursal, para que tengan cabida tales acuerdos.

Así, con este trabajo se muestra la evolución de la legislación española centrado en la

materia concursal para actualizar la normativa legal a la realidad de la sociedad.

En primer lugar se realiza un contexto histórico que abarca desde la creación de un derecho de la insolvencia, desde la época romana y como se va modificando a lo largo de las distintas épocas hasta centrarnos en las primeras normas españolas con las influencias de los países del entorno.

A continuación se realiza un recorrido por la creación de la Ley Concursal de 2003, y como ésta en poco tiempo, comienza a sufrir modificaciones y reformas para adaptarse a los problemas económicos que atraviesan las empresas españolas, entre ellas la inclusión del tema de este trabajo, los acuerdos de refinanciación.

Se inicia desde la Ley de 2003, realizando una cronología de las leyes y otras normas que la reforman, explicando en profundidad solo las normas más importantes o que mayores reformas han producido.

Antes de explicar los acuerdos de refinanciación, se explican de una manera superficial los acuerdos extrajudiciales de pagos ya que forma parte de los institutos preconcursales y son la otra vía, alternativa a los acuerdos de refinanciación.

Se explica qué son, como se tramitan, la figura del mediador y el concurso consecutivo. También se trata las ventajas e inconvenientes de los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Se dedica un apartado para tratar los acuerdos de refinanciación, siguiendo las normas explicadas en profundidad en el apartado anterior, se desarrolla como estos acuerdos son introducidos en nuestra legislación concursal, que se entiende por ellos, las partes que participan o intervienen en él, las funciones de cada parte en el acuerdo, el procedimiento que hay que seguir con las mayorías y requisitos.

Este parte se encuentra dividida en distintos epígrafes que van analizando cada uno de los aspectos que componen un acuerdo de refinanciación, a la vez que se muestra las distintas modificaciones que sufren, provocadas por las distintas reformas realizadas a la ley para adaptarla a la realidad de la sociedad e intentar ayudar a las empresas a superar sus problemas de insolvencia.

Por último se realizan unas conclusiones de todo el trabajo. Además de incluir algunos formularios de interés y la bibliografía consultada para realizar este trabajo.

4. CONTEXTO HISTÓRICO.

4.1 Origen de los Acuerdos de refinanciación.

Los acuerdos de refinanciación no han existido siempre, sino que se han ido incluyendo en las legislaciones de los países ante su creciente práctica por las empresas, con sus acreedores, que sufrían la crisis económica de estos años, iniciándose en nuestro país en 2007.

En nuestro país, ha existido una evolución, pues en sus inicios no estaban contemplados en nuestra legislación, lo que provocaba que las empresas buscaran otras legislaciones, principalmente a la legislación anglosajona, donde ya se contemplasen tales acuerdos y estuvieran regulados para llevarlos a cabo, ya que en España se penalizaba tales acuerdos (eran rescindidos y se clasificaban como créditos subordinados) al ser considerados perjudiciales para la masa. En la actualidad, se han incluido en la Ley Concursal e incluso han llegado a adquirir un grado de protección bastante elevado.

Antes de explicar los acuerdos de refinanciación, es necesario tratar la evolución legislación concursal, que en nuestro país ha sufrido cambios, entre ellos la inclusión en su articulado de los acuerdos de refinanciación y otras formas denominadas preconcursales.

4.1.1 Época Romana.

Tomando como punto de partida Roma, pues el derecho romano tuvo mucha influencia en los sistemas jurídicos de los que hoy disponemos.

En esta época, el derecho romano en el campo de la obligaciones, no conocía dicho término como lo conocemos hoy, ellos utilizaban la palabra “*nexum*” que significaba *ligar o sujetar*, para ellos se creaba un vínculo jurídico, por el cual, el deudor quedaba atado al acreedor, respondiendo con su persona en lugar de su patrimonio si no cumplía con su deber.

Del derecho romano arcaico, destaca la *manus iniectio* propugnada por la Ley de las XII tablas (año 450a.C) permitía al acreedor que, si en el plazo de treinta días, el deudor no había satisfecho la deuda, el acreedor podía apresarle y encadenarlo, así pues, al deudor se le privaba de su libertad personal, era llevado al mercado para que otros acreedores conocieran de su deuda, y esperar a que apareciera un tercero, denominado *vindex*, que

pagará por él la deuda y recuperar su libertad. Si no aparecía dicho tercero, el magistrado era condenado, el acreedor podía venderlo como esclavo o asesinarlo (si existían varios acreedores, cada uno se llevaba un trozo del deudor).

Parte de la doctrina niega que esto ocurriera, aunque para otros sí, siendo el antecedente de principio *par conditio creditorum*¹. Añadir que la responsabilidad no se quedaba en el deudor, sino que también se trasladaba a su familia, (entendiendo por tal a parientes cercanos, esclavos, empleados, etc.), y los bienes del deudor no eran importantes en la ejecución de la deuda, pero al pasar el propietario a pertenecer al acreedor, indirectamente adquiría la propiedad de éstos.

Por el año 326a.C (*Lex Poetelia Papiria*) tiene un pequeño avance, pues el deudor que no tenía suficientes bienes para pagar su deuda en el momento de pago, disponía de un plazo para recaudarlo. El deudor resarcía al acreedor con su trabajo personal, sin estar encarcelado, vendido o asesinado. También se creó un tipo de embargo, si se tenía sospechas que el deudor pretendía salir de Roma, este embargo se solicitaba al pretor. Si existía varios acreedores² se nombraba un administrador de los bienes embargados.

A finales de la República, la *Lex aebutia*, creaba un procedimiento conocido como "*bonorum venditio*" la venta de los bienes del deudor en una subasta pública para satisfacer al acreedor, en esta subasta entraban todos los bienes, se nombraba un magistrado que realizara dicha subasta. Además se declaraba la deshonra imborrable del deudor. Ante la existencia de varios acreedores, uno de ellos era nombrado curador de los bienes a subastar, la acción presentada por uno de ellos, beneficiaba a todos aquellos que presentaran sus créditos. Si no había suficiente bienes para satisfacer la deuda, los acreedores podían ir a por los bienes que se adquiriesen con posterioridad.

Posteriormente la *Lex Iulia*, apareció la figura de "*cessio bonorum*" que el deudor evitando la prisión y la infamia (o deshonra), declaraba ante el Magistrado que sus bienes eran puestos a disposición de los acreedores, y éstos adquiría un derecho de posesión con derecho a la enajenación para satisfacer los créditos.

En la época de Justiniano, el procedimiento se precisó, pues se dirigía a ejecutar la sentencia de impago (liquidar el patrimonio del deudor) eso sí en este caso debían ser dos acreedores quienes lo solicitaran. Por otra parte se estableció un *moratorium*, un plazo de cinco años que se otorgaba al deudor para que recaudase para pagar la deuda, o

1. Madrigal Acosta, Javier (abogado costarricense). *Introducción al estudio del Derecho concursal* (solo la parte histórica del derecho romano). Disponible en www.monografias.com

2. Se entendía que el acreedor que lo solicitaba, lo hacía en nombre de todos los acreedores del deudor.

aceptar la cesión de los bienes, en caso de que no hubiera acuerdo, existiendo varios acreedores, aquel que tuviera mayor crédito tendría mayor peso en la decisión que aquel que tuviera menor crédito. En caso de empate se optaba por el plazo de cinco años, ya que lo consideraban más humano.

4.1.2. La Edad Media.

En esta época, la actividad económica se va a centrar en las ciudades, pues va a ser el lugar donde se establezcan los comerciantes y mercaderes, serán ellos los que den origen al uso de la moneda y al derecho privado, estableciendo usos y costumbres para resolver los problemas que surgían entre ellos pues hasta el entonces *ius civile* había bastado para afrontar tales problemas, sin embargo en esta época el *ius civile* empieza a mostrarse ineficaz debido a la fusión de éste con otros derechos (como el germánico o el canónico) para resolver los supuestos que surgían. Es entonces cuando surge el denominado *Ius Mercatorum*, un derecho mercantil surgido en los siglos X y XI, en Italia, este derecho va a estar destinado a una clase concreta, y exclusivamente, de personas, estas eran los mercaderes y comerciantes y solo les sería de aplicación en el desarrollo de su actividad profesional, es decir, el comercio.

Se caracterizaba por basarse en la costumbre (consuetudinario) y por ser corporativo (solo para cierta clase de personas). Además hay que indicar que en este momento el Estado no intervenía en dicha regulación, por tanto eran los propios comerciantes y mercaderes los que se ponían de acuerdo para establecer dicha costumbre y los usos.

En este momento, estos usos y costumbres se irán recogiendo en las Compilaciones, las primeras son de Génova(1056), Pisa(1161) y Milán(1216).

En la España visigoda, destaca *Las Siete Partidas*³(1272) de Alfonso X “el Sabio”, si bien hay que decir que estas normas no fueron aplicadas en Castilla hasta mucho más tarde(1348)⁴. En las Partidas(influenciadas por el derecho romano) se recogía los principios de la quiebra, concretamente hablaban de la prohibición de cobro de intereses, la cesión de los bienes, moratoria a través de quitas y esperas, un convenio amistoso entre acreedor y deudor, etc. En ellas establecía que el acreedor podía dar un plazo de tiempo al deudor para realizar el pago o no hacerlo. También recogía la norma,

3. Antes de Las Siete Partidas de Alfonso X, existió el Fuero Juzgo, que no trataré pues sus normas, mayoritariamente, eran penales.

4. -Vid. *Introducción al estudio del Derecho Concursal*, por Javier Madrigal Acosta. Disponible en www.monografias.com

- Vid. Tesis doctoral: *La desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación*, de Laura González Pachón. Disponible en www.uvadoc.uva.es

romana, que en caso de varios deudores el voto del acreedor con más deuda pendiente valdría más que el voto de aquel que tuviera un valor menor, y en caso de empate sería la mayoría de deuda pendiente, no de personas, favoreciendo al deudor, sólo en caso de empate en la cuantía de los créditos se atendería al número de personas. Destacar también que en estas Leyes, avanzadas para su época, se recogía un convenio para establecer una quita al deudor, pudiendo ser obligatorio para los acreedores que no lo hubieran votado, siempre que su deuda no fuera superior a los que votaron.

El juez era el único que podía encarcelar al deudor por impago de sus deudas, otorgando cierta protección al deudor frente a su acreedor.

En 1665, el español Francisco Salgado de Somoza, escribió el que puede ser considerado como el primer tratado de la quiebra. Su obra tuvo un gran impacto en toda Europa, en el que el deudor no era encarcelado y no tenía que reconocer sus deudas mediante una confesión, los bienes pasaban a manos de un administrador nombrado por el juez que estuviera conociendo el caso y era el que distribuía a los bienes entre los acreedores.

4.1.3 La Edad Moderna.

En la edad Moderna, surge la creación de los Estados nacionales. Lo que conlleva que el papel de la Ley se vea reforzado como fuente de Derecho, y ésta solo puede ser escrita por el Estado, así el derecho mercantil pierde el carácter consuetudinario, apareciendo las primeras leyes sancionadas por el Monarca de turno. Así aparece en Francia las Ordenanzas de Colbert(1673) y después el Código napoleónico(1804), ambas normas fueron de gran influencia, sobre todo la primera, en España donde surgieron las Ordenanzas de Bilbao(1737) influenciadas por las Ordenanzas de Colbert, y posteriormente las Ordenanzas de Málaga (1829), que modificaría las de Bilbao para encajar con el Código francés(napoleónico), aunque no llegaron a estar vigentes⁵.

Las Ordenanzas de Bilbao, fueron consideradas como un gran avance de creación normativa, pues estas normas se mantuvieron vigentes hasta la promulgación del primer Código de comercio de 1829. Estas Ordenanzas serán la primera norma que distinga entre los comerciantes y los no comerciantes, y recoja la quiebra completamente, destinada a los comerciantes, y el concurso para los no comerciantes. También regulaba la quita y espera. Las Ordenanzas de Bilbao, una parte de la doctrina consideró que éstas había superado en muchos aspectos a las Ordenanzas de Colbert, que fueron su inspiración. De hecho, se adoptaron voluntariamente en otros consulados españoles e

5. Vid. *La declaración del concurso de acreedores*, por Ramón y Cajal: estudios; editor La Ley, 2005.

incluso, en hispanoamérica hasta que éstos promulgasen su propia normativa.

4.1.4 La Edad Contemporánea.

En este momento se suceden distintas circunstancias tanto económicas como políticas. A finales del siglo XVIII, caen las monarquías absolutistas dando paso a los principios liberales. En la Ilustración, se tiende a codificar, es decir, el derecho mercantil entra en una fase codificadora, desapareciendo así los gremios y corporaciones profesionales que fue el origen de la regulación, y pudiendo acceder a las actividades económicas cualquier persona.

La codificación se inicia en Francia⁶, se busca diferenciar el derecho civil del derecho mercantil, limitando las competencias de los tribunales de comercio, es decir distinguiendo los asuntos civiles de los mercantiles, estableciendo un nuevo concepto: “los actos de comercio”.

Pero centrándome en España, el primer Código de comercio fue en 1829, conocido como código de Sáinz de Andino, introducía la idea de acto de comercio, así se basaba en el código francés, pero por circunstancias al final estuvo más cerca del derecho tradicional que del francés. Se establecían normas para aquellos que fueran comerciantes, y por tanto la quiebra solo se aplicaba a éstos. Este código tenía una regulación fuertemente sancionadora.

El actual Código de comercio español data de 1885, en principio continuaba a su antecesor, pero intenta ser más objetivo. Este cambio se debe a las situaciones políticas y económicas del siglo XIX, pues España sufre una industrialización sobre todo en País Vasco y Cataluña. También recibe una influencia de ideas más liberales.

Este código ya contenía unos convenios entre deudor y acreedores de carácter judicial, tratando de evitar la quiebra, también establecía la suspensión de pagos, sin embargo dejaba su regulación a una ley especial, que no llegaría hasta 1922.

En 1922 se dictó la Ley de suspensión de pagos. Esta ley nació de manera provisional, pues básicamente se creó para resolver el problema del Banco de Barcelona, debiendo tener una vigencia de cuatro años, así lo contemplaba en su disposición adicional segunda, sin embargo lo que ocurrió en la práctica fue que estuvo vigente hasta la aprobación de la Ley Concursal de 2003, cuya entrada en vigor fue en 2004.

6. EL código de comercio francés de 1807, posterior al de 1804, ambos recogían en gran medida las Ordenanzas de Colbert, eliminando las referencias que identificasen derecho mercantil con derecho de los comerciantes.

4.2. La legislación concursal en España.

La legislación española en materia concursal se encontraba regulada en el Código de comercio de 1885(en adelante, C.com), la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y la Ley de enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) para aquellas personas que fueran comerciantes, y el Código Civil(en adelante CC) y la LEC para aquellas personas que se consideraban no comerciantes.

El deudor que tenía problemas económicos podía verse ante cuatro procedimientos distintos según sus circunstancias. Así el deudor comerciante, se le aplicaba el procedimiento de quiebra en situaciones de insolvencia definitiva y su objetivo era liquidar, o por otra parte la suspensión de pagos para situaciones de iliquidez y su objetivo era conseguir un convenio con los acreedores para rebajar o aplazar (o ambas) los créditos. En el supuesto de que se tratase de un deudor civil (no comerciante), el CC regulaba el concurso de acreedores, su finalidad era liquidativa, y por otra parte, el procedimiento de quita y espera, destinado a lograr un acuerdo con los acreedores⁷. Este sistema resultó ser inadecuado, arcaico y disperso, por lo que se fueron sucediendo diversas reformas en la legislación hasta llegar a la Ley de 2003, propiciada también por la necesidad de un instrumento normativo que modernizara nuestra legislación al incorporarse España a la Unión europea(en adelante UE)para hacer frente a la globalización de la economía, en el año 2000 se dictaba el Reglamento núm. 1346/2000, del consejo, de 29 de mayo, sobre el procedimiento de insolvencia que entraba en vigor el 31 de mayo de 2002⁸(modificado parcialmente en 2008) no pretendía establecer unas normas concursales europeas de manera uniforme, sino un conjunto de normas sobre competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. Su carácter obligatorio y de aplicación directa influyó en la legislación española, para adaptarse al Derecho Internacional privado.

Antes de aparecer la LC en 2003, que trataré a continuación, ya existieron intentos por realizar una norma que diera un tratamiento unitario al concurso de acreedores, el primero data de 1959, elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos. En 1983 el primer anteproyecto post-constitucional, elaborado por la Comisión General de Codificación, que incluye muchos rasgos de la posterior LC de

7. Vid. Verdú Cañete, M^a José. “El concurso: declaración y órganos.” de *Manuales Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal*. Por Alonso Espinosa, Francisco José; Sánchez Ruiz, Mercedes; Verdú Cañete, María José. De: Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

8. Vid Sospedra Navas, Francisco José (Dir). *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Tercera edición,2014. Págs 19 y20.

2003. Posteriormente en 1996 se publicó una nueva propuesta por el Ministerio de Justicia, elaborado por la Comisión General de Codificación. Finalmente, por mandato expreso del legislador, en la reforma del 2000 de la LEC, en su disp. Adic. Decimonovena establecía que el Gobierno tenía un plazo de 6 meses para remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal. El anteproyecto fue realizado por la Sección Especial para la Reforma Concursal creada por la Comisión General de Codificación. Esto se transformaría en la LC de 2003.

4.2.1 La Ley Concursal de 2003.

En el año 2003 aparece una norma que regula íntegramente la materia concursal, es la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio, ésta derogó los cuatro procedimientos anteriores instaurando principalmente el principio de unidad, así en una misma ley se establece un sólo procedimiento para cualquier tipo de deudor (civil o mercantil) y cualquier conclusión de éste(liquidación o convenio), junto con la Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, por la que se modificaban la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial(creando así, una jurisdicción especial, los Juzgados de lo Mercantil), procediendo así a una reforma del Derecho de insolvencia que teníamos hasta este momento.

Se iniciaba así una actualización profunda del Derecho de insolvencia, sin embargo, esta Ley no duraría mucho, iniciándose al poco tiempo una cadena de sucesivas reformas(que se verán a continuación) que llega hasta hoy, y parece que no se detendrá, dejando la LC parcheada una y mil veces⁹.

La Ley de 2003 entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. Como su Exposición de Motivos recoge en su versión original esta ley responde a: *“reformular la legislación concursal, ya que las críticas a la legislación vigente no era acompañada de soluciones, provocando un agravamiento de los defectos que adolece: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y 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, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones que las normas reguladoras no alcanzaban a reprimir eficazmente”*. En el punto segundo de la

9. Vid. Díaz Echegaray, José Luis. *El acuerdo extrajudicial de pagos*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ªedición 2014. pág 17.

Exposición de Motivos de la propia ley se resalta que opta por los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento. Son muchas las novedades que introduce con respecto a la normativa anterior, algunos de principios que incorporó y que se pueden destacar de esta Ley son¹⁰:

a) Principio de universalidad. La norma trata al concurso de forma universal, se refuerza el proceso donde se discuten todas las controversias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, asumiendo el juez del concurso (será el Juez de lo Mercantil, creado ex novo por Ley Orgánica 8/2003 por la que se modifica la LOPJ) la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las materias civiles, mercantiles y sociales de mayor relevancia, incluyendo las fases de ejecución y las medidas cautelares.

b) Unidad legal. Se recoge en un solo texto las normas materiales y procesales del concurso, excepto los artículos de rango orgánico recogidos en la Ley 8/2003 y en la LOPJ.

c) Unidad de disciplina. La nueva ley prescinde de la diferencia de instituciones concursales para los comerciantes y no comerciantes, todos los supuestos se someten a la misma disciplina legal. Las especialidades aparecen reguladas en la propia Ley, por lo que son de tratamiento diferenciado las personas naturales y las jurídicas, y asimismo los concursos de una actividad empresarial o profesional, respecto de los que no la ejercen. Este principio es seguido por los ordenamientos más modernos, pues sirve para unificar el tratamiento de las situaciones concursales y elimina el problema del cese de condición de empresario.

d) Unidad de sistema. El proceso de concurso es único, de forma que todos se sujetan al mismo procedimiento, si bien recogen determinadas especialidades para los concursos de menor entidad, donde se aplicará un procedimiento simplificado o abreviado.

Presenta elementos flexibles para adecuar la tramitación al caso concreto, a la vez que el mismo puede avanzar en uno u otro sentido según las circunstancias. Además es un procedimiento ágil y rápido, el avance del proceso tiene un plazo tasado de elaboración del informe de la administración concursal, a partir del cual se inician los trámites de finalización de la fase común y la apertura de las siguientes fases, convenio o9

10. Siguiendo el esquema de Sospedra Navas, Francisco José (Dir). *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Tercera edición, 2014. Págs 22 a 24.

liquidación, lo cual se posibilita la conclusión del proceso en un plazo razonablemente corto.

e) Finalidad conservativa. La Ley se sitúa en la línea de priorizar la conservación del patrimonio del deudor. Así en el mismo momento de declaración del concurso, se flexibiliza el concepto de insolvencia, dando paso a la “insolvencia inminente” como justificación del concurso.

A la misma finalidad se enfoca la regulación de los efectos sobre el deudor, especialmente en lo referido a la continuación de la actividad empresarial y profesional, que se fomenta en la normativa concursal, a la vez que se refuerza la conservación de la masa activa, limitando los actos de disposición.

También se nota este principio en la preferencia de la solución convencional del concurso, regulando la propuesta anticipada de convenio, así como la amplia autonomía de voluntad de la partes a la hora de concertar el convenio o los denominados institutos preconcursales o alternativas al concurso.

f) Principio de comunidad de pérdidas. El autor se está refiriendo al refuerzo que se hace al principio *par conditio creditorum*, de forma que todos los acreedores están sujetos a la masa pasiva del concurso, recortando las preferencias al regir el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, excepto a los créditos privilegiados y los subordinados.

g) Desaparición del carácter represivo del concurso. Se ha optado por hacer desaparecer el carácter represivo del concurso, es decir que las consecuencias punitivas sólo se justifican en determinados casos. Ello se constata en la regulación de los efectos sobre los derechos fundamentales del concursado, donde se tasa los supuestos de autorización para limitar éstos, y sobre todo, en la regulación de la calificación del concurso.

A pesar de que esta Ley realizaba éstas y otras muchas modificaciones en la legislación concursal que hasta entonces se tenía en España, su aparición en este momento fue desafortunada pues la regulación que contenía esta norma no era completa del todo, si bien es cierto que regulaba las posibles situaciones problemáticas que podía sufrir una empresa, no estaba preparada para lo que se avecinaba. La Ley se creó en un momento en el que España gozaba de una situación económica excelente, de bonanza, de crecimiento, sin embargo, en poco tiempo se pasó de esta situación excelente a un momento de recesión y estancamiento económico (en 2008). Por lo que esta Ley se

mostró inoperativa y deficiente para las situaciones que iban surgiendo en la sociedad y que se mostraba en los Juzgados, y las distintas soluciones que buscaban las empresas para salir adelante no estaban contempladas en la Ley de 2003 (instrumentos dirigidos a la refinanciación), surgiendo así otros problemas relacionados con la insolvencia de dichas empresas. Pues la Ley contemplaba un procedimiento de concurso de acreedores, pero no ofrecía soluciones previas a esta situación, que previniera las insolvencias o ayudara a superarlas sin llegar al concurso, es decir, lo que los autores, la doctrina, denominan el preconcurso. Un procedimiento que ayude a las empresas con problemas de solvencia a intentar solucionar esos problemas económicos con sus acreedores antes de declarar el concurso de acreedores (por las consecuencias que conlleva éste) esto es, un mecanismo preconcursal para prevenir insolvencias e incentivar refinanciaciones. Pues las palabras *concurso de acreedores*, significa que una empresa tiene problemas económicos, pero no quiere decir que vaya a desaparecer, pues en este procedimiento pueden superar sus problemas económicos o pueden cesar definitivamente su actividad¹¹.

Pese a las innovaciones que incorporaba la LC de 2003, no fue todo lo eficaz que cabría pensar, pues a los pocos años de su entrada en vigor, la situación económica del país cambió, entrando en una crisis económica que llega hasta hoy, lo que llevó a muchas empresas buscar alternativas. Por tanto, ante la situación que ocurría y la legislación ineficaz muchas empresas buscaban lo que se conoce como *forum shopping*. Las empresas buscaban el órgano jurisdiccional y la legislación más ventajosa para ellas, tentadas a elegir el foro que más le convenga para sus intereses propios y no el más adecuado para conocer el asunto. Buscan los modelos más flexibles para llevar a cabo las operaciones de refinanciación de deuda como algunos concursos, uno de esos modelos más flexibles, especialmente, es el modelo anglosajón de los *schemes of arrangement*.

4.2.1.1 ¿Qué es el *scheme of arrangement*?

El *scheme of arrangement*¹² es un procedimiento que aparece en la legislación anglosajona, concretamente, aparece regulado en el *Companies Act 2006*, por el cual se

11. No hay que olvidar que la sociedad entiende el concurso de acreedores, como algo negativo. Es cierto que significa que una empresa atraviesa problemas económicos, lo que conlleva a crear desconfianza y no invertir, pero esto agrava seriamente las dificultades de las empresas complicando su supervivencia al no recibir financiación.

12. Extraído de *El acuerdo de refinanciación y el Scheme of Arrangement inglés*. De Stafanie Endres (abogada). Publicado el 8 de julio de 2011 en www.legaltoday.com

permite a una compañía alcanzar un acuerdo con sus acreedores.

Este acuerdo puede contener una gran variedad de medidas, entre ellas, la reestructuración de la deuda o su transformación en capital.

No es un procedimiento concursal formal, pero se utiliza en la práctica con el fin de prevenir o eludir la insolvencia de una compañía. El acuerdo tiene que estar sancionado por el *Companies Court* (el juez de lo mercantil) siendo vinculante para todos los acreedores, incluyendo a aquéllos que no votaron a favor, sin establecer limitaciones al alcance de los efectos que produce el acuerdo.

La ley inglesa exige el voto de una mayoría numérica que representen el 75% del valor del pasivo, el voto se realiza en la junta de acreedores, convocada por el juez, aunque éste dispone de la facultad discrecional de decidir sobre la sanción de dicho acuerdo.

La resolución que sanciona el acuerdo produce los efectos con la presentación de una copia de dicha resolución ante el *Registrar of companies of England and Wales*.

Para evitar la fuga hacia esta normativa anglosajona y la inaplicación de la normativa española, se procedió a realizar reformas en la LC de 2003.

Actualmente, el forum shopping se encuentra, en parte, regulado por la Unión Europea a través de un reglamento, lo que no impide que se siga produciendo esta fuga, pero sí exista un cierto control sobre ello para intentar evitar que se generen abusos.

4.2.2 Cronología de las distintas reformas de la Ley Concursal.

La LC ha sufrido reformas por diversas leyes y Reales Decretos-ley, pero en este trabajo sólo explicaré aquellas leyes que hayan supuesto importantes modificaciones para la LC, pero si merecen mención el resto de ellas.

A continuación, se puede ver un listado todas las modificaciones que ha sufrido la LC¹³:

- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, introdujo un apartado tercero en la disp. Adic. Segunda de la LC que afecta al régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.
- Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, y el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el

13. -Vid. Sospedra Navas, Francisco José (Dir). *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Tercera edición, 2014. Pags.25 (in fine) a 28

-Vid. Díaz Echegaray, José Luis. *El acuerdo extrajudicial de pagos*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ª edición 2014. pág 18.

Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, derogaron respectivamente las disposiciones finales vigésimo sexta y vigésimo séptima que hacían referencia a su ámbito de aplicación.

- Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, al que sucede la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que incorporó la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y el Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.
- Las Leyes 25/2005, de 24 noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras y 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificaron la disposición adicional segunda de la LC en cuanto al régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.
- 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 (introducción de los acuerdos de refinanciación como alternativa al proceso concursal), y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), fueron los primeros textos legales que modificaron sustancialmente la LC. El Real Decreto-ley 3/2009 se tratará posteriormente.
- Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito y, sucesivamente, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la vigente Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, modifican el párrafo k) del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la LC a los efectos de incluir dichas normas dentro de la legislación especial concursal.
- La Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, modificó la regulación del art.98LC de la resolución judicial sobre inventario y lista de acreedores.
- Ley 11/2011, de 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, modificó los arts. 8.4 y 52 LC, con la finalidad de mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones

civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso.

- La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, modifica sustancialmente la regulación de la LC, entre ellas la reducción del número de administradores concursales, que se verá posteriormente.
- Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, adapta el contenido el art.64LC, relativo a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, a los cambios que afectan a la comisión negociadora en procedimientos de consulta.
- La Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introduce un nuevo Capítulo X, regulando el acuerdo extrajudicial de pagos. Será explicado brevemente en este trabajo.
- La Ley 26/20013, de 27 de septiembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, modifica el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la LC, introduciendo dentro de la legislación concursal especial al art.34 de la Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, así como el apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la LC, flexibilizando los requisitos para la aprobación del acuerdo de refinanciación.
- 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, pretende favorecer la continuación de la empresa, al reducir el impacto negativo de la situación preconcursal sobre la situación del deudor y favorecer la concertación de acuerdos de refinanciación con los acreedores, flexibilizando los requisitos para que los mismos puedan ser alcanzados.
- Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de reformas urgentes en materia concursal y la Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, El RDL introdujo importantes reformas en materia del convenio y liquidación concursal con la finalidad de

facilitar la continuidad de la empresa económicamente viable. Mientras la Ley es la tramitación como ley los dos reales decretos-ley (4/2014 y 11/2014), pero esto no se llegó a una conexión con el primer RDL, salvo en una modificación del art.5bisLC y reconocer a los acreedores la facultad de solicitar la homologación judicial de acuerdo de refinanciación y al Gobierno que pudiera promocionar un código de buenas prácticas.

- RDL 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 26 mayo, de medidas urgentes en materia concursal¹⁴. Introduce importantes modificaciones relativas a los acuerdos de refinanciación, el convenio, la liquidación, la calificación concursal y el régimen transitorio previsto por el RDL11/2014.
- La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Introduce una regulación para los procesos de actuación temprana y resolución de entidades de crédito y empresas de servicio de inversión establecidas en España, además de establecer el régimen jurídico del “FROB” como autoridad de resolución ejecutiva y su marco general de actuación, con el fin de proteger la estabilidad del sistema financiero minimizando el uso de recursos públicos.

En las siguientes páginas trataré de explicar con algo más de profundidad aquellas normas que introdujeron las modificaciones más importantes en la Ley Concursal de 2003, principalmente las referidas a la introducción y modificación de los acuerdos de refinanciación, que sobre lo que trata este trabajo.

4.2.3 Real Decreto Ley 3/2009 y la Ley 13/2009.

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. Así se denomina la primera reforma que sufre la LC, con este título tan extenso.

En su Exposición de Motivos comenzaba haciendo referencia a que la Ley Concursal se dictó en un entorno económico completamente distinto al actual (2009), no siendo hasta que la crisis financiera internacional se trasladó a las empresas cuando se ha comprobado la inadecuación de algunas de sus previsiones, siendo necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los

14. Vid. Exposición de Motivos de la Ley 9/2015 de 26 mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

tribunales como consecuencia de la crisis. Por lo que es necesaria una rápida reacción legislativa para adecuarse a la nueva situación, así como seguir impulsando la superación de la crisis. Las modificaciones que contiene este Real Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, junto con la agilización de los trámites procesales, reducción de los costes de la tramitación, y la mejora de la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se veían afectados por procedimientos colectivos.

Y continúa diciendo que esto permitirá a los agentes económicos contar un procedimiento concursal menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados, así como generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores.

Así, a través de esta norma, se realizaban las reformas más significativas en materia concursal en la LC de 2003. Las reformas en materia concursal se encuentran en el Capítulo III de este RDL(RDL3/2009) que comienza en el art.6 del mismo.

Lo que interesa de esta norma es que en su art.8 RDL3/2009 introduce en la LC los denominados *acuerdos de refinanciación*.

Incorpora así la fase denominada preconcursal, y lo realiza a través de la incorporación a la LC de una Disposición Adicional Cuarta, donde se puede decir que se considera acuerdo de refinanciación, pues la ley no contiene una definición como tal.

Esta inclusión conlleva la modificación de otros preceptos de la ley para adecuarse a estos acuerdos de refinanciación. Así el RDL, en su art.8, modifica el art.28 de la LC de 2003 introduciendo un nuevo apartado 6 sobre el nombramiento del administrador concursal[no podrá ser administrador concursal quien hubiera emitido informe como experto independiente en un acuerdo de refinanciación]; también se modifica el art.71.5 LC de 2003 respecto a los casos en los que pueden ser objeto de rescisión; modifica la redacción de la ley en varios artículos referidos a la regulación del Mercado Hipotecario; por último, introduce a la Ley una nueva disposición adicional, la cuarta, donde se encajan los acuerdos de refinanciación, indicando que se puede entender por acuerdo de refinanciación, los requisitos de éstos, las protecciones(escudo protector) frente a la rescisión con los requisitos para ello, y en caso de concurso la legitimación para su impugnación.

Los siguientes artículos del RDL siguen modificando aspectos de la LC, pero estos no influyen en los acuerdos de refinanciación, por tanto, no los trataré.

En las Disposiciones Adicionales de este RDL, la primera se dedica a regular las escrituras públicas para formalizar el acuerdo de refinanciación para calcular los honorarios notariales y los aranceles correspondientes de los documentos. Y en la Disposición Transitoria Cuarta hace referencia a que concursos y acuerdos quedan sujetos ante la entrada en vigor de los distintos apartados, en concreto, dice que el apartado tres del art.8 afectará a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor y las garantías de éstos siempre que sin que se haya solicitado el concurso del deudor, cumplan los requisitos establecidos. En otro caso se les aplicará la regulación anterior¹⁵.

Junto a este RDL, apareció la Ley 13/2009¹⁶, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Esta Ley no ha llamado tanto la atención como el RDL3/2009, pero con ella se aprovechó para actualizar, sobre todo, aspectos procesales referentes a la Ley Concursal. Al margen de ampliar el ámbito de competencias del Juez que conoce del concurso, aprovechó para: abarcar las acciones de reclamación de deudas sociales contra los socios subsidiariamente responsables, así como de las acciones para exigir el desembolso de aportaciones diferidas o el cumplimiento de obligaciones accesorias.

También se transfieren algunas facultades de tramitación y gestión en sede concursal al Secretario judicial con el objeto de descargar de trabajo al Juez en aquellas cuestiones de trámite en que la intervención del Juez es prescindible. Se establece también, los actas informáticos, excepto en el caso de que la Sala carezca de tales medios, se busca eliminar las actas manuscritas, ya que en muchos casos, la letra es ilegible. Esto se extiende a otros órdenes jurisdiccionales.

Ambas normas han recibido críticas por parte de personas entendidas en la materia y que habitualmente tienen que trabajar con tales normas. Pero la mayoría de ellas recaen en el RDL3/2009, ya que incluye las reformas de mayor importancia en la LC, entre ellas la incorporación a nuestra legislación concursal, la regulación de los acuerdos de refinanciación.

15. Vid. 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.

16. Vid Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil Volumen II*. Editorial Tecnos; Edición: 19ª, 2012. Pag.564.

Uno de los aspectos positivos que se puede destacar es la búsqueda de soluciones legales para esos acuerdos que se estaban llevando a cabo, y que, en algunos casos, podrían ayudar a las empresas a superar sus problemas económicos, pero no gozaban de una protección legal ante las posibles acciones rescisorias que realizasen los acreedores que no formaban parte del acuerdo. Lo que conllevaba subsanar tal omisión, actualizándose la normativa vigente para adaptarse a la situación social del país en ese momento.

Los aspectos negativos que se pueden destacar, como hacen algunos autores, o personas que <<conviven>> con ellos a diario, el RDL se trataba de una norma provisional, pues se estaba en una situación que se podría catalogar de urgencia, a la espera de una revisión más profunda y sosegada de los preceptos de la LC. Para otros como M. Olivencia¹⁷, esta reforma no se adapta al carácter extraordinario, y que sus preceptos buscaban la permanencia en la LC, estas reformas algunas de ellas oportunas (agilizar el procedimiento) pero otras buscaban favorecer a ciertos acreedores (créditos públicos) y otras muy inoportunas (reducir plazos para la resolución judicial). Y ninguna de ellas atajó el problema de las insolvencias.

Tras esta primera reforma de la LC, no se consiguió solucionar los problemas económicos que sufrían las empresas españolas, por lo que se pasó a realizar una nueva reforma de la Ley para profundizar en algunos aspectos que no hizo el RDL 3/2009. así es como aparece la Ley 38/2011.

4.2.4. La Ley 38/2011.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Es la denominación que recibe esta nueva reforma de la LC. La Ley 38/2011 entró en vigor el 1 de enero de 2012, salvo algunos preceptos que entraron en vigor un día después de su publicación.

La falta de protección de los acuerdos entre deudor y acreedores, propició que se produjera, de nuevo, el *forum shopping* de las empresas españolas deudoras que necesitaban refinanciación, principalmente hacia la normativa inglesa (los *schemes of arrangement* regulados en el art.26 de la Companies Act de 2006), sobre todo para

17. Vid. Beltrán, Emilio (editor). *Summa revista de Derecho Mercantil. Derecho Concursal*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ª edición, 2013. Pág 1634.

imponer esperas a los acreedores disidentes de tales acuerdos y así conseguir el dinero que tanta falta les hacía para continuar con su empresa en funcionamiento. Ante este riesgo de fuga, con la nueva reforma de la LC (a través de esta Ley) se persigue evitar dicha fuga de empresas a otros ordenamientos jurídicos cercanos.

Esta reforma se inició en junio de 2009, tras la constitución de una Sección especial, formada por expertos concursalistas (judicatura, abogacía, catedráticos y economistas), dentro de la Comisión General de Codificación, para realizar las distintas reformas, en un tiempo reducido comparado a lo habitual para este tipo de proyectos¹⁸. Además tuvo ciertos problemas en su tramitación en el Senado, pues se presentaron dos enmiendas al texto, y pretendían aglutinar en un título específico de la LC, concretamente en el título décimo, toda la regulación relativa a los acuerdos de refinanciación que se encontraba dispersa. Sin embargo tales enmiendas fueron rechazadas en el trámite del Congreso de los Diputados¹⁹.

Como se recoge en la Exposición de Motivos de la propia Ley, se reforma la LC porque a pesar de ser un hito importante en nuestro derecho de la insolvencia, se dictó en unos años en los que España tenía un auge económico, sin embargo al llegar la crisis no fue capaz de resolver los problemas, acentuando determinados aspectos disfuncionales de la legislación vigente hasta el momento y poniendo de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley: la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Como se mostraba en esos años los concursos que se tramitaban concluían con la liquidación de la empresa, cese de actividades y despido de trabajadores, por lo que se toma consciencia de que es un sector muy activo dentro de una sociedad dinámica, y por tanto, necesario que la LC sufra un proceso de actualización, basándose en una “evaluación económica de las normas” permitiendo así, un análisis económico del Derecho en una materia como la concursal que es la más propicia para ello. Dicha actualización era necesaria, no solo por los problemas económicos del país y los numerosos concursos de empresas, sino también por el estigma social que dificultaba la eficacia del procedimiento, ante la “mala fama” del concurso de acreedores provocaba

18. Vid. Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

19. Vid. De las Heras Gracia, M^a Dolores. “Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda.” en *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. De VVAA, Martín Molina, Pedro B.; del Carre Díaz-Gálvez, José M^a; Lopo López, M^a Antonia (Dirs). Edición 2014.

el retraso en la presentación de la solicitud del concurso y ésta no se formulaba hasta que era demasiado tarde.

Como se indica en la propia Exposición de Motivos con esta Ley se pretende completar la reforma iniciada por el RDL 3/2009, ante la evolución económica tratando de dar respuesta a los problemas más urgentes.

La Ley 13/2009 por la que se implantaba una nueva oficina judicial, modificó 49 preceptos de la LC de 2003, pero no terminaba ahí, sino que abría la puerta para una reforma mucho más amplia de la legislación concursal de nuestro país.

Esta nueva reforma se caracteriza por ser esencialmente técnica. Además tendente a activar el mercado del crédito, lo que requiere incentivar la concesión de financiación, y también la regulación de eficaces mecanismos que ayuden a tener una equitativa composición de los intereses involucrados.

No se trataba de una reforma radical de la LC 22/2003, ya que respetaba los tres principales principios de unidad: unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Lo que no significa que pueda catalogarse de una reforma global, ya que introduce importantes modificaciones para tratar de corregir errores detectados en la práctica y colmar algunas lagunas de la ley.

Así en el art. Único donde se modifica la LC de 2003(soló redactaré lo relativo a los acuerdos de refinanciación):

- ◆ Añade un art.5bis para la comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud del concurso. Será el deudor el que pondrá en conocimiento del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Antes de la finalización del plazo marcado en el art.5. Será el secretario judicial el que proceda a dejar constancia de la comunicación. Transcurridos tres meses desde la comunicación, el deudor hay alcanzado o no un acuerdo de refinanciación, deberá solicitar la declaración del concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que se encontrara en estado de insolvencia.
- ◆ Art.15.3, una vez realizada la comunicación prevista en el art.5bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses, no se admitirán solicitudes de concurso por parte de legitimados distintos del deudor[...].
- ◆ El art.71.6, indica que no se podrán rescindir los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando

éstos proceda a la ampliación del crédito disponible o modificación de sus obligaciones[...], siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo y con anterioridad a la declaración del concurso[...].

- ◆ Nueva redacción Art.72.2, sólo la administración concursal estará legitimada para ejercitar la acción rescisoria e impugnación que pueda plantearse contra un acuerdo de refinanciación del art.71.6.
- ◆ Modificación de la Disp. Adic. 4ª, para incluir la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.
- ◆ Se añade una Disp. Adic. 5ª, para regular las escritura públicas para la formalización de los acuerdos de refinanciación.

Con esta reforma lo que se produce es: en primer lugar, profundizar en “alternativas” al concurso de acreedores, también conocidas como institutos preconcursales, intentando ofrecer una solución más ágil y económica a través de los acuerdos de refinanciación. También se ocupa de la comunicación formal del inicio de las negociaciones con los acreedores, regulando con detalle los deberes de cada parte negociadora y además establece la homologación judicial que con ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes. Y además con esta Ley se incorpora a nuestro ordenamiento el denominado “privilegio del dinero nuevo”²⁰ creando un mecanismo para protegerlos y fomentar la concesión de crédito a las empresas con dificultades. Perfeccionando la reforma iniciada por el RDL 3/2009.

En segundo lugar, se produce un aumento de las funciones y responsabilidad de la administración concursal, lo que produce que tengan que suscribir un seguro de responsabilidad civil; propiciar la finalidad conservativa del concurso de acreedores a través de la simplificación y agilización del procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, creando y regulando un verdadero procedimiento abreviado; ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio; además de regular la conclusión del concurso por insuficiencia o inexistencia de masa, que es lo que suele ocurrir en la práctica.

En palabras de Juana Pulgar Ezquerra²¹, tales modificaciones, contienen en definitiva, una reforma que continúa lo que comenzó con el RDL 3/2009, la preconcursalidad

20. “fresh money” es el término que se utiliza habitualmente, se traduce por “dinero nuevo”.

21. Vid el Prólogo de Pulgar Ezquerra, Juana (dir.) *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley, 1ª edición, 2012.

como alternativa al concurso de acreedores. Esta reforma potencia los acuerdos preconcursales, a través de los acuerdos de refinanciación, siguiendo un poco la técnica italiana de los escudos protectores (ya introducidos por el RDL 3/2009) pero estos en su inicio estaban limitados solo para la sede rescisoria concursal, por lo que se amplían hasta la sede de negociación y ejecución de los llamados acuerdos de refinanciación, que además se regula la homologación judicial de éstos entre el deudor u sus acreedores profesionales, es decir, entidades financieras que representen el 75% del pasivo, se introduce la extensión de las esperas para aquellos acreedores no participantes o disidentes, paralizando las ejecuciones singulares y otorgando una garantía real al acreedor frente a dicha paralización.

Lo que más interesa de esta Ley que reforma la LC es la búsqueda soluciones a las empresas que pasan por malos momentos económicos, esta Ley lo hace a través de las soluciones preconcursales amistosas por la vía de los acuerdos de refinanciación, ya que con éstos es posible que la empresas continúe con su actividad sin costes económicos, temporales y la reputación que se adquiere ante la declaración de un procedimiento concursal. También con este sistema de acuerdos se puede contribuir a descargar de trabajo a los jueces de lo mercantil, sanear balances, etc. eso sí la regulación de estos

acuerdos de refinanciación fue una materia bastante debatida²², pues no se sabía si realizar una ley de acuerdos extrajudiciales formando un procedimiento preconcursal como ocurre en Francia, o si la Ley Concursal podría incorporar los “escudos protectores” que hay en Italia, dentro de la autonomía de las partes, pero con algunos límites en la negociación y ejecución del acuerdo, y también ante la declaración de un concurso de acreedores que pudieran dificultar la financiación de las empresas reconociendo el privilegio del *fresh money*. Pero la cosa no concluyó ahí, también era preciso si optar por un modelo general de acuerdos extrajudiciales de refinanciación donde hubiera un deudor y participaran todos los acreedores, o optar por un modelo particular en donde solo participaran los acreedores profesionales, es decir, entidades financieras.

Finalmente se optó por seguir la misma línea del RDL 3/2009 de proteger los institutos preconcursales y sobre todo a las refinanciaciones de deuda dentro del marco de la LC, más cercano al modelo italiano y apartándose del francés. Por tanto, se está permitiendo que sean las partes las que decidan, bajo su autonomía de la voluntad, como realizar sus

22. Vid Pulgar Ezquerro, Juana(dir.) *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley, 1ªedición, 2012.Pág39.

acuerdos de refinanciación.

Uno de los aspectos negativos a esta reforma, es que ha dejado de lado o sin aportar una solución a ciertas disfunciones prácticas de la LC. Una de ellas es el deficiente tratamiento que recibe el sobreendeudamiento de los consumidores en sede concursal²³. Y para algunos exigía una inmediata respuesta por parte del legislador concursal, hecho que no se ha producido, en el sentido de prever la posibilidad de que se produzca un nuevo comienzo (o *fresh start*), una segunda oportunidad, para los deudores con un comportamiento intachable, lo que implicaría una extinción o condonación de parte de la deuda del deudor de buena fe y así que no arrastrase dicha deuda que acabe condicionando su vida social y laboral de manera perpetua. Esta solución está prevista, de una forma u otra, en casi la totalidad de los ordenamientos de nuestro entorno, para algunos esperan que otra reforma tenga presenta tal hecho y contemple alguno de los mecanismos, si bien es cierto, la Disp. Adic. Única de la Ley 38/2011, recoge con efectos prácticos muy limitados²⁴.

Para otros,²⁵ lo negativo de esta reforma es que se realizó sin tener el tiempo exigido para su elaboración y por tanto, para su reflexión, y que pese a que la califica como una reforma global, realmente es parcial, porque como se decía antes a los consumidores les olvida esta reforma.

Los aspectos positivos de esta reforma, el avance con los instrumentos preconcursales, pues nos sólo se limitó a excluir de las rescindibilidad los acuerdos de refinanciación, que ya hizo el RDL 3/2009, sino que avanzó en ellos, cuya finalidad fundamental era la protección de estos acuerdos alcanzados frente a la posterior declaración del concurso, además de incorporar la homologación judicial de tales acuerdos.

4.2.5. La Ley 14/2013.

Su denominación completa es *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los*

23. Vid. Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. *Manual de derecho mercantil, volumen II*. Editorial: Tecnos. Edición 19ª edición, 2012.

24. Dicha disposición reza: “*el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.*

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza”.

25. Olivencia, M. recogido en: Beltrán, Emilio (editor). *Summa revista de Derecho Mercantil. Derecho Concursal*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ª edición, 2013.

emprendedores y su internacionalización. Más conocida, o como se la suele denominar habitualmente, Ley de emprendedores.

En su Exposición de Motivos declara que España sigue atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales. Entre 2008 y 2012 se destruyeron casi 1,9 millones de empresas frente a la creación de 1,7 millones, lo que conlleva a la aparición de una grave situación del desempleo. Se viene a justificar la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica y también se abordan problemas estructurales del entorno empresarial, buscando fortalecer el tejido empresarial de forma duradera.

Uno de los mayores problemas a los que se enfrentan las empresas es acceder a una financiación, por ello resulta necesario impulsar canales de financiación que ayuden a relajar los efectos de la restricción de crédito a dichas empresas.

Así, en el Título I Capítulo V, -“Apoyo a la iniciativa emprendedora; Acuerdo extrajudicial de pagos”-, se prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. Lo que se pretende, son cambios tanto en la cultura empresarial como normativos, con el objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar. Esto proviene, en parte, de la Disp. Adic. Única de la Ley 38/2011 donde se indicaba al Gobierno realizar un informe sobre la aplicación y efectos de las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que tuvieran dificultades, especialmente las obligaciones garantizadas con hipoteca²⁶. La utilización de los acuerdos extrajudiciales de pagos se contempla un eventual concurso consecutivo para favorecer la rehabilitación del deudor.

Mantiene que el procedimiento es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, que como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos.

Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto

26. Vid. Sospedra Navas, Francisco José (Dir). *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Tercera edición, 2014.

sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la reunión, a la vista de una propuesta anticipada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas. Por otra parte, la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse **quitas de hasta el 25%** de los créditos y **esperas de hasta tres años**. El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas.

La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho.

En el Título III de la Exposición de Motivos, trata el “Apoyo a la financiación de los emprendedores” contemplando medidas para ello.

Reforma la LC respecto de la materia preconcursal de los acuerdos de refinanciación con un doble propósito:

Por un lado, regula de una forma más completa y a la par más flexible el procedimiento registral de la designación de expertos, se pueda solicitar al registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado.

Por otro lado, incluye una regla más flexible y más clara del cómputo de la mayoría del pasivo que es necesario para suscribir el acuerdo y que constituye el requisito mínimo para su potestativa homologación judicial.

Es en el art.21 de la propia Ley donde se recoge la modificación de la LC 22/2003. así viene a modificar(solo resaltaré las reformas relativas a los acuerdos de refinanciación):

- ◆ El art.3.1 LC para los legitimados a solicitar la declaración del concurso. Así se incluye al mediador concursal para los acuerdos extrajudiciales.
- ◆ Se modifican los apartados 1, 3, y 4 del art. 5: el deudor pondrá en conocimiento del juzgado competente del inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación o propuesta anticipada de convenio. En caso de ser un acuerdo extrajudicial de pagos será el registrador mercantil o notario que hubiera

designado al mediador concursal, el que informe del inicio de las negociaciones al juzgado competente; el secretario judicial será el que proceda a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor, notario o registrador mercantil; Transcurridos tres meses de la comunicación, el deudor no haya alcanzado un acuerdo de refinanciación[...], deberá solicitar la declaración del concurso dentro del mes hábil siguiente, amomos que se encontrara en estado de insolvencia.

- ◆ Se modifica el art.15.3 relativo a la inadmisión de solicitudes del concurso mientras no transcurra el plazo de tres meses de personas distintas del deudor.
- ◆ Se modifica redacción en el art.71.6. 2º, el acuerdo informado favorablemente por experto independiente y cumpla las condiciones del art.28[...]. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo[...].
- ◆ Se modifica el art.178.2 sobre la resolución judicial que declara la conclusión del concurso del deudor.
- ◆ Se modifica el art.198.1 relativo al Registro Público Concursal.
- ◆ Se añade un Título X para la incorporación de los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Así, con esta nueva reforma, se incluyen en nuestra legislación otro instituto preconcursal, pues si ya existía el Acuerdo de refinanciación, ahora se pasa a incorporar, junto a éste, el acuerdo extrajudicial de pagos. Y además se flexibilizan algunos de los requisitos exigidos para llevar a cabo un acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores.

Aunque la mayor novedad de esta reforma consiste en la inclusión dentro de la legislación concursal, el acuerdo extrajudicial de pagos como una alternativa más, en caminada a desjudicializar determinados supuestos de insolvencia.

Un aspecto positivo de esta reforma es la flexibilización de los requisitos de los acuerdos de refinanciación. Y la incorporación de otra alternativa al concurso que se puede tramitar extrajudicialmente.

El aspecto negativo es, los acuerdos extrajudiciales de pagos imponen mayores

sacrificios a los deudores que los contemplados para un convenio, y las posibilidades de quita y espera son menores que las previstas en un concurso, además en caso de fracaso, el deudor se ve abocado a un concurso que es liquidativo²⁷.

4.2.6.El Real Decreto Ley 4/2014.

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. Así es la denominación de esta nueva norma para reformar la LC.

Publicada en el BOE al día siguiente (8 de marzo), con entrada en vigor el lunes 10 de marzo del 2014.

Nos encontramos con un nuevo número de reformas tanto técnicas como de fondo, ya que la sociedad actual ha ido poniendo de relieve los problemas que han de ser resueltos, para preservar el proceso productivo, empleos y activos, como la liquidación eficiente en caso de una empresa concursada.

Como en la Exposición de Motivos indica, tras la reforma realizada por la Ley 14/2013, es el momento de una nueva reforma para tomar medidas principalmente destinadas a la reestructuración relacionada con la deuda de las empresas españolas.

Así esta nueva reforma está centrada en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, y encuentra su justificación en la urgente necesidad de acometer, según el momento actual de crisis económica, tras la reestructuración del sistema financiero y saneamiento de los balances bancarios y mejora normativa de la posición del deudor consumidor hipotecario respecto de su vivienda habitual, medidas destinadas a la reestructuración viable de la deuda empresarial, ya que las empresas pese a su elevado endeudamiento, siguen siendo productivas. Por lo que se pretende facilitar el saneamiento financiero para evitar el concurso de acreedores de empresas que son viables desde un punto de vista operativo, es decir, susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario, pero que han devenido inviables desde un punto de vista financiero, para lo que resultan esenciales los acuerdos de refinanciación. Aquí se pretende aportar seguridad jurídica a través de potenciar la máxima autonomía de la voluntad de las partes ya que anteriormente la dificultad para alcanzar acuerdos de refinanciación era principalmente a la rigidez de la normativa concursal y preconcursal, así que pueden elegir entre diversos tipos de acuerdos, así como entre los distintos

27. Vid Sospedra Navas, Francisco José (Dir). *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Tercera edición, 2014.

“itinerarios” en lo referente a contenidos y mayorías de aceptación del acuerdo legalmente establecidos.

Las modificaciones que introduce a la LC 22/2003, en conexión con las modificaciones introducidas en los acuerdos preconcursales de refinanciación, están relacionadas con materias como subordinación crediticia, presunciones de concurso culpable y personas afectadas por la sentencia de calificación, exenciones rescisorias, responsabilidad concursal.

Así pasa a reformar los siguientes artículos de la LC en materia preconcursal:

- ◆ La redacción del art.5bis, relativo a la comunicación de la negociación de acuerdos de refinanciación. En su apartado 3, se regula la publicidad de la comunicación del inicio de las negociaciones, que hasta ahora no estaba regulado(si aparece regulado en RD 892/2013). La regla general es la preceptiva publicación a instancia del secretario judicial en el Registro Público Concursal, donde se deberá publicar *“Extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos por el notario o el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen”*. Aunque la norma permite que el deudor pueda solicitar, expresamente, el carácter reservado de la comunicación, en tal caso no se producirá la publicación del extracto de la resolución [básicamente para evitar la posible mala reputación que conlleva en el mercado del crédito). Aunque el mediador debe convocar a los acreedores que resultan afectados por el acuerdo (art.234.1LC)].

Se añade una nuevo apartado 4, donde permite que la presentación de iniciación de negociaciones pueda suspender, durante el plazo previsto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para continuar con la actividad. También se permite la suspensión del resto de ejecuciones promovidas por acreedores financieros, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51% de acreedores de pasivos financieros ha apoyado expresamente el inicio del acuerdo de refinanciación. Quedan excluidos los procedimientos que tengan por objeto hacer efectivos los créditos de derecho público. Así, se va a diferenciar entre los distintos acreedores que sean, sin garantía real; Los acreedores con garantía real. Además el artículo recoge una previsión relativa a las ejecuciones singulares promovidas por acreedores de pasivos financieros, con o

sin garantía real, que, con independencia del carácter judicial o extrajudicial del título que se ejecute.

Requiere en todo caso comunicación del inicio de las negociaciones al juzgado que sería competente para declarar el concurso.

- ◆ Se modifica la redacción del art.56, para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ya que las ejecuciones son obstativas para continuar con la actividad cuando no se puede separar el derecho de disposición del uso y disfrute de la empresa. Además incluye ciertos casos donde no se podrán ejercitar acciones durante el plazo previsto.
- ◆ Se suprime el art.71.6 de la LC. donde se regulaba la rescisión de los acuerdos de refinanciación. Pasando a regularse en el art.71bis de la LC. Por tanto el apartado 7 pasa a ser el apartado 6.
- ◆ Se redacta de nuevo el art.71bis, donde ahora se regula la rescisión de los acuerdos de refinanciación. En su apartado 1, se mantiene lo que recogía el antiguo art.71.6, si bien se especifica su extensión, comprendiendo los negocios, actos y pagos que permitan la ampliación del crédito o la modificación o extinción de obligaciones, dentro se incluye la cesión de bienes y derechos en pago o para pago, la novedad es la introducción, a efectos de exención rescisoria, los distintos acuerdos de refinanciación. Se elimina la necesidad de informe del experto independiente sustituyéndolo por una certificación del auditor de cuentas que acredita la concurrencia de las mayorías exigidas; el apartado 2, introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados no serán rescindibles, creando un seguro que permita la negociación directa entre el deudor y sus acreedores, siempre que no conlleven una merma de los derechos de los acreedores no intervinientes.
- ◆ Se incentiva el fresh money (arts. 71 bis; 84.2.11º; 91.6;93.2.2º; Disp. Adic.2ª) se reconoce la preeducibilidad al 100% respecto de los nuevos ingresos de tesorería realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación del art.71bis o Disp. Adic.4ª, con un plazo de dos años siguientes a la entrada en vigor del RDL, siempre que el concurso se declare a los dos años a contar de la fecha de concesión de los créditos (en total cuenta con un plazo de cuatro años –dos años

desde la entrada en vigor del RDL para conceder la financiación y dos años desde esta concesión para la eventual declaración de concurso de acreedores—). Se extiende también esta clasificación a los créditos concedidos en dicho marco por el deudor o por personas especialmente relacionadas que suponga nuevos ingresos de tesorería. No se extiende la consideración como créditos contra la masa y, por tanto, la prededucibilidad que de ello deriva respecto de los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital, ni tampoco respecto de los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería, que seguirán teniendo la calificación prevista en el art. 92.3º LC siendo **subordinados**.

Se excepciona temporalmente, respecto de nuevos ingresos de tesorería realizados en los dos años siguientes a la entrada en vigor del RDL 4/2014, la aplicación del régimen contenido en el art. 91.6º LC.

- ◆ El art.92.5, se excluye la subordinación concursal crediticia, respecto de los acreedores que hayan capitalizado la deuda acordada y pasen a ser socios dentro de un acuerdo de refinanciación, no se consideraran personas especialmente relacionadas con el deudor, evitando así la calificación de crédito subordinado.
- ◆ El art.165 se modifica, se declara que serán los expertos independientes los que tengan la función de declarar a través del informe que la capitalización de la deuda en los acuerdo de refinanciación responden a una causa razonable. Esto es importante, ya que se presume que existirá dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor se niegue sin causa razonable a la capitalización frustrando el acuerdo de refinanciación. A sí, a estos efectos, se presume que la capitalización es razonable cuando así se declara en el informe del experto independiente con anterioridad a la negativa del deudor²⁸.
- ◆ Se modifica la Disp. Adic.4ª, para la homologación de los acuerdos de refinanciación. Su utilización está creciendo, por lo que cada vez hay menos acreedores disidentes o no partícipes, ampliando el ámbito subjetivo, también se posibilita que éstos, la extensión de las esperas sino también de otras medidas adoptadas, como pueden ser las quitas, capitalización de la deuda y cesión de bienes para o en pago. La novedad se encuentra con los acreedores que dispone de garantía real, al realizar una distinción objetiva entre la deuda cubierta por el

28. Vid Prendes Carril, Pedro y Pons Albentosa, Leopoldo (Dir). *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. 2014.

valor real la garantía y la parte que no lo está, así se tratará de igual manera a la parte de los créditos no cubiertos por la garantía que a los créditos sin garantía real. Además se distinguirá entre la obligación principal y la obligación accesoria, que en ocasiones se confunden, o como está ocurriendo se da más importancia a la garantía siendo la obligación accesoria. Se simplifica el procedimiento de homologación en aras de garantizar la celeridad y flexibilidad que se busca en la fase preconcursal, solo comprobando la concurrencia de las mayorías.

De esta forma, la norma modifica un importante número de de normas concursales, pero además, también modifica otras normas de diferentes ámbitos como es la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil; Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Impuesto sobre Sociedades; la Ley 3/2009, de 3 abril, sobre modificaciones Estructurales de las Sociedades mercantiles; o el Real Decreto 1066/2007, de 27 julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

El aspecto positivo de esta reforma puede ser la mayor flexibilidad que se va otorgando para realizar los acuerdos de refinanciación, en cuanto a los requisitos que se exigen para llevarlos a cabo, favoreciendo el aumento de su celebración para evitar el concurso de acreedores, intentando otorgar mayores protecciones a los créditos nuevos de financiación, para que se otorguen y el deudor pueda continuar con su actividad empresarial o profesional.

El aspecto negativo es que para conseguir que los acuerdos se celebren y sean más eficaces, se flexibilizan ciertos requisitos, que tal vez no se deberían flexibilizar, es por ejemplo el caso del informe del experto independiente, solo se realizará si el deudor así lo considera, sustituyéndose por que un auditor confirme que está el porcentaje del pasivo necesario para realizar el acuerdo de refinanciación. Por tanto, se está eliminando el control que realizaba el experto independiente sobre el acuerdo de refinanciación, pudiendo ocurrir que se den ciertos abusos en dicho acuerdo y que sean aceptados con tal de recibir la financiación que necesita.

También respecto a la homologación del acuerdo de refinanciación, para que se realice con celeridad, que es lo que muchos buscan con los acuerdos de refinanciación, en mi opinión se está privando al juez de un examen exhaustivo del acuerdo de refinanciación,

limitándose tan solo a constatar la concurrencia de las mayorías para su adopción.

4.2.7 El Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014.

El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Así es la denominación de esta norma, por la cual se continúa reformando la legislación concursal española.

Cuya entrada en vigor fue al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 7 de septiembre de 2014 (aunque al ser domingo se aplicará a partir del lunes).

En la Exposición de Motivos de dicha Ley, comienza haciendo una referencia a su antecesor, el RDL 4/2014 por el que se flexibilizan el régimen de los acuerdos preconcursales, y lo que bien a hacer este Real Decreto-ley es abordar la extensión de las premisas que ya inició el anterior RDL.

Además incluye medidas para la flexibilizar la transmisión de la empresa concursada, por lo que se incluyen modificaciones en la finalidad del convenio concursal y la fase de liquidación. Así este RDL 11/2014, se centra en varios aspectos:

- ◆ Traslada al convenio concursal el nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación, sobre todo lo relativo a valoración y significado de las garantías y la influencia de éstas respecto de los acreedores privilegiados, dando cierta coherencia al sistema.
- ◆ Se incentivan las liquidaciones concursales traslativas de unidades productivas. Como novedad, se crea un portal de acceso telemático en el que figurarán las empresas en liquidación concursal y toda la información necesaria para facilitar su enajenación. Además introduce modificaciones en el ámbito de los créditos subordinados (art. 92 LC), ampliando su tipología, pieza de calificación (art. 167 LC) y aclarando la posición de los créditos transmitidos a la Sociedad de gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) procedentes de la reestructuración bancaria, relativo a los efectos del cómputo para las mayorías legalmente exigidas en orden para la homologar los acuerdos de refinanciación.
- ◆ Centrándose en las modificaciones que sufren los acuerdos de refinanciación, y junto a ellos los acuerdos extrajudiciales, hay que decir que no sufren variación alguna con respecto a las ya realizadas por el RDL 4/2014. Mantiene los tipos de acuerdos de refinanciación protegidos: los acuerdos de refinanciación plurilaterales con homologación (DA 4ª LC) o sin homologación (art. 71 bis.1

LC) y los acuerdos bilaterales en las condiciones legalmente establecidas (art. 71 bis.2 LC).

Pero el saneamiento financiero conlleva la diferenciación entre propiedad (los socios) y control (dirección, gestión, toma de decisiones) y un nuevo marco de relaciones con terceros, y en particular acreedores, cuando la disyuntiva que se plantea para la sociedad es reestructuración por vía de acuerdos de refinanciación o concurso de acreedores que puede acabar en liquidación. Por lo que va a introducir unas novedades:

- Con respecto al art.5bisLC, en la comunicación del inicio de las negociaciones, la suspensión o prohibición de las ejecuciones será extensible a bienes y también derechos. El fin de esta novedad no es otra que la inclusión de esta comunicación en el ámbito del reglamento comunitario de insolvencia transfronteriza, para que los efectos de la comunicación se extiendan a ejecuciones iniciadas en otros países comunitarios.
- La disp. Adic. 4ª.5LC, admite expresamente la posibilidad de que la homologación judicial del acuerdo, no sólo se deba solicitar por el deudor sino que cualquier acreedor que forme parte, es decir, que haya suscrito el acuerdo de refinanciación pueda hacerlo también. Si bien se puede correr el riesgo de que algunos de los acreedores potencien imponer determinadas medidas en la refinanciación y reestructuración, ante la homologación que antes solo podía solicitar el deudor que le servía de vía para eludir dichos contenidos impuestos por los acreedores.
- ◆ En la Disp. Adic. 3ª, se crea una Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento. Estará constituida por nueve miembros permanentes, que procederán de distintos ministerios: Economía y competitividad (2), Justicia (2), Hacienda y Administraciones Públicas (1), Empleo y Seguridad social (1), Industria, Energía y Turismo (1), Banco de España (1) y un juez nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. Y sus funciones serán:
 - La realización de un seguimiento de la efectividad de las medidas adoptadas por este RDL en materia concursal y de refinanciación preconcursal de deuda, así como de la situación del endeudamiento del sector privado y sus implicaciones macroeconómicas.

- Evaluar su aplicación y proponer al Gobierno las reformas que resulten convenientes a su juicio.
- Verificar el cumplimiento de los códigos de buenas prácticas para la reestructuración viable de la deuda empresarial (Pymes y autónomos, son de cumplimiento voluntario).
- Puede solicitar directamente, o a través de alguno de sus miembros, información relativa a acuerdos de refinanciación y reestructuración preconcursales y procesos concursales.

El aspecto positivo es que se sigue buscando la fórmula adecuada que ayude a realizar más acuerdos de refinanciación con el fin de salvar a las empresas que atraviesan una mala situación económica.

El aspecto negativo, es que para ello solo se apoyan en flexibilizar algunos requisitos de los acuerdos de refinanciación, y otorgando más facultades a los acreedores que participan en el acuerdo de refinanciación, y esto estaría bien si los acreedores no se aprovecharan de dicha situación para forzar la consecución de sus propios intereses, dejando al deudor sin muchas opciones si quiere salvar la empresa.

Esto en cuanto al RDL 11/2014. *La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.* Su entrada en vigor fue al día siguiente al de su publicación en el BOE(publicada en 1 de octubre), por lo que entró en vigor el 2 de octubre de 2014.

Su Exposición de Motivos inicia haciendo un recordatorio de las distintas reformas en la legislación española relativa al saneamiento del sector financiero y que ahora pasa a la insolvencia de las empresas en el país²⁹. Además se puede ver cómo va reproduciendo partes de las Exposición de Motivos del RDL4/2014.

Por tanto, esta Ley es el resultado de tramitar como ley ordinaria los Reales Decretos-ley 4/2014 y 11/2014. Se podría pensar en un primer momento, que esta Ley va a incorporar nuevas mejoras técnicas que ambos RDL no contemplaron por la urgencia con la que se dictaron, y así ser mejorados. Sin embargo, en la práctica esto no se ha notado, pues una reforma puntual al art.5bis y reconocer a los acreedores la facultad de solicitar la homologación judicial del acuerdo de refinanciación y la iniciativa de que el

29. Vid Exposición de Motivos de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Gobierno promoció un código de buenas prácticas para realizar una reestructuración viable de la empresa endeudada, no ha aportado ninguna novedad o alteración técnica. Sin embargo si lo ha utilizado para introducir importantes reformas en el régimen jurídico de la administración concursal que no estaba contemplado en el RDL4/2014(que solo se centraba en los acuerdos preconcursales de refinanciación y saneamiento financiero).

Así se produce una nueva reforma, pero este proceso sigue abierto, por ello, en vez de aportar seguridad jurídica, se genera una incertidumbre en el mercado, especialmente con operadores extranjeros, dificultando la recuperación de las empresas españolas.

El aspecto positivo, se podrá decir que es intentar asentar los Reales Decretos como Leyes, pues el Real Decreto es realizado por el Gobierno que en ocasiones no regula como debería ser. Con la ley se consigue que las normas tengan un cierto control pues las realizan las cámaras parlamentarias.

El aspecto negativo es que la Ley se limita a transcribir, por no decir copiar, ambos Reales Decretos-leyes, sin aportar ninguna modificación o introducir aspectos no contemplados por los reales decretos, para mejorar y perfeccionar la legislación concursal española, mejorando el sistema y las medidas, y así otorgar la seguridad jurídica que se requiere para que las empresas puedan obtener crédito y salvarse de los problemas económicos que atraviesan.

4.2.8 La Ley 9/2015.

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Así en el año 2015 se producía una nueva reforma a la legislación española en materia concursal.

Su entrada en vigor fue al día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, entró en vigor el 27 de mayo de 2015. Con esta ley se producía otra reforma en la legislación concursal, y no es la última reforma que sufre la Ley Concursal española.

En la Exposición de Motivos o Preámbulo, comienza recordando la anterior reforma realizada por la Ley 17/2014, para venir a justificar esta Ley como la continuadora de las reformas de las premisas que ya inició la ley anterior.

Esta Ley modifica varios preceptos de la LC relativos al convenio concursal, a la fase de liquidación, a la calificación del concurso, al acuerdo extrajudicial de pagos, y por último, a los acuerdos de refinanciación.

Ante estas modificaciones solo me centré en los acuerdos de refinanciación:

- ◆ Se introducen previsiones análogas a las de la Disp. Adic.4ª (redacción de la Ley 17/2014) en lo referente a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, por lo que se modifican los arts. 90 y 94 LC. En concreto el art.90.3 recoge que *“el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada con lo dispuesto en el art.94.5 el importe que exceda del crédito reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.”* y el art.94, se añade un apartado 5: *“ a los efectos del art.90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para determinarlos se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor de la responsabilidad máxima pignoratícia o hipotecaria pactada”*. Además incluye que se entiende por valor razonable.

Así, de esta forma, realiza “una purga” de las garantías posteriores, mantenimiento de las preferentes y la atribución eventual del sobrante en caso de ejecución a titulares de garantías reales. Y así que el bien que garantiza varios créditos que superan la cuantía del valor de éste, sea más real, además de evitar la vulneración del principio *“par conditio creditorum”*.

- ◆ En cuanto a los acuerdos de refinanciación, concretamente, se modifica el art.5 bis, concretamente su apartado 4, donde ahora establece que en caso de controversia, el juez será el competente para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del deudor.
- ◆ Se modifica el art.71.6 en el ejercicio de las acciones rescisorias, *“que no se impedirá otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso conforme a las normas de legitimación y procedimiento”*.
- ◆ El art.71 bis, se regula el régimen de votación para los acuerdos sindicados. Concretamente, se modifica su número 1º del apartado 1.b): *“el acuerdo suscrito por al menos tres quintos del pasivo. A los efectos del cómputo de esa mayoría se entenderá que los acuerdos sujetos a régimen o pacto de*

sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a favor los que representen al menos el 75% del pasivo afectado por tal pacto de sindicación, salvo que las normas que lo regulan establezcan una mayoría inferior; en cuyo caso se aplicará ésta última[...]”.

- ◆ Y a la Disp. Adic. 4ª, se le introducen algunas modificaciones para aclarar dicho régimen de votación en el seno de los acuerdos sindicados, para precisar o determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, y que no exceda del valor de la responsabilidad pignoraticia o hipotecaria máxima que se hubiera pactado por ambas partes. Concretamente se modifican los apartados 1 y 2 de dicha disposición.
- ◆ Además en la disp. Adic. 3ª de la Ley, se establece la creación de una Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento, con funciones de Verificar el cumplimiento de las medidas adoptadas por esta Ley, y de proponer al Gobierno modificaciones normativas para facilitar la reestructuración preconcursal o concursal de deuda de las empresas que sean económicamente viables. Es la misma que reconoce el RDL 11/2014, con las mismas funciones.

El aspecto positivo de esta Ley, es que limita las garantías establecidas sobre un mismo bien. Además de que el acreedor que tenga un crédito privilegiado no supone que otros créditos que también tenga con el deudor, se beneficien de la misma calificación, colocándolos en la posición correspondiente a su naturaleza, sin beneficiarse de la posición privilegiada. También es positiva la participación del juez para determinar en caso de conflicto que bienes son necesarios para continuar con la actividad empresarial o profesional, si bien esa decisión del juez, en ocasiones, debería estar apoyada por la opinión de un experto independiente en esa materia.

El aspecto negativo, es que la Ley mantiene fundamentalmente la redacción dada por el RDL 11/2014 por lo que flexibiliza los requisitos para la celebración de acuerdos de refinanciación para salvar a las empresas de los problemas económicos graves, pero sigue sin prestar demasiada atención a los particulares o familias que están pasando por lo mismo que las empresas.

Después de este recorrido por algunas de las distintas reformas que sufre la LC, que no son las únicas pues hay otras normas que la modifican, ya que trata muchas materias. Pero antes de pasar a tratar los acuerdos de refinanciación con detalle(pues es el tema de este trabajo), creo conveniente mostrar, aunque sea de una forma muy general, los acuerdos extrajudiciales de pagos, porque aunque no son parte de este trabajo, fueron incluidos en la Ley como otra alternativa al concurso, pasando a formar parte de los denominados institutos preconcursales, junto con los acuerdos de refinanciación, siendo otra forma de resolver los problemas económicos.

Los acuerdos extrajudiciales de pago, cronológicamente son posteriores a los acuerdo de refinanciación. El motivo de explicarlos en este momento y no posteriormente, es que no realizaré una explicación detallada de ellos (por eso no están en un capítulo distinto), mi intención es mostrar los aspectos más generales de ellos, sin detenerme demasiado, simplemente para que el lector conozca la otra vía preconcursal existente a los acuerdos de refinanciación, pues comparten ciertos artículos de la ley. Por ello, al no tratarles en profundidad, he decidido explicarlos ahora en el final de este capítulo en vez de en otro aparte, dejando el siguiente capítulo exclusivamente a los acuerdos de refinanciación, tema importante del trabajo.

4.3 Los acuerdos extrajudiciales de pagos (AEP).

Entran en nuestra legislación a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización(conocida como *Ley de Emprendedores* o *Ley de apoyo a los emprendedores*).

Se trata de un nuevo mecanismo preconcursal, junto al ya existente acuerdo de refinanciación, en el Título X de la LC (arts.231 a 242, ambos inclusive) y en las Disposiciones Adicionales (en adelante Disp. Adic.) Séptima y Octava, denominándolo Acuerdo Extrajudicial de Pagos(AEP)³⁰. Si bien es cierto, las posteriores reformas, surgidas después de ésta, de la Ley también han tratado el Acuerdo Extrajudicial de pagos, ampliándolo a otros deudores, hasta llegar a hoy día.

La Ley toca diversos ámbitos del derecho(mercantil, administrativo, fiscal, etc.), convirtiéndose en una ley algo densa y dispersa con la intención de reactivar la economía del país.

Este mecanismo nuevo incorporado al Derecho de la insolvencia se encuadra en lo que

30. Vid. Jiménez Sánchez, Guillermo J. Y Díaz Moreno, Alberto (dirs.) *Derecho Mercantil, Volumen 10º, derecho concursal*. Editorial: Marcial Pons. Edición 15ª,2013; 2ª actualizada en Marcial Pons, 2014.

la doctrina y los autores llaman precurso. Se muestra como alternativa, basada en la mediación y resolución extrajudicial indicada para insolvencias de escasa dimensión, intentando descongestionar a los juzgados de lo Mercantil, además de tratar las deudas no satisfechas en la liquidación del patrimonio conocido como *fresh start o Discharge*, que se encuentra en los ordenamientos de nuestro entorno (por ejemplo, Francia e Italia). Este nuevo mecanismo tiende a la desjudicialización de los conflictos económicos-financieros que tienen las empresas de España, derivando a un mediador para encontrar la solución a estos conflictos, mediante un procedimiento sencillo notarial o registral. El AEP viene a ampliar las soluciones concursales coexistiendo junto al acuerdo de refinanciación y las propuestas anticipadas de convenio.

Esto surge, como ya dije anteriormente, por el miedo al concurso, por los efectos que crea en el deudor (consecuencias negativas sobre el patrimonio ya afectado, disuade a muchas personas a “emprender”, etc.).

Algunos autores lo definen como *un procedimiento de mediación extrajudicial que permite negociar las deudas de empresarios con la finalidad de evitar la iniciación del proceso concursal*³¹.

Díaz Echegaray, en este aspecto, no está de acuerdo de que sea un modo útil, que aporte inteligencia a las partes para facilitar la superación de la situación de insolvencia y el mantenimiento de tráfico de un emprendedor, para él según están regulados actualmente, pues los efectos deseados no serán tales y llevará a un camino que terminará en un procedimiento concursal, abocado a la liquidación, con la finalidad de poder lograr mayor facilidad la remisión de las deudas que no se hayan satisfecho en la liquidación. Y aunque se intente equipararlo al convenio, no es del todo cierto, pues el AEP es un acuerdo extrajudicial, sin homologación judicial, solo la mera voluntad privativa de los concurrentes, que se otorga fuerza legal expansiva a los acreedores disidentes o ausentes, solo existe similitud en los fines a los que sirve³².

4.3.1 Ámbito de aplicación.

Los acuerdos extrajudiciales de pagos sólo serán entre los deudores que cumplan unos requisitos personales y patrimoniales (presupuestos subjetivo y objetivo), además de que no todos los créditos quedarán afectos por este acuerdo (en caso de existencia de

31. Vid. Sospedra Navas, Francisco José (Dir.) “Capítulo XI. El acuerdo extrajudicial de pagos” de *Proceso concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, edición tercera, 2014.

32. Vid. José Luis Díaz Echegaray en *El acuerdo extrajudicial de pagos (monografías...)*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ª edición 2014.

garantía real, art.238 y 238 bis LC).

El deudor debe ser una persona natural, empresario mercantil, profesional o empresario a efectos de la legislación de la Seguridad Social, trabajador autónomo o persona jurídica (art.231.1 y2 LC). Esto quiere decir, que las personas físicas que no son empresarios (familias), siguen sin tener alternativas al procedimiento concursal, que tampoco es que sea muy práctico para el endeudamiento de los particulares. Tampoco pueden acceder las comunidades de bienes ni otras estructuras jurídicas carentes de personalidad (fondos de inversión, de pensiones, unión temporal de empresas, etc.)³³.

El empresario deberá encontrarse en situación de insolvencia actual o inminente, previa a la solicitud del concurso, podrán iniciar dicho mecanismo para conseguir un acuerdo con sus acreedores siempre cumplan con lo legalmente establecido: pasivo no superior a cinco millones de euros(deberá aportar el balance para comprobarlo, dificultad para aquellos que no tengan obligación de llevar una contabilidad) en caso de personas físicas; estado de insolvencia (no es válida la inminente), escasa complejidad si se diese el concurso, posibilidad de éxito, ausencia de acuerdo de refinanciación, que dispongan de suficiente activo para los gastos de dicho acuerdo, etc. en caso de personas jurídicas(incluyendo a sociedades no solo de capital y sociedades mercantiles, sino también sociedades civiles, sociedades personalistas, asociaciones y fundaciones, art.231.2LC) quedándose fuera aquellas estructuras jurídicas que carecen de personalidad, como pueden ser las Comunidades de bienes, Fondos de Inversión, Uniones temporales de empresas, etc. Además establece quienes no podrán acceder a AEP en el art.231.3LC³⁴.

Una vez iniciado el expediente para realizar el acuerdo, el deudor podrá continuar con

33. Vid. Jiménez Sánchez, Guillermo J. Y Díaz Moreno, Alberto (dirs.) *Derecho Mercantil, Volumen 10º, derecho concursal*. Editorial: Marcial Pons. Edición 15ª,2013; 2ª actualizada en Marcial Pons, 2014.

34. Art.231.3LC: “1º *Quienes hayan sido condenados en sentencia firme*[algunos autores entienden que quedan fuera los que se hubieran rehabilitado con la cancelación de sus antecedentes penales o en el registro] *por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos e los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; 2º Las personas que, dentro de los 5 últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.*

El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso; 4º No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite; 5º Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los arts.238 y238bis. Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras.”

su actividad, pero no podrá realizar ciertas operaciones, como solicitar préstamos, usar las tarjetas de crédito (que además devolverá) y no podrá realizar pagos de forma electrónica.

Respecto a los acreedores, una vez iniciado (tiene un plazo de hasta tres meses máximo de negociación), no podrán continuar o iniciar actuaciones y ejecuciones contra el deudor por deudas con fechas anteriores a la del expediente (salvo aquellos con garantía real, siempre que no decidieran participar en el AEP) y no se podrá declarar el concurso salvo que concurran las causas del art.5 bis LC.

El procedimiento será dirigido por un mediador concursal, que será nombrado³⁵ por el Registrador Mercantil o por el Notario del domicilio del deudor, según el caso³⁶. Éste convocará a las partes (deudor y acreedores) con el fin de alcanzar un acuerdo de pago, con posibilidad de incluir quitas y esperas, cesión de bienes en pago (art.236.1 LC). La espera no podrá ser superior a tres años y la quita no podrá ser superior al 25% del importe de los créditos.

Se considerará aceptado el acuerdo (plan de pagos y el de viabilidad) si se vota a favor por la mayoría de acreedores marcado por la Ley (sesenta por ciento del pasivo), salvo que se haya incluido en el plan cesiones de bienes, en cuyo caso la mayoría deberá ser del setenta y cinco por ciento de pasivo y con el consentimiento de aquellos acreedores que posean una garantía real sobre dichos bienes (art.238.1 LC). Una vez aceptado, será elevado a escritura pública, provocando el cierre del expediente lo que conlleva que no pueda impugnarse, salvo motivos tasados (art.239 LC). Además se comunicará al Juzgado competente, en caso de que se declarase el concurso, se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal.

El mediador deberá supervisar el cumplimiento del plan, en el caso de que se incumpla, anule o no se hubiera llegado al acuerdo deberá instar inmediatamente el concurso (conocido como *concurso consecutivo*), que se abrirá en la fase de liquidación, y por tanto, pasará a actuar como administrador concursal, salvo justa causa (art.242.2 LC).

35. Para el nombramiento del mediador, deberá ser una persona inscrita en el Registro de Mediadores y reunir las condiciones con arreglo a la Ley 572012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y algunas condiciones que marca la propia LC en el art.27.1. Por lo demás, se recurrirá a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes. [Lo que genera una unión entre normas inconexas, desfigurando la figura del mediador concursal.]

36. Intervendrá siempre el Registrador mercantil, siempre que el empresario deudor sea inscribible en el Registro Mercantil, según el Reglamento de éste. En el supuesto de empresario individual no es obligatorio inscribirse, pero puede hacerlo, por lo que intervendrá el Registrador mercantil. En el caso de que no sea inscribible, y en los demás casos, será el Notario.

4.3.2 El concurso consecutivo.

Se llama concurso consecutivo a aquel que resulta de fracaso de un previo expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. Éste se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por incumplimiento del plan de pagos acordado o por la anulación del acuerdo alcanzado³⁷. La legislación dispone de distintos supuestos en los que impone al mediador la obligación de solicitar el concurso, y cuando debe hacerlo el deudor.

El concurso consecutivo presenta una serie de especialidades, aunque no es una modalidad distinta del concurso de acreedores (art.242 LC):

Respecto de las soluciones del concurso, éste se abrirá necesaria y simultáneamente en la fase de liquidación, salvo que la empresa no tuviera masa activa suficiente, el juez ordenará de oficio, la formación de la fase de calificación del concurso (lo que provoca que los deudores no quieran aplicar esta alternativa).

Respecto de los órganos, el juez será el que designe administrador concursal al mediador (salvo por causa justificada), quién no recibirá más retribución que la que ya estuviera fijada en el AEP, salvo que el juez acuerde otra cosa.

Para la formación de la masa pasiva y calificación de los créditos, se consideran créditos contra la masa los gastos del AEP y los generados en la tramitación de éste que tengan tal consideración según el art.84.2 LC³⁸. Y se calificarán como subordinados los créditos de los acreedores que no asistieron a la reunión habiendo sido avisados y no hubiesen

37. Vid. Menéndez, Aurelio; Rojo, Ángel (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil, volumenII*. Editorial Thomson Reuters, Civitas, edición duodécima,2014.Pag.595.

38. Art.84.2: Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: **1.º** Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; **2.º** Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso,[...]; **3.º** Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley,[...]; **4.º** Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía[...] Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad; **5.º** Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso,[...]; **6.º** Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado;[...]; **9.º** Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención;**10.º** Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual[...]; **11.º** 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 bis o en la Disposición adicional cuarta[...]; **12.º** Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración.

aprobado o rechazado el acuerdo en el plazo de 10 días naturales, excepto aquellos que posean una garantía real. Asimismo, los acreedores que hubieran firmado el acuerdo no necesitarán que se les reconozca sus créditos en el concurso.

Las acciones de reintegración, el plazo de dos años se contará a partir de la fecha en que el deudor solicitó un mediador concursal.

En el caso de que el concurso sea declarado como fortuito, el juez declarará la remisión de las deudas insatisfechas en la liquidación, excepto las de Derecho público, y siempre que se hayan pagado los créditos contra la masa y los privilegiados.

4.3.3 Ventajas e inconvenientes.

Después de esta explicación, general, podemos indicar algunas de las ventajas e inconvenientes de los acuerdos extrajudiciales de pagos, siguiendo a J.L Díaz Echegaray, pues existen otros autores que observan otros inconvenientes que no expondré en este trabajo.

A) Ventajas.

La primera y principal, se puede decir que es para el deudor, en el art. 235.2LC “*desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, **no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor** mientras se negocia el acuerdo extrajudicial de pagos hasta un plazo máximo de tres meses”.*

Sin embargo el propio precepto se ocupa de expresar las excepciones, que serán los acreedores que tengan créditos con una garantía real, por lo que el inicio o continuación de la ejecución dependerá de su propia decisión. Si deciden continuar o iniciar la ejecución no podrán participar en el AEP. Lo que conlleva dificultar el logro de llegar a un acuerdo con los acreedores y reflotar la empresa.

Una vez realizada la anotación de la apertura del expediente en los registros públicos correspondientes, “no podrán anotarse embargos posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento del mediador, salvo que sean de los acreedores de derecho público y los titulares de garantías reales que no participan en el AEP”.

Por otra parte, el art.5bis4LC establece “*desde la presentación de la comunicación y hasta que [...] se adopte el acuerdo extrajudicial[...] **no podrán iniciarse ejecuciones judiciales** de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones que estén en tramitación quedarán suspendidas[...]*”. Pero no se impedirá que los acreedores con garantía real

ejerciten las acciones frente a los bienes y derechos sobre los que recae dicha garantía, aunque queden paralizados hasta que transcurran los plazos. Quedando excluidos en todo caso aquellos que sean créditos de derecho público.

Otra ventaja puede ser la cesión de bienes que se puede acordar en el AEP.

Otra ventaja se da en el *quorum* exigido, pues los acreedores que hayan sido convocados **deben asistir** a la reunión, salvo que hubiesen manifestado se aprobación o rechazo al AEP dentro de los 10 días naturales a la reunión, excepto los que posean una garantía real. Aquellos acreedores que hayan sido **convocados y no asistan** sus créditos se **calificarán como subordinados** en caso de que se llegue al concurso. Sin duda esto es para facilitar la asistencia de los acreedores para lograr un acuerdo.

En lo referente a las deudas tributarias, el deudor que acuda a un AEP, podrá beneficiarse de un aplazamiento y/o fraccionamiento de pago.

En el caso de que se declare el concurso consecutivo el deudor que cumpla unos requisitos podrá conseguir que el juez declare la remisión de deudas no satisfechas en la liquidación (art.242.5LC).

B) Inconvenientes.

Los inconvenientes podemos destacar la limitación de la capacidad del deudor, dificultando la salida de la insolvencia, al prohibirle solicitar préstamos, devolución de tarjetas y no realizar pagos por vía electrónica.

Otro inconveniente es la dificultad de lograr un AEP que reflote la empresa si en el plan de pagos de los créditos pendientes en la fecha de la solicitud el tiempo, la espera no podrá ser superior a tres años y la quita no podrá superar el 25% importe de los créditos. Por último, desincentiva bastante que se establezca un concurso consecutivo, que salvo insuficiencia de masa activa, que se abrirá necesaria y simultáneamente en la fase de liquidación, con las especialidades que tiene.

Y como J. PULGAR EZQUERRA³⁹ observa, los efectos que conlleva sobre el deudor y acreedores la mera solicitud del nombramiento del experto, son mayores los desincentivos que los incentivos para acudir al AEP.

Esta alternativa, en la práctica actual, no se está aplicando con demasiado éxito, los deudores prefieren acudir a otras formas preconcursales o al concurso de acreedores.

39. Vid. José Luis Díaz Echegaray en *El acuerdo extrajudicial de pagos(monografías...)*.Editorial: Thomson Reuters, Civitas, 1ªedición 2014. Pág 191.

5. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN.

Durante todo el trabajo he explicado el origen de la Ley Concursal, y posteriormente de las sucesivas reformas que esta ley ha sufrido durante estos años hasta llegar a la actualidad, sobre todo centrándome en las reformas relativas a los acuerdos de refinanciación, tema central del trabajo. Aunque si bien es cierto, en ocasiones he llegado a tratar de otros aspectos relacionados con la materia.

Llega el momento de tratar los acuerdos de refinanciación con detalle, mostrando su regulación, la evolución de éstos con las sucesivas reformas realizadas en la materia, no con todas sino con aquellas que expliqué anteriormente. Además de centrarme en los puntos más importantes de los acuerdos de refinanciación.

5.1 ¿Qué es un acuerdo de refinanciación?

Hay que recordar que en nuestro ordenamiento no existe un régimen legal de prevención de la insolvencia ni salvamento o saneamiento de las empresas que atraviesan dificultades.

Como se ha podido comprobar hasta el 2009 no se contaba con un régimen legal que regulara específicamente los acuerdos realizados entre el deudor y sus acreedores cuyo fin era evitar la insolvencia y con ello, el concurso de acreedores. Tales acuerdos se fundamentaban principalmente en la reordenación de la deuda, quedando bajo la aplicación de la autonomía de la voluntad privada (de las partes) y las reglas generales del derecho patrimonial, por lo que solo eran aplicables entre las partes sin que pudieran extenderse a quienes no lo hubieran consentido.

Además se sumaba, que en el caso de no superar la insolvencia y se declaraba el concurso, estos acuerdos encontrarían muy difícil conseguir protección por la ley concursal, lo que sucedería sería su rescisión por ser considerados perjudiciales para la masa activa e incluso la declaración de mala fe de estos acreedores firmantes, provocando que sus créditos fuesen calificados de subordinados. Incluso de ser declarados cómplices de al generación o agravamiento de la insolvencia del deudor, en la fase de clasificación del concurso⁴⁰.

Los acuerdos de refinanciación aparecen regulados, por primera vez, en la legislación concursal en el RDL 3/2009.

40. Vid. Jiménez Sánchez, Guillermo J. Y Díaz Moreno, Alberto (dirs.) *Derecho Mercantil, Volumen 10º, derecho concursal*. Editorial: Marcial Pons. Edición 15ª, 2013; 2ª actualizada en Marcial Pons, 2014.

Esta figura aparece en el art. 8 del RDL3/2009, el cual, añadió una Disp. Adic. 4ª a la LC (que ya mencioné anteriormente). La LC no da una definición de que es un acuerdo de refinanciación. Si bien es cierto, la Disp. Adic.4ª se recoge que se entiende por acuerdo de refinanciación, así se declara en su apartado primero del art.8 que tendrán tal consideración, *los acuerdos 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, o
- el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas.

Estos acuerdos deberán responder a un **plan de viabilidad**⁴¹ que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

En su apartado segundo establece que, en caso de concurso los acuerdos de refinanciación y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa LC siempre que cumplan unos requisitos:

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**. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre:

- La suficiencia de la información proporcionada por el deudor,
- El carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y
- 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.

Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

41. El plan de viabilidad es un documento por el cual se permite la evaluación económica del proyecto. En este caso el acuerdo de refinanciación. Se tienen en consideración las inversiones y gastos, y el beneficio que se puede obtener. Se suele revisar el plan de negocio o de reestructuración.

Si bien, lo recogido por la Disp. Adic. 4ªLC, sobre que son los acuerdo de refinanciación, por la reforma que sufre la Ley con la Ley38/2011, su contenido pasará al art. 71 bis LC.

Así podemos decir, que en estos acuerdos intervienen una pluralidad de sujetos (el deudor y uno o varios acreedores, incluso ciertas personas interesadas); es un acuerdo basado en voluntades (art.1255CC); incide sobre las condiciones de financiación del deudor, con obligaciones positivas y negativas de diversa índole.

5.2 La comunicación del inicio de las negociaciones.

La comunicación de negociaciones, se trata de un trámite previo al proceso concursal⁴², y además preventivo, pues, mediante la comunicación de negociaciones, el deudor puede obtener un aplazamiento del deber de solicitar la declaración de concurso(art.5 LC); poder evitar por un determinado plazo de tiempo, que se presenten solicitudes de declaración de concurso necesario (art. 15.3 LC); conseguir paralizar determinadas

ejecuciones judiciales, singulares o de garantías reales⁴³. La comunicación deberá realizarse ante el juzgado competente conforme a lo dispuesto en los arts. 8 a 10LC.para realizar la comunicación, el deudor deberá valerse de abogado y procurador.

La regulación de la comunicación ha sufrido variaciones con las distintas reformas.

Con la Ley 38/2011, se reforman algunas disposiciones, las cuales entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, como es el caso del art.5 bis LC.

Este artículo, fue por el cual se introdujo una alternativa al concurso para las empresas que estaban en crisis, era la **posibilidad de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación extrajudicial de su deuda o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio**. En concreto, dispone que el deudor que haga uso de esta alternativa podrá ponerlo en conocimiento del juzgado competente en cualquier momento anterior al transcurso del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

En caso de que el deudor decida comunicarlo, no deberá solicitar la declaración de

42. Vid. Sospedra Navas, Francisco José (Dir.) “Capítulo XI. El acuerdo extrajudicial de pagos” de *Proceso concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, edición tercera, 2014. Pags.74 y ss.

43. Vid. Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014. Pag. 589.

concurso voluntario hasta transcurridos tres meses desde la comunicación, en cuyo caso el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación (o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio), deberá solicitar la declaración de concurso voluntario dentro del mes hábil siguiente, es decir, el cuarto mes tras la presentación de la comunicación, salvo que el deudor no se encuentre en una situación de estado de insolvencia (lo que se supone que ocurrirá si alcanza un acuerdo de refinanciación).

Este artículo modificó la LC al reconocer la alternativa de la refinanciación, apareciendo el concepto de “*fresh money*” o dinero nuevo y la no obligación de solicitar el concurso voluntario si la situación de insolvencia no persiste, manteniendo así el deudor su actividad, profesional o empresarial, sin necesidad de incurrir en los costes de tiempo y dinero asociados a una declaración de concurso.

En esta reforma no se imponían requisitos especiales a estos acuerdos de refinanciación, teniendo la esperanza en que ayudaran al deudor a superar su crisis económica, evitando la declaración de un concurso. La realidad en este momento es que estos acuerdos no necesitaban de homologación judicial para que produzcan unos efectos, si bien, esta homologación judicial reporta algunas ventajas y efectos adicionales que se regulaban en la Disp. Adic.4ª.

Con la llegada de la Ley 14/2013, como he dicho anteriormente, la LC vuelve a sufrir modificaciones en sus artículos.

En relación con la comunicación de inicio de las negociaciones, el art.5 bis sufre modificaciones en los apartados 1,3,4 y desaparece el apartado 2.

“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.

En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.”

“3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la

comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil.”

“4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia”.

Por tanto, con esta reforma, se siguen protegiendo los acuerdos de refinanciación, y ahora se incluyen los acuerdos extrajudiciales de pagos (explicados anteriormente).

Será el secretario judicial el encargado de dejar constancia de la comunicación del inicio de las negociaciones, descargando de trabajo al juez, que en este caso ya no intervendrá.

Por último, el deudor dispone de tres meses para negociar con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, transcurrido dicho plazo deberá solicitar la declaración del concurso. Aunque la práctica ha demostrado que los acuerdos de refinanciación tardan más de tres meses en ser negociado, siendo un plazo de entre 4 o 5 meses hasta un año, o incluso más tiempo.

Con la publicación del RDL 4/2014, se vuelve a modificar el art.5 bis LC con la finalidad de reforzar el carácter preventivo de las negociaciones, posibilitando al deudor el poder continuar con su actividad empresarial o profesional, y también reforzar las soluciones que permiten evitar el concurso.

El RDL4/2014 modifica el art.5 bis para la comunicación de la negociación de acuerdos de refinanciación: prohibición de iniciación, paralización de ejecuciones y publicidad, en que:

Hasta el momento, los acreedores podían iniciar o continuar ejecuciones contra el patrimonio del deudor, dado que la comunicación no producía la prohibición de iniciar ejecuciones y ni siquiera la paralización de ejecuciones ya iniciadas.

Además se añade el apartado 4, donde se regula la incidencia de la presentación de la comunicación sobre ejecuciones, basándose en dos premisas:

- 1.- Distinguir distintos supuestos en función de la condición del sujeto ejecutante (acreedor con o sin garantía real o acreedores de pasivos financieros), resultando excluidos de cualquier prohibición de iniciación o ulterior

paralización los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos públicos.

a) Los acreedores sin garantía real tienen **prohibición de iniciar ejecuciones judiciales** de bienes, suspendiéndose aquéllas que estén en tramitación en virtud de la presentación de la resolución del secretario judicial, dando constancia de la comunicación.

b) Los acreedores con garantía real, se paraliza el que se ejercite la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía, en cuanto hayan transcurrido los plazos previstos.

c) Se recoge una previsión relativa a las ejecuciones singulares promovidas por acreedores de pasivos financieros, con o sin garantía real, que, con independencia del carácter judicial o extrajudicial del título que se ejecute, no podrán iniciarse o, en su caso, resultarán suspendidas las ejecuciones siempre que se justifique que un porcentaje **no inferior al 51% de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones** orientadas a la suscripción de un acuerdo de refinanciación. Requiere en todo caso, que se comunique el inicio de las negociaciones al juzgado que sería competente en caso de declararse el concurso de acreedores.

2.- Las garantías reales deben recaer sobre **bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor**, lo que se declara en sede preconcursal según del art. 56 LC.

Por lo que se plantea el problema de quien es competente, en sede preconcursal, para valorar el carácter necesario de los bienes para la continuidad de la actividad, conllevando la complicación del funcionamiento del art. 5 bis LC.

Además se incorpora la publicación de esta comunicación de negociaciones, a sí en el RD892/2013, del Registro Público Concursal (RPC), ya se regulaba la publicidad de la comunicación de inicio de las negociaciones. Con esta reforma, el art. 5 bis.3 LC se va a regular esta **publicidad de la comunicación de inicio de negociaciones** que hasta ahora no estaba regulado dentro de la LC.

La regla general es la **preceptiva publicación a instancia del secretario judicial**, en el RPC del *“Extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial*

de pagos por el notario o el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen". No obstante, se permite al deudor que solicite expresamente el **carácter reservado** de la comunicación de estas negociaciones, en cuyo caso, no se ordenará su publicación. Con esta elección del deudor, se evita en gran medida el coste reputacional y el impacto en el mercado del crédito que conlleva implícita la declaración de un procedimiento concursal, dada la publicidad que rodea dicha declaración, por lo que probablemente opte por la confidencialidad y no por su publicidad pero, hay que tener en cuenta que el mediador ha de convocar (art. 234.1 LC) a todos los acreedores que puedan resultar afectados por el acuerdo, comunicándoles por tanto el inicio de negociaciones.

El RDL 11/2014, el art. 5 bis LC, referido a la comunicación de iniciación de negociaciones, no varía su redacción pero sus efectos se van a extender a los bienes y derechos que estén afectos a una ejecución iniciada en otro país comunitario, es decir, los efectos de paralización y prohibición de este artículo se extenderá a ejecuciones realizadas en otros países sobre bienes y derechos de la empresa o sociedad deudora. Que hasta ahora, esto no había sido admitido, se consigue a través del reglamento comunitario de insolvencia transfronteriza.

La Ley 9/2015, también realiza cambios en la LC, principalmente bien a aclarar determinadas dudas que han surgido en el momento de su aplicación práctica.

En lo relativo a la comunicación de negociaciones, el art.5 bis, vuelve a sufrir otra modificación, concretamente en su apartado 4, por el cual se va a establecer que el juez competente para conocer del concurso y el encargado de homologar el acuerdo, es también el competente para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del deudor, en caso de existir controversia. Su redacción es *"Desde la presentación de la comunicación [...]. En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación*

de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente[...]”.

El contenido de la comunicación quedará limitado según la normativa de las negociaciones dirigidas a alcanzar el acuerdo de refinanciación homologado. Por tanto, quedan fuera de la protección que otorga esta comunicación los acuerdos de refinanciación ordinarios singulares o no colectivos.

Además pueden surgir ciertas dudas sobre la actuación del secretario judicial, pues la Ley no indica si es quien debe dictar la resolución por la que se deja constancia de la comunicación y tampoco se precisa el alcance de dicha resolución. Se ha llegado a la solución, por la trascendencia que tiene, que sea controlado por el juzgado competente⁴⁴. Así el secretario debe analizar la competencia objetiva y territorial, para dejar constancia de la comunicación, y en caso que entendiera que no es admisible, debe dar cuenta al juez para que decrete su inadmisión.

5.2.1 Los efectos de la comunicación.

Vistas las distintas reformas de este artículo, se puede decir que los efectos pueden dividirse en dos aspectos, por una parte, aplazar el deber de solicitud de la declaración del concurso voluntario y la inadmisión de solicitudes de concurso necesario. Por otro lado, paralizar las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor⁴⁵.

Cuando se presenta la comunicación de negociaciones, al deudor ya no le es exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Pero dispone de tres meses desde dicha comunicación para alcanzar el acuerdo, una vez trascurrido los tres meses, haya o no alcanzado un acuerdo, deberá solicitar la declaración del concurso. Además durante esos tres meses, tampoco se admitirán solicitudes de concurso por parte de los acreedores. Hay que sumar a todo esto, la prohibición de utilizar el mecanismo de la negociación durante el plazo de un año.

Respecto a la paralización, suspensión y prohibición de las ejecuciones quedarán

44. Vid. Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (Dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014. Pag. 590.

45. Vid. Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (Dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014. Pag. 589.

afectadas desde la presentación de la comunicación. Pero la regulación presenta ciertos problemas, ya que según Ángel Rojo, se pueden distinguir tres grupos de ejecuciones:

- Las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para la continuidad de la actividad. Será suspendida la tramitación con la presentación de la comunicación. Pero estas limitaciones se levantarán transcurrido el plazo otorgado para la presentación de la solicitud de concurso voluntario.
- Las ejecuciones singulares promovidas por acreedores de pasivos financieros. Siempre que un porcentaje de al menos 51% respalde las negociaciones, se comprometen a no iniciar o continuar con las ejecuciones individuales.
- Las ejecuciones de garantías reales. En este caso, aunque las anteriores queden paralizadas nada impide que estas se realicen, sin perjuicio de que una vez iniciado el procedimiento queden paralizadas, hasta que hayan transcurrido los plazos de tiempo legales.

En cualquier caso, quedan exceptuados de estas previsiones de suspensión y no iniciación, los créditos que pertenezcan al derecho público⁴⁶.

Por tanto, en la comunicación se debe contener los procedimientos ejecutivos que existen contra su patrimonio, indicando cuales de esos bienes los considera necesarios para continuar con la actividad.

Será el juez competente para conocer del concurso, el encargado de resolver las controversias que puedan surgir con respecto a la necesidad de ese bien para continuar con la actividad empresarial o profesional. Además el juez que conoce de la ejecución será el que se ocupe de paralizar o suspender la tramitación.

5.3 Clasificación de los acuerdos de refinanciación.

Los acuerdos de refinanciación pueden ser clasificados de muy distintas formas, dependiendo de los criterios escogidos para ello.

Así con la Ley 38/2011 se va a crear una clasificación de los acuerdos de refinanciación, van a aparecer los siguientes tipos de acuerdos⁴⁷:

1) Acuerdos de refinanciación atípicos. Estos acuerdos no se adaptan a los requisitos legales a los que se condiciona la protección legal (art. 71.6 y DA 4ª LC), se

46. Vid. Sospedra Navas, Francisco José (Dir.) “Capítulo XI. El acuerdo extrajudicial de pagos” de *Proceso concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas, edición tercera, 2014. Pag. 76.

47. Vid - Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- Pulgar Ezquerro, Juana. (dir)VVAA. *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley. Edición 1ª, 2012.

desenvuelven en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes(art.1255CC). Están sometidos al régimen rescisorio general del art. 71 LC bajo la idea del “sacrificio patrimonial justificado”.

2) Acuerdos de refinanciación típicos. Son los contemplados en el art. 71.6 LC (mayorías legales, informe de experto independiente y elevación a instrumento público), se benefician de “escudos protectores legales” condicionados por el carácter general (tienen como parte al deudor común participando y computando en las mayorías, sin obligación de homologación judicial) o particular con homologación judicial del acuerdo de refinanciación (las partes son el deudor y un porcentaje legalmente establecido del pasivo representado por una categoría concreta de acreedores, las entidades financieras; el acuerdo pierde su homologación si existe incumplimiento).

Los acuerdos de refinanciación típicos van a tener tres “escudos protectores” o privilegios para intentar alcanzar la negociación y conclusión del acuerdo, estos son:

1. Protección frente a solicitudes de concurso necesario (art. 5 bis LC) por acreedores disidentes. El deudor no está obligado a solicitar la declaración de concurso si se comunicó al juez el inicio de negociaciones de acuerdos de refinanciación haya insolvencia actual o inminente.

El deudor posee un plazo de 6 meses para negociar con el financiador, sin que haya ningún efecto en su patrimonio. De no existir acuerdo, el deudor debe optar por solicitar concurso, la fecha de presentación será la correspondiente a la comunicación al juez del inicio de las negociaciones, valorándose si las decisiones del deudor han contribuido a general o agravar la insolvencia pudiendo darse el concurso culpable.

2. Paralización de ejecuciones singulares (DA 4ª LC) y vinculación de las entidades financieras acreedoras o no participantes en el acuerdo a los efectos de la espera pactada (DA 4ª.1 LC). Para ello, debe estar realizado un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad a corto y medio plazo junto con garantías exigidas del art. 71.6 LC (suscripción del acuerdo con las mayorías legalmente exigidas, informe del experto independiente designado por el registrador mercantil a su prudente arbitrio y, formalización del acuerdo en documento público) para que no pueda darse la rescisión. Estas garantías deben ser “suficientes” y preferiblemente reales, que recaigan sobre activos con valor,

así las entidades financieras pondrán menos recursos propios. Solo estará legitimada la administración concursal para realizar acciones rescisorias sobre dicho acuerdo de refinanciación.

3. Reconocimiento del “fresh money” y financiación de empresas en crisis. La ley pretende incentivar la financiación preconcursal, lo que conlleva proporcionar al acreedor financiero la “certeza” de que podrá recuperar su crédito a su vencimiento por el incremento de riesgo que va asumir. Se le reconoce el derecho si:

a) Son nuevas financiaciones concedidas en el marco de un acuerdo de refinanciación típico conllevando un incremento del crédito disponible.

b) Se cumplen las garantías condicionantes de la protección recogidas por el art. 71.6 LC (en casos generales típicos no hay intervención judicial) y la irrevocabilidad del acuerdo. Además existe un control notarial/registral y, “a posteriori” del juez.

c) La nueva financiación no es rescindible si se concede en el marco del art. 71.6 LC (mayorías legalmente exigidas y plan de viabilidad con informe de experto independiente) pero puede existir imputación de concesión abusiva por la vía de responsabilidad extracontractual (lo que provoca inseguridad jurídica).

Esta nueva financiación puede ser por quita, aplazamiento o novación, y cierto tipo de “auxilio financiero” de entidades financieras calificadas por esta ley (38/2011) como “*créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería*” (art. 84.2.11º y art. 91.6 LC), excluyendo aplazamientos y fraccionamientos otorgados eventualmente por los acreedores públicos. Por tanto, el acreedor aportante puede ser:

- Acreedores profesionales: bancos e intermediarios financieros.
- Otros acreedores: proveedores, suministradores, etc. que podrían beneficiarse en las condiciones legalmente exigidas del privilegio del “fresh money” siempre que realicen “nuevos ingresos en tesorería”.

Si bien es cierto, no se indica en la LC el destino de esa financiación, pero se puede intuir que estará conectada al plan de viabilidad que permite esa nueva financiación y la continuidad de la actividad (a corto y medio plazo).

Se van a excluir de este privilegio, los ingresos destinados a pagar a acreedores no

firmantes del acuerdo de refinanciación o los destinados a amortizar cuotas pendientes de acreedores firmantes. Provocando la financiación a aquellos acreedores que hayan consentido el acuerdo y la ejecución del plan.

Pero el art.84.3 declara que el administrador concursal tiene la facultad de alterar esta financiación en “atención del concurso” (generando inseguridad jurídica) junto con el art. 176.bis.2 LC donde se gradúa una prelación del orden en que los créditos serán satisfechos siendo el “fresh money” una categoría residual, situándose por debajo de créditos salariales de los 30 días anteriores a la declaración del concurso, créditos por salarios e indemnizaciones, créditos por alimentos, por costas y gastos judiciales del concurso.

Otro problema es la redacción que incluye la ley: “*a créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería*”, con esto se está refiriendo a que no se admitirán las aportaciones que realicen los socios del deudor a través de un aumento de capital (art.84.2.11º apartado3LC), y en el caso de que se realicen, éstos se considerarán créditos subordinados.

Con las distintas reformas esta clasificación va a variar, pues la Ley 38/2011 solo permitía la división entre acuerdos ordinarios (los acreedores firmantes) y los acuerdos homologados judicialmente(extensibles a los acreedores disidentes). Actualmente esta clasificación es mucho más complicada, pues no se limita a lo recogido por la reforma de 2011.

Ahora pueden ser, según su naturaleza pueden ser judiciales o extrajudiciales; siguiendo el contenido de éste, pueden ser, de remisión y/o aplazamiento, de capitalización, de modificación estructural, o una combinación de varias; también se pueden clasificar según el alcance que tenga, así tenemos acuerdos firmados por uno o varios acreedores, o restringidos a un o varias categorías de éstos; también según su eficacia, así, están los acuerdos rescindibles o irrescindibles (o con rescindibilidad limitada).

Siguiendo al profesor Ángel ROJO⁴⁸, dentro de los que anteriormente eran considerados como acuerdos ordinarios, se puede distinguir entre acuerdos de refinanciación colectivos y los no colectivos o singulares.

48. Vid. Rojo, Ángel. “El Derecho preconcursal” en *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. De Menéndez Aurelio.; Rojo, Ángel.(directores);VVAA.Editorial:Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014.

5.3.1 Los acuerdos de refinanciación colectivos.

Estos acuerdos pueden ser denominados por otros autores como acuerdos de mayoría cualificada⁴⁹.

Estos acuerdos deben reunir unos requisitos previstos en el art.71bis.1LC, para obtener la protección y ser un acuerdo no rescindible. Se pueden definir como “acuerdos alcanzados entre el deudor y los acreedores, con anterioridad a la declaración de concurso, 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 aquéllas, siempre que tales acuerdos respondan, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo”. Por tanto, los requisitos son:

- Contenido: que incluya una ampliación del crédito disponible o la modificación o extinción de obligaciones; que incluya un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en corto y medio plazo.
- Requisitos: el acuerdo debe ser suscrito por los acreedores cuyo crédito represente, al menos, tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo. En caso de acuerdos en grupo, el porcentaje será calculado en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, y en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo afectado. En ambos casos se excluyen los préstamos dados por sociedades del grupo; emisión de la certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo; que el acuerdo sea formalizado en instrumento público(escritura pública) al que se le unan todos los documentos que justifiquen el contenido y el cumplimiento de los requisitos.
- Por el RDL4/2014 se eliminó la obligatoriedad el informe del experto independiente, aunque se puede incluir a solicitud del deudor y/o acreedores(es facultativo, art.71bis.4LC). Su intervención supone una garantía para ambas partes y “blinda” el acuerdo, ya que le dota de un plus en las garantías. Además de que es necesario para que surja la presunción “iuris tantum” ante la negativa de capitalizar créditos.

49. Vid. Sospedra Navas,Francisco.José. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª,2014. Págs. 97 y siguientes.

5.3.2 Los acuerdos de refinanciación singulares o no colectivos.

Son incluidos por el RDL4/2014, por otros autores son denominados *de contenido cualificado*⁵⁰. Estos acuerdos no cumplen con todos los requisitos de la anterior clasificación (referencia a la mayoría de tres quintos del pasivo), de hecho la legislación no los llama acuerdos sino “actos”, por lo que no están protegidos en la fase de negociación.

Estos acuerdos se han realizado en ejecución de un acuerdo y deben cumplir unas determinadas condiciones, que son:

- 1) Incrementación previa de la proporción de activo sobre el pasivo.
- 2) El activo corriente debe ser superior o igual al pasivo corriente.
- 3) El valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores que intervinieron, no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de éstos.
- 4) Que el tipo de interés aplicable a la deuda que resultante del acuerdo a favor de los acreedores no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- 5) El acuerdo debe formalizarse en una documento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y dejar constancia expresa de las razones que lo justifican (art.71bis.2LC).

En estos acuerdos el informe del experto independiente adquiere mayor importancia todavía, y permite determinar el valor de las garantías sin recurrir a un informe de tasación.

Estos acuerdos se caracterizan porque no viene delimitados por la norma, así pueden incluir cualquier tipo de acuerdo, y por otro no reúnen los requisitos exigidos para el otro tipo de acuerdos de refinanciación. Sin embargo, se benefician de la protección frente a la rescisión si cumplen todas las condiciones anteriores. Lo que provoca que en estos acuerdos solo tenga que intervenir un solo acreedor, ya que se prescinde del porcentaje de pasivo requerido para su aprobación.

Por el contrario, no gozan de la protección del art.5bis LC en la fase de negociación, pues se circunscribe expresamente a los acuerdos de refinanciación del art.71bis.1 y los homologables de la Disp. Adic. 4ª LC, y éstos se encuentran regulados en el art. 71 bis.2 LC. Su negociación corre el riesgo de que se den solicitudes de concurso necesario causado por el incumplimiento del deudor de su deber de solicitud de concurso al no poderse prorrogar la exigibilidad del plazo; por lo que resulta más conveniente, si es

50. Vid. Sospedra Navas, Francisco. José. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014. Pág 100.

posible, optar por la vía de los acuerdos de refinanciación plurilaterales con mayorías recogidas en el art. 71 bis.1 o Disp. Adic. 4ª LC.

5.4 El “fresh money” o dinero nuevo.

Aunque se ha ido mostrando a lo largo de los distintos apartados anteriores, ya que están muy relacionados, intentaré mostrar algunos aspectos más.

¿Qué es el fresh money? Con este término anglosajón es como se conoce el denominado dinero nuevo (en castellano), con el cual se hace referencia a la incorporación de nuevos ingresos o capitales a la empresa o sociedad deudora procedente, en la mayoría de los casos, de sus acreedores, principalmente entidades financieras o de crédito.

De esta forma se paliaba los efectos del forum shopping y permitía la inyección de nuevos ingresos, que en un primer momento eran prácticamente inexistentes.

Esto se debía a que en España, estas inyecciones de dinero estaban penalizadas por la ley, eran consideradas perjudiciales para la masa, ya que provocaban el agravamiento de los problemas económicos del deudor, conllevando que estas actuaciones fueran rescindidas y los créditos de los acreedores que lo habían realizado fuesen clasificados como créditos subordinados.

Para evitar tales problemas y poder conseguir dinero, las empresas buscaban el foro que más ventajas les ofreciera para llevar a cabo tales acuerdos y recibir las inyecciones de nuevos ingresos procedentes de algunos acreedores y no aquellos foros debían conocer del litigio.

A través del reconocimiento del *fresh money* se conseguía evitar el *forum shopping*, ya que los deudores y sus acreedores pueden realizar tales acuerdos en nuestro país y no tener que irse a otras legislaciones.

La protección que se le otorga, a través de la Ley 38/2011, es una de las novedades más importantes que introdujo esta reforma (si bien, en este momento, solo protegía la inyección de fondos que contribuían a la ampliación de crédito disponible. Que irá cambiando con las distintas reformas que sufre la Ley).

El art.5 bis, fue el que introdujo una alternativa al concurso para las empresas que estaban en crisis. Con este artículo se modificó la LC al reconocer la alternativa de la refinanciación, apareciendo el concepto de “*fresh money*” o dinero nuevo.

Así esta ley reformadora de la LC contempla que el 50% de los nuevos ingresos de tesorería que la empresa deudora reciba a través del acuerdo de refinanciación y que

cumpla con los requisitos del art.71.6LC serán considerados de crédito contra la masa, si posteriormente es declarado el concurso de acreedores, mientras, que el 50% restante de la financiación dado en el acuerdo se considera como un **crédito con privilegio general**, siempre y cuando reúna los requisitos mencionados en el 71.6 LC (responder a un plan de viabilidad, mayorías legales, informe de experto independiente y elevación a instrumento público) según lo recogido en el art.91.6LC. Por tanto, a través de estos artículos se reconoce el “*fresh money*” pero, con ello, se modifica la igualdad entre acreedores, en estos casos concretos.

Lo que se pretende conseguir, básicamente⁵¹, es que sean las propias partes quienes elaboren el marco para sus intereses y los límites de la autonomía de la voluntad, basándose en:

- Crear una tipología de acuerdos de refinanciación.
- Ampliar los “escudos protectores” o privilegios. Que ya aparecían en el RDL 3/2009, y que ahora se extienden a la negociación, conclusión y ejecución del acuerdo de refinanciación.
- Potenciar la financiación preconcursal a través de favorecer el con privilegios el “*fresh money*” inyectando capital por el financiador, con el aumento de riesgo crediticio.

El RDL 4/2014, para mejorar los acuerdos de refinanciación, va a incluir una modificación con respecto al *fresh money*, que es, su incentivación. modificando régimen transitorio de prededucibilidad al 100%, en caso de que proceda de socios y administración de hecho.

Puesto que hasta el momento, la entrada de nuevos ingresos de tesorería procedentes de socios y personas relacionadas con el deudor era penalizado.

Con esta reforma, en la Disp.Adic. 2ª del RDL 4/2014 se reconoce la prededucibilidad al 100% respecto de los nuevos ingresos de tesorería realizados en el marco de un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis o Disp. Adic. 4ª LC (excluyendo el dinero nuevo no vinculado a un acuerdo de refinanciación) en el plazo de los dos años siguientes a la entrada en vigor del RDL y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado, siempre que **el concurso se declare en el plazo de dos años a contar desde la fecha de concesión de los créditos**, es decir, dispone de un plazo de cuatro años, desde la entrada en vigor de este RDL.

51. Vid. Pulgar Ezquerro, Juana. (dir)VVAA. *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley. Edición 1ª, 2012.

Sin embargo, no se extiende la consideración de créditos contra la masa y, por tanto, la prededucibilidad que de ello deriva respecto de los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital, ni tampoco respecto de los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería, que seguirán teniendo la calificación prevista en el art. 92.3º LC siendo **subordinados**.

Con ello se consigue, temporalmente, excepcionar a estos nuevos ingresos de tesorería, la aplicación del régimen contenido en el art. 84.2.11º, así como en el art. 91.6º LC.

5.4.1 La finalidad del fresh money⁵².

La finalidad de proteger el “fresh money” no es otra que tratar de animar a las partes a elaborar acuerdos de refinanciación, que concedan o amplíen la financiación de la empresa que atraviesa problemas económicos. Pues muchos acuerdos de refinanciación incluyen quitas y esperas pero no conceden crédito disponible. De esta forma se incentiva la concesión de crédito a dichas empresas en crisis.

Además en la LC no se recoge quién puede ser el financiador, cosa que la legislación italiana si hace, solo indica que las financiaciones concedidas incluidas en un acuerdo de refinanciación que cumplan los requisitos del art.71.6LC. Normalmente se premia a los acreedores profesionales(bancos o intermediarios financieros), pero no solo a ellos exclusivamente, pues como la LC no especifica quien puede ser financiador, ya que otros acreedores pueden participar también (proveedores, suministradores, trabajadores,etc.) y por tanto, obtener el beneficio del privilegio, siempre que sean nuevos ingresos y con las condiciones legales exigidas, pareciéndose al modelo francés.

En su inicio, este privilegio recibió la crítica negativa de gran parte de la doctrina por su configuración, y se demostró en la práctica la ineficacia de su regulación(escasa cuantía del privilegio, inseguridad jurídica, la postergación de los pagos en casos de masa insuficiente, limitación objetiva, exigencias de provisión, exclusión de la refinanciación interna). Con las diversas reformas que sufre, se van cambiando, es el caso con el RDL4/2014 que concede el 100% del privilegio aunque solo por un plazo de dos años. Por lo que sigue sin dar respuesta a todas las críticas anteriores, pero da una solución transitoria⁵³.

52. Vid. MARTÍN MOLINA, P.B; del CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.Mª; y LOPO LÓPEZ, Mª.A. (coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fed'erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.

53. Vid. Pérez Benitez,J.J *La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación*. Revista Mercantil El Derecho, en Elderecho.com. Publicado el 01/05/2014.

Para algunos sigue sin otorgarse suficiente protección, al “fresh money”, pues en el caso de existir insuficiencia de masa, en el art.176bis 2Lc se establece un orden de prelación de los créditos que deben ser satisfechos, donde ese 50% del “fresh money” ocuparía el último lugar, incluyéndose en el punto “*demás créditos contra la masa*”, después de los créditos salariales, los alimentos y costas judiciales⁵⁴.

5.5 El experto independiente y la rescisión de los acuerdos de refinanciación.

5.5.1. El experto independiente.

En el RDL 3/2009, en su Disp. Adic. 4ª se incluía al experto independiente. Con la reforma de a Ley 38/2011, ahora en el art. 71.6 LC (antigua Disp. Adic. 4ª), aparece el experto independiente que debe dictar un informe favorable sobre el plan de viabilidad que está incluido en el acuerdo de refinanciación. Se establecía en esta Ley, que si el informe contenía reservas o limitaciones de cualquier clase, **su importancia debería ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo**. El experto podría emitir una opinión favorable de carácter general, atendiendo a todas las circunstancias que se le presentaban para su análisis, inclusive la suficiencia de la información proporcionada, la razonabilidad del plan y la proporcionalidad de las garantías conforme a mercado. Todo ello, sin perjuicio de que el informe contuviera algunas reservas o limitaciones (más o menos relevantes) sobre aspectos puntuales de lo analizado.

Su nombramiento ya no será conforme al régimen que marcaba el Reglamento del Registro Mercantil, ahora le corresponde al registrador mercantil “*a su prudente arbitrio*”, se pretendía acortar los plazos de designación.

Con la Ley 14/2013, el art. 71.6 sufre cambios, concretamente en su apartado segundo, pues el experto independiente ya no será elegido por el Registrador Mercantil “*a su prudente arbitrio*”, sino que deberá cumplir con los requisitos del art.28LC, relativo a las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones. En el caso de que el acuerdo afecte a un grupo de varias sociedades (o empresas), el informe favorable que tiene que dictar el experto podrá ser único experto y un solo informe recoja todo el acuerdo de refinanciación. Será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, y en su defecto, el del domicilio de cualquiera de las otras sociedades del grupo afectadas por el acuerdo de refinanciación.

54. Vid. “Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda” en Martín Molina, P.B; del Carre Díaz-Gálvez, J.Mª; y Lopo López, Mª.A.(coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fe d’erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.

El título III, la modificación relativa a los acuerdos de refinanciación busca dos propósitos:

1. Regular de una manera más completa y más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos, y se pueda solicitar su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado.
2. Incluir una regla más flexible y más clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo y que constituye el requisito legal mínimo para su homologación judicial (que es voluntaria).

Además, se va a introducir un art.71 bis, donde se va a regular el nombramiento del experto independiente, cuya redacción es la siguiente:

El nombramiento del experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación se ajustará a las siguientes previsiones:

“1. Será competente para su tramitación el registrador mercantil del domicilio del deudor[...].

2. La solicitud del nombramiento se hará mediante instancia firmada por el deudor, incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo, que puede ser cumplida telemáticamente y dirigida al registrador mercantil competente, suscrita por el solicitante o solicitantes del grupo y en la que expresarán las circunstancias siguientes:

1.º La denominación y los datos de identificación registral,[...].

2.º Los documentos necesarios para que el experto pueda pronunciarse. En el caso de que no se hubiera suscrito aún el acuerdo y estuviere pendiente su negociación deberá acompañarse un proyecto de acuerdo y del plan de viabilidad o, al menos, el acuerdo marco o pacto preliminar en que se fijan las condiciones de la negociación.

3.º Una relación de acreedores del deudor y de las entidades afectadas del grupo, por orden alfabético y en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley Concursal.

3. El Registrador, antes de proceder al nombramiento, podrá solicitar varios presupuestos a uno o a varios profesionales idóneos y antes de decidirse sobre el más adecuado.

4. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los

auditores en la legislación de auditoría de cuentas.[...]

5. *El informe deberá ser emitido en el plazo que hubiere señalado el solicitante y en todo caso en el de un mes,[...]. Si el informe no fuera emitido en plazo se entenderá caducado el encargo, procediéndose por el registrador a un nuevo nombramiento[...]*”.

Por tanto, la Ley ahora contiene la regulación para nombrar al experto independiente, siendo el encargado para ello el Registrador Mercantil. Podrá tramitarse antes de que el acuerdo de refinanciación esté concluido y el plan de viabilidad realizado, además de poder hacerse vía telemática detallando los aspectos requeridos (el o los domicilios de las sociedades, los documentos a analizar por el experto, y los acreedores afectados). El Registrador nombrará al experto teniendo en cuenta las incompatibilidades que pueden darse en cada caso concreto. El experto deberá emitir su informe en el plazo marcado.

El RDL 4/2014 contempla las garantías condicionantes de la protección (la certificación del auditor de cuentas y el nuevo significado del experto independiente).

Hasta ahora, el art.71.6 contenía unos “escudos protectores” que comprendía la concurrencia de las mayorías legalmente exigidas, informe favorable de experto independiente sobre la suficiencia de la información proporcionada, proporcionalidad de garantías y carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, siendo designado dicho experto independiente por el registrador mercantil del domicilio del deudor, con arreglo al procedimiento introducido en el art. 71 bis LC por la Ley 14/2013 y, elevación a instrumento público.

Así con este RDL 4/2014, se elimina el procedimiento de designación de experto independiente por la “*regulación del régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación*”, donde se mantiene el tradicional concepto de acuerdo de refinanciación con reestructuración (ampliación significativa del crédito disponible o modificación o extinción de obligaciones, acompañado de plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo), y ahora exigirá que concurren los siguientes requisitos:

- Mayorías legalmente exigidas (**tres quintos del pasivo** del deudor -pasivo financiero y no financiero- en acuerdos sin homologación y a partir del **51% y hasta el 75% del pasivo** financiero en acuerdos homologados).
- Elevación a instrumento público (control notarial).
- **Certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del**

pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor 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 (art. 71 bis.1 b) 2.º LC).

Es decir, se va a sustituir el tradicional nombramiento e informe favorable del experto independiente sobre la suficiencia de la información suministrada, que representaba un control para fundamentar la exención rescisoria, por una certificación del auditor de cuentas que versará sólo y exclusivamente sobre la suficiencia del pasivo exigido para adoptar el acuerdo. Esto es debido a intentar flexibilizar las reglas para realizar un acuerdo de refinanciación, romper la rigidez que existía en la norma para intentar facilitar la celebración de estos acuerdos, simplificando las medidas de su elaboración para conseguir que las empresas viables desde una perspectiva operativa puedan ser saneadas y continuar con la actividad que desarrollan.

Aunque está la posibilidad de que el deudor y sus acreedores nombren un experto independiente para realizar dicho informe y agregarlo a la certificación.

Su participación es muy conveniente cuando se pacta de convertir la deuda en capital, ya que solo con este informe se puede hacer efectiva la sanción si se niega tal capitalización de la deuda sin causa razonable.

Este nombramiento sigue correspondiendo al registrador mercantil del domicilio del deudor, entre profesionales idóneos para la función, con sometimiento a las condiciones del art. 28 LC en relación al administrador concursal y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la normativa sobre auditoría de cuentas, sin que se regule el procedimiento de designación.

Por tanto, el experto independiente va a sufrir una transformación. Mientras en un primer momento era necesario que el acuerdo de refinanciación contuviera un informe favorable del experto independiente, con las últimas reformas, este nombramiento obligatorio va a desaparecer, solo cuando el deudor o la administración concursal solicite su nombramiento, éste actuará, es decir, su participación en el acuerdo de refinanciación depende de la voluntad de las partes. Por lo que su regulación queda dispersa por la LC (algunos aspectos aparecen el art.71 bis, otros en el art. 83LC, se les aplica el art. 28 LC, etc.).

Además, otro debate que existió con el experto independiente era cuando debía ser

nombrado, como se ha visto en párrafos anteriores, es una cuestión discutida desde el RDL 3/2009. En un primer momento los Registradores mercantiles eran partidarios de no designar al experto hasta que el plan de viabilidad estuviera firmado y aprobado por los acreedores y el deudor, para garantizar la imparcialidad. Aunque había un pequeño sector que abogaba que se debía nombrar al experto cuando el deudor solicitaba que iba a refinanciar sus deudas, para que trabajaran juntos en la negociación, aunque esta solución no era muy acorde con lo establecido en la Ley, pues no es un asesor de las partes.

Con las distintas reformas que ha sufrido la Ley, primero se decidió que la presentación de un esquema o acuerdo básico era suficiente para nombrar al a experto, y así, éste al plantear reservas o planteamientos, podrían incluirse en el acuerdo de refinanciación definitivo. Pero con las últimas reformas se permite el nombramiento del experto independiente pueda realizarse mientras se está llevando a cabo la negociación de dicho acuerdo de refinanciación⁵⁵, y deberá cumplir con unos requisitos.

5.5.2 La rescisión de los acuerdos de refinanciación.

En un primer momento, todo proceso negociador de un acuerdo de refinanciación debía ser valorado el efecto que su suscripción producía sobre la masa activa del deudor, para delimitar si concurrían o no, según el caso concreto, los requisitos para que pudiera prosperar una acción de reintegración frente al acuerdo por ser considerado perjudicial a la masa y estar realizados en los dos años inmediatamente anteriores⁵⁶.

La protección que necesitaban los acuerdos de refinanciación estuvo motivada para hacer frente a las posibles acciones rescisorias, que ocurrieron en varios casos y que se mostraron en varias resoluciones de los Juzgados Mercantiles, que los consideraban, con presunción *iuris tantum*, perjudiciales para la masa las nuevas garantías incluidas en tales acuerdos, conllevando su calificación de créditos subordinados por mala fe. Con esto se provocó que las entidades financieras, principalmente, no estuvieran dispuestas a refinanciar, paralizando todo el sistema. Con estos antecedentes se pasó a incorporar la protección que necesitaban estos acuerdos para que las empresas pudieran obtener financiación y continuar funcionando.

55. Vid. “Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda” en Martín Molina, P.B; del Carre Díaz-Gálvez, J.M^a; y Lopo López, M^a.A.(coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fe d’erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.

56. Pavón Neira,C. *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*. Editorial:Bosch. Edición 1^a, 2013.

Con la Ley 38/2011 que dio una nueva redacción del art.84.2.11º, se estableció que el 50% de los créditos que provienen de un acuerdo de refinanciación que cumple con los requisitos del art.71.6LC, serían tratados como **créditos contra la masa**. El art.71.6 indica cuando se produce la reintegración: *“No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, **siempre que respondan a un plan de viabilidad** que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:*

1.º 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. 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.º El acuerdo haya sido **informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil** del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. 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 párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.*

*3.º 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”.

Estas medidas fueron criticadas negativamente por algunos autores por ser beneficiosas principalmente para las entidades de crédito, y al deudor al ampliarle las posibilidades de financiación.

El acuerdo podía rescindirse por⁵⁷: no cumplir los requisitos, todos, exigidos por la norma; cuando cumpliéndolos, el acuerdo no los cumple completamente (no logre una ampliación significativa) y el informe del experto independiente tuviera reservas o limitaciones; por acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión “común” por lesión.

Con el RDL 4/2014 se establece el nuevo régimen de exención rescisoria (art. 71 bis): acuerdos plurilaterales y bilaterales.

La protección rescisoria que se otorga a los acuerdos de refinanciación ante un eventual concurso se mantiene, pero cambia su ubicación formal (pasa del art. 71.6 LC al art. 71 bis LC, desapareciendo la regulación del procedimiento de designación del experto independiente de determinados acuerdos de refinanciación) y los requisitos a los que se condiciona la operatividad de dicha protección.

La novedad es la introducción, a efectos de **exención rescisoria**, de distintos acuerdos de refinanciación, creando una clasificación distinta a la anterior:

- Acuerdos de masa plurilaterales alcanzados con las mayorías legales exigidas en función del carácter homologado o no del acuerdo y, por tanto, acuerdos de masa plurilaterales en los que haya emitido el auditor de cuentas del deudor certificación sobre la suficiencia del pasivo exigido para adoptar el acuerdo y se haya elevado el acuerdo a instrumento público.

Estos acuerdos, que cumplen con el contenido y requisitos, sólo serán susceptibles de impugnación por lo dispuesto en el art.72.2LC. La acción rescisoria solo podrá estar fundada en el incumplimiento de las condiciones previstas en la norma para estos acuerdos, y corresponde a quien ejercite tal acción probar dicho incumplimiento. Solo la administración concursal está legitimada para ello, en este caso los acreedores no podrán, de ninguna manera, ni siquiera subsidiariamente.

- Acuerdos bilaterales o acuerdos plurilaterales sin las mayorías legalmente

57. Vid. RUIZ DE IZA, P.; BARBER MARRERO, L (directores). *II Congreso concursal y mercantil de Salamanca*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2014.

exigidas realizados con anterioridad a la declaración del concurso y no pudiendo acogerse al apartado anterior (porque no se han alcanzado las mayorías siendo plurilateral o porque son bilaterales). Que cumplan, individual o en conjunto, con otros que se hayan realizado en ejecución del acuerdo de refinanciación, todas y cada una de las condiciones que se enumera en el art. 71 bis.2 LC, en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Se trata de requisitos muy rigurosos, siendo difícil que concurren cumulativamente en la práctica, aunque representan una opción más para la autonomía de la voluntad de las partes. Se concretan en que:

1. Se debe incrementar la proporción de activo sobre pasivo previa (por ejemplo, daciones en pago).
2. El activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
3. El valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no 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, entendiéndose a estos efectos por valor de las garantías el definido en la Disp. Adic.4ª.2 LC.
4. 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.
5. 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 un 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 los apartados anteriores, lo que intensifica la labor del notario en la formalización del instrumento público en supuestos de acuerdos bilaterales frente a lo que acontece en relación a acuerdos de refinanciación plurilaterales.

Como ya dije anteriormente, la negociación de esta categoría de acuerdos bilaterales o plurilaterales sin mayorías **no se protege en su fase de negociación** por el art. 5 bis LC.

El RDL 11/2014, no se centra en modificar los acuerdos de refinanciación, pues ya lo hizo el anterior RDL 4/2014, pero perfila ciertos aspectos de éstos.

En lo referente a los acuerdos protegidos [plurilaterales homologados o sin homologar (disp. Adic.4ª y art.71bis.1 LC, respectivamente), y los bilaterales que cumplen las condiciones (art.71bis.2LC)] no varía nada, pero incluye ciertas novedades para diferenciar la propiedad y control y un nuevo marco con terceros (principalmente otros acreedores).

Con la Ley 9/2015 Se modifica la redacción del art.71.6 en las acciones rescisorias, donde contempla *“que no se impedirá otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso conforme a las normas de legitimación y procedimiento”*.

Además, va a cambiar la votación para el caso de los acuerdos sindicados. Así el art.71 bis, que se ocupa de esta regulación. Concretamente, en el número 1º del apartado 1.b): *“el acuerdo suscrito por al menos tres quintos del pasivo. A los efectos del cómputo de esa mayoría se entenderá que los acuerdos sujetos a régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a favor los que representen al menos el 75% del pasivo afectado por tal pacto de sindicación, salvo que las normas que lo regulan establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso se aplicará ésta última[...]”*.

Por tanto, la acción rescisoria no es absoluta⁵⁸, pues los acuerdos de refinanciación deberán cumplir con los requisitos exigidos por la Ley, estando legitimada la administración concursal para impugnarlos e3n caso de que no se reúnan tales requisitos, eso deberá ser probado el posible perjuicio que pueda existir contra la masa activa.

En este punto pueden surgir dudas sobre si la administración concursal, debe “destruir el blindaje” de estos acuerdos en primer lugar, para posteriormente demostrar la existencia del perjuicio contra la masa activa. Aunque para los acuerdos homologados judicialmente si existe la protección absoluta.

Además con el RDL4/2014, se ha protegido otras formas para solventar el problema de

58. Vid. Rojo, Ángel. “El Derecho preconcursal” en *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. De Menéndez Aurelio.; Rojo, Ángel.(directores);VVAA.Editorial:Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014.

la crisis económica en las empresas españolas. Es a través de la **incentivación de la capitalización de deuda** en el marco de acuerdos de refinanciación como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial.

La capitalización de deuda por la cual se transforma el capital de la totalidad o parte de los créditos que los acreedores profesionales ostentan frente al deudor, constituye un importante mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, que ha sido el objeto de importantes acuerdos de refinanciación.

La capitalización de deudas, se trata de aumentar el capital para compensar los créditos, siendo necesario limitar el importe de las pérdidas en que haya incurrido la sociedad. Es decir, se capitaliza el préstamo buscando eliminar el gasto financiero generado, y mejorar con ello el resultado y, de forma mediata, los fondos propios de la sociedad.

El legislador ha venido protegiendo esta capitalización a través de los “escudos protectores” de los que se benefician los acuerdos preconcursales ante una eventual rescisión en el escenario concursal y permitiendo al acreedor profesional adquirir posiciones de control de la sociedad en crisis.

Con este RDL, se otorgan unos incentivos, que algunos serán comunes a todo acuerdo de refinanciación y, otros sólo serán exclusivos al acuerdo homologado de refinanciación:

A) Incentivos comunes a acuerdos de refinanciación homologados y no homologados.

1. La excluir de la consideración de persona relacionada con el deudor al acreedor que capitaliza y administración de hecho: art. 92.5 LC, 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. **Se excluye así la subordinación concursal crediticia**, respecto de los acreedores financieros o no, que hayan capitalizado en virtud de una opción de técnica legislativa consistente en excluir concretas causas de subordinación.

2. La introducción de una nueva presunción *iuris tantum* de concurso culpable del artículo 165.4.º LC: se presume la existencia de dolo o culpa grave, **salvo prueba en contrario**, cuando el deudor o en su caso sus representantes legales, administradores o liquidadores “*se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores*”

o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 7 bis.1 o en la Disp.Adic. 4ª LC". Siempre que el acuerdo reconozca, a favor de los socios del deudor, un derecho de adquisición preferente sobre los valores o instrumentos emitidos o derivados de la capitalización, en el supuesto en que los acreedores los enajenen, pudiendo excluirse dicho derecho si el acreedor transmite los valores o instrumentos a una sociedad del mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades (sociedad holding).

3. Incentivos contables: son nuevas provisiones exigidas por el Banco de España. En Disp. Adic.1ª RDL 4/2014 establece que *“El Banco de España en el plazo de un mes establecerá y hará públicos criterios homogéneos para la clasificación como riesgo normal de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación de los regulados por el art. 71 bis o por la Disp. Adic. 4ª de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal”*.

4. Incentivos fiscales. Antes no se incentivaban las capitalizaciones preconcursales de la deuda pues podía abocar en la práctica al deudor al concurso de acreedores, que precisamente se intentaba evitar a través de la capitalización, al tener que hacer frente a un elevado crédito público, generado fiscalmente como consecuencia de la capitalización, no existía “neutralidad fiscal” por lo que se va a modificar la Ley de Impuestos sobre Sociedades, para que ahora ofrecer tales incentivos.

B) Incentivos a la capitalización de deuda en el marco de acuerdos homologados de refinanciación.

1. La extensión de la capitalización de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora en virtud de la homologación a acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes en función de las mayorías alcanzadas en el acuerdo (Disp. Adic. 4ª.3b) LC). Se contempla la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, en los supuestos en que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que **representen al menos el 75% del pasivo financiero**, respecto de acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o

que hubieran mostrado su disconformidad al mismo (disidentes) y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, así como sobre el importe cubierto de los créditos con garantía real cuando el acuerdo se suscriba por acreedores que represente el 80% del pasivo financiero, ofreciéndoles a éstos dos posibilidades:

a). Optar por una **quita equivalente** al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción, entendiéndose a falta de otra indicación expresa que los referidos acreedores optan por esta quita.

b). Optar por la referida **capitalización**, que se realizará conforme a las mayorías y requisitos previstos en los arts. 198 y 201.1 RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, entendiéndose que estos pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

2. Exenciones en el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores y nueva redacción del artículo 8 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, supuestos excluidos de la oferta obligatoria cuando se alcanza el control.

5.6 La homologación judicial del acuerdo de refinanciación.

La homologación judicial es un procedimiento por el cual, el deudor solicita al juez de lo Mercantil competente que confirme o legitime el acuerdo realizado entre las partes, y que determinados efectos de éste se extiendan a los acreedores que no prestaron su consentimiento.

Su regulación aparece por primera vez con la Ley 38/2011 de reforma de la LC . Era la principal novedad de esta ley, la introducción de los acuerdos de refinanciación homologados, junto al privilegio del dinero nuevo, que era demandado por los agentes económicos, en base a modelos de ordenamiento de nuestro entorno. Ello deriva de la práctica, pues se había comprobado que los acreedores minoritarios podían obstaculizar la firma del acuerdo, además de las posiciones privilegiadas de alguna entidad de crédito estableciendo mejoras injustificadas de sus condiciones particulares.

La homologación judicial va a sufrir también reformas, algunas de las más importantes (y en conexión con las normas anteriormente explicadas).

Comenzando por la Ley de emprendedores, se ocupó de modificar los requisitos para la homologación que hasta entonces había.

- La exigencia del 75% del pasivo financiero, se rebajó bastando para la aprobación el 55% del pasivo representado bajo la titularidad de las entidades financieras. Buscando la estimulación de los acuerdos apoyados por acreedores profesionales (entidades de crédito).
- Reconoció que bastaba con que el acuerdo “reúna en el momento de su adopción, las condiciones del art.71.6LC (experto independiente y elevación a documento público)” omitiendo la referencia a que su formalización sea por el 60% del pasivo total del deudor.

Esto generaba el problema de acuerdos de refinanciación aprobados por el 55%, podían ser homologados pero no tenían inmunidad frente acciones rescisorias. Lo que provocaba el desincentivo de realizar tales acuerdos⁵⁹.

El RDL 4/2014, introduce reformas en la homologación judicial en la Disp. Adic. 4ª LC. Este tipo de acuerdos están siendo utilizados de una manera creciente, lo que conlleva la disuasión de los acreedores financieros disidentes o no participes, sin garantías reales, ello en función de las mayorías con que se alcanza el acuerdo y porque se rompe el blindaje de los pasivos financieros dotados con garantía real.

A) Reducción de mayorías al 51% y aclaración del alcance en sede rescisoria de esta mayoría. En la nueva redacción de la Disp.Adic..4ª LC en virtud de este RDL 4/2014 se manejan distintos porcentajes de aceptación del acuerdo por los pasivos financieros que comprenden tres niveles:

- Un nivel mínimo (al menos 51%) con el que sólo se obtiene protección rescisoria y *fresh money*;
- Un nivel intermedio de al menos el 60% y;
- Un nivel superior de al menos el 75%, que permite añadir a dicha protección rescisoria la extensión de efectos del acuerdo más allá de las tradicionales esperas, no sólo respecto de acreedores titulares de pasivo sin garantía real sino también respecto de pasivos financieros con garantía real en lo que no resulte cubierto por la garantía e incluso con determinadas condiciones respecto del importe cubierto de los créditos con garantía.

59. Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J; DÍAZ MORENO, A (coordinadores).*Derecho Mercantil, volumen 10ª, Derecho concursal*. Editorial: Marcial Pons, edición 15ª septiembre de 2013 y 2014.

En función de lo que las partes quieran conseguir en virtud de la homologación (exclusivamente exención rescisoria o también extensión de efectos del acuerdo o acreedores con pasivos financieros disidentes o no participantes) deberán alcanzarse las mayorías de aceptación del pasivo financiero legalmente exigidas indicadas arriba.

Con un 51% y la concurrencia de los demás requisitos legales contemplados en el art. 71 bis LC o en la Disp. Adic.4ª va a resultar de aplicación el régimen sobre “fresh money”.

B) El tránsito de las “entidades financieras” a los “acreedores con pasivo financiero”.

Los financiadores ya no serán sólo las entidades de crédito, además que algunas han desaparecido (cajas de ahorros) y otras se encuentran en procesos de reestructuración o fusión, lo que adquiere mayor importancia la figura del **prestamista**:

- Los bonistas, que aportan dinero a cambio de una retribución (inversor que compra bonos u obligaciones, es decir, activos de renta fija. A diferencia del accionista, no es propietario de la empresa sino un acreedor mas).
- Los fondos (*credit funds, distressed funds, hedge funds...*), que se están adquiriendo con descuento de paquetes importantes de deuda de las tradicionales entidades prestamistas y que, por no ser en puridad entidades financieras, no podían por la disp. adic. 4.ª LC, computar en las mayorías legalmente exigidas ni resultar sometidos a los efectos de la homologación.

El RDL 4/2014 viene a dar mayor protagonismo a la financiación no bancaria, modificando el concepto de entidad financiera donde ahora se incluyen a los **acreedores de pasivos financieros**, entendiéndose como tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que el acreedor esté o no sometido a supervisión financiera, excluidos los acreedores por operaciones comerciales, así como los acreedores de pasivos de derecho público.

C) Revisión del régimen de homologación judicial.

1. Se da nuevo contenido del juicio de homologación, relativo al control de mayorías y valoración del sacrificio desproporcionado en sede de impugnación. El juez dispone sólo de un plazo de quince días para dictar su resolución de homologación que se simplifica, reduciéndose al control de legalidad relativo a la concurrencia en el acuerdo de los requisitos previstos en la Disp. Adic. 4ª.1 LC, que ahora se remite al art. 71 bis

LC y los efectos que en cada caso son homologables(Disp. Adic. 4ª.6LC).

El juez no debe efectuar por tanto, en sede de homologación, juicio alguno de oportunidad sobre el sacrificio desproporcionado que suponga éste para los titulares de pasivos financieros disidentes o no participantes, relegándose la valoración de dicho sacrificio a una eventual sede de impugnación del acuerdo por los acreedores legitimados.

La Disp. Adic.4ª.5 LC establece que será el juez y no el secretario judicial, como ocurría antes, quien examinará la solicitud de homologación y dictará providencia admitiéndola a trámite. Como novedad, desde que se admita a trámite la solicitud de homologación y hasta que se acuerde la homologación, y no solamente durante un mes como antes, operaba la paralización de ejecuciones singulares. Y se admite expresamente, que en ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectados por el acuerdo de refinanciación. Cuando se admita⁶⁰, el secretario ordenará la publicación en el Registro Público Concursal(sección tercera).

En caso de que no se cumplan los requisitos se concede un plazo de subsanación o su inadmisión por falta de competencia o defectos no subsanables.

2. La potenciación de la extensión de los efectos del acuerdo y nuevo significado y posición de las garantías reales.

El valor de la garantía real que goce cada acreedor, definido en la Disp. Adic.4ª.2 LC a los solos efectos, va a ser *el resultante de deducir de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente*, estableciéndose métodos de determinación por un tercero independiente del valor razonable del activo objeto de la garantía (p.e. sociedad de tasación en relación a bienes inmuebles), regulándose los supuestos de pluralidad de garantías reales en los que se establece que si un acreedor es titular de más de una garantía real, el valor de la garantía real será el resultado de aplicar la fórmula sobre cada uno de los activos objeto de las garantías.

Se va a regular⁶¹, además, el supuesto de garantías compartidas proindiviso por varios

60. Vid. Sospedra Navas, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª,2014.

61. Vid. Prendes Carril,P.; Pons Albentosa,L. *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. Edición 2014.

acreedores, en cuyo caso el valor de la garantía real se corresponderá con su porcentaje de participación en el valor total de la garantía real según las normas que regulan el proindiviso.

Si el acuerdo resulta suscrito por un **51% de acreedores de pasivos financieros**, se obtiene la protección rescisoria, pero no se extiende efecto alguno del acuerdo a acreedores de pasivos financieros disidentes o no participantes.

Si lo suscribe un **60% de acreedores** titulares de pasivos financieros, respecto de acreedores disidentes o no participantes titulares de créditos sin garantía real, así como respecto del importe no cubierto de los créditos con garantía real se les extenderán en virtud de la homologación judicial esperas de principal, intereses o de cualquier otra cantidad adeudada por plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en préstamos participativos durante el mismo plazo máximo.

Estos mismos efectos podrán extenderse respecto del importe cubierto de los créditos con garantía real, siempre que el acuerdo hubiera sido suscrito por **acreedores cuyos créditos representen el 65%** del importe cubierto de los créditos de todos los acreedores titulares del pasivo financiero.

Si el acuerdo lo suscribe un **75% de los acreedores** titulares de pasivos financieros, respecto de acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo sin garantía real, así como respecto del importe no cubierto de los créditos con garantía real, se podrán extender en virtud de la homologación del acuerdo: esperas superiores a cinco años hasta un límite máximo de diez años, quitas sin restricciones ante el silencio legal al respecto, conversión de los créditos en acciones o participaciones del deudor, conversión de los créditos en préstamos participativos superiores a cinco años hasta un máximo de diez años, obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con interés capitalizables u otro instrumento financiero con rango, vencimiento o características distintas de la deuda original o cesión de bienes o derechos en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Estos mismos efectos podrán extenderse sobre el importe cubierto de los créditos con garantía real de los acreedores no participantes o disidentes, siempre que el acuerdo hubiera sido suscrito por **acreedores cuyos créditos representen el 80%** del importe cubierto de los créditos de todos los acreedores titulares de pasivo financiero.

Para el cómputo de estas mayorías, hay dos reglas: la primera es que no se tendrá en cuenta los pasivos financieros de titularidad de acreedores que tengan la consideración

de persona especialmente relacionada con el deudor del art.93.2LC, sin perjuicio de que les afecta tal homologación; la segunda, los préstamos sindicados se entenderá que estos acreedores aceptan el acuerdo cuando voten a su favor los que representan, al menos, el 75% del pasivo financiero, salvo los casos que se establece una mayoría inferior⁶².

Pueden adherirse otros acreedores que no sean pasivos financieros ni de derecho público, pero no se tendrán en cuenta para el cómputo.

El RDL 11/2014, no se centra en modificar los acuerdos de refinanciación, pero si que perfila ciertos aspectos de éstos. Con respecto a la homologación judicial:

La disp. Adic.4^a.5LC, añade con esta reforma que cualquier acreedor firmante podrá solicitar la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, además del deudor, quedando redactado así: “5. *La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.*

La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del 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. 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.

El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal”.

La Ley 9/2015, aunque centrándose sobre todo en regular las garantías que tienen los acreedores con respecto del patrimonio del deudor (se va a regular la valoración que van a recibir estas garantías, y limitar dicho valor para facilitar la consecución de un acuerdo de refinanciación), en materia de homologación judicial, también realiza

62. Vid. Prendes Carril,P.; Pons Albentosa,L. *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. Edición 2014.

cambios en la LC,

Principalmente bien a aclarar determinadas dudas que han surgido en el momento de su aplicación práctica.

Así la disp. Adic.4ª incorpora algunas modificaciones para aclarar el régimen de votación de los acuerdos sindicados, relacionado con el valor de la garantía que poseen estos acreedores sindicados respecto del deudor.

La garantía no puede exceder del valor de la responsabilidad pignoratícia o hipotecaria máxima que se hubiera pactado por ambas partes. Así los apartados 1 y 2 recogen: “*1 podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación suscrito por al menos el 51% de los pasivos financieros que reúnan los requisitos del art.71 bis.1b) puntos 2º y 3º. Estos acuerdo no podrán rescindirse[...]; 2 se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de reducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes con garantía preferente, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito o de la responsabilidad máxima[...]*”.

El valor razonable distingue la Ley entre los distintos bienes que tiene el deudor, así tenemos valores mobiliarios que coticen el mercado, bienes inmuebles será por tasación, bienes distintos de los anteriores que será por el informe del experto independiente⁶³.

5.6.1 Aspectos procesales.

Se encuentran regulados en la Disp. Adic. 4ª, en sus apartados del 5 al 10 LC.

Por tanto, la solicitud de homologación, deberá ser solicitada por el deudor, e ir acompañada del acuerdo de refinanciación, certificado del auditor y demás informes previstos en la Ley⁶⁴. El juez otorgará la homologación si reúne los requisitos, en el breve plazo de 15 días mediante el dictado de un auto o sentencia que se publicará en el Registro Concursal y en el BOE.

La impugnación de la que disponen los acreedores disidentes es de un plazo de 15 días para impugnarlo, que será por el procedimiento del incidente concursal. Los motivos para ello, solo serán, o bien el incumplimiento de los requisitos formales, o bien el carácter desproporcionado del sacrificio exigido. En el caso de existir varias, éstas se

63. Vid. PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. Edición 2014.

64. Vid. Menéndez, Aurelio; Rojo, Ángel. (directores); VVAA. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014. Pag. 602

acumularán.

Contra la sentencia no cabe recurso de apelación. Los efectos de la homologación se producirán al día siguiente de la publicación de la sentencia en el BOE.

Se puede decir que **los efectos** que provoca la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación son, principalmente, dos: el “blindaje” frente a la acción rescisoria y la posibilidad de afectar a los acreedores disidentes o no firmantes en la medida de la extensión de tales efectos y su alcance, pero mantienen sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a los fiadores o avalistas (Disp. Adic. 4ª.9LC). Los acreedores firmantes están vinculados al acuerdo pero mantienen sus derechos frente al resto de obligados según lo acordado.

Esto supone que los acuerdos homologados no podrán ser impugnados por la acción rescisoria concursal, ni siquiera por el incumplimiento de los requisitos exigidos para ello, la protección que reciben los acuerdos de refinanciación con la homologación judicial es absoluta. Esto no ocurría con los acuerdos de refinanciación ordinarios.

Ahora bien, se mantendrá el ejercicio del resto de acciones de impugnación, conforme a derecho, de actos del deudor (art.71.6LC), aunque solo estará legitimada la administración concursal.

Además el RDL 11/2014, que posteriormente la Ley 9/2015 también va a reconocer su creación y funciones idénticas, va a introducir una Disp. Adic. 3ª LC para regular la creación y las funciones de una **Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento**. Que ya expliqué en el punto cuarto de este trabajo, al tratar las distintas reformas, me remito a ello.

5.7 Incumplimiento del acuerdo de refinanciación⁶⁵.

Contemplado en la Disp. Adic.4ª en su apartado 11. El procedimiento se inicia por la demanda por la cual se pretende la declaración judicial de incumplimiento de los términos del acuerdo de refinanciación.

En caso de incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, se permite a cualquier acreedor, esté o no adherido a dicho acuerdo, a solicitar ante el juez

65. Vid. - Sospedra Navas, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª,2014.

- Menéndez, Aurelio; Rojo.Ángel.(directores);VVAA. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial:Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014.

competente que hubiera homologado dicho acuerdo, la declaración de incumplimiento. Aunque para Heras García, se debería entender que está limitado a los acreedores afectados por dicho acuerdo, ya que los demás acreedores podrían presentar la solicitud del concurso necesario, y con ello se produce el efecto de la declaración de incumplimiento⁶⁶.

Esta solicitud se tramita por el mismo procedimiento que si se tratase de un incidente concursal. Se remitirá al deudor y a todos los acreedores que comparezcan para oponerse a tal solicitud.

El procedimiento se resuelve por sentencia del mismo juez que dictó la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, y no cabe recurso de apelación. Una vez que se a declarado el incumplimiento del acuerdo de refinanciación, los acreedores pueden instar la declaración de concurso o iniciar ejecuciones singulares.

Existen normas especiales para ejecutar las garantías reales⁶⁷, pero solo serán de aplicación cuando el acuerdo no contemplase que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución. Las reglas son las siguientes:

→ Si el importe obtenido en la ejecución excede del importe de la deuda originaria o del saldo pendiente de la misma de no haber acuerdo, se considerará la diferencia entre el primer y el segundo importe como sobrante a los efectos de los art. 674 y 692 LEC.

→ Si la cantidad obtenida en la ejecución fuese menor que la deuda originaria, o del saldo pendiente, de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación de la Disp. Adic. 4ª.4, se considerará que no hay sobrante ni remanente, siendo el acreedor dueño de toda la cantidad resultante de la ejecución.

→ Si la cantidad resultante de la ejecución fuese inferior a la resultante de aplicar la Disp. Adic. 4ª.4LC, se considerará como parte remanente del crédito la diferencia entre ambas cantidades.

66. Vid. “Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda” en Martín Molina, P.B; del Carre Díaz-Gálvez, J.Mª; y Lopo López, Mª.A.(coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fe d’erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.

67. Vid. - Sospedra Navas, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª,2014. Pag. 132.

- Prendes Carril,P.; Pons Albentosa,L. *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. Edición 2014.

CONCLUSIONES.

Para terminar el trabajo realizaré unas conclusiones sobre los temas tratados, especialmente a los acuerdos de refinanciación.

1. La legislación concursal como tal, se puede considerar reciente, pues data de 2003. Su elaboración fue bastante complicada, existiendo diversos proyectos pero ninguno llegó a publicarse como ley, al fin se consiguió elaborar un texto normativo que sería finalizado en 2003, pero no entraría en vigor hasta el 2004. Con dicha norma se asientan los principales principios de unidad.

2. Debido a la crisis que comenzó en 2007, esta ley fue incapaz de hacer frente a los concursos de acreedores que surgían en nuestro país. Ante esto, tuvo que ser reformada, y ha seguido sufriendo reformas hasta hoy, creando normas capaces de responder a las situaciones que se dan actualmente y las posibles que puedan surgir en un futuro. Ante estas reformas, existen opiniones divididas entre los autores, se preguntan si es mejor reformar la ley en un momento de calma, o por el contrario, cuando hay tempestad. Ante esta cuestión no hay una clara respuesta.

3. La aparición del *scheme of arrangement* en el 2006 en la legislación anglosajona, con su regulación en el *Companies Act 2006*, y por los reglamentos de la Unión Europea, han propiciado la inclusión de los acuerdos de refinanciación en la legislación española, intentando evitar el *forum shopping*, que actualmente, es muy reducido, en parte por dicha regulación europea y de los propios Estados miembros.

4. Las distintas normas reformadoras que se han analizado con más detalle, se puede percibir la evolución en la regulación del acuerdo de refinanciación. Desde su inclusión en la legislación, indicando que se consideraba por tal, hasta ir creando un procedimiento con todas sus características y los requisitos necesarios a cumplir para llevarlos a cabo. Incluso, posteriormente, a flexibilizar tales requisitos exigidos, buscando aumentar la celebración de estos acuerdos.

5. Todas las leyes deben reformarse en algún momento, pues la sociedad avanza y por tanto, las leyes deben actualizarse. Esta materia es especialmente complicada actualizarla, debe proporcionar seguridad en el tráfico, y más en lo referente a las empresas, que se mueven y cambian con mucha rapidez, así se muestra con las

numerosas reformas que ha sufrido en tan poco tiempo, llegando incluso a calificar estas normas como “parches” en la legislación.

6. Respecto a los acuerdos extrajudiciales de pagos, su aparición y regulación es bastante reciente. Su aplicación es escasa, tal vez debido a los estrictos requisitos exigidos y las posibles consecuencias que pueden darse en caso de fracaso (concurso en fase de liquidación).

La intervención del mediador supone que un tercero imparcial puede ayudar a acercar a las partes para llegar a un acuerdo, pero si el AEP fracasa, esa misma persona pasa a ser el administrador concursal, lo que puede conllevar que el deudor pueda ocultar cierta información y no se tan transparente como se requiere.

7. El acuerdo de refinanciación, se han mostrado como una vía muy útil para evitar la declaración del concurso. Pero en un primer momento estos acuerdos se realizaban bajo la autonomía de la voluntad privada de las partes, provocando en algunos casos, que una de las partes exigiera unas garantías excesivas a la otra parte.

8. En sus inicios, los acuerdos de refinanciación solo eran aplicables entre las partes que lo habían realizado, sin extender sus efectos a otros acreedores que no hubieran participado, lo que conllevaba que éstos últimos, pudieran impugnar tales acuerdos y el juez decretase su rescisión.

9. En el caso en que el deudor no hubiera podido superar la insolvencia, estos acreedores que participaron en el acuerdo, se veían perjudicados al ver revocado el acuerdo y a devolver las prestaciones que ya se hubieran realizado, que en ocasiones era bastante complicado, y además, ver sus créditos clasificados como subordinados, e incluso llegando a ser declarados cómplices por agravar la insolvencia del deudor.

Provocando que los acreedores no celebrasen tales acuerdos y los deudores declarasen el concurso al no poder hacer frente a los pagos de las deudas, conllevando el deterioro de la economía, en general.

10. Con los acuerdos de refinanciación incluidos en la legislación, y regulando sus aspectos, se consiguió proteger a aquéllos que realizaban tales acuerdos, evitar el concurso, e intentar salvar la empresa o al deudor. Si bien, estos acuerdos tiene el fallo de ser de difícil aplicación a las familias con insolvencia, pues su mayor acreedor es el banco con una hipoteca, y las garantías que se pueden llegar a exigir sean inasumibles.

11. La comunicación de las negociaciones de estos acuerdos, se puede considerar algo corto, pues para grandes empresas o con muchos acreedores, conseguir que las partes lleguen a un acuerdo no se hace en un plazo tan breve, corriendo el riesgo de incumplir dicho plazo. Además la comunicación supone la paralización, suspensión y prohibición de las ejecuciones. Y podrá tener publicidad a través del Registro Público Concursal, salvo que se declare el carácter reservado.

12. La clasificación de los acuerdos de refinanciación, principalmente en dos categorías, está orientada a diferenciar aquellos acuerdos que cumplen con los requisitos exigidos por la ley y cuáles no, conllevando su mayor o menor protección frente a la rescisión y la extensión de sus efectos a los distintos acreedores, dependiendo de las mayorías que alcance el acuerdo de refinanciación.

13. La desaparición de la obligatoriedad del experto independiente, abre una puerta para que los acreedores puedan exigir unas garantías excesivas al deudor que no podrá rechazar si quiere obtener la financiación. Se pierde cierta seguridad ya que el informe del experto independiente servía de control para fundamentar la rescisión del acuerdo.

14. Las facultades que posee el juez, sufren algunas alteraciones, pues algunas de ellas las realizará el secretario judicial, descargándole de trabajo.

En cierto modo, supone la pérdida de control del juez, por ejemplo en la homologación, pues no juzga el sacrificio que supone realizar con un acuerdo de refinanciación, sino que solo lo realizará cuando exista una impugnación de tal acuerdo, dejando escapar aquellos acuerdos que sean excesivos pero no se impugnen. Además el plazo que se le otorga al juez para ello, es muy breve, provocando que solo se centre en los aspectos más principales y no realice un control en profundidad de dicho acuerdo de refinanciación.

15. Como conclusión final, los acuerdos de refinanciación han supuesto una gran ayuda para empresas con problemas de solvencia, pudiendo superarla y continuar en el tráfico. Sin embargo, las últimas reformas que han flexibilizado algunos requisitos para favorecer su celebración, pudiendo generar el riesgo de que se cometan ciertos abusos de algunos acreedores frente al deudor y/u otros acreedores.

7. ANEXOS.

A continuación incluyo unos ejemplos de formulario.

7.1 Modelo formulario de comunicación del deudor⁶⁸.

FORMULARIO DE COMUNICACIÓN DEL DEUDOR DE ACOGIMIENTO A LA
FIGURA DEL PRECONCURSO
AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE ... QUE POR TURNO CORRESPONDA

DON ..., Procurador de los Tribunales y de ... S.L., con CIF ... y domicilio en ..., en la representación que consta acreditada mediante su otorgamiento apud acta, ante el mismo comparezco bajo la dirección letrada de don ..., colegiado nº ... del Ilustre Colegio de Abogados de ..., y como más procedente sea en Derecho.

DIGO

Que, por concurrir el estado de **insolvencia actual** a que se refiere el art. 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (L.C.), habiendo iniciado esta parte negociaciones con los acreedores tendentes a obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, por medio del presente escrito vengo a **COMUNICAR AL JUZGADO EL INICIO DE NEGOCIACIONES PREVIAS A SOLICITAR UN CONCURSO VOLUNTARIO DE ACREEDORES**, al amparo de la previsión contenida en el art. 5.BIS de la L.C., y ello en base a las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Datos del deudor.

... S.L. es una entidad cuyo objeto social principal consiste en ..., ubicando su domicilio social en ... y ostentando su representación legal D. ..., en su condición de administrador único. Se aporta como **documento nº 1** nota informativa del Registro Mercantil de la referida sociedad, acreditando los citados extremos.

Segunda.- De la propuesta anticipada de convenio.

Ante la situación de insolvencia actual de mi representada, en el ánimo de alcanzar soluciones convenidas con los acreedores, frente a soluciones liquidativas del concurso, es por lo que venimos a acogernos, por medio del presente escrito, a la previsión contenida en el art. 5.BIS de la L.C., dando cuenta al Juzgado del **inicio de negociaciones con los acreedores al objeto de obtener adhesiones a una propuesta de convenio** que, en su caso, permita asegurar la viabilidad del deudor. En este sentido,

68. Extraído de www.iureabogados.com

se adjunta como **documento nº 2** el texto íntegro de la propuesta anticipada de convenio puesta a disposición de los acreedores, lo cual se acredita con el **documento nº 3**, consistente en resguardo justificante de remisión del citado texto a la dirección conocida de los citados acreedores.

En su virtud, SUPlico AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su mérito, tenga por realizada la presente comunicación, dando a la misma el curso legal procedente.

Por ser Justicia que pido en ..., a ... de ... de ...

Letrado

Procurador

7.2 Modelo de acuerdo de refinanciación⁶⁹.

Reunidos, de una parte,

La entidad (deudor), representada por D. con DNI..... en virtud de poder otorgado a su favor el Notario de a fecha..... con el nº de protocolo....., poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de y vigente

Y de otra parte,

1.La entidad financiera....., debidamente representada por don con DNI....., en virtud de poder otorgado a su favor ante Notario de a fecha..... con el nº de protocolo....., poder que se halla debidamente inscrito en el Registro Mercantil de y vigente,

2. La entidad financiera..... (En adelante los acreedores)

EXPONEN

1) Que el deudor con motivo de sus dificultades económicas, inició negociaciones para la refinanciación de sus deudas, lo que fue comunicado al Juzgado de lo Mercantil de en fecha....

2) En fecha.... por el registrador mercantil de se nombró auditor a el cual ha expedido certificación de fecha.... que incorpora como anexo.... en la cual se expresa:

a) Que los ACREEDORES financieros suscribientes totalizan un ... % de los pasivos financieros del deudor.

b) que la entidad acreedora ostenta una deuda de euros, por lo que totaliza un% del pasivo financiero del deudor

c) Que la entidad financiera ostenta una deuda de euros, con una garantía

69. Extraído de Sospedra Navas, F.J. *Proceso concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014. Pag. 107 y ss.

real por valor de euros, calculada conforme a las reglas establecidas en la Ley concursal, según valoración recogida en el informe de experto independiente que se incorpora como anexo.....

3) Que el deudor inició el procedimiento facultativo de nombramiento de experto independiente por el registrador mercantil de, siguiéndose expediente registral nº ... y nombrándose a D. ... fue elaborado informe favorable por el citado experto que se adjunta como anexo, en el cual se recogen las siguientes conclusiones:

- la información proporcionada por el deudor es suficiente
- es razonable y realizable el plan de viabilidad a corto y medio plazo
- son proporcionales las garantías conforme a las condiciones normales del mercado.

Este informe es conocido en todos sus extremos por los acreedores suscribientes.

4) Y estando presentes el DEUDOR y los ACREEDORES, que totalizan un ...% del pasivo titularidad de las entidades financieras, por medio del presente acuerdan la refinanciación de la deuda con arreglo a las siguientes

ESTIPULACIONES

Primero.- Se procede a la novación modificativa de los créditos vencidos al día de la fecha, pactando de carencia un año, en el cual el DEUDOR abonará únicamente los intereses que devenguen sobre el capital pendiente, y transcurrido el cual abonará el capital vencido hasta la fecha.

Segundo.- Se acuerda pactar una espera de cinco años en relación a los sucesivos plazos de vencimiento.

Tercero.- La continuidad de la actividad del deudor y su viabilidad a corto y medio plazo queda garantizada de acuerdo al plan de negocio informado por el experto independiente que consta en el anexo

Cuarto.- Las partes manifiestan su voluntad de elevar el presente documento a escritura pública en la Notaria de ..., habiéndose señalado el próximo día para el otorgamiento de la misma, comprometiéndose el DEUDOR a notificar este acuerdo a los acreedores financieros no participantes a fin de que puedan adherirse al mismo, sin perjuicio de su vinculación legal al mismo conforme a la Ley concursal.

En la localidad de, a ... de ... del año...

(firma deudor y representantes de entidades financieras).

7.3 Modelo de solicitud de homologación judicial⁷⁰.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE

Don... Procurador, actuando en nombre y representación de, según acredito mediante apoderamiento *apud acta* otorgado ante el Secretario Judicial de, bajo la dirección Letrada de D. ..., DIGO:

Que la mencionada representación que ostento y por medio del presente escrito, en tiempo y forma, y al amparo de la Ley Concursal, formulo SOLICITUD DE HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO DE REFINANCIACIÓN suscrito por mi representada con los acreedores de pasivos financieros, que totalizan un ...% del pasivo de esta clase, formalizado en escritura pública de fecha... ante Notario D. ..., la cual acompaño como documento nº..., la cual baso en los siguientes

HECHOS

Primero.- Antecedentes y comunicación previa.

Mi representada figura inscrita en el Registro Mercantil, con domicilio en

En fecha....., inició negociaciones con las entidades acreedores de pasivos financieros.

Puesta en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil... en fecha...(documentos nº..)

Segundo.- Acuerdo de refinanciación.

En fecha... se alcanzó el acuerdo....

El acuerdo cumple con los requisitos establecidos (explicarlos)....

Tercero.- Alcance de la extensión de los efectos.

El acuerdo no ha sido aceptado por, con una deuda de euros

Se solicita que se extiendan los efectos de la espera pactada...

Cuarto.- Ejecuciones individuales cuya paralización se interesa.

1. el proceso de ejecución
2. el proceso
3. (.....)

Quinto.- Documentos que han de acompañarse.

Escritura del acuerdo, certificación del auditor, informe del experto independiente, etc.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

70. Extraído de Sospedra Navas, F.J. *Proceso concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014. Pag. 118 y ss.

Primero.- Competencia.

Segundo.- Procedimiento.

Tercero.- Legitimación

Cuarto.- Homologación del acuerdo.

Quinto.- Paralización de las ejecuciones.

Sexto. Efectos de la Homologación.

Séptimo.- Publicidad.

Por lo que, AL JUZGADO SOLICITO Que habiendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, los admita; se sirva tener por comparecido y parte al Procurador que suscribe en nombre de con quien entenderán las sucesivas diligencias, y:

- 1) que se dicte providencia de admisión a trámite de esta solicitud de homologación y acuerde la paralización de las ejecuciones singulares, dando la oportuna publicidad en el Registro Público Concursal.
- 2) Que seguidamente se dicte auto acordando la homologación elevado a escritura pública nº.... de fecha.... ante el Notario con extensión a los acreedores.....
- 3) Que se publique la resolución mediante anuncio en el Registro Público Concursal y en el BOE mediante extracto.

En de de

(Firma Abogado y Procurador)

8. BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

- “Insolvencia patrimonial y concurso”. En BRONSETA PONT,M.; MARTÍNEZ SANZ,F. *Manual de derecho Mercantil. Volumen II*. Editorial: Tecnos. Edición 19ª, 2012.
- “Prologo”. En PULGAR EZQUERRA,J(directora)VVAA. *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley. Edición 1ª, 2012.
- PULGAR EZQUERRA,J “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”. En PULGAR EZQUERRA,J(directora)VVAA. *El concurso de acreedores*. Editorial: La Ley. Edición 1ª, 2012.
- BELTRÁN, E. *Summa, revista de derecho concursal. Derecho Concursal*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2013.
- PAVÓN NEIRA,C. *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*. Editorial:Bosch. Edición 1ª, 2013.
- RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A “El Derecho preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal”. En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J; DÍAZ MORENO, A (coordinadores).*Derecho Mercantil, volumen 10º, Derecho concursal*. Editorial: Marcial Pons, edición 15ª septiembre de 2013 y 2014.
- VERDÚ CAÑETE,MªJ “El concurso: declaración y órganos”. En ALONSO ESPINOSA, F.J; SÁNCHEZ RUIZ, M; y VERDÚ CAÑETE, MªJ. *Manuales Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal*. Editorial: Tirant lo Blach. Edición 2014.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Mª D.“Algunas cuestiones sobre el *fresh money* y la refinanciación de la deuda”. En MARTÍN MOLINA, P.B; del CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.Mª; y LOPO LÓPEZ, Mª.A.(coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fe d’erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.
- CASASOLA DÍAZ, J.Mª. “La poco conciliadora Ley Concursal”. En MARTÍN MOLINA, P.B; del CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.Mª; y LOPO LÓPEZ, Mª.A.(coordinadores). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Editorial: fe d’erratas, FundieCo, Dykinson,S.L. Edición 2014.

- PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La rescisión de los acuerdos de refinanciación”. En RUIZ DE IZA, P.; BARBER MARRERO, L (directores). *II Congreso concursal y mercantil de Salamanca*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2014.
- SÁEZ-SANTURTÚR PRIETO, J. “Cuestiones formales y fiscales de los acuerdos de refinanciación”. En RUIZ DE IZA, P.; BARBER MARRERO, L (directores). *II Congreso concursal y mercantil de Salamanca*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2014.
- “Los deberes de los administradores en la presolvencia” En RUIZ DE IZA, P.; BARBER MARRERO, L (directores). *II Congreso concursal y mercantil de Salamanca*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2014.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Monografías... El acuerdo extrajudicial de pagos*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 1ª, 2014.
- “Aspectos generales del Derecho Concursal”. En SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014.
- “Instituciones preconcursales. Los acuerdos de refinanciación” En SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014.
- “El acuerdo extrajudicial de pagos” En SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Proceso Concursal. Comentarios, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 3ª, 2014.
- DE LA CUESTA RUTE, J. Mª y NÚÑEZ RODRIGUEZ, E. “Finalidad de las instituciones concursales dentro del sistema jurídico”. En DE LA CUESTA RUTE, J. Mª; VVAA. *Derecho Mercantil II*. Editorial: Huygens. Edición 3ª, julio 2014.
- “Disposición adicional 4ª: homologación de los acuerdos de refinanciación”. En PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. *Practicum Concursal 2014*. Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi. Edición 2014.
- ROJO, A. “Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal”. En MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (directores); VVAA. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*. Editorial: Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014.
- ROJO, A. “El derecho preconcursal”. En MENÉNDEZ, A.; ROJO, A.

(directores);VVAA. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen II*.
Editorial:Thomson Reuters, Civitas. Edición 12ª, 2014.

Legislación.

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (original).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (actualizada a 2 de octubre 2015).
- 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 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial..
- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.
- Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Otros documentos.

- PÉREZ BENÍTEZ,J.J *La nueva regulación de los acuerdos de refinanciación*. En *Revista Mercantil El Derecho*, en Elderecho.com. Publicado el 01/05/2014.
- GÓMEZ BILBAO,I. *Los nuevos acuerdos extrajudiciales de pago y la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial*. En Seminario de Derecho Tributario empresarial. Fundación Magín Pont Mestres y Antonio Lancuentra Buerba, Universitat de Barcelona. 9 de mayo de 2014.
- PAJARES,J. *¿Están siendo útiles los acuerdos de refinanciación?* Unión Internacional de Abogados.27/09/2010, Zaragoza.
- MADRIGAL ACOSTA, J. *Introducción al estudio del Derecho concursal*.

Disponible en www.monografias.com

→ Blog de Enrique Moreno. *Reforma concursal por la Ley 9/2015, de 25 mayo, de medidas urgentes en materia concursal*. Disponible en concursoysociedades.blogspot.com.es.

→ GONZÁLEZ PACHÓN, L. Tesis doctoral: *La desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación*. Disponible en www.uvadoc.uva.es

→ RAMÓN y CAJAL:ESTUDIOS. *La declaración del concurso de acreedores*. editor La Ley, 2005.

→ *La homologación de acuerdos de refinanciación*. Por Bufete Barrilero y Asociados. En Revista Jurídica Octubre 2014- Banca y empresa. Publicado el 15/10/2014. Disponible en www.barrilero.com.

→ *Contenido y novedades de la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*. Por CSC Abogados. Publicado en julio de 2015.

→ ENDRES, Stefanie. *El acuerdo de refinanciación y el Scheme of Arrangement inglés*. Publicado(sección artículos de opinión) el 8 de julio de 2011 en www.legaltoday.com

→ CID-LUNA, Álvaro. *Scheme of arrangement, salvavidas o papel mojado para las empresas*. Publicado el 8 de mayo de 2013 (sección jurídico-opinión) en www.expansion.com

→ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. *La gestión de la Empresa en crisis: Acuerdos de refinanciación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 disponible en libros electrónicos de la Biblioteca Uva (almena.uva.es).

→ AZNAR GINER, Eduardo. *La Reforma Concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en Materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Disponible en libros electrónicos de la Biblioteca Uva (www.almena.uva.es).

→ GARCIMARTÍN, F. *El nuevo Reglamento europeo de insolvencia(III): Competencia judicial internacional*. Disponible en www.almacenederecho.org

PÁGINAS WEB.

→ www.iureabogados.com