





LA DESPRIVATIZACIÓN Y DESJUDICIALIZACIÓN  
DEL DERECHO DE INSOLVENCIA  
Especial referencia a los acuerdos de refinanciación



LAURA GONZÁLEZ PACHÓN

**LA DESPRIVATIZACIÓN Y  
DESJUDICIALIZACIÓN DEL  
DERECHO DE INSOLVENCIA**

**Especial referencia a los acuerdos  
de refinanciación**

Prólogo de  
Luis Velasco San Pedro

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Laura González Pachón  
© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6. 28037 MADRID  
☎ 91 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)  
ISBN: 978-84-1381-060-7  
Depósito legal: M. -2021  
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS  
Impresión:

MADRID, 2021

*A mis padres*

*«Melius est pauca dividere quam totum perdere»*

**BENVENUTO STRACCA**

*(Tractatus de mercatura seu mercatore, 1553)*



## PRÓLOGO

*La obra que tiene el lector entre sus manos es un trabajo académico, en el mejor sentido de la expresión: su autora es profesora de la Universidad de Valladolid, su origen es una parte de su tesis doctoral —el más académico de cuantos trabajos se pueden emprender desde la Universidad—, sus objetivos son los que caracterizan la actividad investigadora y su metodología es la propia de la jurisprudencia, esto es, de la ciencia del Derecho, dando a esta expresión el sentido que se le ha venido dando en Alemania. Si lo que el lector buscaba es una guía fácil para ayudarse en la resolución de tal o cual problema práctico, mi consejo es que cierre el libro y, si no es un profesional del Derecho, que busque un abogado especializado, y si lo es y necesita orientación inmediata y pragmática, que acuda a las muchas obras, artículos y blogs que inundan el mercado, donde seguramente encontrará refugio más seguro. Pero si su interés es desentrañar el sentido del Derecho concursal; comprender la naturaleza de los complejos problemas sociales con los que se enfrenta esta rama del ordenamiento; buscar, si lo hubiera, una teoría que explique por qué y cómo se han ido alumbrando, de manera tan accidentada y larga las diversas soluciones a estos problemas que han acabado por cristalizar cuasi universalmente, mi recomendación es que siga leyendo y, además, como se deben leer los buenos libros —y este sin duda lo es, escrito por añadidura en un excelente castellano—, desde la primera hasta la última página.*

*Antes de continuar, me apresuro a deshacer un equívoco al que mi anterior admonición pudiera llevar, si no se hubiera leído con la pausa y la reflexión precisas. Que este libro ni pretenda ni sea una guía fácil para la resolución de problemas prácticos de ninguna manera significa que no tenga ninguna utilidad para ello. Es su leitmotiv, realmente*

*el de toda la jurisprudencia, que es una ciencia cuyo objetivo final es coadyuvar en la resolución de los problemas que se originan en la sociedad, cuando las personas se relacionan entre sí y crean vinculaciones, por lo que no puede prescindirse de ella a la hora de establecer y aplicar las normas jurídicas (lo expresaba muy bien Karl Larenz en el título de su obra Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft). De manera que el jurista preocupado por la práctica, también encontrará en esta obra un potente arsenal intelectual para acometer con éxito tan importante como relevante tarea, a la que de ninguna manera pretendo desvalorizar (como gustaba repetir el maestro Garrigues, «el Derecho es para la vida, y no la vida para el Derecho»).*

*Este libro presenta, lo he adelantado ya, una teoría sobre la articulación actual del Derecho concursal —entendido este en el sentido más amplio posible: soluciones jurídicas a las situaciones de insolvencia (por tanto, también el Derecho pre y paraconcursal)—. El propio título lo revela con claridad: Desprivatización y desjudicialización del Derecho de la insolvencia. Estas ideas no son nuevas y la autora no pretende atribuirse su descubrimiento. Antes otros autores han venido hablando de ellas, para explicar la progresiva publicación o estatización y, en los últimos tiempos, desjudicialización de las soluciones a la insolvencia, en dos procesos que no por ser de alguna manera contradictorios entre sí (los jueces forman parte de la estructura pública de los modernos Estados de Derecho con separación de poderes), han dejado de confrontarse y acompañarse desde al menos el siglo XIX. La primera tendencia —la desprivatización— se trasluciría en los procedimientos paraconcursales de saneamiento de empresas, que han hecho prácticamente desaparecer el concurso e instituciones análogas en el tratamiento de la insolvencia de determinadas empresas que se consideran de un valor crucial o estratégico para las economías. El ejemplo más relevante actualmente es el mecanismo de resolución de entidades de crédito, configurado además con carácter europeo en relación con la Unión Económica y Monetaria en el ámbito de UE. La segunda —la desjudicialización— en las instituciones preventivas del concurso e instituciones análogas, con una minoración progresiva del papel del juez, que desaparece totalmente o ve reducida su actuación a un control ex post cuando se pretende una eficacia heterónoma. Tenemos un claro exponente de ello en la todavía reciente Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia.*

*Pero para verificar cualquier teoría hay que confrontarla con los hechos. Esto es lo que pretende la autora, y consigue de manera persuasiva en el primer capítulo de su obra, donde va examinando de manera minuciosa los sucesivos fines del Derecho de la insolvencia, desde las épocas más remotas hasta la actualidad. Este examen viene justificado no solo por la utilidad de la historia como mejor forma de*

*comprender el presente (el ser humano como homo historicus), sino porque, como en su momento afirmó agudamente el Prof. Guyon, en el Derecho concursal se han sucedido históricamente diversas finalidades que, en su evolución, lejos de haber desaparecido han sido mantenidas, aunque postergadas en función de las nuevas. La reflexión, a partir de la Edad Moderna, se centra fundamentalmente en el Derecho español, y no solo por razones de cercanía y proximidad, sino porque algunos planteamientos, como los que resultaron de la obra de Salgado de Somoza, oidor de la Real Chancillería de Valladolid, tuvieron gran repercusión fuera de nuestras fronteras (especialmente en Alemania), como es bien sabido y destaca la autora. Muy oportuna es en este capítulo la referencia a la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas que, como advirtió nuestro común maestro el Prof. Duque en un memorable trabajo, adelantaba algunas de las soluciones pre y paraconcursoales que luego acabarían consolidándose y trasladándose a otros sectores y que, como es frecuente en el Derecho español, se tuvo que promulgar por la urgencia que ocasionó la tremenda crisis económica de 1863-1868, que arrumbó buena parte del incipiente mercado del crédito y las compañías de ferrocarriles que resultaron de la bienintencionada, pero insuficientemente precavida legislación económica del Bienio Progresista (1854-1856).*

*Realizado este examen histórico, el segundo capítulo de la obra se va a centrar en la reorientación contemporánea de los fines del Derecho concursal, de los que deriva la ya señalada confrontación entre desprivatización y desjudicialización de los remedios preventivos y las soluciones a la insolvencia empresarial. Para ello, conforme avanza el capítulo, la autora va centrando progresivamente el foco en esta segunda tendencia desjudicializadora, dominante en la citada Directiva sobre reestructuración e insolvencia, todavía pendiente de trasposición al Derecho español cuando se escriben estas líneas, pero cuyas soluciones se han anticipado en nuestro ordenamiento a partir de las reformas de 2009 de nuestra legislación concursal, con la introducción, primero, de los llamados acuerdos de refinanciación, y, después, del expediente del acuerdo extrajudicial del pagos.*

*El último capítulo, en un reenfoque final del objetivo de la investigación, se va a circunscribir a un examen del régimen de los acuerdos de refinanciación. Es un acierto de la autora examinar esta cuestión siguiendo la procelosa evolución de este instituto en sucesivas reformas legales, hasta llegar a la situación actual del Derecho español, cuya actualidad, de momento, viene marcada por el Texto refundido (quizás debiéramos decir expandido, visto el resultado) de la Ley concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y por la legislación excepcional de la covid-19. Sus atinadas consideracio-*

*nes iluminan la comprensión e interpretación del conjunto normativo dedicado a la institución.*

*Para finalizar es obligado hacer alguna consideración sobre las circunstancias de este libro y de la autora y su relación con el prologoísta.*

*El libro, como es lo habitual, termina con un punto final. Quizá lo más adecuado, aunque sea inusual, habría sido terminarlo con unos puntos suspensivos, porque es evidente que la evolución del Derecho concursal va a seguir y en el Derecho español se van a producir nuevas e inminentes reformas, no solo por la necesidad de trasponer la Directiva, sino por la tremenda crisis económica que ha originado la pandemia de covid-19, que augura una acumulación de concursos en cuanto cese la moratoria impuesta por las circunstancias, que obligará a reformas legales (por otra parte, ya anunciadas) para no colapsar ya definitivamente nuestro sistema judicial. Alguien podría pensar con algún fundamento que lo más adecuado habría sido esperar a esta reforma legislativa. Pero el mismo problema se le ha planteado a la autora con todas las reformas que se han ido produciendo desde que empezó a estudiar el tema (antes de la promulgación de la Ley Concursal) y que no han dejado de sucederse. En algún momento habría que darlo a la imprenta, y este ha parecido el más adecuado. Por otro lado, como he repetido, se trata de una obra académica y sus consideraciones más valiosas, por ser de política jurídica y de comprensión del papel y función de las instituciones, de alguna manera trascienden a esta legislación, últimamente más de aluvión, que se ha hecho tan frecuente. En España, país de extremos, hemos pasado de la petrificación del Derecho concursal durante buena parte del siglo xx —desde la Ley de suspensión de pagos de 1922 a la Ley concursal de 2003—, al extremo contrario, de reformas galopantes, apresuradas y sin debate, buena parte de manera exprés vía Real Decreto Ley, pues la Ley concursal de 2003 hasta el Texto Refundido de 2020 ;se ha modificado en 28 ocasiones! Von Kirchmann («tres palabras del legislador y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura») no tenía razón, y los trabajos que realmente son científicos —como es el que nos ocupa— acaban perdurando, pese a que los legisladores no solo emitan palabras, sino que a veces, como el español, den voces, además de forma espasmódica.*

*Respecto a la autora: es una académica abnegada, trabajadora ejemplar, que profesa, en el sentido más noble de la palabra, su función de profesora e investigadora del Derecho. Vivimos en un momento en que, al calor de los criterios de acreditación, no es infrecuente confeccionar currículos a medida, teniendo en cuenta lo que puntúa o no, para obtener la oportuna calificación positiva. Frente a esta actitud, Laura simplemente se dedica a lo que nos hemos venido dedicando los*

*profesores universitarios desde que la Universidad existe: a estudiar (aprender e investigar) y enseñar. Le perjudica, pero nos devuelve la esperanza en el quehacer universitario, que solo puede entenderse como misión y no como empleo u ocupación.*

*Respecto a mi relación con Laura: comenzó a trabajar bajo la dirección del Prof. Duque, que como ya he dicho fue también mi maestro. Durante muchos años hemos compartido tareas en la Universidad de Valladolid, ella desde la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación de Segovia, y yo desde la de Derecho de Valladolid. El fallecimiento del Prof. Duque impidió culminar su dirección, que yo asumí como un honor, tratando de trasladar a Laura lo que yo pensaba que le habría dicho el querido y admirado maestro. Como no podía ser de otra manera, ha sido una relación recíprocamente muy fructífera, que continúa en el marco del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid sobre Derecho concursal y Derecho de la competencia y la distribución, que yo coordino y del que Laura es uno de sus miembros. Es una suerte poder seguir el camino universitario en su compañía (y en el de otros muy queridos compañeros y compañeras), máxime en estos tiempos convulsos e inciertos en que vivimos.*

*En Mojados (Valladolid), en febrero de 2021.*

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid



## ABREVIATURAS

<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado.</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil.</i>
<i>ADCo</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal.</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
<i>BORME</i>	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil.</i>
<i>CBE</i>	<i>Circular del Banco de España.</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil.</i>
<i>CCo</i>	<i>Código de Comercio.</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio.</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución española.</i>
<i>Dir. Fall.</i>	<i>Diritto Fallimentare e delle società commerciali.</i>
<i>Dleg.</i>	<i>Decreto Legislativo.</i>
<i>DLey</i>	<i>Decreto de Ley.</i>
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios.</i>
<i>Giur.Comm</i>	<i>Giurisprudenza Commerciale.</i>
<i>LC</i>	<i>Ley Concursal.</i>
<i>LFall.</i>	<i>Legge Fallimentare.</i>
<i>LO</i>	<i>Ley Orgánica.</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial.</i>
<i>LSA</i>	<i>Texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas.</i>
<i>LSC</i>	<i>Ley de Sociedades de Capital.</i>
<i>LSP</i>	<i>Ley de Suspensión de pagos.</i>
<i>PALC</i>	<i>Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal 1995.</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil.</i>
<i>RDL</i>	<i>Real Decreto Ley.</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil.</i>
<i>RdS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades.</i>

<i>Rev.prat.soc.</i>	<i>Revue Pratique des Sociétés.</i>
<i>Rev.proc.coll.</i>	<i>Revue procédures collectives civiles et commerciales.</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General del Derecho.</i>
<i>Riv.dir.comm.</i>	<i>Revista di diritto commerciale.</i>
<i>RPJ</i>	<i>Revista del Poder Judicial.</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista jurídica de Cataluña.</i>
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<i>TRLC</i>	Texto Refundido de la Ley Concursal.

## PRESENTACIÓN

Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, así consagra el art. 1.911 CC el consabido *principio de responsabilidad patrimonial universal*. Cuando el patrimonio del deudor no resulte suficiente para hacer frente al conjunto de sus obligaciones y exista una pluralidad de acreedores cuyas deudas no van a poder ser cumplidas se hace necesario organizar a estos como colectividad o comunidad de pérdidas. La institución que procura la tutela del crédito en el caso de insolvencia del deudor común es el *concurso de acreedores*. Su régimen se contiene actualmente en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC) aprobado el 7 de mayo de 2020 mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Esta regulación ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020 y, entre otras normas, deroga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) y algunas —aunque no todas— de sus disposiciones adicionales y finales.

La promulgación de la LC supuso la consagración de la tan deseada modernización del Derecho concursal. Uno de los principales rasgos del Derecho concursal español desde este momento hasta la actualidad consiste en el principio de *unidad*, entendido desde una triple vertiente: *legislativa*, ya que una sola ley regula los aspectos sustantivos y procesales del procedimiento concursal; *subjética*, al tratarse de un único procedimiento con independencia del carácter civil o mercantil del deudor común, y *procedimental*, ya que el procedimiento es único, el *concurso de acreedores*, aunque con dos posibles soluciones, convenio y liquidación. Es necesario advertir, no obstante, que algunos de estos principios se mantenían más bien formalmente, ya que las sucesivas reformas que experimentó la LC desde su entrada en vigor,

hasta un total de veintiocho, provocaron cambios que modificaban sustancialmente el diseño y funcionamiento de determinados institutos concursales. Este ha sido, precisamente, uno de los motivos de la promulgación del TRLC, resolver algunas incongruencias del texto de la LC, así como problemas interpretativos y sistemáticos que generaban una significativa inseguridad jurídica. Por otra parte, el TRLC busca la preparación de la norma en relación con la futura incorporación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. El texto constituye la base idónea para que en el futuro se pueda acometer la inexcusable trasposición de esta regulación europea.

El sentido y alcance de las reformas que se han ido incorporando al ordenamiento jurídico-concursal han tenido su fundamento en razones de diversa índole. En unos casos, la crisis económica global en la que nos hemos visto inmersos a principios del siglo XXI ha provocado que una buena parte de la legislación concursal se revelara insuficiente y difícil de administrar para hacer frente a la avalancha de concursos acontecidos, especialmente desde el año 2008. Una LC, que apenas comenzaba a andar, tuvo que ser reformada por primera vez a los seis años de su entrada en vigor, situación que contrastaba con la legislación concursal previgente en aquel momento, cuya última modificación se incorporó en el año 1922 con la Ley de Suspensión de Pagos. Actualmente, como consecuencia de la crisis sanitaria originada por la covid-19, el TRLC tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, pretende paliar los efectos económicos del estado de alarma, así como las dificultades económicas de las empresas afectadas por una disminución o un cese de su actividad. En este sentido, el TRLC no supone la derogación de las medidas concursales urgentes que se han aprobado con ocasión de esta crisis sanitaria, como el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia por lo que, al menos temporalmente, convivirán ambas normas lo que previsiblemente generará conflictos especialmente en relación con los plazos de aplicación de unas y otras normas.

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

el cual, algunas de las recientes reformas han procurado reforzar la opción conservativa<sup>1</sup>. La crisis económica ocasionada por la covid-19 generará, con toda seguridad, una segunda ola de concursos.

Por último, la protección de determinados operadores económicos, así como la necesidad de reducir costes temporales y económicos motivaron la aparición de alternativas preconcursales que simplificaron y agilizaron el procedimiento concursal. Es esta última razón de política legislativa la que centra nuestro estudio. Actualmente en España, y anteriormente en los países de nuestro entorno, asistimos a un impulso de la desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis económicas del deudor común. La preferencia de los operadores económicos por soluciones amistosas a las crisis resulta evidente si se toma en consideración el ahorro temporal y de coste económico que supone la declaración de los procedimientos concursales.

Desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días, el Derecho concursal ha ido evolucionando al compás de la aparición y posterior consolidación de los modernos estados sociales y de derecho. Primeramente, se produjo en parte una *desprivatización* de los tradicionales institutos concursales, especialmente en aquellos casos en los que el deudor era una empresa de grandes dimensiones o que formaba parte de un sector de la economía considerado relevante (o de interés general). Asistimos, de esta manera, a la aparición de las llamadas *instituciones preconcursales*, caracterizadas por un fuerte intervencionismo público y que ya suponían una primera *desjudicialización*, al atribuirse el protagonismo del saneamiento a entidades o agencias públicas. Pero también ulteriormente, y sobre todo en las últimas décadas, se está operando una *desjudicialización* del propio Derecho concursal, que opera ya a nivel general o transversal, y que trata de evitar la judicialización de las dificultades de las empresas, fomentando los acuerdos amistosos de reestructuración de la deuda. Actualmente, esta *desprivatización* del Derecho de la insolvencia ha experimentado un nuevo impulso, dada la situación excepcional que vivimos, con la aprobación de un conjunto de medidas destinadas a otorgar ayudas públicas a aquellas empresas en dificultades tanto españolas como extranjeras. Así, la Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de marzo de 2020, sobre el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de covid-19 (2020/C 91 I/01) reformada en mayo de 2020 por la Comunicación de la Comisión Europea por la que se modifica el Marco temporal de medidas de ayuda

---

<sup>1</sup> Las estadísticas disponibles ponen de relieve que solo en torno a un 6,5 % de los concursos declarados terminan en convenio, si bien tanto la LC como el TRLC se postulan a favor de una solución conservativa. Vid. la realizada por el Colegio de Registradores correspondiente al *Anuario Concursal 2019* ([https://www.registradores.org/documents/33383/148294/Anuario\\_Concursal\\_2019.pdf/077db697-9d41-19c2-5673-7678cc9500d7?t=1593423594649](https://www.registradores.org/documents/33383/148294/Anuario_Concursal_2019.pdf/077db697-9d41-19c2-5673-7678cc9500d7?t=1593423594649)).

estatal para apoyar la economía en el brote actual de covid-19 [2020 C (2020) 3156 final] que incorpora la controvertida sección 3.11 sobre medidas de recapitalización, cuya aplicación se extenderá hasta el 1 de julio de 2021. En España estas medidas de apoyo al tejido productivo se han traducido en la promulgación del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, así como en el RDL 27/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo.

Este trabajo se centra fundamentalmente en este último aspecto, que en el Derecho vigente en España tiene dos manifestaciones: los *acuerdos extrajudiciales de pagos*, diseñados específicamente para deudores de menores dimensiones y los *acuerdos de refinanciación*, a los que pueden acogerse deudores de cualquier dimensión, pero especialmente idóneos para los de mayor tamaño. Con todo, se va a prestar especial atención a estos últimos ya que son los más utilizados para resolver las situaciones de insolvencia empresarial, que es la que principalmente nos interesa aquí<sup>2</sup>. Los acuerdos de refinanciación aparecen por primera vez en la legislación española en el del RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, y posteriormente se regulan con mayor detalle en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Esta última realidad se ha traducido en la regulación por primera vez de manera sistemática del *Derecho preconcursal* en el TRLC, en su Libro II, dividido en cuatro títulos independientes: el primero tiene como objeto la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; el segundo se ocupa de los acuerdos de refinanciación, cuyo contenido, tan trabajosamente diseñado por el legislador, adquiere un mínimo de unidad y autonomía que se reclamaba; el tercero es el relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago, cuya disciplina se añadió a la Ley Concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de junio; y el último se ocupa de las especialidades del concurso consecutivo, sea a un acuerdo de refinanciación, sea a un acuerdo extrajudicial de pagos.

<sup>2</sup> En 2019 únicamente hubo 25 expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos que afectasen a personas jurídicas, presumiblemente empresas, frente a 4.421 que afectaron a personas físicas: *Anuario Concursal 2019* del Colegio de Registradores. En cuanto a los acuerdos de refinanciación homologados, que son los únicos de los que hemos podido localizar datos estadísticos, según el REFOR hubo 62 en 2018 y 74 en 2019: datos extraídos de [http://www.economistas.es/Contenido/REFor/Datorefor/acuerdos%20refinanciacion%20C3%B3n%20hasta%20mayo%202020.pdf?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=dato-refor-de-la-semana-220-informe-global-insolvencias-enero-2020\\_126](http://www.economistas.es/Contenido/REFor/Datorefor/acuerdos%20refinanciacion%20C3%B3n%20hasta%20mayo%202020.pdf?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=dato-refor-de-la-semana-220-informe-global-insolvencias-enero-2020_126).

Este trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero se realiza una aproximación histórica a la evolución de las instituciones concursales; en este marco se prestará especial atención al contexto español, con objeto de descubrir las principales orientaciones a las que paulatinamente ha respondido para comprender mejor la situación a la que se ha acabado arribando en la actualidad.

En el segundo capítulo se profundiza en la tendencia a la desjudicialización del Derecho de la insolvencia que manifiesta el actual Derecho concursal español, analizando los cambios que el agravamiento de la crisis económica en los últimos años ha producido en sus paradigmas y funciones.

En el tercer y último capítulo, se aborda el estudio del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación, así como de algunas instituciones conexas, como el régimen de la llamada *preconcuralidad*, la rescisión y la aportación de nuevos recursos (*dinero nuevo*).



# CAPÍTULO I

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

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La confluencia de un deudor insolvente y una pluralidad de acreedores que pretenden la satisfacción íntegra de sus créditos ha existido siempre<sup>2</sup>. Ahora bien, el tratamiento que ha recibido el incumplimiento del deudor común es lo que ha ido variando a lo largo del tiempo y del espacio<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vaya por delante una aclaración terminológica. A lo largo del presente trabajo la figura del deudor común que queda sometido al concurso en virtud del TRLC, podrá serlo *cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*. Las razones de la dualidad de procedimiento atendiendo a la condición comercial o no comercial del deudor, desde hace décadas ha perdido toda su virtualidad, de manera que la unidad de disciplina que venía siendo reclamada por toda la doctrina, fue finalmente incorporada en la redacción originaria de la legislación concursal de 2003. Sin embargo, en la práctica el TRLC, como también la LC, será aplicable, en la mayoría de los casos, a empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones, razón por la cual el presente estudio se centrará preferentemente en la insolvencia de esta clase de deudores.

<sup>2</sup> Decía SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. 1, Barcelona, 1974, p. 44, que «desde los más remotos tiempos y las más antiguas civilizaciones, el deudor fue sañudamente perseguido e implacablemente castigado».

<sup>3</sup> *Vid.* sobre la evolución del Derecho concursal español anterior a la codificación, ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970; *vid.*, también, en relación con la evolución del Derecho concursal español y comparado el trabajo de PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.

En relación con las empresas, antes los comerciantes, desde que existen en el tráfico económico ha sido y sigue siendo recurrente que atraviesen por dificultades económicas; es más, la crisis en el patrimonio del empresario no debe ser considerada como un hecho aislado o como un *accidente individual*, consecuencia exclusiva de su mala gestión. La evolución general de la economía, los cambios en el mercado, la frecuente invocación del crédito por el empresario, los cambios tecnológicos, la competencia o la escasa demanda son, entre muchos, factores que pueden incidir de manera negativa en el desarrollo de la vida empresarial<sup>4</sup>.

En este sentido, la *primera gran crisis del siglo XXI*, cuyo inicio se sitúa en el año 2008, puso de relieve que determinados acontecimientos internacionales, singularmente dificultades económicas de los bancos de inversión norteamericanos, pueden afectar de manera decisiva a sectores clave de numerosas economías nacionales. Como un efecto dominó, el hundimiento de los mercados financieros, supuso el derrumbe de las Bolsas, colapsando estas a su vez el crédito y provocando una paralización de la actividad económica, lo que en España se tradujo en un desmoronamiento, en especial, del sector inmobiliario y de la construcción<sup>5</sup>. Pues bien, esta crisis, considerada hasta ahora como la más grave de la historia moderna, arrastró a múltiples empresas al concurso, con independencia de su buena o mala gestión y de su tamaño, sin mediar en muchos casos posibilidad alguna de salvación<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Traemos aquí las palabras del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, en «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, XXXIII, 1980, p. 45, para quien «la invocación al crédito por el empresario para financiar su actividad y la sincronización de los elementos activos (créditos) con los pasivos (deudas) de su patrimonio pone de manifiesto la importancia que posee en el tráfico comercial e industrial el *puntual y completo cumplimiento de las relaciones jurídicas*».

<sup>5</sup> La economía española experimentó una etapa de bonanza económica entre los años 1996 y 2007. Parece que existe un acuerdo en que la primera señal de alarma se produce en Estados Unidos con la crisis de las hipotecas *subprime* en agosto de 2007. La crisis estalla definitivamente en agosto de 2008 con la quiebra del banco de inversión *Lehman Brothers* extendiéndose de forma alarmante por todo el sistema financiero internacional y casi de manera inmediata en la economía productiva de numerosos países. *Vid.* el interesante estudio sobre las crisis sufridas en España desde el siglo XIV hasta la actualidad, LLOPIS y MALUQUER DE MOTES, *España en crisis. Las grandes depresiones económicas, 1348-2012*, Barcelona, 2013; para una visión de la actual crisis económica, *vid.* GARICANO, *El dilema de España*, Barcelona, 2014; GARCÍA y RUESGA (coords.), *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.

<sup>6</sup> En plena crisis económica, el número de concursos creció en el primer trimestre de 2009 un 266 % respecto del mismo periodo del año anterior, con un incremento que alcanzó el 330 % en los procedimientos ordinarios. El mayor porcentaje de las insolvencias en el primer trimestre de 2009 afectó a las empresas del sector de la construcción (35 %), así, entre los años 2008 y 2009 se presentaron en los Juzgados de lo Mercantil concursos de gran trascendencia de, entre otros, las constructoras *Martinsa Fadesa* (7.155 millones de euros), *Habitat* (2.807 millones de euros), *Tremón* (919 millones de euros), *Nozar* (1.563 millones de euros) y *Lábaro* (750 millones de euros). Ha de retenerse que antes de la gran crisis de 2008 había en España unos 1.000 concursos al año que llegaron hasta un máximo de 10.000 en 2013 hasta llegar a 4.000 en 2019.

En la actualidad, el número de empresas que se declararon en concurso de acreedores se ha desplomado cerca del 22,3 % en el primer trimestre de 2020 a consecuencia, en gran medida, de la limitación de la actividad judicial derivada del Estado de alarma decretado a mediados de marzo, aunque cabe esperar una avalancha de procedimientos en los próximos meses, ya que la pandemia de covid-19 ha reducido aproximadamente un 60 % la información suministrada por los juzgados<sup>7</sup>.

Atendiendo a la gravedad de las crisis empresariales, en palabras del profesor Guyon<sup>8</sup>, las medidas que se pueden acometer varían, como también lo hacen, en función del momento histórico en el que estas pretendan desplegar sus efectos. En este sentido, en lo que concierne a las medidas que deberían ser adoptadas por la legislación concursal en los casos de dificultad económica del deudor común, destacamos: en primer lugar, el establecimiento de mecanismos necesarios susceptibles de prevenir las dificultades económicas para, a continuación, procurar la recuperación de aquellas empresas que se encuentren en situación temporal de morosidad, pero que son susceptibles de mejorar su situación económica. Si estas medidas prioritarias fracasan, en segundo lugar, la ley debería establecer las reglas que permitan liquidar el patrimonio del deudor común asegurando el pago entre los acreedores de conformidad a la *par conditio creditorum* y, por último, el legislador dictaría las sanciones o medidas de seguridad dirigidas exclusivamente a aquellos deudores deshonestos o *notoriamente incompetentes* con el fin de que resulten expulsados de la vida de los negocios.

A modo de compendio de lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que el Derecho concursal presentaría cuatro grandes objetivos que por ambiciosos que estos sean, todos deben orientar la labor del legislador. Así, la prevención de la insolvencia o de la dificultad económica

---

<sup>7</sup> No se oculta la previsión de una avalancha de concursos una vez finalizado el Estado de alarma. El ministro de Justicia, en su intervención en el Senado el día 21 de mayo de 2020, afirmó que se espera un incremento de concursos del 246 % en 2020 y del 619 % en 2021, cuya razón de ser fija en el art. 11 RDL 16/2020 (La Ley 5843/2020). Conforme se establece en el art. 43 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, hoy derogado, se permitía no solicitar la declaración de concurso en los siguientes dos meses desde que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia, sin que se aceptaran a trámite concursos necesarios (se entiende, además, que incluso si se presentan concursos necesarios transcurridos dos meses, los concursos voluntarios tendrían preferencia ante el juez). Pues bien, dados los plazos que se manejan, es razonable pensar que hasta febrero de 2021 no comiencen a presentarse concursos consecuencia de la crisis derivada de la covid-19. Sin necesidad de acudir a una cuestión de plazos, consideran que tal avalancha de concursos no ha de producirse necesariamente, cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA, «Reflexiones y propuestas en materia concursal y preconcursal para la crisis producto del SARS-CoV2», *Almacén de Derecho*. [Consultado el 27 de abril 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/reflexiones-y-propuestas-en-materia-concursal-y-preconcursal-para-la-crisis-producto-del-sars-cov2>.

<sup>8</sup> Vid. GUYON, *Droit des affaires*, vol. 2, Paris, 2003, pp. 2-50.

de la empresa<sup>9</sup>, la recuperación de empresas en situación económica comprometida pero susceptibles de recuperación económica<sup>10</sup>, la liquidación del patrimonio del deudor común en situación de dificultad financiera irremediable<sup>11</sup> y, por último, el establecimiento de sanciones para aquellos deudores considerados deshonestos. En conexión con las sanciones sobre el deudor, resulta conveniente poner de relieve que históricamente la situación de insolvencia del deudor común ha estado relacionada con la idea de culpabilidad, de manera que sobre su conducta han pesado no solo consecuencias de índole económica sino también una consideración peyorativa que se puede resumir en el conocido anatema *decoctor ergo fraudator*, manteniéndose durante muchos años, hasta el punto de convertirse en un significativo coste reputacional con importantes implicaciones<sup>12</sup>. Traemos aquí las pala-

<sup>9</sup> La prevención en relación con el principio de conservación de empresa se ha revelado como uno de los principales objetivos del Derecho concursal desde al menos finales del siglo XIX, coincidiendo en Europa con la quiebra de grandes sociedades, en particular, compañías de ferrocarriles, que dado su volumen de capital y de medios personales, supuso un importante reto para un Derecho concursal que en la época resultaba ser eminentemente liquidativo. No obstante, la plasmación de este planteamiento en los principios de política jurídica que inspiran el Derecho concursal no se produjo hasta la segunda mitad del siglo XX. *Vid.*, en relación con las quiebras de las compañías de ferrocarriles en el siglo XIX, el exhaustivo trabajo del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, RDP, 1981, pp. 113 a 181. Nótese que cuando se alude a la prevención de la insolvencia como una de las medidas del Derecho concursal, es necesario poner de manifiesto que a los efectos de medidas preconcursales que se pueden adoptar, debe establecerse una distinción entre *prevención* de la insolvencia y *remoción de la insolvencia* en fase preconcursal, ya que en este último caso, y para cuando se pretenden quitas y/o esperas consentidas por las partes, se suscita la legalidad de medidas preconcursales una vez que la insolvencia ya se ha manifestado. *Vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en AAVV, PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores*, Madrid, 2012, p. 51.

<sup>10</sup> La necesidad de incorporar la recuperación empresarial a los fines del Derecho concursal aparece ligada a la prevención y su manifestación más temprana se produce, como es sabido, en el Derecho francés con la *Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* y la *Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, único ordenamiento que ha incorporado de manera sistemática la prevención y recuperación de las empresas mediante institutos preventivos reorganizativos. Es necesario advertir, como se verá más adelante, que no se trata de conservar a toda costa empresas en dificultades económicas en el mercado ya que el *redressement* queda condicionado a la necesaria viabilidad de aquella, de manera que solo si su recuperación es posible, resultará de aplicación este instituto.

<sup>11</sup> La finalidad solutoria ha sido el objetivo clásico del Derecho concursal que solo comienza a ser compartida con otros fines de carácter conservativo a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de la aparición de nuevos principios de política jurídica consecuencia, a su vez, del modelo político-económico de la economía social de mercado.

<sup>12</sup> Los costes reputacionales junto con los económicos y los temporales han supuesto que las soluciones extrajudiciales a la crisis económica del deudor común sean la opción preferida por los operadores económicos, en particular, la gran empresa, frente a los tradicionales procesos concursales.

bras del profesor Garrigues en relación con la quiebra, al afirmar que esta «engendra una presunción de mala fe en el quebrado, en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor»<sup>13</sup>. Veremos cómo esta connotación negativa sobre la persona del deudor se ha mantenido durante un dilatado periodo de la historia, si bien, cada vez más atemperada hasta llegar al TRLC, en línea con la LC, proclive a un tratamiento menos punitivo del deudor de conformidad a las exigencias constitucionales y los principios generales del Derecho penal<sup>14</sup>.

Luego, de lo precedente se desprende que el Derecho concursal así entendido, comprendería una serie de medidas de carácter heterogéneo que varían atendiendo al momento histórico y al lugar en que se manifiestan, pero que en todos los casos presentan determinados elementos comunes<sup>15</sup>. En este sentido, atendiendo las palabras del profesor Duque, «están abocadas al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretendan definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándole unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla»<sup>16</sup>.

Ahora bien, antes de descender a la explicación de estas medidas, en especial, a la intensidad con la que estas se presentan en la legislación concursal española, es necesario precisar las siguientes ideas:

En primer término, algunas de estas medidas, si no todas, se han solapado en una misma legislación concursal en un momento histórico

<sup>13</sup> Vid. GARRIGUES, «Derecho de quiebras y de las suspensiones de pagos», *RDP*, t. XXIV, núm. 281, Madrid, 1940, p. 463.

<sup>14</sup> La disciplina concursal desde el punto de vista del Derecho penal supone la transición de la responsabilidad penal por *daño objetivo* del Derecho histórico a la *responsabilidad por culpa* del Derecho moderno. En opinión de Rocco, *Il fallimento. Teoria Generale e origine storica*, Milano, 1962, p. 113, «il diritto moderno ha compreso che il fallimento, in sé, non può essere considerato come un reato. Il fallimento, è semplicemente un fatto dannoso, come sono fatti dannosi la morte di un uomo, la perdita del possesso di una cosa, la deteriorazione di un immobile, la diminuzione della pubblica estimazione, e via dicendo».

<sup>15</sup> Vid. SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso* [consultado el 9 de septiembre de 2018]. Disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis-Maria-Luisa-Sanchez-Paredes.pdf>, sostiene en la p. 13 que «no cabe duda de que existe una evidente interdependencia entre las soluciones previstas por el Derecho concursal para dar respuesta a los conflictos de los intereses que se producen en las situaciones de crisis económica y los principios de política económica y social que inspiran las distintas legislaciones en la materia, variables según los países y los momentos históricos. Entre estos elementos comunes bien podríamos situar en un primer momento, la liquidación y el reparto de bienes como medios prioritarios para satisfacer a los acreedores, a continuación, la conservación de la empresa como un objetivo *per se* a cumplir por el Derecho concursal y no como un medio de satisfacción de los acreedores, para situarnos en la actualidad, en fin, la conservación de la empresa y la liquidación como medios complementarios que persiguen la mejor satisfacción de los acreedores»; *vid.*, también, CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, pp. 22 y 23.

<sup>16</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre...», *op. cit.*, p. 76.

determinado<sup>17</sup>. En este sentido, la incorporación de nuevos principios de política jurídica no excluye, sin embargo, finalidades históricamente perseguidas por la legislación concursal<sup>18</sup>. Y es que una pluralidad de circunstancias de naturaleza política, económica o social son las que históricamente han determinado el predominio de unas medidas sobre otras.

En segundo término, téngase en consideración que, con carácter general, el Derecho concursal nunca podrá convertir lo que ha sido un fracaso económico o empresarial en un éxito<sup>19</sup>. Ni la prevención, ni la recuperación de empresas viables pueden tampoco pretender este fin. De modo que a lo que debe aspirar esta disciplina es a ocasionar el *menor mal posible*, lo que en la práctica se traduce en la posibilidad de dictar leyes que no comprometan más aún el pago de los acreedores agravando la situación patrimonial del deudor y, procurando en todo caso, que la satisfacción del interés de los acreedores en el cobro de sus créditos constituya la finalidad principal de los procedimientos concur-

<sup>17</sup> Así, especialmente en relación con el Derecho concursal francés, con la incorporación en 1985 de un nuevo *Derecho de empresas en dificultad*, dividido en tres leyes principales, se buscaba tanto la prevención de las situaciones de crisis económicas de las empresas, como la recuperación de las mismas manteniendo la actividad y el empleo y en el caso de que esto no sea posible una liquidación judicial. Todo ello sin perjuicio de las sanciones atribuibles al deudor común. Vid. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., p. 8, «*L'évolution historique de la faillite montre que trois finalités se sont succédées. Dans un premier temps, le législateur a voulu punir le commerçant qui n'honorait pas ses engagements. Puis il a voulu protéger les créanciers impayés. Enfin, à une époque beaucoup plus récente, il s'est préoccupé d'assurer la survie des entreprises qui méritaient d'être sauvées. Mais ses finalités n'ont jamais été exclusives, bien au contraire. La recherche d'un objectif nouveau n'exclut pas les finalités anciennes, même si le caractère de l'institution se modifie*»; también, vid. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995, p. 29.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, la finalidad punitiva, aunque destacada en el origen histórico del Derecho concursal, singularmente en el Derecho romano con la *manus iniectio*, podemos entender que se mantiene en la actualidad por la vía de la calificación de la quiebra en el Derecho previgente y del concurso en la actualidad, si bien, como es lógico, de manera atenuada. Es necesario advertir, no obstante, qué problemas de técnica legislativa al incorporar estos nuevos principios de política jurídica pueden conducir al mantenimiento de fines respecto de los cuales no estaba prevista su coexistencia.

<sup>19</sup> Sobre el Derecho concursal como el derecho del fracaso, decía CARRERAS LLANSANA, *Situación actual del Derecho concursal español*, Barcelona, Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 1986, pp. 9 y 10, que: «En el siglo pasado, con la mitigación muy moderada del vigente Código de Comercio, el ordenamiento vigente entonces imponía como solución general y única la liquidación del patrimonio del comerciante o empresario que sobreseía de modo general en el pago corriente de sus obligaciones, cualquiera que fuese la causa del sobreseimiento o cesación. Estos equivalían al fracaso profesional del comerciante o empresario, y convenía al estamento mercantil excluirlo del negocio y, previa liquidación de sus bienes, distribuir el producto de la misma entre los acreedores, guardando el principio fundamental de la *par conditio*». En este sentido también, la Exposición de Motivos de los Materiales para la reforma de la legislación concursal de 1995, recogiendo la opinión de su autor, el profesor Rojo, apuntaba que «naturalmente no se puede pretender que la legislación concursal cumpla función de taumaturgo, convirtiendo en prósperas empresas inviables».

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

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

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

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

### 2.1. Derecho romano

Ante todo, conviene hacer notar que el vasto conocimiento jurídico del pueblo romano conoció institutos destinados a regular el concurso de acreedores del deudor insolvente<sup>20</sup>. Aquí cabe reiterar que tampoco pudo hablarse de un auténtico Derecho mercantil en Roma, al menos con el sentido de especialidad característico de esta rama del ordenamiento jurídico<sup>21</sup>.

Así pues, no existiendo propiamente un procedimiento concursal, similar al que conocemos en la actualidad, podemos afirmar que sí

---

<sup>20</sup> Así es reseñado por la doctrina más clásica, *vid.* SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 276 y ss.

<sup>21</sup> No obstante, sí encontramos normas aisladas y específicas dirigidas al comercio y a los mercaderes del momento. *Vid.* REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, Madrid, 1941, pp. 55 y ss.; GIRÓN TENA, *El concepto de Derecho mercantil*, ed. separada del ADC, Madrid, 1954, pp. 704 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, «El Derecho mercantil, origen y evolución histórica», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, 2005, p. 6.

existieron instituciones que defendían los intereses de los acreedores con efectos equiparables. En todo caso, no fue hasta la Edad Media cuando nació un Derecho concursal propiamente dicho<sup>22</sup>.

En lo que concierne a los efectos del incumplimiento de las obligaciones por el deudor común, hasta la promulgación de la consabida *Lex Poetelia Papiria*, el Derecho romano se caracterizó por una crueldad extrema sobre la persona del deudor<sup>23</sup>. Este especial rigor se fue mitigando con el paso del tiempo hasta llegar a la *cessio bonorum*<sup>24</sup>, de

<sup>22</sup> Vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970, p. 1, quien precisaba sobre este punto que «la quiebra mercantil no es una creación de la dogmática moderna. El procedimiento de la misma aparece configurado en las fuentes legales de la Baja Edad Media, y a fines del siglo XIII encontramos en una Ley de Cortes catalana el término “abatut”, sinónimo del castellano “quebrado”, con que se designa la situación del banquero que debe pagar en una determinada fecha y que, llegado el momento, se encuentra sin numerario ni bienes con que hacer frente a sus obligaciones». Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962, p. 355, quien precisaba sobre este punto que: «En el Derecho romano predomina el principio privatístico: el procedimiento en caso de insolvencia del deudor era un procedimiento de autodefensa dirigido por los mismos acreedores, a quienes, con la puesta en posesión de los bienes, se les atribuye un derecho patrimonial: el de promover la venta y repartirse el precio». En este sentido, declara URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, pp. 1023 y ss., que «los procedimientos romanos de ejecución eran privados, dirigidos por los propios acreedores, y hace falta entrar muy de lleno en la Edad Media para que gane terreno la concepción publicista de la ejecución colectiva contra los bienes del deudor insolvente»; en el mismo sentido.

<sup>23</sup> Se puede decir que la crueldad de la prisión por deudas, así como la ejecución sobre la persona del deudor (*manus iniectio*), fue superada por medio de la *Lex Poetelia Papiria* posiblemente en el año 326 a. de C., en virtud de la cual se sustituyó la ejecución personal del deudor por la ejecución patrimonial. En este punto resulta fundamental la obra de ROCCO, *Il fallimento. Teoria Generale...*, op. cit., pp. 122 y ss. quien en relación al origen histórico del Derecho concursal señala que «la reacción del acreedor, en ningún momento trataba de obtener una satisfacción de sus bienes que en una época de propiedad colectiva el deudor no poseía, buscaba por el contrario la venganza por la ofensa ocasionada por el deudor, provocando posiblemente la intervención del grupo». Para un estudio completo acerca del régimen jurídico español de la quiebra previo a la codificación española, vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970.

<sup>24</sup> Por medio de la *cessio bonorum* y la *bonorum ditractio*, surge en el Derecho romano un sistema de ejecución patrimonial donde el presupuesto ya no es el incumplimiento de la sentencia dictada por el magistrado contra el *confessus* o *iudicatus* sino el estado de insolvencia del deudor. Posteriormente con la *missio in bona* en el Derecho romano comienza a perfilarse una institución que se asemeja a la quiebra, al existir una masa de acreedores como colectividad sometida a una igualdad de trato, la llamada *par conditio creditorum*. En un estadio posterior, se sustituye este procedimiento por la *cessio bonorum*, en virtud del cual el deudor podía eludir tanto la prisión como la infamia inherente a estos procedimientos, declarando en forma solemne ante el magistrado la puesta a disposición de los acreedores de todos sus bienes, cediéndoselos para que se cobren sus créditos con el producto de su venta. Vid., sobre el particular, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962, p. 354, quien en relación con el Derecho romano apunta que tras la Ley Poetelia «los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado (*iudicatus*) o ha confesado sus deudas (*confessus*) o no ha comparecido por la causa que sea (fuga, ocultación, rebeldía). También LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000, pp. 36 y ss.; ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico I*, Barcelona, 2001.

manera que el deudor pudo llegar a eludir no solo la prisión por deudas sino también la infamia inherente a estos procedimientos de ejecución.

La doctrina ha puesto de relieve la existencia de lo que podríamos denominar un *convenio embrionario*, antecedente más remoto del convenio tal y como lo conocemos en la actualidad, en relación con el Derecho romano sucesorio. En efecto, el *pactum ut minus solvantur*, destinado al heredero, ilimitadamente responsable por las deudas del difunto, se arbitraba como medio de evitar esta responsabilidad para el caso de alcanzar los oportunos acuerdos con los acreedores del causante<sup>25</sup>. Lo relevante para el Derecho es que, en virtud de este pacto, se genera una obligatoriedad para la minoría de la disciplina de la mayoría, si bien con intervención judicial.

La mayor perfección del Derecho sucesorio en Roma hizo que el *pactum ut minus solvantur* con el tiempo fuera cayendo en desuso de manera que, posteriormente, con las Constituciones Imperiales se regulara una moratoria, principalmente a través de quitas y esperas, destinadas únicamente a deudores de buena fe que ofrecían sus bienes a sus acreedores, o con una espera de cinco años, a elección de los propios acreedores, se decidía lo que más conviniera por mayoría de capital y no de número. Ahora bien, es necesario destacar que esta ampliación temporal no buscaba una libre estipulación entre deudor y acreedores —que pudieran resolver libremente las dificultades del

---

<sup>25</sup> Vid. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, p. 18, al decir que: «L'accordo tra i creditori di una eredità oberata e l'erede, per indurlo ad adire l'eredità o a non far uso del beneficium abstinendi, è l'istituto del diritto romano, che più di ogni altro può riannodarsi al concordato, sia per una ragione estinseca di somiglianza nella struttura giuridica, sia perchè fu esso il punto di appoggio, che permise alla dottrina del diritto comune di acogliere il nostro istituto, creato dai nuovi bisogni della vita commerciale e per la prima volta disciplinato dalle legislazioni statutarie italiane»; también vid. NAVARRINI, *La quiebra* (trad. de De Hernández Borondo), Madrid, 1943, p. 12, quien en relación con el Derecho sucesorio romano afirma que «la solución a los problemas que se derivaban de la insuficiencia del importe de la venta de los bienes del deudor para satisfacer a todos sus acreedores; pues en tales casos el deudor siempre continuaba obligado frente a aquello, a no mediar un convenio primeramente concretado al caso de herencia gravada (*pactum ut minus solvantur*), y después, como acuerdo de la mayoría de los acreedores, obligatorio para la minoría de condonar al deudor una parte de su deuda (*pactum de non petendo*)». Vid., también, RUBIO, «El principio de conservación de la empresa y la disolución de las sociedades mercantiles», *RDP*, 1935, pp. 289 y ss., quien afirmaba que «en el mismo Derecho romano existía un supuesto en el que la Ley buscaba mantener la sociedad, a pesar de la falta de alguno de sus elementos personales. Ello se deriva de la expresa autorización del pacto de continuación entre los socios sobrevivientes, que pasa también a la Ley de Partidas»; se ha de atender a lo que señala PÉREZ DE LACRUZ, «Cuestiones en torno al convenio de quiebra» en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. R. Uría*, Madrid, 1978, p. 528, «el pacto descrito muestra acusados puntos de coincidencia con el actual convenio concursal en cuanto parte del presupuesto de una situación de insolvencia del patrimonio responsable a la que se pone remedio mediante reducción proporcional de los créditos, consentida por la mayoría de sus titulares y supliendo la aprobación judicial la falta de consenso de ausentes y disidentes».

deudor— al margen de control alguno, ya que el poder imperial seguía supervisando su desarrollo de manera que solo en determinados casos se concedía a los deudores la posibilidad de una moratoria<sup>26</sup>.

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

## 2.2. Derecho intermedio

Como es sabido, los orígenes del Derecho mercantil, entendido como ordenamiento jurídico separado del común, se sitúan en la Baja Edad Media (siglos XIII y XIV) en el seno de las florecientes ciudades del norte de Italia<sup>27</sup>.

En este momento y en lo que al derecho de la insolvencia se refiere, dos son las corrientes que se forman a lo largo de este periodo de tiempo en relación con los sistemas de ejecución universal del patrimonio del deudor común: la privatista y la publicista<sup>28</sup>.

La primera, que evidencia el carácter privado de las ejecuciones universales y que se presenta como heredera del Derecho romano, concibe la ejecución por los acreedores solo como ejercicio de autoayuda, no teniendo el juez otra misión que la de asistirles para la protección de sus derechos. En la publicista, surgida bajo la influencia del Derecho visigodo, en la que la autoridad judicial preside en todo momento los procedimientos de ejecución colectiva, se busca principalmente sancionar al deudor quedando relegados los intereses privados a un segundo plano.

En la Edad Media los procedimientos de ejecución concursales eran especialmente rigurosos y aparecían necesariamente asociados a la idea de fraude. Por todos es conocido el célebre anatema de Baldo

<sup>26</sup> Vid. LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>27</sup> El Derecho mercantil desde estas ciudades se extendió a los Países Bajos, posteriormente a la Liga Hanseática (Lubeck, Hamburgo y Bremen) para llegar finalmente al resto de Europa. Vid. GALGANO, *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, 1981, pp. 37 y ss.

<sup>28</sup> El estudio de estas dos corrientes resulta de extraordinario interés en relación con el devenir del carácter privado o público de los Derechos concursales europeos. Vid., especialmente, sobre el origen del *fallimento* en la Edad Media y las particularidades de las corrientes pública y privada del Derecho concursal, ROCCO, *Il concordato nel fallimento...*, *op. cit.*, pp. 165-201, especialmente pp. 169-174; *vid.*, sobre el carácter privado del Derecho romano, GARRIGUES, «Derecho de las quiebras y de la suspensión de pagos», *RDP*, 1940, núm. 281, p. 134; igualmente, en relación con el carácter privado de los procedimientos de ejecución romanos, *vid.* URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1994, p. 963.

degli Ubaldi, quien en el siglo xv había calificado a los deudores *come persone faciles ad mentiendum et collumdendum* concluyendo con la conocida expresión de *decoctor ergo fraudator*<sup>29</sup>.

La evolución histórica del *pactum ut minus solvantur*, considerado como el antecedente más remoto del convenio concursal, nos lleva a considerar que una vez que este expediente deja de ser útil, fundamentalmente como consecuencia del reconocimiento de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, los estatutos italianos comienzan a regular un convenio con soluciones semejantes a las del Derecho romano, aunque todo apunta que desvinculado de aquel<sup>30</sup>. En efecto, en opinión de Santarelli<sup>31</sup>, este acuerdo, considerado como un verdadero *convenio concursal*, podía lograr una satisfacción de los intereses de los acreedores más ventajosa que la tradicional liquidación patrimonial.

En Castilla, podemos afirmar que ya en el *Código de las Siete Partidas*, principal legado del Derecho castellano del siglo xiii<sup>32</sup>, nos

<sup>29</sup> Citado por autores contemporáneos y repetido en numerosas ocasiones siglos después. Vid. PIRAS, en AAVV, *Diritto Fallimentare*, Milano, 2008, p. 18, quien en el prólogo apunta que «La presunzione di frode aveva conseguenze gravi: dall'arresto, al bando, col quale si poneva il fallito fuori di legge (in caso di fuga); alla tortura (prevista, ad es., nei Capitula mercatorum di Lucca); all'affissione dell'effigie sui muri dei pubblici edifici; alla imposizione di contrassegni di pubblica infamia, con l'obbligo di portare un berretto bicolore, bianco e verde; e persino alla morte (in caso di perdurante latitanza)». No obstante, es preciso advertir que este concepto sancionador se mantiene en Europa a lo largo de la Edad Media, si bien en España, la sanción de la prisión por deudas y su finalidad coercitiva para el pago se fue atemperando abriéndose paso en algunos fueros a otras medidas tales como el servicio personal del deudor insolvente a favor de los acreedores insatisfechos. Vid. CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho concursal*, Madrid, Colex, 2000, p. 32, «pronto se advirtió que la prisión por deudas no siempre desincentivaba comportamientos inconvenientes y, por lo general, era un mal remedio: con ello no se cobraba mejor y muchos hombres morían en prisión. Ningún rey estaría dispuesto a perder brazos para sus causas, y así no nos sorprende que, tras la peste de 1348, Pedro I (Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado a Sevilla en 1360, ley XIX), suprimiera la prisión por deudas».

<sup>30</sup> Cfr. PÉREZ DE LA CRUZ, «Cuestiones en torno al convenio...», *op. cit.*, p. 528, al decir en relación con la evolución del *pactum ut minus solvatur* del Derecho romano «cae en desuso en el Derecho Justiniano al carecer de utilidad una vez que se admite la aceptación de la herencia a beneficio de inventario; ello permite afirmar, probablemente con razón, a los historiadores de la materia que cuando en los estatutos italianos del Medioevo hallamos ya debidamente regulado el convenio, sus redactores operaron probablemente sin conocimiento del recedente romano aunque alcanzaron soluciones muy semejantes».

<sup>31</sup> La influencia que el Derecho estatutario italiano ejerció en Francia, particularmente en las Ordenanzas de Colbert de 1673 y posteriormente en el Código napoleónico de 1804, hizo que a través de estas fuentes llegara al Derecho español olvidándose con ello de precedentes autóctonos. Vid. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento...*, *op. cit.*, p. 276.

<sup>32</sup> El rechazo que las aspiraciones alfonsinas tuvieron en 1272 y el carácter acusadamente doctrinal y poco práctico de su contenido determinaron que las Partidas no tuvieran vigencia oficial en Castilla durante bastante tiempo. No fueron promulgadas oficialmente, si bien en 1348 alcanzarían oficialmente valor como texto legal aplicable en Castilla, aunque desde entonces mantendrían su vigencia hasta fines del siglo xix. La tercera Partida que se ocupa de la justicia y la administración de la justicia, se compone de 32 Títulos y 543 Leyes. Se aborda de manera

encontramos sistematizados los principios básicos de la doctrina de la quiebra<sup>33</sup>. Concretamente en el Título XV, las Leyes 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> se ocupan de esta materia, en especial de la cesión de bienes, el concordato preventivo extrajudicial y la moratoria mediante quitas y esperas. En efecto, la Ley 5.<sup>a</sup> regula un convenio amistoso entre el deudor y los acreedores<sup>34</sup>. Destacamos el régimen contenido en esta ley, en particular la posibilidad que se ofrecía a los acreedores de aceptar o rechazar una propuesta de dilación en los vencimientos de los pagos. En estos supuestos se admitía que, en caso de empate de una mayoría de interés o capital pero no de una mayoría numérica, pudiera prevalecer aquello que más favoreciera al deudor, normalmente la concesión del plazo; si, por el contrario, la igualdad se producía en relación con los créditos, entonces se estaría a la mayoría numérica<sup>35</sup>.

Por lo que respecta a la quita, la Ley 6.<sup>a</sup> viene a complementar a la ley anterior y establece los requisitos para la aplicación de un convenio preventivo remisorio<sup>36</sup>. Con una técnica muy avanzada para la época

---

especial el procedimiento civil y al imperio judicial, ocupándose del proceso, de las personas que intervienen en el juicio y del procedimiento conforme al cual se tramita. *Vid.* GARCÍA GALLO, *Curso de historia del Derecho español*, II, Madrid, 1958, pp. 130 y ss.

<sup>33</sup> Con anterioridad al Código de las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, Fuero Real las referencias concursales tenían un carácter casi exclusivamente penal. En el Código de las Siete Partidas destacamos algunos principios del Derecho concursal tales como el embargo judicial de bienes al requerimiento de oficio a los acreedores para que presenten sus créditos, el reconocimiento judicial de los mismos y las facilidades para promover el convenio de mayoría.

<sup>34</sup> La influencia del Derecho romano y del Derecho visigodo en Las Partidas resulta evidente, concretamente en esta Ley V, se aprecia el influjo del Derecho romano pero acentuando la intervención judicial al modo de la *Lex Visigothorum* (V, 6,5). La Ley V de las Partidas con el epígrafe: «*Como quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esperen por el debdo, e les vnos lo otrogan, e los otros nón; quel razón debe ser cabida*». Disponía la Ley 5.<sup>a</sup> que «*Debdor seyendo vn ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno, e les pidiesse, que le diesen vn plazo señalado, a que les pagasse: si todos no se acordassen en vno a otorgarselo, aquel plazo deue auer, que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiesen otorgar. E aquellos, dezimos, que se deue entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los vnos, queriendo otorgarle el plazo, e los otros, diciendo que gelo non otorgarían, mas que pagasse, o desamparasse los bienes; entonces si fueren yguales en los debdos, e en cantidad de personas, deue valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo: porque semeja, que se mueuen a fazerlo por piedad que han de el. E si por auentura fuesen eguales en los debdos, e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deue valer*».

<sup>35</sup> Sobre el particular, *vid.* AÑOVEROS TRÍAS DE BES, «Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3469 quien destaca la importancia de la regulación contenida en esta Leyes, verdadero adelanto del que carecían las legislaciones de su tiempo; también, *vid.* LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza...*, *op. cit.*, p. 42, para quien «primeramente se da preponderancia al principio de mayoría de capital o interés frente al de la mayoría numérica y para el caso de igualdad de créditos, esta se dirime a favor de la aplicación del principio de mayoría de número».

<sup>36</sup> La Ley 6.<sup>a</sup> disponía que: «*Rogando el debdor a aquellos a quien deuiesse algo, ante que les desamparasse sus bienes, que les quitasen alguna partida de lo que les deuia e que*

contemplaba la posibilidad de la obligatoriedad del convenio alcanzado en tales circunstancias, incluso para los acreedores ausentes, salvo que el crédito de estos fuera superior al de aquellos que votaron a favor de la quita. El carácter sancionador se preveía también en esta ley al prever la revocación de aquellas quitas alcanzadas maliciosamente.

Destacamos, por último, la Ley 35.<sup>a</sup> Título XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup> que reconocía la facultad de dilatar el plazo de vencimiento de las obligaciones contraídas<sup>37</sup>.

En conclusión, de lo precedente se infiere que la reglamentación a la que hemos llamado Derecho intermedio en Castilla es una regulación avanzada para el momento histórico, que prevé un convenio preventivo extrajudicial de notorio desarrollo técnico para la época, que contempla incluso la posibilidad de proteger la *conservación de la empresa*, con la expresa autorización del pacto de continuación entre socios supervivientes con la idea de mantener viva la compañía<sup>38</sup>.

### 2.3. Derecho moderno

La característica principal de este periodo consiste en la pervivencia del Derecho mercantil de base corporativa y profesional, si bien cabe destacar la pérdida de autonomía y de uniformidad, notas alcanzadas a lo largo de la Edad Media, a consecuencia de la afirmación del poder real sobre el resto de los poderes sociales. Como se puede entrever de las anteriores líneas, la costumbre, que había sido hasta ese momento la norma de mayor trascendencia, decae y queda subordinada a la Ley<sup>39</sup>.

---

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

<sup>37</sup> Vid. JORRO MIRANDA, *La suspensión de pagos*, Valencia, 1902, p. 59.

<sup>38</sup> Vid. AÑOVEROS TRIAS DE BES, «El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao», en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005, p. 57.

<sup>39</sup> El Derecho de producción autónoma de la época anterior va a recopilarse en Ordenanzas y Pragmáticas reales, entre las que destacamos, las Ordenanzas francesas del comercio (1673) y de la Marina (1681), conocidas como las Ordenanzas de Colbert. En España destacamos las Ordenanzas de Bilbao de 1737 objeto de estudio en el apartado 2.3.2.

### 2.3.1. *La obra de Salgado de Somoza*

En lo que al tratamiento de la insolvencia se refiere, los principios antes expuestos, esto es, la consideración de que el quebrado era un defraudador (consecuencia del rigor que impregnaba las instituciones concursales en la búsqueda de la tutela del crédito) se difundieron rápidamente por Europa merced a los intensos contactos de los mercaderes en las ferias. En relación con los países germánicos, la influencia recibida no fue tanto del sistema privado de Francia y especialmente de Italia, sino más bien del histórico español, a través de la obra de Salgado de Somoza concretamente de su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, publicada en Lyon en 1665, convirtiéndose en el primer tratado sistemático sobre la quiebra<sup>40</sup>. Es consabido que la quiebra era un procedimiento caracterizado por un especial rigor sobre el deudor comerciante, consecuencia de la herencia recibida tanto del Derecho romano como del Derecho medieval. Solo la obra de Salgado de Somoza persiguió mitigar el concepto de que el quebrado era un defraudador (*decoctor ergo fraudator*) buscando la resolución de la insolvencia del deudor común mediante la entrega de los bienes de este, bajo un control jurisdiccional, al tiempo que se procuraba la satisfacción de otros intereses<sup>41</sup>. Se trataba de una *nueva cessio bonorum* en la que el deudor convoca a sus acreedores a los que entrega la totalidad de los bienes bajo una permanente intervención judicial que,

<sup>40</sup> Tal y como figura en la Biblioteca histórica de Valladolid, consta de dos volúmenes, editada en 1665 en *Lugduni* (Lyon). Merece la pena destacar la obra de este gran jurista ya que pese a no tratarse de una disposición legal sino una obra de naturaleza privada, el reconocimiento tardío de su obra y, especialmente la gran trascendencia que ha supuesto para legislaciones foráneas, hacen necesaria si quiera una breve mención. En este sentido, *vid.* el interesante artículo doctrinal sobre la biografía y doctrina de Somoza en AÑOVEROS TRIAS DE BES, «Salgado de Somoza...», *op. cit.*, p. 3477, para quien «aunque se ha tardado varios siglos no existen autores, hoy, que no reconozcan la grandeza, la novedad en su tiempo, el adelanto que supuso y la influencia que ejerció la obra de Salgado de Somoza, en la doctrina, la legislación y la práctica judicial en la Europa de los siglos XVII, XVIII y XIX, hasta tal punto de convertirle, como dice Garrigues, en nuestro autor más clásico»; también, *vid.* GARRIGUES, *op. cit.*, p. 356, para quien «el rigor vuelve de nuevo con la Ley de 8 de julio de 1590 (“cualquiera que tratase de hacer compromiso para remisión o espera de las deudas sea preso y esté con prisiones en la cárcel pública”). Y fue justamente el deseo de dulcificar este rigor dentro de un procedimiento *nuevo*, que ya había introducido la práctica forense en los Tribunales españoles, el que movió a nuestro Salgado de Somoza a escribir su famosa obra».

<sup>41</sup> *Vid.*, acerca de la protección del interés público en el Derecho concursal, AÑOVEROS TRIAS DE BES, «Salgado de Somoza...», *op. cit.*, p. 3575, quien señala que «existen en la obra de Salgado, dos temas, sin antecedentes en la doctrina ni en la práctica de los Tribunales, que significan un notable y extraordinario adelanto: el ejercicio de acciones retroactivas, aun sin existir fraude conocido, y el sostener que, sobre el interés de los acreedores y el deudor, está el interés público que ejerce y vigila la Autoridad del Estado, lo que Bonsignori, y entre nosotros Bisbal, denominan «la burocratización de la quiebra».

sin necesidad de reconocer las deudas bajo los efectos de confesión, evitaba la prisión por deudas<sup>42</sup>. El citado autor se ocupó del estudio de este procedimiento de la cesión de bienes, si bien no desconoció otros procedimientos que, sin embargo, no llegó a desarrollar<sup>43</sup>. Ahora bien, es preciso destacar que este *convenio preventivo* de bienes no se reservó tan solo para deudores no comerciantes, quienes a cambio de entregar sus bienes a la justicia junto con una relación de su pasivo evitaban la prisión por deudas. Llama la atención el hecho de que ya a principios de la Edad Moderna, se contemplara la posibilidad de aplicar el mismo procedimiento concursal con independencia de la condición subjetiva del deudor.

La obra de Salgado de Somoza que tanta repercusión tuvo en Europa, especialmente en Alemania, no alcanzó, sin embargo, el mismo nivel de influencia en el Derecho patrio cuyo reconocimiento se ha revelado de manera tardía<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Vid. ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico...*, *op. cit.*, p. 89, quien en su análisis de la obra de Somoza afirmaba que: «Pensó, pues, el autor en la necesidad de formular un procedimiento nuevo acorde con los principios tuitivos a favor de los deudores insolventes dispuestos a ceder sus bienes, que comenzaban a introducirse en la práctica de los tribunales españoles»; también, AÑOVEROS, «Salgado de Somoza...», *op. cit.*, p. 3466, quien comentaba que: «Triunfa en los países germánicos el sistema publicístico propio del sistema español histórico, en el que la administración de la quiebra se halla controlada por el Estado a través del organismo concursal, frente al sistema privatístico propio de Francia y sobre todo Italia, por la influencia de Salgado de Somoza y pese al influjo napoleónico y los prestigiosos autores italianos».

<sup>43</sup> Estos otros procedimientos eran: el concurso de acreedores para la concesión de una moratoria al deudor, el convenio de los acreedores para otorgar una reducción o quita de los créditos y, por último, el convenio del deudor con unos acreedores y oposición del resto y contienda entre ellos acerca de cuáles eran los acreedores privilegiados. En palabras de GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 356: «Esta obra trata exclusivamente uno de los supuestos de la quiebra: cuando “el deudor mismo produce concurso convocando a sus acreedores para entrega y cesión de sus bienes”. Se quiere regular, pues, un nuevo procedimiento de cesión de bienes. Una *cessio bonorum* en la que a cambio de intensificar las formalidades y garantías, no hay previo encarcelamiento del deudor, ni necesidad de que este reconozca sus deudas con efectos de confesión o esté condenado por una sentencia, ni exclusión de los deudores *decocti* y *falliti*, ni posibilidad de hacer la cesión fuera de juicio».

<sup>44</sup> Al decir de OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal española y doctrina jurídica», *RDCP*, núm. 1, 2003, pp. 19 y ss., «el Derecho concursal español alcanzó la cima de la literatura clásica del siglo XVII con la obra de Amador RODRÍGUEZ (*Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus*, cuya primera edición se publicó en Valladolid en 1616) y de FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* fue publicada por primera vez en Lyon en 1651), autores de dos de las obras que ejercieron una importante influencia, especialmente en la doctrina germánica, para posteriormente y a lo largo de tres siglos experimentar el Derecho concursal español, una caída con las Ordenanzas de nuestros consulados —en especial en la de Bilbao de 1737— tanto a nivel doctrinal como sistemático». Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 356. No obstante, la Exposición de Motivos de la LC justifica el empleo del término *concurso de acreedores* en detrimento de otros en un intento de rendir un tributo al famoso tratadista.

### 2.3.2. *Las Ordenanzas de Bilbao*

Las Ordenanzas de Bilbao del año 1737 merecen una especial atención de entre las diversas ordenanzas emanadas de los consulados de comercio<sup>45</sup>. Se componen de 29 capítulos, subdivididos en un total de 723 números. La quiebra se regulaba en el Capítulo XVII bajo el epígrafe «De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modo de proceder en las quiebras». Las Ordenanzas de Bilbao, por tanto, ya distinguían tres tipos de quebrados, según que los comerciantes pudieran ser inocentes, culpables o delincuentes<sup>46</sup>.

La diferenciación en España entre la ley aplicable a los comerciantes y a los que no lo eran arranca con la promulgación de las Ordenanzas de Bilbao en 1737<sup>47</sup>.

En relación con el primer grupo, *los atrasados*, lo conforman aquellos deudores que no pagan lo que deben a su debido tiempo, pero la particularidad de estos es que *disponen de bienes suficientes para pagar*

<sup>45</sup> Sobre el particular, *vid.* ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico...*, *op. cit.*, p. 127, declaraba que «hasta el siglo XVIII la quiebra mercantil se ha regulado tanto en los territorios castellanos como en Cataluña mediante disposiciones aisladas y escasas dadas por los reyes y las Cortes, así como por una práctica judicial casuística. La obra de Salgado, con ser importante, no deja de ser una obra de tipo privado. Era necesario, pues, poner remedio a esta situación con una legislación amplia, detallada que sustituyendo esa costumbre o jurisprudencia pero recogiendo también, al menos en parte, nuestra tradición, regulara en todos sus aspectos la quiebra».

<sup>46</sup> Disponía el número 1 del Capítulo XVII que: «Respecto de que por la desgracia de los tiempos, e infelicidad, o malicia de algunos Negociantes, se experimentan muchas veces atrasos, falencias, o quiebras en su crédito, y comercios, no pudiendo, o no queriendo cumplir con los pagamentos de su cargo, unos ausentándose, y otros refugiándose en las Iglesias, sin dexar de manifiesto en sus Libros, Papeles, y Cuentas con la devida claridad, de que resultan notorios daños a otros Negociante, y demás personas acreedores, por cuyos motivos se forman disenciones, y pleyotos largos, y costosos, sin poderse justificar los procedimientos de tales fallidos, ni la naturaleza de su quiebras en común, y conocido perjuicio de la causa pública de este Comercio: Para cuyo remedio, y que se proceda en semejantes casos con la mayor claridad, y brevedad en la administración de justicia, y que se camine en sus determinaciones con la justificación posible, y sin confusión; se previene que los atrasados, quebrados, o fallidos en su crédito, se deberán dividir en tres clases, o géneros, de que pueden resultar inocentes, y culpados, leve, o gravemente, según sus procedimientos o delitos». En este punto cabe advertir que la quiebra regulada en las Ordenanzas de Bilbao, se destinan solo a comerciantes (negociantes), *cfr.* TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, p. 74, al señalar que «como las Ordenanzas de Bilbao eran en realidad un privilegio o reglamento de los comerciantes y para la vida mercantil, constituían un sistema perfecto, no es de extrañar que influyeran en forma decisiva en la legislación española posterior».

<sup>47</sup> Con las Ordenanzas de Bilbao, seguidas del CCo 1829 y el CCo 1885, el procedimiento de la quiebra se reserva para los comerciantes o empresarios, mientras que el deudor civil insolvente queda sometido al «concurso de acreedores», así, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2003, p. 449. En este sentido TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, p. 75, indica que Sainz de Andino en este aspecto se inspiró no tanto del Código francés de 1807 sino en las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

*la totalidad de sus deudas*. En esta situación, destaca la posibilidad de la celebración de un convenio de espera o dilación hasta que sea posible convertir el patrimonio del deudor en liquidez siempre que medie buena fe y crédito suficiente<sup>48</sup>.

Por lo que respecta al segundo grupo de deudores, *los quebrados o alzados*, a diferencia de los *atrasados*, no disponen de bienes suficientes para el pago, razón por la cual la solución a su insolvencia varía, ya que solo podrán solicitar de sus acreedores quitas o remisiones de sus deudas. Este segundo grupo está integrado por aquellos *quebrados* que como consecuencia de un infortunio quedaron «alcanzados en sus caudales y precisados a dar punto a sus negocios».

Por último, los *quebrados fraudulentos* eran aquellos *quebrados* que arriesgaban caudales ajenos con dolo y fraude. Considerados como delincuentes vulgares, infames, ladrones públicos, robadores de hacienda ajena, resultaban perseguidos y castigados por sus delitos<sup>49</sup>.

En lo que concierne a los acuerdos extrajudiciales se establecía expresamente la prohibición de celebrar «pactos particulares»<sup>50</sup> cuyo incumplimiento suponía, de una parte, la declaración de nulidad de las actuaciones y, de otra, un castigo sobre aquellos acreedores participantes, si bien no se precisaban las consecuencias que se derivaban de quedar *sometidos a los rigores que hubiere lugar*.

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

Por último, destacamos en relación con las Ordenanzas de Bilbao que su mérito radica en una regulación completa de la quiebra tanto en el aspecto procesal como material, de manera que lo más esencial

<sup>48</sup> El párr. 2.º del Capítulo 17 dispone que: «La primera clase o género de comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo, se deberá reputar por atraso, teniendo aquel o aquellos a quienes sucede bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores, y se justificare que por accidente no se halla en disposición de poderlo hacer con puntualidad, haciéndolo después con espera de breve tiempo, ya sea con intereses o sin ellos, según convino a los acreedores: A semejantes de les ha de guardar honor de su crédito, buena opinión y fama». Vid. ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico...*, op. cit., pp. 128 y 129.

<sup>49</sup> Vid. NAVARRINI, *La quiebra*, op. cit., p. 27.

<sup>50</sup> Disponía el Capítulo XVIII, núm. XXIII: «no podrá hacerse ajuste, ni convención alguna particular entre acreedores y quebrado, sin noticia y consentimiento de los Comisarios, y los demás acreedores; pena de nulidad, y se procederá así contra los que en ello hubieran intervenido, á los rigores que hubiere lugar».

de sus disposiciones pasó al CCo de 1829, en particular al Libro IV relativo a las quiebras que analizaremos a continuación.

#### 2.4. Derecho concursal español previgente

Llegados a este punto, resulta necesario realizar un análisis del Derecho concursal previgente por varios motivos. En primer lugar, la regulación del procedimiento de la quiebra y del expediente de suspensión de pagos, con todo su anacronismo, dispersión y falta de sistema, ha sido el régimen jurídico aplicable a las crisis empresariales que se han revelado hasta el año 2004<sup>51</sup>. En consecuencia, algunas de estas quiebras o suspensiones de pagos declaradas durante los últimos años de vigencia del derecho previgente, bien pueden haber desplegado alguno de sus efectos bajo la vigencia de la LC. Es por ello que un análisis del régimen concursal anterior, dentro de los estrictos límites que nos marca la finalidad del tema que nos ocupa, resulta de especial interés.

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

Pocos sectores del ordenamiento jurídico han recibido críticas tan severas y tan merecidas como el Derecho concursal previamente en vigor. La necesidad de acometer una profunda reforma del Derecho concursal español ha sido reconocida por toda la doctrina especializada<sup>52</sup>. Llama la atención que, ya en 1856, González Huebra manifestara

<sup>51</sup> La DF 35.<sup>a</sup> LC dispuso que la LC entraría en vigor el 1 de septiembre de 2004, el periodo de *vacatio legis* de más de un año ponía de relieve la complejidad de la materia regulada por la LC, así como la necesidad de un conocimiento generalizado por todos los sectores afectados. Así las cosas, esta nueva legislación concursal ha coexistido años con el Derecho concursal histórico, ya que en virtud de la DT 1.<sup>a</sup> LC, salvo excepciones, «los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior».

<sup>52</sup> No han faltado autores que, desde finales del siglo XIX, han defendido una reforma del Derecho concursal hasta entonces vigente. Así, la modificación más profunda experimentada por el CCo de 1885 se produjo con la promulgación de la LSP de 1922 cuya finalidad principal consistía en salvar de la quiebra al *Banco de Barcelona*, consecuencia del rígido criterio establecido a su vez por la Ley de 10 de junio de 1897. Pero con carácter general, la necesidad de una reforma de la materia que nos ocupa ha sido defendida por toda la doctrina, en este punto se ha de destacar la obra del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, en «Reflexiones fundamentales sobre el régimen...», *op. cit.*, p. 39, para quien «se trata de repensar radicalmente el concepto y función de la institución concursal y de sus principales manifestaciones en el Derecho español a la luz

que la regulación que el CCo de 1829 hacía de esta materia codificada era la que adolecía de más irregularidades<sup>53</sup>.

Como es consabido, los principales defectos que presentaba la legislación concursal española se radicaban en su «arcaísmo, inadecuación a la realidad económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores»<sup>54</sup>. Se trataba de una disciplina jurídica de difícil aplicación a una realidad económica no prevista por las normas reguladoras de las instituciones concursales. Se hablaba de una normativa fraccionada y dispersa, de un procedimiento lento y costoso y de un Derecho arcaico<sup>55</sup>. La antigüedad de las normas era llamativa, en especial la aplicación del venerable CCo de 1829, que en su art. 1.046.3 establecía el arresto del quebrado y obligaba a llevar en los casos de quiebra un arca con dos llaves para guardar el dinero y los documentos ocupados al deudor (singularmente, dinero, letras pagarés y de más documentos de crédito)<sup>56</sup>.

La dispersión de la legislación concursal se producía tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo provocando una importante deficien-

---

de la experiencia histórica y de la que ofrece el Derecho comparado». En el mismo sentido, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Las soluciones jurídicas de la crisis económica», en AAVV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Fórum Universidad-Empresa, 1981, p. 200: «La gran cuestión hoy debatida no es tanto la de regular o corregir la regulación concursal, cuanto la de proceder a una renovación profunda». Para el cambio de rumbo de la institución concursal en el siglo XIX, en el sector de los ferrocarriles, en DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal...», *op. cit.*, pp. 113-181; PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal...*, *op. cit.*, Madrid, 1994.

<sup>53</sup> Vid. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebra*, Madrid, 1856.

<sup>54</sup> Vid. apartado I, párrafo primero, de la Exposición de Motivos de la LC.

<sup>55</sup> En principio son cinco los textos legales generales que regulaban el Derecho concursal previgente. Se trataba de diferentes leyes que se fueron acumulando sin ningún orden ni método. La regulación de la quiebra y de la suspensión de pagos estaba contenida en: Título XVII del Libro IV del CC, Libro IV del CCo de 1855 (arts. 870-941); Libro IV del CCo de 1829, por remisión de la LEC 1881, en concreto del art. 1.319; CC de 1881, los Títulos XII y XIII de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Rigen además como disposiciones especiales las Leyes de 12 de noviembre de 1869 y 2 de enero de 1915 sobre suspensión de pagos y quiebra de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, la ley de 19 de septiembre de 1896 y el Decreto de 5 de noviembre de 1934 sobre convenios entre compañías de ferrocarriles y sus acreedores, la Ley de 9 de abril de 1904 sobre aprobación de convenios de empresas concesionarias de obras públicas. A este conjunto de normas deben sumarse las numerosas instituciones paraconcursoales que resolvían el problema de las crisis empresariales de determinadas empresas.

<sup>56</sup> No obstante con relación a este extremos, *vid.* BISBAL, «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, núm. 215, p. 845, al señalar que «algunas de estas denuncias no constituyen una crítica radical a nuestro Derecho concursal y otras adolecen de un referente claro que permita apreciar su significación. En efecto, la antigüedad de la normativa constituyen una observación irrelevante, pues el art. 3.1 del Código Civil proporciona una buena herramienta para conjurar las consecuencias negativas de arcaicidad».

cia técnica de la normativa concursal, lo que se traducía en un régimen obsoleto y carente de sistema. En este sentido, la regulación se contenía principalmente en el CCo de 1829, CCo de 1885, LEC 1881 y LSP 1922<sup>57</sup>. La necesidad de actualizar nuestro obsoleto Derecho concursal al tiempo que adaptarlo no solo a las nuevas realidades sociales y económicas, sino también al marco de la Unión Europea, se hacía imprescindible.

Lo realmente grave es que, como consecuencia de este vasto conjunto normativo, no solo no se conseguía una unidad conceptual con el rigor técnico que precisa esta disciplina jurídica, sino que existía una falta absoluta de adaptación a las modernas necesidades de una economía del siglo XXI. Este laberinto jurídico exigía no tanto una reforma sino, más bien, un replanteamiento de los principios que deben informar la legislación concursal<sup>58</sup>.

Todos estos motivos ocasionaron importantes reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español que, sin embargo, no lograron la pretendida modificación, quizá por la diversidad de intereses en juego, hasta la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ahora bien, esta ley que nacía fruto de numerosos intentos y que reunía un importante consenso, pronto se reveló incapaz de hacer frente a la avalancha de concursos que siguieron a la crisis económica mundial iniciada a partir del año 2008. Como es sabido, tras veintiocho reformas de la LC, el TRLC aprobado el 7 de mayo de 2020 mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, vino a alterar de nuevo el panorama concursal<sup>59</sup>.

#### 2.4.1. *Código de Comercio de 1829*

El 30 de mayo de 1829 quedó sancionado y promulgado el primer Código de Comercio español<sup>60</sup>. Este texto enteramente privatista, de

<sup>57</sup> *Vid.*, sobre el conjunto íntegro de las normas que integraban el ordenamiento concursal previgente: GIRÓN TENA, *El concepto de Derecho mercantil*, *op. cit.*, pp. 9 y 10; también, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis...», *op. cit.*, pp. 34-37. Un estudio meritorio de esta materia puede verse en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro Ordenamiento jurídico», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Justino. Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, pp. 1643 y 1644.

<sup>58</sup> Sobre la necesidad de un replanteamiento básico del Derecho concursal, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis...», pp. 39-44. También, ROJO, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975, p. 511.

<sup>59</sup> No obstante, el Derecho concursal español es todavía es un *derecho en construcción* ya que no se descartan nuevas reformas del TRLC como la incorporación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

<sup>60</sup> Un año más tarde, el 24 de julio de 1830, se aprobó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, que venía a completar, especialmente algunas normas procesa-

carácter riguroso y centrado en la figura del deudor, reguló la quiebra en su Libro 4.º, dividido en doce títulos, abarcaban los arts. 1.001 a 1.117. A tenor del art. 1.002 se distinguían cinco clases de quiebras: 1) Suspensión de pagos, 2) insolvencia fortuita, 3) insolvencia culpable, 4) insolvencia fraudulenta y 5) alzamiento.

Procede en este momento hacer una breve mención al contexto socio-económico y político patrio existente en la primera mitad del siglo XIX marcado, de una parte, por el retraso al que llega nuestro país a la Revolución Industrial y, de otra, por la tardanza en acoger el ideario de la Revolución francesa. Así las cosas, a diferencia de lo que acontece en Francia, donde se ha desmontado el sistema corporativo del Antiguo Régimen, en España se vive bajo el reinado de Fernando VII en un contexto político y social propio de la época histórica anterior<sup>61</sup>.

El CCo de 1829 está muy próximo al francés. En efecto, como consecuencia de la influencia recibida por la legislación francesa —directamente del Código francés de 1807 e indirectamente de las Ordenanzas de Bilbao, que a su vez recibieron un importante influjo de las Ordenanzas de Colbert de 1673— el CCo de 1829 presentaba las siguientes características:

En primer lugar, el Título X del CCo de 1829 que lleva por rúbrica «Del Convenio entre los acreedores y el Quebrado», regula en el art. 1.147, la posibilidad de que una vez terminado el juicio de examen y reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, sin que esta resultara calificada de tercera, cuarta o quinta clase, el quebrado presentará proposiciones de convenio. Llama la atención que este cuerpo normativo prohibiera la celebración de convenio entre el comerciante y sus acreedores, siempre que no hubiere recaído la declaración de quiebra, ya que el art. 1.036 solo declaraba nulos aquellos actos de dominio y administración que acerca de sus bienes verificase el quebrado *después* de recaída aquella declaración, o los que hubiera hecho con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la misma<sup>62</sup>. En definitiva, se trataba de un convenio que formalmente se presentaba como *alternativa consensuada* entre las partes frente a

---

les en materia de quiebra del CCo 1829. Ambas normas venían a consagrar definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía del procedimiento concursal de la quiebra como procedimiento reservado exclusivamente a los comerciantes.

<sup>61</sup> Sobre el Código de Comercio español de 1929, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, *Prólogo a la edición facsímil del Código de Comercio de 1829*, Valladolid, 2004.

<sup>62</sup> En este punto, *cfr.* ROJO, BELTRÁN y CAMPUZANO, *Legislación y Jurisprudencia concursales*, Pamplona, 1997, pp. 458 y 459, se señala que «los arts. 1.147, 1.150 y 1.158, reformados por la Ley de 30 de julio de 1878 se refieren, claramente, según demuestra su espíritu y su letra, a las proposiciones de convenio que presente el quebrado en el juicio universal de quiebra y no a los convenios que, fuera de este y antes de que se inicie, pueda realizar con sus acreedores».

la liquidación, si bien, en tanto que beneficio, se destinaba a una clase determinada de deudores<sup>63</sup>.

En segundo lugar, el peso del carácter punitivo y sancionador del procedimiento de ejecución universal de la quiebra cobra una mayor relevancia al regular, por una parte, en el art. 1.044 del CCo, la prisión del quebrado y por otra, al configurar el convenio como un privilegio tan solo para determinados acreedores, ya que el art. 1.148 excluye a los alzados, a los quebrados fraudulentos o a los fugados sin entrar a considerar si la viabilidad de la empresa era motivo suficiente como para plantearse la celebración de un convenio. No está de más recordar, en este afán sancionador que, en virtud del art. 1.035, el deudor queda separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra.

En tercer lugar, el expediente de la suspensión de pagos no era considerado como un estado autónomo o preliminar a la quiebra sino como una clase más de quiebra, singularmente caracterizada por tratarse de una cesación de pagos con independencia del carácter provisional o transitorio del incumplimiento<sup>64</sup>.

Por otra parte y, en lo que concierne a los acuerdos extrajudiciales<sup>65</sup>, el art. 1.149 disponía que «toda proposición formal de convenio ha de ser hecha y deliberada en junta de acreedores, y no fuera de ella ni en reuniones privadas»<sup>66</sup>, añadiendo el art. 1.151, que «ningún acreedor puede hacer un convenio particular con el quebrado; y si lo hiciera será nulo, y perderá los derechos de cualquiera especie que tenga en la quiebra; y el quebrado será por este solo hecho calificado de culpable». Es decir, a la imposibilidad de la celebración de convenios particulares entre el deudor y sus acreedores se unía la sanción que pesaba, de una parte, sobre aquellos acreedores participantes a los que se privaba de participar en el mismo procedimiento de ejecución concursal y de otra, sobre el deudor al que por este solo hecho sería calificado como culpable.

En definitiva y resumiendo, el Código de Sainz de Andino, sin perder su carácter punitivo, no permitía la celebración de convenios a

<sup>63</sup> En estos términos, CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>64</sup> LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza...*, *op. cit.*, p. 55. En la redacción original de los arts. 870 a 873 del CCo de 1885 se abandona este sistema de manera que la suspensión de pagos vuelve a ser un procedimiento autónomo. Pero la reforma introducida en el CCo de 1885 por la Ley de 10 de junio de 1897 vuelve al primitivo concepto de suspensión de pagos. La situación vuelve a cambiar con la promulgación de la LSP en 1922, que regula el expediente de la suspensión de pagos de manera independiente de la quiebra.

<sup>65</sup> La terminología utilizada por el legislador del CCo 1829, en especial en los arts. 1.149 a 1.151, alude a «pactos particulares» por contraposición «pactos generales» pudiendo celebrarse estos últimos en Junta o fuera de ella.

<sup>66</sup> En esta misma línea el art. 899 del CCo de 1885.

todos los deudores, tan solo a los de una clase al tiempo que mantiene una fuerte intervención sobre su patrimonio, destacando que la finalidad última del convenio no es otra que la satisfacción de los intereses de los acreedores.

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

A mediados del siglo XIX, tiene lugar en España, aunque también en otros países de nuestro entorno, un ciclo de transformación y de crecimiento económico, fruto de la primera Revolución Industrial<sup>67</sup>. En España no es hasta el año 1850 cuando se produce una importante entrada de capital extranjero que, unido al desarrollo tecnológico y a los recursos económicos, impulsó la construcción de una infraestructura ferroviaria considerada clave en la expansión económica de la época<sup>68</sup>. La vinculación existente entre este y el sector bancario provocó que la crisis del sistema bancario, iniciada en torno al año 1864, se transmitiera con rapidez al ferroviario<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Entre los países que se incorporan al nuevo orden económico y social marcado por la revolución industrial destacan: Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Suiza y Estados Unidos, por el contrario, son de industrialización tardía: Alemania, Italia, Rusia, Japón y España. En nuestro país, entre los años 1830 a 1850, se habla de un arranque de la revolución industrial con la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para el surgimiento de un capitalismo moderno (desamortizaciones, abolición de la Mesta, bases para un sistema bancario y societario moderno y unificación del sistema tributario). *Vid.* GARCÍA DELGADO, *Lecciones de economía española*, Pamplona, 2013, pp. 21-42; VELASCO SAN PEDRO, *El crédito castellano de Valladolid (1862-1889). La quiebra de una ilusión*, Valladolid, 2020, pp. 60 y 61.

<sup>68</sup> Precisa sobre este punto, GARCÍA DELGADO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 20 y 21, que: «antes de que el siglo termine, además, la amplia red ferroviaria ya en explotación aportará una condición del todo necesaria para la mejor intercomunicación del territorio peninsular a efectos del transporte de personas y mercancías, hasta entonces supeditado al acarreo a lomos de animales o en carros de mulas por los caminos de rueda. Como en Rusia y en ciertas zonas del territorio alemán, el ferrocarril —con el cambio casi milenar que trajo consigo en relación de tiempos, distancias y costes— acaba constituyendo en España un impulso de primer orden a la articulación del mercado interior: una formidable ayuda a la creación del Estado nacional, que requerirá también la unificación y la reorganización de cometidos y funciones, desde la justicia a la educación, pasando por la administración territorial».

<sup>69</sup> La gran depresión de la primera globalización afectó de lleno a España desde el año 1882. La fuerte caída de los precios agrarios internacionales provocó una importante crisis del sector en el país, que también tuvo secuelas industriales y sobre todo financieras. Para un estudio amplio sobre la quiebra de las compañías de los ferrocarriles en el siglo XIX y las causas de la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 para la quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal...», *op. cit.*, pp. 113-181; destaca la importancia de esta ley en la evolución del Derecho concursal; VELASCO SAN PEDRO, *El crédito castellano de Valladolid...*, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; también ROJO, «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», *RPJ*, núm. 33, 1994, pp. 203 y 204, declaraba que

En esta crisis económica la pluralidad de intereses en juego en relación con la quiebra de las compañías de ferrocarriles, así como el componente extranjero por la vía de los inversores, fundamentalmente franceses e ingleses, hizo que la regulación tradicional contenida en el CCo de 1829 resultase insuficiente para regular quiebras de tal magnitud. En consecuencia, fue necesaria una *reestructuración general*, de la normativa concursal de la época que se logró mediante la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 para la quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas<sup>70</sup>. En efecto, la situación apuntada hacía necesario un tratamiento concursal más favorable que evitase su liquidación, si bien en perjuicio de sus acreedores (esto se explica si tenemos en cuenta que el Estado había subvencionado una parte importante de la construcción del ferrocarril). Con esta finalidad, se incorporan los convenios de contenido dilatorio y remisorio entre las compañías deudoras y sus acreedores, en su mayoría obligacionistas, evitando la aplicación del procedimiento de ejecución y liquidación de quiebra establecido por el CCo de 1829. Se incorporaron a la legislación concursal convenios celebrados *antes* de la declaración de la quiebra evitándose así la reunión de los acreedores y admitiéndose incluso la conclusión del convenio mediante actos escritos. La principal consecuencia de todo ello era que el coste de la regulación financiera de las compañías se desplazaba sobre los acreedores<sup>71</sup>.

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

---

«precisamente con ella nace la suspensión de pagos como institución autónoma, es decir, como procedimiento concursal independiente de la quiebra». En ese momento histórico la suspensión de pagos se presenta como una institución *especial*, en el sentido de que el ámbito institucional estaba limitado a esta concreta clase de sociedades mercantiles.

<sup>70</sup> En palabras de DUQUE DOMÍNGUEZ, «La modernización del Derecho concursal...», *op. cit.*, p. 115, esta Ley «constituye un *intento de modernización* (en el sentido de reestructuración general) de los principios que habían regido hasta entonces esta región jurídica».

<sup>71</sup> Llama la atención el enorme paralelismo de los principios de política jurídica que inspiraron esta Ley, con las últimas reformas de LC operadas en pleno siglo XXI. Nótese que se trataba de convenios, remisorios o liquidatorios, pero siempre celebrados *antes* de la declaración de la quiebra, o mejor dicho, con la finalidad de evitar el inicio de este procedimiento concursal.

### 2.4.3. *Código de Comercio de 1885*

Publicado el CCo de 1885 en virtud de RD de 22 de agosto de 1885 cuya vigencia, en cuanto a la materia concursal se refiere, se extiende desde el 1 de enero de 1885 hasta la entrada en vigor de la LC el 1 de septiembre de 2004. En este laberinto normativo, llama la atención que, pese a su publicación, numerosos preceptos del CCo de Sainz de Andino seguían aplicándose, concretamente los arts. 1.017 a 1.173, no derogados por la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Con la promulgación del CCo de 1885 se define la quiebra como un procedimiento liquidatorio solo previsto exclusivamente para los comerciantes cuya finalidad se dirige expresamente a dar satisfacción al pago de las deudas<sup>72</sup>. Se excluye, por tanto, la suspensión de pagos de la antigua clasificación de la quiebra tal y como se recogía en el art. 1.003 del Código de Sainz de Andino, para limitar esta última tan solo a tres clases: fortuita, culpable y fraudulenta. De nuevo la quiebra vuelve a concebirse como una sanción para los comerciantes que son tratados con mayor severidad fundada en las consecuencias económicas de las insolvencias mercantiles<sup>73</sup>.

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

<sup>72</sup> La Comisión codificadora de 1869 toma como punto de partida el CCo de 1829 procurando su adaptación al nuevo contexto político e ideológico marcado por el triunfo de la ideología liberal en España en el denominado *trienio liberal* (1868-1870).

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

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

<sup>75</sup> *Vid.*, sobre las modificaciones que recoge la Exposición de Motivos del CCo de 1885 en relación con el CCo de 1829, TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, p. 80, «La primera de dichas modificaciones consiste en haber reconocido de una manera clara y terminante, un estado preliminar al de quiebra, que corresponde a la situación en que se encuentra el comerciante que, sin gozar de toda plenitud de su crédito, tampoco se halla en la triste situación de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes». Es el propio legislador del CCo

Las primeras reformas de nuestra legislación concursal, se produjeron a los diez años de la entrada en vigor nuestro CCo. En virtud de la Ley de 10 de junio de 1897 se modificaron los arts. 870 a 873 del CCo. La finalidad de esta reforma consistía en evitar los abusos de los comerciantes que, pese a encontrarse en una situación de imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, se acogían al expediente de la suspensión de pagos al objeto de plantear a sus acreedores importantes quitas o rebajas de sus deudas. Con esta reforma lo que se pretendía era que solo los comerciantes que poseyeran bienes suficientes para cubrir todas sus deudas pudieran beneficiarse del expediente de suspensión de pagos contenido en el CCo. Posteriormente, setenta años después, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1958 quedó modificado el art. 913.1 CCo actualizando la referencia a los dependientes de comercio entre los acreedores por trabajo personal e incluyendo como acreedores singularmente privilegiados a los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral.

En el CCo de 1885 se regulaban los convenios judiciales para comerciantes en relación con el procedimiento de quiebra y el expediente de la suspensión de pagos mientras que para los no comerciantes su regulación se contiene en los procedimientos de quita y espera y concursos del CC. En este sentido, es preciso advertir que la regulación que hace el CC sobre los convenios extrajudiciales no plantea las mismas dificultades que en el CCo, ya que en estos casos resultarán de aplicación las normas sobre la teoría general de contratos sobre la base de las *transacciones y compromisos* de los arts. 1.809 y siguientes del citado cuerpo legal<sup>76</sup>. De manera que al quedar el acuerdo extrajudicial configurado como «un contrato, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Se comprende que dentro de estos acuerdos de carácter extrajudicial pudieran integrarse los acuerdos *preconcursoales* en tanto que procuran la evitación de un procedimiento concursal.

Pues bien, en relación a los convenios judiciales de los comerciantes, la posibilidad de celebrar acuerdos entre el deudor y los acreedores al margen del procedimiento concursal de la quiebra quedaba prohibido en virtud del art. 899 del CCo a tenor del cual «los convenios entre los acreedores y el quebrado han de ser hechos en Junta de acreedores

---

de 1885 el que consciente de la necesidad de crear este *estado preliminar* a la quiebra tomando como modelo la legislación italiana, concretamente el Código de Comercio italiano de 31 de octubre de 1882, que ya contemplaba la moratoria en su art. 817.

<sup>76</sup> Así se pronuncia la doctrina más clásica, RAMÍREZ, *La quiebra*, III, 2.ª ed., Madrid, 1998, p. 32; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, p. 99, y TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, p. 23.

debidamente constituida. Los pactos particulares entre el quebrado y cualquiera de sus acreedores serán nulos; el acreedor que los hiciere perderá sus derechos en la quiebra, y el quebrado, por este solo hecho, será calificado de culpable cuando no mereciese ser considerado como quebrado fraudulento»<sup>77</sup>.

Frente a estas modificaciones, que pueden ser consideradas como *pequeñas reformas o reformas técnicas* de la legislación concursal, la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (LSP), supuso una reforma más profunda de nuestro Derecho concursal. Se trataba de resolver la insolvencia de una institución financiera, el *Banco de Barcelona*<sup>78</sup>, evitando su declaración de quiebra y buscando soluciones alternativas. Esta es la razón por la cual la LSP nació con un marcado carácter provisional<sup>79</sup>. No obstante, llegados a este punto es necesario hacer

<sup>77</sup> No obstante, reconocía Ramírez en relación con los arts. 929 y ss. del CCo que se ocupaban de los convenios de las sociedades y compañías de ferrocarriles que la mayor flexibilidad de este régimen permitiría entender que los convenios extrajudiciales sí tendrían cabida con anterioridad y con posterioridad al procedimiento de quiebra, *vid. op. cit.*, p. 132.

<sup>78</sup> El día de los Santos Inocentes de 1920 se hizo pública la suspensión de pagos del Banco de Barcelona, primera institución financiera de Cataluña. Desde que se tuvo conocimiento de esta suspensión de pagos, que bien podría haber sido declarada como quiebra, se extendió un pánico financiero sin precedentes, que se tradujo rápidamente en una brusca caída de los depósitos bancarios, en suspensiones de pagos y, sobre todo, en una desconfianza general en las actividades crediticias. La aplicación al Banco de Barcelona del rígido sistema introducido por la Ley de 10 de junio de 1897 hubiera supuesto la declaración de quiebra de la entidad. Con la promulgación de la LSP también los deudores que se encontrasen en situación de *insolvencia definitiva* podrían acogerse al beneficio del expediente de la suspensión de pagos. *Vid.*, sobre el origen histórico de la LSP, GONZÁLEZ DE ECHEVARRI, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922*, Valladolid, 1932, quien en el prólogo de su obra decía que: «Era general la creencia de que nuestra Legislación en materia de suspensiones de pagos, necesitaba una radical reforma; pero no cabe duda que la gota que hizo desbordar el agua del vaso fue la especial situación económica del Banco de Barcelona. Esta circunstancia hizo girar la reforma en derredor del citado Banco, no sabemos si por sacarlo a flote de su naufragio económico o por defender a sus administradores. Lo que podemos asegurar es que esa orientación se ha dado contrariando los deseos de una gran masa de acreedores, quienes reiteradamente han elevado sus protestas al Parlamento»; también SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*; TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*; más recientemente, PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores. La declaración de concurso*, Madrid, 2009, p. 94, para quien «el periodo generalizado de crisis económica existente en España durante los años 1920-1921, y en especial una crisis concreta, la del Banco de Barcelona, de ámbito nacional pese a su denominación de origen, determinaron que finalmente el mencionado proyecto —Bertrán y Mussitu— no prosperase y excediéndose del expreso mandato legislativo contenido en el art. 873 del CCo de 1885, la Ley de 1922, más que una ley de carácter adjetivo revistiera un alcance sustantivo alterando y modificando en materias sustanciales el régimen contenido en los arts. 870 y siguientes del CCo de 1885, con el mencionado fin de salvar de la quiebra al Banco de Barcelona»; BISBAL, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Real Colegio de España, 1986, pp. 156-170.

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

referencia, siquiera sumariamente, a las disfunciones a que dio lugar la aplicación de la citada norma. En efecto, el expediente de la suspensión de pagos pasó de ser un procedimiento paralelo al de la quiebra, para convertirse en un procedimiento preliminar al de esta<sup>80</sup>. La dualidad de procedimientos, inicialmente concebidos en función del alcance de la insolvencia, dejaron de tener sentido, una vez promulgada la LSP<sup>81</sup>.

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

## 2.5. Reformas del Derecho concursal español

La ausencia de rigor técnico, que precisa esta disciplina jurídica, a la vista del laberinto legislativo descrito en páginas precedentes, unido a una absoluta falta de adaptación a las modernas necesidades de una economía de los siglos XX y XXI han ocasionado importantes reformas y proyectos de reforma que, sin embargo, no culminaron con éxito, quizá por la diversidad de intereses en juego. La promulgación de LC supuso, en palabras del legislador, «satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español». En efecto, se exigía por toda la doctrina, no tanto una reforma, sino más bien un *replanteamiento* de detalle de los principios que debe informar la legislación concursal<sup>83</sup>.

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

<sup>81</sup> Traemos aquí las palabras de VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio o de liquidación», en AAVV, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Valladolid, 2004, pp. 2111 y ss., al decir, respecto de la LSP, que «permita encauzar a través de este procedimiento tanto situaciones de insolvencia definitiva como provisional. Esta es precisamente una de las razones que ha facilitado la gran polémica doctrinal que ha existido en torno a los presupuestos objetivos de ambos procedimientos y a su coordinación».

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

<sup>83</sup> Así entre otros, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.*, pp. 39 y ss. No obstante, es preciso advertir que la demora en la reforma de esta disciplina jurídica no se ha traducido en una pasividad por parte del legislador, sino más bien, en todo lo contrario.

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

### 2.5.1. *El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959*

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

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

En primer lugar, el Anteproyecto reconoce en un solo cuerpo legal toda la materia concerniente al tratamiento o a la prevención de la insolvencia del deudor común<sup>85</sup>. Esta era una aspiración largamente sentida por la doctrina española que perseguía dotar al Derecho concursal español de un orden sistemático y pragmático al tiempo que evitar la dispersión legislativa que había caracterizado nuestro Derecho concursal. Además se abordaba por primera vez el tratamiento conjunto, sustantivo y procesal de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, personas físicas o personas jurídicas<sup>86</sup>.

Tal y como recoge expresamente el art. 1 del Anteproyecto, el objeto del concurso debía ser la *satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común*, algo que no se había definido con tanta claridad en los códigos de comercio españoles.

---

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

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

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

La dualidad de procedimientos concursales, concurso y concordato, se mantiene en relación con la distinción clásica entre el deudor que cesa definitivamente en sus pagos y el que se atrasa temporalmente —o prevea que va a atrasarse— por carencia momentánea de medios debido a un entorpecimiento pasajero<sup>87</sup>. El concordato se reserva a «deudores de buena fe que, poseyendo bienes bastantes para cubrir todas sus deudas, no hubiesen cesado de manera general en el pago corriente de sus obligaciones y previeran la imposibilidad de satisfacerlas en las fechas de sus respectivos vencimientos». El concordato se garantizaba mediante su regulación precisa y sistemática que evitara su deformación en la realidad permitiendo su aplicación a finalidades diversas de las previstas.

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

Por último, la pluralidad de intereses en juego, la dificultad técnica inherente a toda reforma concursal de gran calado y, sobre todo, la reclamación que formuló el gobierno belga contra el español ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en relación con la discutible tramitación que los Tribunales españoles habían realizado de la quiebra de la sociedad belga *Barcelona Traction*<sup>89</sup>, hicieron que finalmente este anteproyecto no pudiera culminar con éxito.

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

<sup>88</sup> El apartado X del Anteproyecto de 1959 disponía que: «Se han distinguido únicamente dos clases de insolvencia —fortuita y culpable— pues, si bien en un plano teórico y doctrinal la tripartición que establecía nuestro Código de Comercio —fortuita, culpable y fraudulento—, tenía un claro fundamento según que el origen de la insolvencia fuese doloso, negligente o simplemente accidental, desde un punto de vista de derecho positivo la diversidad de los efectos jurídicos debe producirse solamente según que haya incidido o no, culpabilidad del deudor en la preparación, producción o aumento de la insolvencia.

<sup>89</sup> El estudio del Derecho concursal histórico requiere detenerse en el célebre *caso* de la *Barcelona Traction*. Se trataba de una compañía *holding*, constituida bajo legislación canadiense en 1911, que operaba mediante una colección de subsidiarias dedicadas a la explotación de servicios públicos de transporte y energía principalmente en Cataluña. La filial más importante era «Ebro Irrigation & Power Co.» (o Riegos y Fuerza del Ebro, RFE), también de derecho canadiense, pero registrada en España para desarrollar sus negocios. *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, *Reforma concursal...*, *op. cit.*, p. 22, para quien «en el plano doctrinal el impacto de BT es doble y, aparentemente, paradójico. De una parte, los aspectos *beneficiosos* se perciben en una acentuación de los estudios concursales, si quiera sea, en gran medida, como dictámenes e informe *pro parte*; pero es indudable que la autoridad de los grandes juristas consultados, el interés de las

### 2.5.2. *El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983*

Para la elaboración del Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983 (en adelante, ALC de 1983) se constituyeron dos Ponencias especiales en el seno de la Comisión General de Codificación nombradas por Orden Ministerial el 17 de mayo de 1978<sup>90</sup>. En virtud de esta norma, la Ponencia debería fijar unas Bases sobre las que se elaboraría el texto articulado del Anteproyecto<sup>91</sup>. La unidad legal, de disciplina y de sistema constituye el eje sobre el que se vertebra todo el procedimiento concursal<sup>92</sup>.

El ALC de 1983 pretendía ofrecer una «solución justa de la crisis económica del deudor común armonizando la legítima pretensión de los acreedores al cobro de sus créditos con otros intereses en conflicto digno de tutela, sobre la base de unidad legal, de disciplina y de sistema». En efecto, la finalidad básica del procedimiento concursal ya no era la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, el convenio se convertía así en la solución normal del concurso (arts. 211-240) de manera que solo se abriría la liquidación en ausencia o fracaso de aquel (arts. 241-246). De ahí, la imperiosa necesidad de anticipar en el tiempo la apertura judicial del procedimiento, así como la necesidad de modificar la concepción tradicional del presupuesto objetivo de la declaración<sup>93</sup>. Como principal novedad ha de destacarse,

---

cuestiones objeto de consulta y el contraste de las opiniones jurídicas emitidas fueron incentivos eficaces para renovar la doctrina concursal española»; también, el mismo autor en el prólogo a la obra de RAMÍREZ, *La quiebra*, 2.ª ed., Madrid, 1998, pp. X-XXI; DIXON, *Señor monopolio: la asombrosa vida de Juan March*, Madrid, 1985.

<sup>90</sup> No obstante con anterioridad a este ALC de 1983, destacamos dentro del generalizado movimiento de reforma del Derecho concursal el *Proyecto de Ley Concursal de 1979* elaborado por las Secciones de Derecho fiscal, mercantil y procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de abogados de Barcelona, *vid.* este anteproyecto en *RJC*, núm. 1, 1981, pp. 7 y ss. Para mayor información sobre el ALC de 1983, *vid.* Informe del Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista del Poder Judicial*, núm. 12, septiembre de 1984; Informe del Consejo Superior Bancario sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, *RDBB*, núm. 15, julio-septiembre de 1984; monográfico del Anteproyecto de la Ley Concursal publicado por la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, núm. 8, 1985.

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

<sup>92</sup> En relación con la unidad de sistema, el ALC de 1983 rompe con su antecedente más inmediato, el Anteproyecto del año 1959, por cuanto este mantenía una dicotomía procedimental: concurso y concordato judicial, cada uno de los procedimientos con reglas específicas. *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>93</sup> En este esquema resultaba innecesario e incluso perjudicial el desdoblamiento procedimental, así OLIVENCIA, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en AAVV, *Revista de la Facultad de Derecho de la*

en este punto, la incorporación como tercera solución del concurso la *gestión controlada* (arts. 247-261 del ALC de 1983) destinada a los casos en los que la desaparición de la empresa como consecuencia de su liquidación pudiera provocar daños de especial importancia económica o social, y siempre que la Junta de acreedores acordara un plan de viabilidad posteriormente aprobado por el juez<sup>94</sup>.

Conviene hacer notar que el legislador del ALC de 1983, aun reconociendo en la Exposición de Motivos y en su articulado la importancia de la dimensión sanatoria del concurso, considera, sin embargo, que el Derecho paraconcursal debe quedar al margen de su inclusión en la normativa comentada<sup>95</sup>.

---

*Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, p. 36. El contexto de Derecho comparado en el que se encuadra el ALC de 1983, singularmente las reformas practicadas en Francia, marca la finalidad que los redactores del texto pretenden dar al ALC de 1983. En virtud de la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre *prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté* para PULGAR EZQUERRA, *La reforma del derecho concursal comparado...*, *op. cit.*, p. 54, «se configuran una pluralidad de institutos preventivos que operan ante diversos grados de deterioro de la situación económica y de forma escalonada». De un lado, la «*information prévisionnelle*», que *opera permanentemente* suministrando la información a través de la cual detectar tempranamente un posible deterioro de la situación económica; de otro, «*l'alerte*», que representa un paso más en la prevención, *operando en situaciones en que ya existen dificultades económicas puestas de manifiesto a través de «l'information prévisionnelle»*; finalmente, cerrando el tríptico de la «*prévention*» francesa y *como vía para evitar el agravamiento de una situación económica ya deteriorada que conduciría a la declaración de un procedimiento concursal*, se contempla el «*règlement amiable*».

<sup>94</sup> Cfr. Exposición de Motivos del ALC de 1983. En palabras de PULGAR, *ibid.*, p. 299, «Con la configuración de la gestión controlada se sigue en el Anteproyecto la tendencia institucional generalizada en Derecho comparado de *arbitrar específicas soluciones conservativas reorganizativas respecto de las crisis de empresas con trascendencia social*»; en este sentido, cfr. ALCOVER GARAU, «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», *RDS*, núm. 6, 1996, p. 480, considera, en relación con la gestión controlada, que «un instituto conservativo del tipo de los diseñados en el seno de la economía social de mercado, debe ser prevalentemente paraconcursal o administrativo, ya que son los poderes públicos, directores y responsables de la política económica, los que deben decidir la conservación o no de una empresa, y son también estos mismos poderes públicos los que a través de la financiación pública posibilitarán, en su caso, el plan de reflotamiento».

<sup>95</sup> Así, en el apartado I, párrafo 2.º de la Exposición de Motivos del ALC de 1983 dispone que: «La Ley se limita a la reforma del Derecho concursal. Es cierto que los problemas de la crisis económica de la empresa moderna no siempre se resuelven en el ámbito institucional del concurso y que con frecuencia encuentran su solución adecuada al margen de este, a través de cambiantes y heterogéneas técnicas de salvamento; pero no ha parecido oportuno el tratamiento unitario de la patología, de la empresa moderna y de sus posibles remedios, sino exclusivamente el de aquellas situaciones que exigen soluciones concursales». Así, OLIVENCIA RUIZ, «Planteamiento de la reforma concursal...», *op. cit.*, p. 37, para quien: «Anteponer el saneamiento a la liquidación, como fin del concurso, no es novedad aislada de nuestro Anteproyecto. La liquidación, fin “normal” de un concurso concebido como procedimiento de ejecución universal de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor común ha tenido que ir cediendo a otras concepciones, que representan un cambio profundo en la ideología concursal, que ya no puede inspirarse en la pura dialéctica deudor-creedores ni en la finalidad

Estas reflexiones nos llevan a afirmar que en el ALC de 1983, no encontramos una regulación de la mecánica específica del convenio preventivo. El regulado en esta norma era un convenio dentro del concurso y no independiente de este, al que en virtud del art. 239 *in fine* podía acceder cualquier deudor con independencia de su calificación.

Este ALC de 1983 fue un ambicioso proyecto que intentó cristalizar en el Derecho concursal español por primera vez los problemas de conservación de la empresa, así como determinados valores de carácter social<sup>96</sup>, pero no llegó a ser remitido como Proyecto de Ley por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, sí sirvió de base para la elaboración de los principios necesarios para redactar y presentar un *Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores*<sup>97</sup>.

---

de satisfacer los intereses de estos a expensas de la realización y distribución del patrimonio de aquel»; en relación con la exclusión del Derecho paraconcursal en el ALC de 1983, *vid. ROJO*, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, p. 90, partiendo de la consideración de que se vivía una época de intensa evolución, justificaba la exclusión del Derecho Paraconcursal del texto redactado ya que «no es posible predecir si ese conjunto heterogéneo de medidas extrajudiciales de *salvamento* y *reorganización* alcanzará un día el indispensable grado de tipificación y de estabilidad para su inclusión en futuras leyes concursales o si, por el contrario, se producirá una progresiva dilución en el tiempo a medida que se supere la difícil situación económica»; en el mismo sentido, *vid. GONDRA ROMERO*, «Funcionalidad del sistema concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, p. 148, quien comenta que: «La contención legislativa de que hace gala el Anteproyecto, cuando opta por ceñirse al sector del derecho concursal clásico, a mi juicio, un buen criterio de prudencia, aunque no cabe duda de que en toda reforma del Derecho concursal se debe tener en cuenta toda esa área de actuación económico-administrativa “paraconcursal”, que se mueve en los aledaños del Derecho concursal propiamente dicho, superponiéndose a sus instituciones».

<sup>96</sup> En este sentido, GONDRA, «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, p. 177.

<sup>97</sup> Precisa sobre este punto ALCOVER GARAU, «La Ley 22/2003, de 8 de julio, concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, p. 49, que «no obstante la imperiosa necesidad de reformar el ordenamiento concursal español, el Anteproyecto de 1983 fue finalmente abandonado, lo que debe considerarse acertado por un doble motivo. En primer lugar, un criterio de prudencia aconsejaba que, ante el calamitoso estado del ordenamiento concursal español, lo que procediese no fuese acometer una gran reforma concursal con soluciones absolutamente novedosas distintas a la liquidación o al convenio de masa, intento excesivamente radical, sino contentarse con perfeccionar el esquema vigente basado en las soluciones de la liquidación o del convenio y primando en el ordenamiento concursal la satisfacción de los acreedores sobre la conservación de la empresa. Pero además, y en segundo lugar, la puesta en marcha por diversos ordenamientos concursales de procedimientos de tal carácter distintos al de liquidación o al de convenio —como puede ser procesos análogos a la gestión controlada— no ha sido plenamente satisfactoria».

### 2.5.3. Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995

Los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal<sup>98</sup> (en adelante MR), contenidos en el Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior* de febrero de 1996, obra del profesor Rojo Fernández-Río, constituyen un nuevo intento de reforma precursor de la legislación vigente en el que se aborda por primera vez el tratamiento del marco amistoso de composición de crisis económica del deudor. Partiendo de la necesaria satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales y a diferencia del ALC de 1983 que ponía el acento en la conservación de la empresa, «se ofrece la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor»<sup>99</sup>.

Para ello se establecen los principios de unidad legal y de disciplina como los dos grandes postulados sobre los que se fundamenta la reforma<sup>100</sup>. Se pretende así alcanzar una simplificación de los trámites procesales que venía siendo reclamada en los sucesivos intentos de modificación de nuestra legislación concursal<sup>101</sup>. No se mantiene, sin embargo, el principio de unidad de procedimiento, ya que se considera que la simplificación en este ámbito se alcanza manteniendo dos procedimientos concursales, «concurso de acreedores» y «suspensión de pagos», en atención al presupuesto objetivo de la insolvencia que se define con un criterio amplio<sup>102</sup>. Precisamente al admitirse esta dualidad

<sup>98</sup> *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Suplemento núm. 1768. Materiales para la reforma de la Legislación concursal, febrero de 1996. Una aproximación a la propuesta de reforma de 1995 puede verse en BELTRÁN SÁNCHEZ, «Ideas básicas de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Rojo», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pp. 4552-4553; PULGAR EZQUERRA, «La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RdS*, año IV/1996, pp. 461 y ss.; ALCOVER GARAU, «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», en *RdS*, núm. 6, 1996, pp. 482 y ss.

<sup>99</sup> En relación con los fines perseguidos por esta reforma donde, como ya se ha indicado, se abandonan los postulados conservativos del ALC de 1983, *vid.* apartado I de Exposición de Motivos de los MR. Cfr. punto 6 de los *Criterios básicos*.

<sup>100</sup> Cfr. párrafo 3.º del apartado I de la Exposición de Motivos de los MR. La necesidad de establecer una unidad legal y de disciplina es reclamada por el legislador en los diversos intentos de reforma incluido este.

<sup>101</sup> Según la Exposición de Motivos del texto aludido, en su apartado 3, «se ha elaborado una Ley mucho más breve, mucho más concisa y también mucho más técnica que la legislación que se deroga, lo que constituye mérito destacable de esta reforma global por cuanto que la realidad sobre la que se proyecta ha alcanzado reconocida complejidad».

<sup>102</sup> Cfr. punto 2 de los *Criterios básicos*. En relación con el mantenimiento de dos procedimientos concursales, repárese lo que señalaba ILESCAS, «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», en AAVV, *La reforma del Derecho concursal*, CDC, monográfico, 1997, p. 18, para quien «superado el postulado le-

procedimental, el presupuesto objetivo difiere en una y otra de manera que, en caso de insolvencia, resultará aplicable el concurso, mientras que si el deudor se encuentra ante una *previsible situación de iliquidez* corresponderá la suspensión de pagos<sup>103</sup>.

Destacamos especialmente el procedimiento de «suspensión de pagos», configurado sobre la base del modelo francés del *règlement amiable*<sup>104</sup> y destinado tan solo a aquellos deudores que se encontraban en condiciones de alcanzar un convenio o concordato de moderada espera, es decir, deudores que todavía no hubieran incumplido las obligaciones contraídas, y aquellos cuyos incumplimientos no fueran globalmente significativos. En efecto, como se recoge en la Exposición de Motivos de los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal, esta suspensión de pagos se concibe con un alto grado de *desjudicialización*, siendo tramitada fundamentalmente ante el registrador mercantil, quedando reservado al juez eventuales impugnaciones y la necesaria homologación judicial<sup>105</sup>.

---

gislativo y concursal de la conservación de la empresa — generado por la profunda desconfianza hacia las fuerzas generadoras de la riqueza radicadas en la libertad de empresa y en el correcto funcionamiento de los mercados a la hora de asignar los escasos recursos disponibles— en la actualidad son estos mercados y la libertad de operar en ellos los que deben ser tenidos en cuenta por el legislador para permitir la permanente interacción entre el procedimiento liquidatorio y el conservativo o reestructurador: la desposesión del quebrado y la subsiguiente adjudicación de sus bienes a los acreedores debe poder ser en cualquier estadio de cada uno de los procedimientos concursales sustituidas por la reestructuración de los activos empresariales de este si así lo permiten los mercados, acreedores e iniciativa empresarial».

<sup>103</sup> Cfr. punto 3 de los *Criterios Básicos*.

<sup>104</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de las crisis empresaria [art. 209.1.b)]*, Barcelona, 2001, p. 42, según el autor «el “Proyecto Rojo”, basado en la misma idea-fuerza de anticipar la solución concursal a la situación de amenaza de crisis empresarial, adopta una solución distinta e inspirada en el Derecho francés. La solución me parece bastante inteligente y lógica y pasa por la especialización procedimental y por una severa (y acertada) desjudicialización». También, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía núm. 6 asociada a la *RDCP*, Madrid, 2007, pp. 28 y 29.

<sup>105</sup> Así, AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de Ley concursal y el Registro de la Propiedad. Borrador del Anteproyecto de 1995*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios registrales, 1997, p. 28, al señalar que: «La tramitación de este expediente se reparte entre el registrador mercantil y el juez competente para la declaración de concurso. Al primero corresponde la calificación de los documentos que debe presentar al deudor, sea sujeto inscribible o no en ese Registro, para poder gozar del beneficio de la suspensión de pagos. Al segundo corresponde conocer de eventuales impugnaciones el nombramiento del interventor cuando lo solicite un porcentaje determinado del pasivo, así como la aprobación del convenio». El procedimiento de la suspensión de pagos de la propuesta de reforma de 1995 se caracterizaba por su brevedad. El deudor se constituía en estado de suspensión de pagos mediante acta notarial en la que figuraban los requisitos legalmente exigidos acompañando esta solicitud de una propuesta de convenio para pago de todas las deudas en el plazo máximo de tres años, sin quita o condonación de clase alguna, un plan de continuación además de documentos complementarios. Presentada esta acta ante el registrador mercantil y una vez calificada quedaba el deudor constituido en estado de suspensión de pagos. El registrador debía

## 2.6. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

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

Desde el punto de vista político-ideológico, la promulgación de la LC culmina el último intento de reforma iniciado en los años ochenta con la creación en el seno de la Comisión General de Codificación, por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996, de una Sección Especial para la reforma concursal. Esta Comisión redactó el Anteproyecto de mayo de 2000, génesis del Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 y del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, de 5 de septiembre de 2001. Estos dos últimos textos constituyen el origen de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (*BOE* núm. 164, de 10 de julio) que se acompaña de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal 8/2003, de 9 de julio (*BOE* núm. 164, de 10 de julio).

El proceso reseñado se enmarcaba en el ámbito de las reformas concursales operadas en Europa y Estados Unidos, en particular mediante la *Legge Fallimentare*, parcialmente reformada por el Decreto Legislativo núm. 5, de 9 de enero de 2006<sup>106</sup>; en Francia mediante la

---

poner todo ello inmediatamente en conocimiento del juez competente para declarar el concurso y remitir al Registro mercantil central los datos relativos de la constitución del deudor en estado de suspensión de pagos, así como del convenio propuesto para su inmediata publicación en el *BORME*, momento a partir del cual la suspensión de pagos comenzaba a producir sus efectos. A partir de esta publicación, se suspendía el curso de los intereses, ningún acreedor podía iniciar ejecuciones por deudas anteriores y las ejecuciones judiciales o extrajudiciales quedaban en suspenso. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de la suspensión de pagos, los acreedores podían adherirse a la propuesta de convenio presentada por el deudor, que se consideraba aceptada si contaba con la adhesión de acreedores titulares, al menos, de dos tercios del pasivo ordinario. Resultaba necesaria la aprobación judicial del convenio al que podría oponerse cualquier acreedor no adherido al mismo. Por último, la falta de adhesiones necesarias o el incumplimiento del convenio por el deudor provocaba la declaración por el juez del concurso necesario.

<sup>106</sup> De manera paralela a otros países del entorno, se inició en Italia un movimiento de reforma desde finales del siglo pasado que planteaba la necesidad de revisar los principios de política jurídica que inspiraron la *Legge Fallimentare* de 1942. Se venía así a colmar una laguna advertida desde hacía tiempo en el panorama jurídico italiano, poniendo al Derecho italiano, al menos en lo que a la disciplina concursal se refiere, al paso con Europa. Al respecto, CASTIELLO D'ANTONIO, «La evolución legislativa del Derecho concursal italiano», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 331 y ss.; BONFATTI, «Reforma concursal italiana vs. Reforma española», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 57 y ss.; CAIAFA, «La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005», en *Dir. Fall.* septiembre-octubre de 2005, núm. 5, pp. 885 y ss. En relación con las reformas operadas en el año 2010 sobre los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, que podríamos asimilar a los acuerdos extrajudiciales de pagos del sistema concursal español, *vid.* GRANATA, «Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencia del sistema bancario italiano», en ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Im-*

*Loi de Sauvgarde des entreprises* 2005/845, de 26 de julio<sup>107</sup>, y en Estados Unidos donde en el año 2005 se aprobó la modificación más importante de su legislación de los últimos años, *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*<sup>108</sup>.

*plicaciones financieras de la Ley concursal*, Madrid, 2009, pp. 36 y ss.; también AMBROSINI y DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005. La crisis económica de los últimos años ha provocado varias intervenciones por parte del legislador en su régimen concursal al objeto de apoyar empresas en dificultad para que puedan seguir operativas en el mercado. Destacamos la reforma contenida en el Decreto Legislativo núm. 14 de 2019, que el Gobierno emitió en desarrollo de la Ley delegada núm. 155 de 2017. La entrada en vigor de un nuevo *Código de Concursos y Crisis Empresariales*, inicialmente prevista para el 15 de agosto de 2020 (dieciocho meses después de su publicación en el *Boletín Oficial*), ha sido recientemente aplazada hasta el 1 de septiembre de 2021. De conformidad con su art. 2, entre sus principales novedades destacan: la sustitución del término *fallimento* por *liquidazione giudiziale*; la aplicación del concurso a una categoría más extensa de sujetos, no solo a los empresarios mercantiles sino a cualquier deudor, con exclusión de los entes públicos; la distinción entre «estado de insolvencia» y «estado de crisis», definiendo esta última como *la probabilidad de futura insolvencia*; la introducción de una «fase preventiva de alerta», a la que podrá acogerse quien se encuentre en «estado de crisis» y cuya finalidad consiste en reducir el riesgo de que dicho estado de crisis se convierta en estado de insolvencia y, por último, la creación de un tipo de procedimiento que se compone de dos fases, una primera fase destinada a la comprobación del estado de crisis o de insolvencia del deudor y, de darse alguno de esos estados, tendría lugar una segunda fase consistente en la apertura de procedimientos diferentes (liquidatorio, conservador o de regulación concertada) atendiendo a cada situación concreta.

<sup>107</sup> La prevención y la conservación empresarial se consagran definitiva y oficialmente en el Derecho francés, de manera que el legislador se aleja cada vez más del carácter privatista del tradicional Derecho de la insolvencia. Ya desde la *Loi relative à la Prévention et au Règlement Amiable* de 1984 se dio el paso del *Droit de la faillite* al *Droit de l'entreprise en difficulté*, resultando de aplicación a toda clase de empresa (comercial, artesanal, agrícola, profesional liberal y profesional independiente) y persiguiendo no tanto la satisfacción de los intereses de los acreedores, sino más bien la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo sobre la base de una detección precoz de la insolvencia. *Vid.*, sobre el particular, MELEDO-BRIAND, *Nature du Droit des Entreprises en Difficulté*, Rennes, 1992, p. 17, como es citado en SAINT ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2014; *ibid.*, «La loi de sauvgarde des entreprise, des nouvelles procédures, pour des nouvelles stratégies», *RPC*, núm. 13, 2007; PÉROCHON, «La prevención de la crisis en el Derecho francés», en *RDCP*, núm. 15, 2011; JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2013, en especial pp. 52 y 53. La incorporación al ordenamiento francés de la Sauvgarde Financière Accélérée en el año 2010, una suerte de *prepackaged plans*, supuso la admisión de acuerdos extrajudiciales mediante un sistema expedito de votación por parte solo de una clase de acreedores, entidades de crédito y asimilados y todo ello en un plazo no superior a un mes. *Vid.* VIÑUELAS, «El nuevo procedimiento de “Sauvgarde Financière Accélérée” en Derecho francés», *ADCo*, núm. 29, mayo-agosto de 2013, pp. 367 y ss.; ARIAS VARONA, «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», monografía núm. 17, *RDCP*, pp. 49 y 50. En línea con el régimen concursal francés basado en la prevención y conservación empresarial se ha publicado el 23 de mayo de 2019, la Ley núm. 2019-486 conocida como *Loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation de l'Entreprise)* que afecta de manera significativa al ámbito mercantil, societario y laboral. En lo que al régimen concursal se refiere, y aún pendientes de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, esta Ley ha venido a modificar los arts. 56 a 70 del Libro IV del Código de Comercio francés en relación con los procedimientos colectivos (art. 58 de la Ley PACTE) situando a la empresa en el centro de la vida social.

<sup>108</sup> Uno de los principales rasgos del sistema estadounidense cuya influencia se extiende de nuevo en los ordenamientos europeos, consiste en el intento de llegar a reestructuraciones

En este sentido, podemos afirmar que la LC es una ley moderna inspirada en la Ley Modelo de la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI) así como en otras legislaciones extranjeras de nuestro entorno y en el *Reglamento (CE) 1346/2000*, de 29 de mayo, *sobre procedimientos de insolvencia*. Al hilo de las reformas antes mencionadas, la LC perseguía la satisfacción de los intereses de los acreedores al tiempo que la conservación de la empresa, incentivando la solicitud temprana del concurso. Precisamente la dificultad de conjugar la tutela de los acreedores y la conservación de la empresa han hecho necesarias numerosas modificaciones de la LC, operadas muchas de ellas mediante decretos leyes.

Por otra parte, desde el punto de vista económico, se ha reiterado el contexto de bonanza económica en el que se promulgó la LC, de manera que una vez que la crisis económica estalla en el año 2008, esta legislación se reveló insuficiente para hacer frente a la avalancha de concursos que llegaban a unos tribunales especializados pero con importantes carencias materiales y personales. Por otra parte, la ausencia en la LC de un régimen específico sobre el tratamiento del fenómeno relativo a la dificultad financiera de las empresas al margen del concurso de acreedores —de un derecho preconcursal— reclamado por los operadores económicos, particularmente la gran empresa, provocó la necesidad de reformar una legislación tan reciente. En efecto,

---

mediante mecanismos alternativos al rígido y costoso procedimiento judicial. Esta tendencia se orienta en la composición negocial de las crisis económicas buscando la desjudicialización de su tratamiento mediante el fomento de los acuerdos extrajudiciales o casi *extrajudiciales* en detrimento del clásico convenio judicial. Sobre la importancia de los mecanismos de resolución de crisis económicas paraconcursales en el Derecho estadounidense, *vid.* MORRISON, «*Bargaining around Bankruptcy: Small Business Workouts and State Law*» [Consultado el 27 de abril de 2015]. Disponible en <http://papers.ssrn.com>. Para un estudio sobre su evolución, *vid.* GONDRA ROMERO, «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico comparada», en *Estudios de Derecho Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pp. 4588 y ss.; también, ENCISO, *La judicialización de los convenios...*, *op. cit.*, pp. 49 y ss. La reorganización, frente a la liquidación de activos se presenta como una solución más ventajosa para el deudor ya que en la mayoría de los casos, conservará la propiedad de la empresa mientras se reestructuran sus deudas, no resultando preceptiva, por tanto, la intervención de un administrador concursal, pudiendo beneficiarse de una condonación de deudas.  *Vid.*, en este sentido, WARREN y WESTBROOK, *The Law of Creditors and its Debts*, Little Brown and Company, 2006, pp. 427 y ss.; sobre la eficiencia económica como principio rector de los mecanismos de reestructuración en el Derecho estadounidense, *vid.* JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1986; COLE, «El Derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global», en *RDCP*, núm. 15, 2011, pp. 546 y ss. La reforma del año 2005 designada formalmente como *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, es considerada como una de las reformas más importante de la legislación concursal estadounidense ante el elevado nivel de endeudamiento de los consumidores estadounidenses, *vid.*, sobre el particular, LAWLESS, «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», en *RDCP*, núm. 8, 2008, pp.99-111; ORTIZ MÁRQUEZ, *Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal* [Consultado 2 de abril 2016]. Disponible en [www.dspace.ceu.es](http://www.dspace.ceu.es), pp. 45 y ss.

podemos afirmar que el consenso generalizado acerca de las causas de la crisis económica desaparece, sin embargo, cuando se intentan ofrecer soluciones a la misma. En este sentido, la necesidad de promover la financiación de las empresas constituye el eje sobre el que se articula la recuperación de la economía española. Es sabido el nivel de dependencia de las empresas de las entidades financieras, lo que añadido al hecho de importantes cambios en este último sector —entidades que han desaparecido, otras que han precisado de ayuda pública— provocó una importante disfunción normativa. A esto se suma la aparición en el mercado de nuevos agentes *distressed* y *hedge funds*<sup>109</sup>, entidades de capital riesgo con nuevas formas de financiar proyectos cuya especial naturaleza no quedaba contemplada en la normativa vigente.

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

Por último, desde el punto de vista jurídico formal, el apartado II de la Exposición de Motivos de la LC proclamaba los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Esta triple unidad adoptada desde hace tiempo en las reformas practicadas en el Derecho comparado, resulta una novedad, sin embargo, en nuestro tradicional Derecho concursal. La unidad legal que pusiera fin a la dispersión y fragmentación normativa que caracterizaba el Derecho concursal previgente, un solo texto que regulara los aspectos materiales y procesales del concurso, con la

---

<sup>109</sup> La aparición de estos nuevos intermediarios financieros en el panorama concursal, en lo que a los acuerdos de refinanciación se refiere, supone una dificultad añadida ya que puede darse la circunstancia de tener que negociar un acuerdo preconcursal con quien no intervino en la negociación de origen.

excepción de aquellas normas que por su especial naturaleza requieran de una ley orgánica. La unidad de disciplina obedecía a la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y a la necesidad de simplificar el procedimiento concursal. Por último, en lo que hace a la unidad de procedimiento, *tema históricamente crucial*, en palabras de Illescas<sup>110</sup>, se establecía un único procedimiento: el concurso. Como es sabido, el nombre elegido no resultaba casual, desde el siglo XVI el primer autor en acuñar este término fue Amador Rodríguez (*Tractatus concursu*, 1616) aunque se atribuye su desarrollo, con la elaboración doctrinal de la institución como *proceso* a Francisco Salgado Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646) autor de la mayor aportación histórica al Derecho de la insolvencia<sup>111</sup>. Se trata de una tramitación dotada de la suficiente flexibilidad para adecuarse a las diferentes situaciones y soluciones. Sin embargo, el legislador tiene presente por una parte determinadas especialidades de concursos de empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza de la contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) así como la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios. Por otra parte, serán tomadas en consideración las necesidades de deudores civiles o de pequeños comerciantes, ya que la LC prevé un concurso simplificado para aquellos procedimientos de menor entidad.

En lo concerniente al necesario control judicial, en tanto se produce una desposesión de los bienes del deudor, esto se logra mediante una especialización de los Juzgados en virtud de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica *la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, se crean *ex novo*, los juzgados de lo mercantil, en el ámbito de la jurisdicción civil y con competencia exclusiva y excluyente para conocer de todas las cuestiones que se susciten en materia concursal.

Con todo, tras más de una veintena de reformas de la LC, de mayor o menor intensidad, una ley que había suscitado grandes esperanzas en lo que a vocación de estabilidad normativa se refiere, tuvo que ser reformada. *La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas*, así comienza la Exposición de Motivos del TRLC aprobado el 7 de mayo de 2020 mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que reconoce la necesidad de resolver incongruencias del texto de la LC, así como problemas interpretativos y sistemáticos que generaban una significativa inseguridad jurídica. Por otra parte, el TRLC busca la preparación de la norma en relación con la futura incorporación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva,

<sup>110</sup> ILLESCAS, «La reforma de la mecánica...», *op. cit.*, p. 16.

<sup>111</sup> Vid. OLIVENCIA RUIZ, *Reforma concursal...*, *op. cit.*, p. 20.

exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

En definitiva, la modificación practicada en el Derecho concursal español operada por la LC respondía a una «gran reforma» frente a una «mera reforma o reforma técnica». En efecto, la necesidad de un *replanteamiento básico del Derecho concursal* venía siendo reclamada por la doctrina más especializada a la luz de la experiencia histórica, en particular teniendo en cuenta el volumen de quiebras en relación con los expedientes de suspensión de pagos, y del Derecho comparado<sup>112</sup>.

### 3. MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

De lo hasta aquí dicho se deduce la gran importancia que adquieren los periodos reflexivos y de calma en la elaboración del Derecho concursal ya que, siguiendo las palabras del profesor Olivencia, «la labor del legislador concursal es de previsión más que de reparación urgente de un conflicto ya surgido»<sup>113</sup>. No obstante lo anterior, la excepcionalidad surgida a raíz de la crisis sanitaria y económica provocada por la covid-19 nos llevan a soluciones —normativas y económicas— cargadas también de excepcionalidad y de urgencia.

Lo precedente debe enlazarse con el carácter cíclico del Derecho concursal que aconseja no legislar de igual manera en épocas de crisis económica, como la actual, de carácter sistémico y exógeno, que en épocas de bonanza económica<sup>114</sup>. El propósito del legislador debería consistir en determinar qué normas hay que cambiar en uno y otro caso y todo ello con celeridad, evitando que la puesta en marcha de unas normas no coincida con un escenario económico no previsto inicialmente.

<sup>112</sup> Cabe anotar lo que precisa DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.*, p. 41, para quien, «no se trata de corregir la legislación vigente en un punto concreto, de aclarar dudas interpretativas y doctrinales, o de unificar dispares criterios de los Tribunales. No se intentaba perfeccionar, pues, la legislación vigente. Tampoco ahora es esta la tarea a realizar. Se trata de hacer una *reforma innovadora*»; también, *vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Reformas y proyectos de reforma...», *op. cit.*, pp. 1643 y ss. *Ibid.*, «Ante una posible reforma...», *op. cit.*

<sup>113</sup> OLIVENCIA, «Reforma concursal y crisis económica», *Liber amicorum José M.<sup>a</sup> Gondra Romero*, Madrid, 2012, pp. 521 y ss.

<sup>114</sup> Cuestión distinta son las crisis empresariales endógenas en épocas de bonanza económica donde la propia dinámica del mercado provoca su concurso y desaparición. *Vid.* GARCIMARTÍN, «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concurzal: el Real Decreto Ley 16/2020», *Almacén de Derecho* [consultado el 17 de julio de 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-preconcurzal-el-real-decreto-ley-162020>.

En este contexto, un par de observaciones deben apuntarse: primera, el Derecho concursal español es un derecho en construcción con vaivenes legislativos y una importante vinculación al contexto económico —especialmente de crisis— de los últimos años. En este sentido, ni siquiera el TRLC se presenta como definitivo si tenemos en cuenta la necesaria trasposición de la Directiva 2019/1023 a más tardar el 17 de julio de 2021<sup>115</sup>. Y, segunda, sin entrar en contradicción con lo dicho anteriormente, el Derecho concursal se caracteriza, en especial desde el siglo XIX, por largos periodos de *sequía legislativa*, aunque no exentos de intentos de reformas, seguidos de otros marcados por una profusa legislación, sobre todo mediante decretos leyes<sup>116</sup>. Es cierto, en relación con los decretos leyes dictados sobre el periodo del estado de alarma que exceden del ámbito socio laboral —lucha contra la enfermedad— pero las medidas adoptadas en este ámbito son las de mayor alcance al recaer sobre la protección de los trabajadores, familias y colectivos vulnerables fomentando la actividad productiva y el mantenimiento del empleo.

El 7 de mayo de 2020 se publicó en el *BOE*, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC). El TRLC entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020 y, entre otras normas derogará la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) y algunas —no todas— de sus disposiciones adicionales y finales. Por otra parte, el TRLC no supone la derogación de las medidas concursales urgentes que se han aprobado con ocasión de la crisis de covid-19.

Este nuevo Real Decreto se estructura en tres libros:

— El Libro I, el más extenso, está dedicado al procedimiento del concurso de acreedores. En la distribución de la materia entre los distintos títulos existen diferencias importantes con la sistemática de la LC. Así, por ejemplo, hay un título específico sobre los órganos del concurso, dividido a su vez en dos capítulos, uno dedicado al juez del concurso y otro a la administración concursal;

— El Libro II, una de las principales novedades de esta ley, versa por vez primera sobre el Derecho preconcursal y se estructura en cuatro títulos independientes: el primero, tiene como objeto la comunicación

<sup>115</sup> El art. 34 de la Directiva dispone que los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar, el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al art. 28, letras *a)*, *b)* y *c)*, que se adoptarán y publicarán, a más tardar, el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al art. 28, letra *d)*, que se adoptarán y publicarán, a más tardar, el 17 de julio de 2026.

<sup>116</sup> Sobre la proliferación de los decretos leyes durante el periodo del estado de alarma, *vid.* HUERGO LORA, «Estado de alarma en el país de los Decretos-Leyes», *Almacén de Derecho* [consultado el 17 de junio de 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>.

de la apertura de negociaciones con los acreedores; el segundo, se ocupa de los acuerdos de refinanciación con un régimen novedoso tras la primera reforma de la LC en virtud del 3/2009, adquiere ese mínimo de unidad y autonomía que se reclamaba por gran parte de la doctrina; el tercero es el relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago, cuya disciplina, se añadió a la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de junio; y el último se ocupa de las especialidades del concurso consecutivo, sea como consecuencia de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

— En el Libro III se incluyen las normas de Derecho internacional privado que hasta ahora contenía el Título IX de la LC. La razón de la creación de este último libro obedece al Reglamento (UE) 2015/848. Existían normas del Derecho internacional privado de la insolvencia, hasta ahora circunscritas al concurso de acreedores, que deberán aplicarse a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos, por lo que la coherencia sistemática exigía esta trasposición.

El nuevo TRLC es el resultado de la regularización, la aclaración, la armonización y la preparación del conjunto de las normas concursales. Así se dispone en el apartado II de la Exposición de Motivos del TRLC.

En lo que a la reordenación se refiere, la alteración de la sistemática llevada a cabo por el nuevo texto legal facilita la identificación de la norma y la comprensión de la función que cumple. Esta nueva distribución ha supuesto trasladar y recolocar muchos artículos hasta ahora contenidos en Títulos diferentes de la LC. Se trata, en palabras del legislador de «ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones —o incluso normas duplicadas o innecesarias— han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida». Se ha de apuntar que siguiendo este propósito legislativo, hubiera resultado conveniente establecer una *vacatio legis* mayor ya que el TRLC no supone la derogación de las medidas concursales urgentes que se han aprobado con ocasión de la crisis de covid-19, como el Real Decreto Ley 16/2020, por lo que temporalmente convivirán ambas normas, resultando previsibles confusiones en cuanto a plazos y ámbitos de aplicación<sup>117</sup>. A modo ejemplificativo de la tarea de ordenación realizada por el legislador destacamos el Título IV, dedicado a la masa activa; en él no solo se

---

<sup>117</sup> Se aconseja un año de *vacatio legis*, siguiendo el precedente alemán del art. 1.1 de la Ley de 27 de marzo de 2020 para mitigar los efectos de la pandemia de la Covid-19 en la legislación civil, concursal y de procedimiento penal, que ha contemplado la suspensión de la obligación de pedir concurso hasta el 30 de septiembre de 2020 si la insolvencia es consecuencia de la pandemia —lo que se presume si el deudor no tenía iliquidez al 31 de diciembre de 2019— y hay perspectivas de remediar dicha insolvencia. Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA, «Reflexiones y propuestas...», *op. cit.*

incluye lo relativo a su composición o lo referente a la conservación de la misma, sino que también se incorporan, por primera vez, las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen; los regímenes de reintegración y reducción; y la regulación de los créditos contra la masa.

En cuanto a la clarificación, un elevado número de artículos se han redactado de nuevo para precisar, sin alterar el contenido, cuál debe ser la interpretación de la norma. En este sentido, el legislador, con esta nueva Ley, no solo ha pretendido ofrecer un texto que fuera sistemático claro e inteligible sino que también ha afrontado una verdadera tarea refundidora con ajustes importantes orientados a mantener la unidad de conceptos; convertir en norma expresa principios implícitos; completar soluciones legales colmando las lagunas existentes, y rectificar las incongruencias detectadas.

En relación con la armonización, son más de 750 artículos divididos en tres libros: concurso de acreedores, Derecho preconcursal y Derecho internacional privado. Quinientos diez artículos más que los de la LC que ha derogado. Este incremento, en parte se debe a que en el nuevo Texto se dedica un artículo a cada materia evitando que un mismo precepto se ocupe de cuestiones distintas o heterogéneas<sup>118</sup>.

Por último, en lo que concierne a la preparación, el TRLC dispone en su Exposición de Motivos apartado II, que España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE)2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo de, 20 de junio, cuya finalidad es establecer los mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el Derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. En definitiva, el TRLC constituye la base idónea para acometer la inexcusable transposición de la Directiva (UE) 2019/1023.

#### 4. CONCLUSIONES

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

---

<sup>118</sup> En ocasiones, un solo artículo de la Ley Concursal ha dado lugar a todo un capítulo o a toda una sección: así, por ejemplo, el conocido art. 5 LC, sobre comunicación de negociaciones con los acreedores se recoge en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I arts. 583 y ss.; el art. 64, relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo, se contiene en el Libro Primero, Título III, Capítulo IV, Sección 4.<sup>a</sup> arts. 169 y ss. Mención particular merece el art. 71 bis LC, sobre el régimen especial de rescisión de determinados acuerdos de refinanciación, y de la DA 4.<sup>a</sup>, referido a la homologación de esos acuerdos, que han dado lugar a todo un Título. (Libro Segundo, Título II, arts. 596 y ss.)

En un principio, en el Derecho concursal histórico, operaba el conocido principio de *decoctor ergo fraudator* que, en relación con el deudor comerciante, dotaba a los institutos concursales de un extraordinario rigor. En este contexto, la liquidación forzosa era el único instituto concursal conocido, configurada como una solución general y única vinculada a la insolvencia del deudor comerciante que incumplía sus obligaciones en aquellos casos en los que o bien, no disponía de bienes suficientes para ello o, teniéndolos, estos no fueran suficientes para satisfacer el pago de todas sus deudas. Con el tiempo, se advirtió que la liquidación judicial forzosa podía ser sustituida por un arreglo de composición negociado en el seno de un procedimiento judicial entre el deudor y la mayoría de los acreedores. Aparecen así, *los convenios de masa*, situados dentro de la quiebra. Cuestionada la naturaleza jurídica de estos convenios<sup>119</sup>, pueden definirse como un acuerdo de voluntades entre el deudor y sus acreedores, sancionado por el juez, tendente a lograr la satisfacción de estos por una vía distinta a la tradicional liquidación forzosa. La tutela del crédito seguía siendo la finalidad principal de los tradicionales institutos concursales, aun reconociéndose los convenios de masa y la finalidad perseguida por estos.

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

Lo precedente debe enlazarse con la aparición a finales del siglo XIX y principios del siglo XX de los *convenios preventivos judiciales de ma-*

---

<sup>119</sup> Teorías procesalistas, teorías contractualistas y teorías mixtas han pretendido explicar la naturaleza jurídica del convenio concursal, *vid.*, por todos, TORRES DE CRUELLS, *La Suspensión de Pagos*, *op. cit.*, pp. 484 y ss.; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; RAMÍREZ, *La quiebra*, *op. cit.*, pp. 1917 y ss. Entre la doctrina italiana, *vid.* PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de Quiebra (notas y adiciones de Ramírez)*, vol. III, 1958, pp. 45 y ss.; PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, 1988, pp. 634 y ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1990, pp. 208 y ss.

yoría, en gran parte como consecuencia de la quiebra de las compañías de ferrocarriles. En efecto, en la mayoría de los países de nuestro entorno surge la necesidad de llegar prontamente a un arreglo entre el deudor y sus acreedores que procuren la satisfacción de sus créditos. En España esto *arreglos* se lograron, en un primer momento, con la promulgación de la *Ley de Suspensión de Pagos* en 1922. Como es consabido, el fin previsto por los mismos no se alcanza del todo con esta ley, para lo que siguieron sucesivos intentos de reforma de nuestra legislación concursal que han resultado objeto de análisis en el presente trabajo.

En este contexto, se promulgó primeramente en el año 2003 la LC y pronto los acuerdos de refinanciación centraron, en buena medida, el debate sobre la reforma del Derecho concursal, especialmente en los últimos años. Sea como consecuencia de la crisis económica del año 2008 o de la actual crisis sanitaria Covid-19, cuyos efectos sobre el Derecho concursal son analizados en los capítulos II y III de nuestro estudio, sea como consecuencia de la tendencia reformista que se vive especialmente en Europa y Estados Unidos, lo cierto es que se advierte un renovado interés por la autocomposición como mecanismo de solución de crisis económicas del deudor común con una marcada desprivatización de los tradicionales institutos concursales.

En España, la reforma de la LC, siguiendo la tendencia de las reformas operadas en Europa se acometió principalmente a través de dos grandes reformas: el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico un primer tratamiento de este tipo de acuerdos de refinanciación, a través de la incorporación de la DA 4.<sup>a</sup> de la LC y al objeto de incentivar su negociación de mecanismo de protección de las negociaciones preconcursales por la vía del art. 5 bis de la LC. Posteriormente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en la misma línea que la precedente realiza una reforma de mayor alcance en relación con los acuerdos de refinanciación, mediante la incorporación del sistema de homologación judicial para estos acuerdos, introduciendo determinados privilegios al objeto de potenciar la financiación de los acuerdos de refinanciación. Con este fin, se reforma de nuevo la DA 4.<sup>a</sup> de la LC y el art. 71 de la LC transformando el art. 5 bis en el art. 5.3 de la LC.

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

Por otra parte, la entrada de mecanismos preconcursales no termina con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación. La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su

internacionalización, introdujo un nuevo Título X a la LC, denominado *Acuerdo Extrajudicial de Pago*, destinado a regular un nuevo mecanismo preconcursal de tratamiento de la insolvencia en donde la figura del mediador concursal ocupa un lugar destacado. El legislador en una ley en la que se aborda la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y reactivación de la economía, junto a iniciativas públicas destinadas a tal fin, prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o personas jurídicas al objeto de garantizar que «el fracaso no cause empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar»<sup>120</sup>.

Se trata de un procedimiento extrajudicial ajeno al Juzgado y al juez mercantil, destinado fundamentalmente a empresas pequeñas, con el fin de remover, en sede preconcursal, la insolvencia del deudor pero siempre que exista una posible continuidad y viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor<sup>121</sup>. Para ello, pretende el legislador dotar a este procedimiento de la agilidad necesaria a todo mecanismo preconcursal para lo que establece plazos breves para alcanzar un pacto de pago entre deudor y acreedores y dispone que el procedimiento se sustancie ante *funcionarios idóneos por su experiencia*, como son el registrador mercantil o el notario. La esencia, por tanto, del procedimiento radica en el mediador que impulse la avenencia entre las partes al tiempo que asegure que se cumplan los requisitos de la publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos para el arreglo.

Ahora bien, aunque el acuerdo extrajudicial de pagos se presenta como una mediación, lo cierto es que no es una mediación propiamente dicha, se trataría más bien de una figura autónoma con algunos elementos diferenciadores de la mediación aunque resulte fuertemente influenciado por la misma<sup>122</sup>. En concreto, la ausencia de controversia entre las partes que se pretenda resolver mediante esta mediación y el hecho de que este mecanismo se proyecte por el legislador despegado del art. 1.255 CC, principio informador de la mediación civil y mercantil, hace que pueda ser considerado este mecanismo preconcursal

---

<sup>120</sup> Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

<sup>121</sup> En estos términos, AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia, 2014, p. 291.

<sup>122</sup> En este punto compartimos el parecer de AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, pp. 291 y ss., al considerar que «el procedimiento del art. 231 no es un procedimiento de mediación, no es menos cierto que bebe de las fuentes de tal figura siéndole extensible al mediador concursal el régimen de actuación del mediador, en lo no dispuesto en los citados preceptos LC y en lo que no contravenga al régimen del acuerdo extrajudicial de pago. Por cierto, ese deber de confidencialidad que debe guiar cualquier procedimiento mediador presenta perfiles oscuros y se desdibuja en el acuerdo extrajudicial de pago».

como una figura autónoma pero no una mediación en el sentido estricto de la palabra.

Cabe concluir que con la promulgación del TRLC se ofrece un impulso definitivo al Derecho preconcursal recogido por primera vez con una regulación más completa y en el mismo cuerpo legal que el resto de normas concursales. Los acuerdos de refinanciación que se convirtieron en la pieza esencial del Derecho concursal patrio desde su incorporación en el año 2009 con evidente vocación de estabilidad pronto pasaron a ser un *derecho en perpetua refacción* tal y como lo describe el legislador. Actualmente, dada la situación de crisis económica y sanitaria que vivimos, la proyección de los acuerdos de refinanciación pasa porque los Estados *cedan parte de sus derechos de cobro* en las insolvencias de las empresas, de manera sistemática y fija, facilitando de esta manera las reestructuraciones rápidas y eficientes<sup>123</sup>. Esta propuesta debería ser diseñada de manera que se eviten los incentivos perversos como, por ejemplo, las intervenciones del Estado en operaciones pertenecientes al sector privado o que los bancos exploten en detrimento del resto de acreedores su posición de privilegio al disponer de toda la información.

La práctica revelará el éxito o el fracaso de las novedades incorporadas<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> *Vid.*, en este sentido, las propuestas formuladas por Blanchard en el ciclo de entrevistas realizadas por GARICANO en *El capitalismo después del Coronavirus*, disponible en [https://www.elconfidencial.com/multimedia/video/mundo/2020-07-05/olivier-blanchard-economista-garicano\\_2668615/](https://www.elconfidencial.com/multimedia/video/mundo/2020-07-05/olivier-blanchard-economista-garicano_2668615/).

<sup>124</sup> Nos referimos a la mediación concursal como un mecanismo novedoso cuando lo cierto es que en el ámbito del Derecho comparado podemos encontrar antecedentes de esta figura. Así, DÍAZ ECHEGARAY, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Pamplona, 2014, pp. 26 y 27 señala que el acuerdo extrajudicial de pago «viene a ampliar el ámbito de la preconcursalidad sobre la base del modelo del *Règlement amiable*, conectado a la figura del mandatario *ad hoc*, que posteriormente evolucionaría hacia la *conciliation*, configurándose como novedad en nuestro ordenamiento jurídico». Probablemente este tipo de acuerdos, fuertemente encorsetados por la LC no logren los fines preventivos y conservativos previstos por el legislador y se convierta en una antesala de un procedimiento concursal consecutivo en el que no quepa ya más solución que la liquidación como consecuencia del trascurso del tiempo desde el inicio de la mediación concursal.

## CAPÍTULO II

# DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL. ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES

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

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

En la primera parte de nuestro estudio hemos abordado los procesos de ejecución colectiva y universal dirigidos contra el patrimonio del deudor común; para ello hemos atendido a su dimensión histórica y a la perspectiva de los derechos concursal y privado de las obligaciones<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1.911 del CC, en conexión con los arts. 1.919 y 1.920 del CC, hoy derogados, establecía el marco normativo en el que se movía el deudor civil que pretendía la celebración de un convenio en sede de concurso.

De ello se infiere que la finalidad perseguida por estos procedimientos concursales consistía básicamente en la liquidación de los bienes del deudor común, con el fin de tutelar el crédito de los acreedores, a la vez que se infligía un castigo sobre la persona del deudor. Si bien, con el paso del tiempo este castigo se fue mitigando, la finalidad solutoria y prevalentemente liquidativa permaneció hasta prácticamente la segunda mitad del siglo xx, momento a partir del cual comienzan a perfilarse soluciones de carácter conservativo, que toman en consideración intereses no directamente relacionados con el deudor y sus acreedores sino referidos a la comunidad y dirigidos en la mayoría de los casos a la conservación del tejido empresarial<sup>2</sup>.

En efecto, a lo largo del siglo xx Europa y Estados Unidos conocen una profunda crisis económica consecuencia de las dos guerras mundiales, del periodo de entreguerras, así como de los efectos de la gran depresión económica de 1929. Ante este estado de cosas no resulta extraño que, dependiendo del carácter más o menos intervencionista de los diferentes Estados, se produjeran importantes cambios especialmente en el ámbito económico con trascendencia en el contexto social y jurídico<sup>3</sup>. Estos cambios en las estructuras económicas, singularmente

---

En relación con la vinculación del Derecho concursal y el Derecho de las obligaciones traemos aquí las palabras de BISBAL, *La insoportable...*, *op. cit.*, pp. 845 y 846, quien señala que «el Derecho concursal es sencillamente una pieza más del sistema de extinción de las obligaciones. Concretamente: una de las varias piezas predispuestas para extinguir las obligaciones de un deudor insolvente, frente a una pluralidad de acreedores».

<sup>2</sup> No obstante, ya a finales del siglo xix encontramos en España una manifestación temprana de esta tendencia a la consideración de *otros fines concursales*, con la promulgación de la Ley de 1869 sobre quiebras de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas. Profundiza sobre esta cuestión, el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ en *La modernización...*, *op. cit.*, p. 115, quien considera que «en España la promulgación de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, constituye el primer intento de modernización (en el sentido de reestructuración general) de los principios que habían regido hasta entonces esta región jurídica». Esta reforma concursal, que supuso un importante avance para la época, no tuvo, sin embargo, una continuidad en posteriores modificaciones en la materia necesarias para nuestro ordenamiento jurídico, *vid.* OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal...», *op. cit.*, p. 19, quien en relación con la elaboración doctrinal que acompaña la producción legislativa señalaba que «una mirada retrospectiva a la historia de la doctrina concursal española nos lleva a fijar la atención en los máximos y mínimos de una curiosa curva de evolución: desde la cima de la literatura clásica de del siglo xvii, a la penuria, cuantitativa y cualitativa, de casi tres siglos de caída».

<sup>3</sup> En relación con los efectos de la crisis en el ámbito económico, destaca el tránsito del marco constitucional de una economía liberal a la llamada «Economía Social de Mercado» o «capitalismo social». Bajo el liberalismo económico, se resolvían mediante la dinámica del mercado, especialmente cuando se trataba de empresarios, lo que suponía que aquellas empresas ineficientes o no competitivas eran expulsadas del mercado. La satisfacción del interés privado de los acreedores legítimos se configuraba como fin de los procedimientos concursales. Frente a este sistema, surge el modelo de Economía Social de Mercado, *modelo sociopolítico* desarrollado en 1946 por Alfred Müller-Armack quien en su obra *Dirección económica y economía de mercado (Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft)*. Müller-Armack definió, el núcleo de la Economía Social de Mercado como «la combinación del principio de la libertad de mercado con

el tránsito a la economía social de mercado, provocaron en el ámbito jurídico y particularmente en relación con el tratamiento de las crisis económicas del deudor común, un *replanteamiento del tradicional marco institucional concursal*<sup>4</sup>. Considérese que en este contexto, la piedra angular del sistema de economía de mercado lo constituye el principio de responsabilidad patrimonial universal sustentado sobre el derecho de propiedad, el derecho de contratos, en particular, el de crédito, así

el principio de la equidad social». Constatadas las deficiencias del mercado en el liberalismo económico y los graves efectos de las crisis económicas sobre el empleo y la producción, los intereses sociales, públicos y laborales empezaron a ser especialmente valorados. Acerca del concepto de política de economía social de mercado en España, *vid.* el interesante trabajo del profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, «Constitución económica y Derecho mercantil», en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 92, para quien esta economía social «trata de encontrar un *compromiso entre la libertad económica y la igualdad social* sin renunciar a la intervención de los poderes públicos para mantener el mercado y la competencia económica y para alcanzar las finalidades sociales cuando estas resulten frustradas por el acontecer del mercado». En cuanto al significado de este cambio económico en el Derecho concursal, *vid.*, por todos, PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal...*, *op. cit.*, p. 31, nota a pie, señala la insuficiencia de la formulación teórico-clásica del liberalismo económico de manera que «los hechos ponen de manifiesto que los intereses generales no son satisfechos a través de aquel modelo (función autorreguladora del mercado), abandonándose progresivamente por parte del Estado su posición abstencionista e iniciándose un intervencionismo en materia económica que dará lugar a un nuevo marco de relaciones Estado-sociedad, superior de la separación entre ambos típica del liberalismo»; *vid.*, también, SACRISTÁN REPRESA, señala el autor la relevancia del modelo social de la economía de mercado en relación con la importancia de soluciones concursadas y la denominada Constitución Económica de estados que se agrupan en las comunidades Europeas, germen de la actual UE, en «El convenio anticipado en la Ley concursal. (Notas sobre su régimen específico)», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 4707 y 4708; *vid.* SANTINI, «Crisis empresarial en la economía de mercado», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1982, pp. 35-66; en relación con la repercusión de la Economía social de Mercado en el Derecho concursal norteamericano, *vid.* GALBRAITH, *Historia de la economía*, traducción de Hernán Rodríguez Campoamor, Barcelona, 1989, p. 229, para quien «uno de los fenómenos más relevantes que se produjeron en Estados Unidos como respuesta a la gran depresión fue el surgimiento de lo que con el tiempo, a veces en forma aprobadora, y con frecuencia en tono condenatorio, llegaría a denominarse el estado del bienestar. Esta sería la creación más perdurable de la revolución rooseveltiana».

<sup>4</sup> Sobre el particular, especialmente antes de la reforma de 2009, *vid.*, *in extenso*, PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal...*, *op. cit.*; *ibid.*, «Insolvencia: Conservación versus liquidación», en AAVV, R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO UREBA y J. PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002; ENCISO ALONSO MUÑUMER, *La judicialización de los convenios...*, *op. cit.*; con posterioridad a la reforma, PULGAR EZQUERRA, «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en AAVV, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo*, La Ley, 2009; *ibid.*, *Preconcursalidad y acuerdos...*, *op. cit.*; *ibid.*, *El concurso de acreedores...*, *op. cit.*; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b)]*, 2001; *ibid.*, «El régimen jurídico preconcursal de los “acuerdos de refinanciación” (DA 4.<sup>a</sup> LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, 2010; AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda...*, *op. cit.*; GARCÍA CRUCES, *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*, Madrid, 2013.

como en el último extremo la libertad de la persona responsable de sus actuaciones<sup>5</sup>. De ahí que esta evolución de los principios de política jurídica que inspiraron el Derecho concursal provocaran una cierta *desprivatización de los tradicionales institutos concursales*, especialmente en los casos en los que el deudor era una empresa que, o bien tenía grandes dimensiones, o bien resultaba relevante para un sector de la economía.

La crisis económica del siglo xx puso de manifiesto, como también ha sucedido con la reciente crisis económica<sup>6</sup>, la necesidad de proteger intereses no previstos originariamente, o al menos no directamente, por las legislaciones concursales. En consonancia con lo anterior, la preocupación de los modernos Estados se centraría en la conservación de la actividad empresarial prestando especial atención a la intensidad con que se percibe la presencia del interés general. En este sentido, las reformas concursales acometidas en Europa en el siglo xx van a incorporar de forma más o menos articulada los principios de política jurídica antes expuestos<sup>7</sup>.

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

En primer término, a diferencia de lo que sucedía en la concepción tradicional, ya no son los dos principales sujetos afectados por la crisis, deudor y acreedores los que deciden acerca de las posibles soluciones

<sup>5</sup> Así, CUESTA RUTE y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, en AAVV, CUESTA RUTE (dir.), *Derecho Mercantil*, II, 2014, p. 378.

<sup>6</sup> Prueba de ello son las numerosas reformas a las que se ha sometido la LC consecuencia en la mayoría de las ocasiones de la grave crisis económica. Especialmente y en lo que nos atañe: Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y recientemente el Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (procedente del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero).

<sup>7</sup> Así pues, cabría apuntar la reforma de la Corporate *Reorganization, Bankruptcy Code* de 1978, con la promulgación del célebre Capítulo XI, en sustitución de dos capítulos de reorganización corporativa, Capítulo X y Capítulo XI, la reforma francesa mediante la Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises» y la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 «relative au redressement et a la liquidation judiciaire des entreprises»; el frustrado Proyecto de Ley belga de 28 de octubre de 1983 «relative aux entreprises en difficulté» y por último, la reforma italiana de 1979 (*Amministrazione straordinaria* de la Legge n. 95 de 3 de abril de 1979).

al concurso. Ahora en aquellos supuestos de insolvencia de grandes unidades productivas o que resulten relevantes por razón de la índole de la actividad, la decisión comienza a ser compartida, y en ocasiones sustituida, por deudor y acreedores y por otros sujetos públicos de carácter judicial o administrativo<sup>8</sup>.

Podemos afirmar que la situación de insolvencia del deudor común genera en su entorno una serie de intereses que le afectan directa o indirectamente a él mismo o a sus acreedores. Todos estos intereses son los que el legislador debe procurar conciliar.

El primero de estos intereses consiste, desde el punto de vista del deudor empresario, en su salvación económica. En efecto, el interés principal de la empresa en dificultad no es otro que obtener una quita o espera en el pago de sus deudas con el fin de reanudar lo antes posible sus actividades permitiéndole esta recuperación mantenerse en el mercado<sup>9</sup>. No obstante, este interés llevaría aparejado otro ineludible

---

<sup>8</sup> En este sentido, es necesario advertir que la crisis, especialmente de grandes unidades productivas dado que puede llegar a afectar a la propia estructura de la empresa, puede hacer necesaria la intervención del sector público (supuestos de fusiones, escisiones o grupos en sectores tales como el bancario o el asegurador). Se trata de actividades que al requerir un alto grado de concentración para poder ser eficientes, con frecuencia son esenciales para un determinado sector lo que exige, por una parte, una regulación específica que contemple sus peculiaridades y, por otra parte, un régimen de vigilancia especial en términos de solvencia, acompañado de procedimientos llamados «paraconcursales» con finalidad conservativa y un alto grado de intervención administrativa. Así las cosas, la normativa concursal establece en unos supuestos la prevalencia incluso de las soluciones conservativas frente a las liquidativas y, en otros casos, se admite directamente un mayor intervencionismo público. Así, en España, la evolución de la intervención pública se produce principalmente en relación con las empresas financieras por la vía de Ley de 1869, Ley de 1 de enero de 1939 sobre la incautación e intervención estatal de las empresas, el Decreto Ley de 20 de octubre de 1969 sobre la administración judicial de empresas embargadas o ya más próximo el Real Decreto Ley de 30 de noviembre de 1984 y la Ley de 26 de julio de 1984 relativas a la reconversión industrial. Posteriormente y en relación con la necesidad de dar soluciones especiales para determinadas crisis empresariales, se promulgaron la Ley relativa a la intervención e incautación estatal de empresas y el Decreto Ley de 20 de octubre de 1969, hoy derogado por la LEC de 2000 que regula el régimen de la administración judicial de empresas o grupos de empresas embargadas. *Vid.*, sobre el particular, CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos núm. 25, Barcelona, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 2001, pp. 15 y 16.

<sup>9</sup> *Vid.* GARCÍA VILLAVARDE, «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en AAVV, *Derecho Concursal I*, patrocinado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 275, quien apuntaba que: «La previsión de que la crisis es superable aconseja posibilitar el mantenimiento de la organización a través de un acuerdo con los acreedores. Mediante la espera-retraso en el pago —o la quita remisión de las deudas— acreedores y deudor se reparten el riesgo empresarial y la empresa continúa ejerciendo su función»; GUYON, *op. cit.*, p. 5, quien apunta en relación con este extremo que «*la disparition d'une entreprise est un phénomène aussi naturel que le décès d'une personne physique. Le Droit doit s'efforcer d'en atténuer les conséquences. Mais une politique de soutien systématique des «canards boiteaux» serait aussi contraire à l'intérêt général que le maintien en survie artificielle des malades ayant atteint le stade du coma dépassé*», también, *vid.* GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 5, quien

cual es la necesaria eliminación del mercado de aquellas empresas que se hubieran manifestado poco eficientes o con dirigentes poco honestos o con falta de escrúpulos<sup>10</sup>.

El segundo grupo está configurado por los intereses de los acreedores cuyo objetivo prioritario consiste en la satisfacción de sus créditos de la forma más pronta e íntegra posible<sup>11</sup>.

Por último, la colectividad en su conjunto tiene también interés en las consecuencias que se derivan de los procedimientos concursales. La desaparición de una empresa provoca en numerosas ocasiones, la destrucción de empleo, la degradación económica de una región pudiendo llegar a afectar a toda una economía local, regional o incluso nacional. El conflicto de intereses en los casos de insolvencia del deudor común no es solo un conflicto entre el deudor y la pluralidad de acreedores, si así fuera, la solución sería relativamente sencilla sacrificando los intereses del deudor a favor de los acreedores, esto es, configurando los procedimientos concursales como *procedimientos extintivos de una actividad* mediante la (colectiva) ejecución de los bienes que servían de soporte material<sup>12</sup>. Dado que en este conflicto hay además otros intereses que deben ser tomados en consideración y que con el devenir de los tiempos van adquiriendo cada vez una mayor relevancia, se trata de que el interés general de conservación de la empresa, de la protección del crédito y del saneamiento del nivel de empleo de la producción obliguen a adaptar las legislaciones concursales a estas circunstancias.

A modo de compendio de lo hasta aquí dicho, el Derecho concursal debe procurar la conciliación de todos estos intereses en juego, habida cuenta que esta no es una tarea sencilla<sup>13</sup>. En palabras del profesor

---

apunta en relación con este extremo que «*la disparition d'une entreprise est un phénomène aussi naturel que le décès d'une personne physique. Le Droit doit s'efforcer d'en atténuer les conséquences. Mais une politique de soutien systématique des "canards boiteux" serait aussi contraire à l'intérêt général que le maintien en survie artificielle des malades ayant atteint le stade du coma dépassé*».

<sup>10</sup> En este sentido, en relación con el procedimiento de quiebra *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen...», *op. cit.*, quien destaca que «de esta forma, en beneficio primero de los acreedores y después de la propia comunidad, la quiebra cumplía una función de saneamiento de la economía, eliminando a las empresas que por su funcionamiento se habían mostrado poco eficientes e, indirectamente, a los empresarios pocos sagaces o faltos de escrúpulo la posibilidad de verse (las empresas) excluidos del mercado debía servir de estímulo para que los empresarios *redoblaran su vigilancia y su prudencia en la gestión* de su empresa, y, al mismo tiempo, de freno para manipulaciones poco escrupulosas».

<sup>11</sup> A la necesidad de dar cumplida satisfacción de los intereses de los acreedores nos referiremos en los apartados 2 y 3 de este capítulo.

<sup>12</sup> En estos términos se pronuncia el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, *ibid.*, p. 62.

<sup>13</sup> En la LC, la conciliación de la pluralidad de intereses que concurren en un concurso viene representada por el denominado *interés del concurso*. Este interés no se identifica exclusivamente con el interés del acreedor, o del deudor, ni con intereses públicos o privados. *Vid.*, sobre el particular, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *ADC*, t. LXII,

Duque «están abocadas al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretendan definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándole unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla»<sup>14</sup>. En este sentido resultaría más conveniente desde un punto de vista metodológico, no delimitar el Derecho concursal con unos fines definidos y jerarquizados *a priori*, dejando que las condiciones económicas de cada época sean las que determinen finalmente su jerarquía y aplicación.

En segundo término, los nuevos institutos concursales que surgen al amparo de las nuevas estructuras económicas, fruto del sistema de economía de mercado, comienzan a articularse como piezas esenciales para expulsar del mercado a aquellas actividades económicas no demandadas o que siéndolo, en definitiva, fracasan por no resultar competitivas en una economía de mercado. Así, se persigue por una parte una reasignación de los factores productivos en ellas utilizados a otras actividades más eficientes, logrando con ello la protección de otros intereses y de otra parte irrumpen las instituciones concursales que mediante el examen de la conducta del deudor, buscan depurar las eventuales responsabilidades en que pueda haber incurrido por llegar a esa situación crítica<sup>15</sup>.

En tercer lugar, la toma de decisiones en la composición de las crisis económicas ya no se produce en relación con la exclusiva consideración de intereses privados del deudor y acreedores, sino que comienzan a tenerse en cuenta otros intereses, en particular la conservación de la empresa, vía institutos conservativos con el consiguiente ahorro temporal y económico, además del mantenimiento del empleo o el desarrollo económico de una localidad o región. Y es que cuando se trata de crisis económicas de deudores especialmente de gran magnitud, lejos de afectar solo a sectores directamente relacionados con ella, en

---

2009, pp. 1055 y ss. En este sentido, *vid.* GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 7, en relación con el intento de conciliación de esta pluralidad de intereses tiene como resultado la consideración del Derecho concursal como un «*Droit des procédures collectives est donc un Droit éminement conflictuel, qui sert de banc d'essai à la plupart des techniques juridiques. [...] Malgré ses apparences idéologiques, le droit des procédures collectives est aussi un Droit réaliste, qui n'hésite pas à appliquer des solutions pragmatiques dès lors que celles-ci permettent de redresser l'entreprise défaillante ou d'améliorer le paiement des créanciers*»; en estos términos se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, «Soluciones jurídicas a la crisis empresarial», en *La reforma del Derecho de quiebras: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Fundación Universidad-Empresa, 1982, p. 110, para quien «el concurso debe dejar de ser solo un procedimiento de ejecución colectiva para pasar a ser un instrumento de composición de intereses diversos».

<sup>14</sup> *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre...», *op. cit.*, p. 76.

<sup>15</sup> En estos términos se pronuncia Olivencia Ruiz en relación con los límites del principio de conservación de la empresa en los sistemas de libre mercado, *vid.* «Soluciones jurídicas...», *op. cit.*, p. 113, al decir que «se trata de salvar lo salvable, de sanar lo sanable, y no de mantener a ultranza organismos inertes que han dejado de ser productivos».

virtud del efecto de una *onda inducida* hace que se expanda a otras direcciones vía proveedores, clientes o trabajadores, provocando a su vez desastres económicos en sectores no comprometidos inicialmente por la crisis de deudor.

Como última reflexión y al hilo de lo expuesto, debe entenderse que la aparición de estos *nuevos intereses* no pretende el desplazamiento en las legislaciones concursales del tradicional interés de los acreedores en la satisfacción de sus deudas, se trata más bien de que en la medida de lo posible y, especialmente cuando se trate de empresas viables, las soluciones conservativas propuestas resulten más satisfactorias, no solo para el deudor y la colectividad en general sino también, y de manera especial, para el interés de los acreedores<sup>16</sup>. Esta necesidad de procurar la conservación de la empresa, vía institutos conservativos-reorganizativos resulta, a nuestro entender, especialmente relevante, razón por la que creemos conveniente el desarrollo de su estudio en los apartados que siguen.

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

A la vista de lo anterior y en conexión con la armonización de los distintos intereses que concurren en torno a los institutos concursales, surge la necesidad de replantearse el tradicional debate de los *finés del Derecho concursal*. Esta cuestión reviste una especial importancia ya que, a este respecto, no todas las legislaciones concursales ofrecen una definición detallada y jerarquizada acerca de los fines del Derecho concursal<sup>17</sup>. Repárese que la irrupción de los nuevos principios de política

<sup>16</sup> Esto es lo que sucedió en la reforma francesa de 1984 y que resultó objeto de críticas por este motivo, por ello la *Loi n.º 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* dando prueba de más realismo que sus leyes antecesoras procuró *retocar* el equilibrio a favor de los acreedores.

<sup>17</sup> *Vid.*, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad y acuerdos...*, *op. cit.*, p. 41, quien señala que «en relación con los fijación del/de los fin/es del Derecho concursal se ha producido normativamente en un modo distinto en los modelos anglosajones, en los que se suele definir en el articulado de la norma en un modo jerarquizado la finalidad del procedimiento (Alemania y Reino Unido desde la *Enterprise Act 2002*), y en los modelos latinos, en los que tradicionalmente se ha “obviado” una definición legal de objetivos y la concreción de una finalidad de los procedimientos, a los que, en ocasiones, se ha hecho referencia “programáticamente” en las exposiciones de motivos de las normativas concursales». La LC española, en palabras de Tirado Martí, ha optado por una vía intermedia entre el modelo anglosajón y el modelo latino, *vid.* TIRADO MARTÍ, «El “interés concursal”. Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, t. LXII, 2009, p. 96, para quien «en la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición (de la finalidad del procedimiento), incluyéndose en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado “interés del concurso”». En efecto, en la Exposición de Motivos de la LC, en su apartado IV se habla de

jurídica inspirados en las reformas económicas del siglo XX agravan este debate que en el caso de España, no ha dejado de plantearse en cada intento de reforma de nuestra legislación concursal<sup>18</sup>.

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

En esta línea se presentaba la LC cuya Exposición de Motivos declara que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores al tiempo que alude a la conservación de la actividad profesional o empresarial del concurso, como objetivo que puede cumplirse a través del convenio. En términos similares se pronuncia el principio II párrafo final del TRLC al disponer que «el Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación del tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la propia Unión Europea que ha desarrollado una importante iniciativa normativa a través de Directivas como la mencionada antes». Se trata de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)<sup>19</sup>.

---

«interés del concurso», como también a lo largo del articulado de la LC en diferentes momentos y con menciones similares.

<sup>18</sup> En el Derecho proyectado español, la necesidad de fijar los fines del Derecho concursal, aunque sea programáticamente, podemos encontrarla en varios textos; de este modo, para el art. 1 del Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, este debía ser la satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común algo que no se había definido con tanta claridad en los Códigos de comercio españoles, en el ALC'83 la finalidad del procedimiento concursal ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor que no puede realizarse sin reconocer la *dimensión sanatoria del Derecho concursal*, finalidad esta que llevó aparejada otra, de especial interés para nuestro estudio, como es la anticipación en el tiempo del presupuesto objetivo, *vid.*, en relación con los efectos de esta anticipación, ROJO, «Las opciones del Anteproyecto...», *op. cit.*, p. 93, y por último, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en la que a este respecto se afirma que «sin perder el norte de la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, se ofrezca la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías».

<sup>19</sup> El legislador europeo establece con claridad cuáles son los objetivos que persigue con la aprobación de esta directiva: «lograr que las empresas y empresarios viables que se hallen

Se ha de apuntar que el Derecho concursal tradicional basado en su configuración *imperativa*, ha tenido por finalidad primordial la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común. No obstante lo anterior, esta finalidad se vio alterada, como es sabido, en torno a los años ochenta del siglo pasado como consecuencia de la irrupción de teorías sanatorias vinculadas a la normativa reguladora del concurso cuyo máximo exponente se concreta en la Ley de *prevención* francesa de 1984<sup>20</sup>.

Que el Derecho concursal ha de ser imperativo se desprende de la necesidad de contraponer la tutela individual a la tutela colectiva. En efecto, es consabido que cuando el deudor no cumple en forma voluntaria la obligación contraída se abre la posibilidad de acudir al cumplimiento forzoso. Dice el tenor del art. 1.911 CC que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». La responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el art. 1.911 CC pone de manifiesto la existencia de un poder o derecho de *agresión* del que es titular el acreedor ante un incumplimiento del deudor. La aplicación de este precepto supone una *anormalidad* en el

---

en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración».

<sup>20</sup> En el Anteproyecto de Ley concursal español de 27 de junio de 1983 y como consecuencia de estas tendencias sanatorias se proclamaba que la finalidad del concurso no era solo la satisfacción de los acreedores, sino también la protección de los intereses públicos y sociales en los casos de crisis económica de un deudor común (Base I). En este texto, la *gestión controlada* cobraba una especial relevancia, en tanto que se recurría a ella cuando no se pudiera llegar a un convenio que tuviese preferencia en aras de un interés general, social y público, y se quisiera evitar la liquidación. Sobre la influencia que el ALC'83 recibió de ordenamientos jurídicos próximos, *vid.* SACRISTÁN REPRESA, «El convenio anticipado...», *op. cit.*, p. 4707. Un cambio en los principios de política jurídica se manifiestan en los Materiales para la reforma de la Legislación Concursal. (Suplemento al *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1768), cuya Exposición de Motivos disponía que «se intenta encontrar un punto de equilibrio entre las concepciones clásicas y las concepciones modernas acerca de lo que debe ser la legislación concursal, de modo tal que, sin perder el norte de la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, se ofrezca la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor». Por último, la Exposición de Motivos de LC proclama en su apartado II que «la unidad del procedimiento del concurso se persigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso», para después añadir en el apartado VI que «el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través de un acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud». Las estadísticas demuestran que la solución de los concursos en más de un 95 % consiste en la liquidación lo que dificulta aún más el entramado de finalidades perseguidas por el legislador.

funcionamiento de la libre iniciativa económica, en la libertad contractual y en la relativa al poder de disposición de que gozan las personas<sup>21</sup>. Ahora bien, cuando el deudor posee bienes suficientes que puedan ser trabados en favor de todos sus acreedores, la ejecución individual o la ejecución colectiva determina la finalización del procedimiento de ejecución y la extinción de sus obligaciones. Por el contrario, la situación difiere ante la existencia de una pluralidad de acreedores en situación de insolvencia patrimonial del deudor común, esto es, cuando el pasivo exigible resulta superior al activo realizable; en este caso, la aplicación de las ejecuciones singulares y aisladas resultaría injusta para el conjunto de los acreedores<sup>22</sup>.

En la concepción tradicional de los institutos concursales la finalidad de estos ante la insolvencia patrimonial del deudor común consiste en sustituir la satisfacción individual sobre la base del principio de prioridad en el tiempo de embargo, *prior tempore potior iure*, por la satisfacción colectiva, *par conditio creditorum*, en virtud del cual, los acreedores se organizan bajo la tutela de la autoridad judicial satisfaciéndose los créditos comunes u ordinarios de acuerdo a este principio<sup>23</sup>. En definitiva, y en relación con el Derecho privado de las

---

<sup>21</sup> Vid. profesor GIRÓN TENA, «Introducción (Temario para una encuesta)», *Revista de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, Facultad de Derecho, 1985, p. 12, «ahora bien, frente a la normalidad y al incumplimiento ocasional adquiere propia relevancia la anormalidad generalizada en la fluidez de los cumplimientos, esto es, lo opuesto al incumplimiento ocasional no significativo de una ruptura con la normalidad concebida como la posibilidad o potencialidad de cumplir el todo y a su tiempo». En estos términos se pronunciaba ROCCO, «Studi sulla teoria generale del fallimento», *Riv. Dir. Comm.*, 1910, I, p. 699, quien partiendo del estudio de la quiebra entendía que se trataba de «un hecho patológico en el desenvolvimiento de la economía crediticia, que constituye el efecto del anormal funcionamiento del crédito»; cfr. TIRADO MARTÍ, «El “interés concursal”. Ensayo...», *op. cit.*, pp. 91 y 92, que define la insolvencia como «una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad económica, ocurre en una minoría de los casos (es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos para las personas jurídicas); es patológico porque presupone mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho.

<sup>22</sup> En palabras de Garrigues, «una exigencia de justicia que armoniza perfectamente con la naturaleza social del Derecho impone en los casos de quiebra económica una organización de defensa de los acreedores como colectividad. Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, que premia al que llega primero, se opone entonces un principio de equidad: el principio de que el régimen del azar o del favor debe ser sustituido por el de comunidad de pérdidas y el tratamiento igual para todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta a satisfacerlos íntegramente»; *Curso de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 350; también, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre...», *op. cit.*, p. 45; BISBAL MÉNDEZ, «La insoportable levedad...», *op. cit.*, p. 845, para quien «el Derecho concursal es una de las varias piezas predispuestas para extinguir las obligaciones de un deudor insolvente, frente a una pluralidad de acreedores».

<sup>23</sup> Vid. ROJO en MENÉNDEZ y ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2014, p. 494; así es reseñado por la doctrina más clásica, en relación con el concepto de

obligaciones, los procedimientos concursales en tanto que procesos de ejecución colectiva y universal contra el patrimonio del deudor común, cumplen la principal finalidad asignada que no es otra que la realización del patrimonio del deudor común para satisfacer con su producto a los acreedores<sup>24</sup>.

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

En primer lugar, la *imperatividad* de los procedimientos concursales explicaría el clásico deber del deudor de solicitar su concurso. La solicitud del concurso por el deudor no es algo voluntario pese a que la denominación del concurso *voluntario* en la LC, como sucedía con el Derecho previgente, pueda inducir a considerar que el deudor puede elegir, en caso de insolvencia patrimonial, entre solicitar su propio concurso o no hacerlo<sup>25</sup>. Aquí cabe reiterar que el deudor tiene el *deber* de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia (insolvencia actual); pero también tiene la *facultad* de anticiparse a esta (insolvencia inminente). Como es sabido, en la actualidad la LC combina un sistema de garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, con el fin de evitar por una parte, el deterioro de la situación patrimonial del deudor común y, por otra, que este deterioro impida la adopción de las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores<sup>26</sup>.

En segundo lugar, este carácter imperativo explicaría que el Derecho concursal persiga el establecimiento de una equidad o justicia entre todos los acreedores, ya que al crearse una comunidad de pérdidas,

---

quiebra, *vid.* RAMÍREZ, *La quiebra*, vol. I, Barcelona, 1998, p. 11, «El concepto “quiebra”, pues entraña *prima facie*, bajo el punto de vista jurídico, con anterioridad a su reconocimiento y proclamación por los Tribunales, o sea, antes de su entrada en la esfera del Derecho procesal, una doble circunstancia, a saber: 1.<sup>a</sup>, incumplimiento de sus obligaciones patrimoniales por el deudor; 2.<sup>a</sup>, insuficiencia del patrimonio del deudor para el cumplido pago de las obligaciones a su cargo [...] es preciso que el incumplimiento de las obligaciones sea derivación o efecto de la insuficiencia patrimonial del deudor».

<sup>24</sup> En este punto coincidimos con CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación*, *op. cit.*, p. 20, quien señalaba que «el planteamiento de *partida* es que través del derecho concursal se intenta satisfacer mejor a una colectividad de acreedores mediante un procedimiento de ejecución colectiva universal. Quiere decirse con ello que la meta es *recuperar los créditos* impagados puesto que así se cumple la *función de protección* asignada por el ordenamiento jurídico».

<sup>25</sup> Art. 5.1 LC: «el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». Se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando concurre alguno de los hechos que pueden dar lugar a la solicitud de concurso necesario del art. 2.4 LC.

<sup>26</sup> Exposición de Motivos de LC, apartado II y Exposición de Motivos del TRLC, apartado II párrafo final.

todos ellos se reparten de manera equitativa el daño que la insolvencia del deudor común les haya podido producir evitándose, así, las acciones individuales que egoístamente puedan dañar al conjunto de los acreedores<sup>27</sup>. Pero también son razones de eficiencia las que explican la necesidad del procedimiento concursal en la persecución del mayor grado de satisfacción de los acreedores.

En este punto se ha de destacar especialmente la doctrina norteamericana que desde finales del siglo pasado incorporó al Derecho concursal, la llamada *teoría de juegos*, propia del análisis económico del Derecho. Atendiendo a principios originariamente matemáticos de esta teoría, y aplicándolos al Derecho concursal, se viene a formalizar jurídicamente el conflicto existente entre los intereses individuales y el interés colectivo en sede concursal. Se trataba de determinar, en definitiva, qué puede hacer un acreedor teniendo en cuenta lo que piensa que harán los demás, en particular cuando el valor de la empresa considerada en su conjunto, *going concern*<sup>28</sup>, es superior al de la liquidación. Un primer *juego*, conocido como el *dilema del prisionero*<sup>29</sup>, trata de

<sup>27</sup> No obstante, BISBAL MÉNDEZ, «La insoportable levedad...», *op. cit.*, p. 850, afirma que «la concursabilidad no está para hacer justicia distributiva, sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor (o de la garantía de los acreedores) que acarrea la competición para hacerse individualmente como una parte del mismo».

<sup>28</sup> El principio contable de «empresa en funcionamiento» o «gestión continuada» guarda una estrecha relación con la anticipación de la solución jurídica a las crisis empresariales. Sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...*, *op. cit.*, pp. 13-29.

<sup>29</sup> *Vid.*, sobre el particular, el brillante trabajo de JACKSON, *The Logic and Limits...*, *op. cit.* En su obra, el autor plantea el ya célebre «dilema del prisionero». Se trata de un juego con dos participantes, aunque también podría plantearse con más y con una única solución. El juego parte de la detención de dos delincuentes que han cometido sendos delitos de distinta gravedad y, en principio el Fiscal solo tiene pruebas del ilícito más leve. Para la acusación del delito más grave se requiere la confesión de los delincuentes. Se parte de la base de que a cada prisionero, encerrado y aislado, le resulta indiferente el destino del otro y que no cabe acuerdo posible. La conclusión a la que se llega es que la estrategia que adoptará cada uno consistirá en la de acusar al otro para así maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, *vid.* BAIRD, GERTNER y PICKER, *Game Theory and law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, pp. 31 y ss. Sobre el particular, en relación con el procedimiento concursal de la quiebra, BISBAL, *op. ult. cit.*, pp. 850-851, el reparto que supone la aplicación de un procedimiento concursal es desigual y no siempre justo, comenta el autor ya que «esto es una situación en la que conduciéndose cada individuo racionalmente al objeto de maximizar la satisfacción de sus intereses, el resultado conjunto de esa actuación es peor para todos». En España, un estudio sobre estos ejemplos puede encontrarse en GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999, pp. 99-107. También, TIRADO MARTÍ, «El “interés concursal”...», *op. cit.*, pp. 90-142. Las consecuencias de la Teoría de juegos y la actitud egoísta de quienes participan en ellos, siguen despertando interés, aplicadas en otros ámbitos aunque con idénticas conclusiones. Al hilo de lo anterior el *Diario El País* publicaba el 17 de julio de 2015, el caso de un profesor de la Universidad de Maryland quien en la última pregunta de su examen ofrecía al alumno la opción de conseguir dos o seis puntos adicionales en la nota final. El profesor incluía una *cláusula* en virtud de la cual, si más del 10% de los alumnos de la clase elegía la segunda opción nadie se llevaría los puntos adicionales, con independencia de la decisión de cada alumno. La conclusión fue que tan solo en una ocasión los estudiantes quedaron por debajo del umbral de la opción

explicar cómo la actuación individual y egoísta de un individuo, en este caso un acreedor, al objeto de maximizar la satisfacción de sus intereses conduce, sin embargo, a un resultado peor para el conjunto de todos los acreedores. Esta teoría cobra especial importancia cuando la insolvencia recae sobre una empresa ya que, en estos casos, sucede que el valor del activo en su conjunto es muy superior a la suma del valor de los elementos que integran la empresa<sup>30</sup>. En efecto, merced a esta teoría, que ha ejercido una destacable influencia en algunas legislaciones concursales como la alemana, el efecto de «trocear» el patrimonio del deudor provocando así una pérdida general de valor debería incentivar a la pluralidad de acreedores para encontrar una solución conjuntamente más equitativa.

Posteriormente esta realidad fue explicada de manera más gráfica sustituyendo el *dilema del prisionero* por el juego del *caladero común*<sup>31</sup>, al objeto de determinar no tanto qué es lo que puede pretender el Derecho concursal, sino qué es lo que *no puede pretender*, incluyendo la posibilidad de que los acreedores afectados sepan que cuentan con dos alternativas: la ejecución individual y la ejecución colectiva<sup>32</sup>. En efecto, solo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar sus pretensiones, obteniendo, de este modo, una solución más ventajosa para la colectividad.

Que el Derecho concursal tenga por finalidad la liquidación o la conservación vinculadas a la satisfacción de los acreedores es un

---

egoísta. El académico pretendía demostrar que los individuos no siempre deciden colaborar para alcanzar un fin común, incluso en aquellos casos en los que este sea beneficioso para ambos. No obstante, hemos de advertir que en la Teoría de juegos *todos los jugadores* parten de una misma situación lo que no siempre sucede entre los alumnos que se presentan a un mismo examen.

<sup>30</sup> En este punto se han de destacar las reflexiones de TIRADO MARTÍ, «El “interés concursal”. Ensayo...», *op. cit.*, p. 94, para quien «una empresa en funcionamiento “captura” elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta disgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se trocee y pierda valor».

<sup>31</sup> Parábola que parte de la existencia de un lago y de un grupo de pescadores. Si inicialmente un solo pescador puede elegir entre capturar peces un solo día con un beneficio de un millón de unidades monetarias o, explotarlo durante varios años obteniendo unos ingresos anuales inferiores y facilitar con ello la reproducción de las especies, parece evidente que la elección del pescador dependerá de si la suma de los valores que obtenga los años de explotación supera o no el límite del millón de unidades monetarias. El juego cobra mayor sentido si se trata no de un pescador para el único lago sino una pluralidad de pescadores. En este caso, la solución debería ser la misma que en el primero, sin embargo, si no se fijan unas normas de explotación se llegaría al agotamiento del lago. Sin estas normas obligatorias para todos, ningún pescador podría inferir en la actuación de los demás.

<sup>32</sup> Así, el trabajo BISBAL MÉNDEZ, «La insoportable...», *op. cit.*, p. 854, se ocupa de mostrar que: «En términos de Derecho concursal esto significa que la solución colectiva es la única que consiente que los acreedores puedan contrastar el valor de liquidación del patrimonio del deudor con el valor de la empresa en funcionamiento, ya que el sistema de ejecuciones individuales conduce inexorablemente a elegir el valor de liquidación sin contrastación alguna».

debate suscitado especialmente en el marco del análisis económico del Derecho. Reflejo de ello son las dos corrientes surgidas en torno a las finalidades de esta disciplina, así como a la jerarquía existente entre las mismas desde la perspectiva de la eficiencia de sus normas. Así, en primer lugar, un sector de la doctrina considera que frente a la pluralidad de fines que puede perseguir el Derecho concursal, el de la conservación de la empresa puede alcanzarse de manera independiente de la satisfacción de los acreedores, lo que supone que el concurso además de perseguir la tutela del crédito debe procurar la distribución de las pérdidas que la insolvencia del deudor común pueda ocasionar<sup>33</sup>. Para otro sector, por el contrario, el objeto del concurso es la exclusiva satisfacción de los acreedores a través de la maximización del valor del patrimonio del deudor con una inherente reducción de costes<sup>34</sup> y, en este sentido, la opción por la solución liquidativa o conservativa vendrá determinada por el propio mercado<sup>35</sup>.

No obstante lo anterior, y pese a reconocer el meritorio valor de la aplicación de la teoría de juegos al Derecho concursal, un sector de la doctrina estima que si bien el análisis económico del derecho contribuye a explicar los conflictos en el seno de un procedimiento concursal, lo hace ofreciendo tan solo una visión parcial de manera que en general, las conclusiones alcanzadas no deben ser consideradas de manera excluyente<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Así, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41, en relación con las distintas corrientes surgidas en el marco del análisis económico del Derecho.

<sup>34</sup> En especial costes de transacción, *vid.*, sobre el particular, BRUNET ICART y PASTOR GOSÁLBEZ, *Ciencia, Sociedad y Economía*, Madrid, Fundamentos, 2003, p. 230, quienes apuntan que: «La economía de los costes de transacción trata de explicar por qué algunas transacciones se producen a través del mercado y otras, en cambio, se internalizan en la empresa y a qué lógica responde un distinto orden organizativo de las empresas, o también por qué, en algunos casos, la empresa crece y se confía, más o menos a la jerarquía, y en otros se mantiene en pequeñas dimensiones»; la función del Derecho concursal consiste en la reducción de costes de transacción en el particular proceso de reasignación de recursos que exige la insolvencia del deudor, *vid.* BISBAL, «La insoportable levedad...», *op. cit.*, p. 847, para quien «el Derecho concursal (está) destinado a conducir el patrimonio del deudor insolvente al empleo más adecuado; esto es, al empleo que destinaría, si el mercado funcionara sin costes de transacción».

<sup>35</sup> *Vid.*, en España, esta postura en BISBAL MÉNDEZ, quien mostraba una postura crítica en relación con la declaración del ALC'83 precisamente sobre la dimensión sanatoria del Derecho concursal al decir en «La insoportable levedad...», *op. cit.*, p. 859, que «la función exclusiva del Derecho concursal ha de consistir en maximizar el valor del patrimonio del deudor, asignándolo al uso que mayor utilidad reporte, bien sea liquidándolo, bien sea manteniéndolo operativo» para después añadir que «el Derecho concursal constituye un método de mercado de reasignación de recursos, en el sentido de que es un método que debería lograr que el destino de la empresa fuese el que le reservaría el mercado, si este funcionara sin costes de transacción». En el mismo sentido, CABRILLO RODRÍGUEZ, *Análisis económico del Derecho concursal español*, Madrid, 1986, p. 41, y en desde la perspectiva del análisis económico, JACKSON, *The logic and limits...*, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

<sup>36</sup> Así, SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato...*, *op. cit.*, p. 20, para quien en relación con las conclusiones alcanzadas por los analistas económicos del derecho basadas en la eficien-

De lo hasta aquí explicado, se infiere que, el Derecho concursal es un instrumento jurídico necesariamente de carácter imperativo que, entendido en un sentido amplio, comprendería todas aquellas instituciones que regulan la insolvencia del deudor común, con el fin de obtener la máxima satisfacción de los acreedores<sup>37</sup>, ya sea mediante una solución convenida o mediante una solución liquidatoria<sup>38</sup>.

### 3. EL DERECHO DE LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA. DE LA DESPRIVATIZACIÓN A LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL

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

Conviene apuntar que con la desprivatización de los institutos concursales desde el siglo XX, al menos desde la última década, estamos asistiendo a un significativo proceso de *desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis empresariales del deudor común*<sup>39</sup>. Con

---

cia «el concurso no presenta solo problemas de eficiencia, ni presenta únicamente problemas de distribución, sino que debe resolver un problema de distribución eficiente». En el mismo sentido, GONDRA, «Del derecho de la economía a la moderna economía del Derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica), en *Ensayos de economía en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la Facultad*, Bilbao, 1981, pp. 49 y ss.

<sup>37</sup> Con relación al Derecho concursal previgente, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. ult. cit.*, pp. 30-31, ofrece una definición en sentido amplio entendido como un «conjunto de instituciones procesales y extraprocesales que regulan el estatuto de las personas físicas o jurídicas, empresarios o no empresarios, en las situaciones de crisis económica [...] se entiende, por tanto, el conjunto sistemático de normas, materiales y procesales que regulan las relaciones entre deudor común que no puede, por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores, así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de la crisis económica que puede afectar a las empresas».

<sup>38</sup> En este sentido, SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato...*, *op. cit.*, p. 17, para quien en la actualidad «los procedimientos concursales no están dirigidos a conservar empresas ni a eliminar empresas insolventes sacando del mercado a los menos preparados. Su función debe ser procurar la satisfacción de los acreedores del deudor, tutelando sus derechos en las situaciones de crisis, de la misma manera que las demás ramas jurídicas les procuran tutela en las situaciones de “normalidad” económica o financiera».

<sup>39</sup> Esta desjudicialización se advierte en las reformas legislativas acometidas en Francia en julio de 2008, 2010 y 2012 y en Italia con la Ley de 19 octubre 2017, n. 155 y en las modificaciones de la LC española de 2009, 2011 y 2014 en virtud de las cuales se incorpora a nuestro

ello se pretende la regulación de instancias convenidas que, ocupando una posición intermedia entre los tradicionales convenios judiciales y las soluciones convenidas extrajudiciales, sumen las ventajas de los convenios concursales —en particular en cuanto al control judicial se refiere— y de otra parte, las ventajas de las soluciones extrajudiciales de composición de crisis económicas sobre la base de la autonomía de la voluntad en orden a la flexibilidad y al ahorro de costes.

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

La prevención o la remoción<sup>40</sup> de la insolvencia del deudor común por medio de institutos de carácter conservativo —preventivo, en particular— vía convenios amistosos extrajudiciales, que alcancen una mayor satisfacción de los intereses de los acreedores, al tiempo que la conservación de la empresa, responde a lo que podríamos llamar una *evolución natural del Derecho concursal*. En efecto, si analizamos la configuración de la normativa concursal, en lo que a la *finalidad primaria* se refiere, desde un punto de vista cronológico observamos que el fin de la tutela del crédito ha ido variando desde los primeros sistemas concursales hasta la actualidad. Así, en un primer momento, el fin de los procedimientos concursales no era otro que la liquidación, el reparto de los bienes y el castigo del deudor común, como fin para alcanzar exclusivamente la satisfacción de los intereses de los acreedores. Con el paso del tiempo, la conservación de la empresa emerge como un fin

---

ordenamiento jurídico los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos. En estos términos se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, «Concurso y precurso», *RDCP*, núm. 22, 2015, pp. 17 y 18, al decir que en relación con las recientes reformas de nuestra legislación concursal «el centro de gravedad del sistema se desplaza, del tiempo de tramitación del procedimiento al previo a su apertura (“prevención”); de la jurisdicción, a la autonomía de la voluntad (“desjudicialización”), con el leve control. En su caso, de registradores y notarios y de la intervención de experto, auditor o mediador, y control judicial muy limitado. La descarga de la justicia se hace a expensas de la disminución de las garantías jurídicas». También SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato...*, *op. cit.*, p. 14, quien en este sentido señala que «en la tercera etapa que se desarrolla en la actualidad, el sistema económico se define por una interdependencia propia de un entorno globalizado».

<sup>40</sup> Como veremos más adelante, los convenios amistosos extrajudiciales pueden perseguir en unos casos la prevención de la insolvencia y, en otros, de manera más discutida, la remoción de la insolvencia una vez que esta ya se ha manifestado, con el fin de evitar la apertura del procedimiento concursal; *vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Preconcuralidad...», *op. cit.*, pp. 51 y 52, quien pone de manifiesto dudas acerca de la licitud de «convenios amistosos que insertos en el marco de un procedimiento concursal se configuran como una vía de conclusión del procedimiento iniciado».

en sí mismo, quedando relegados los intereses de los acreedores a un segundo plano, hasta llegar, como consecuencia del escaso éxito de la finalidad sanatoria del Derecho concursal así entendida, a un Derecho concursal que incorpora procedimientos más ágiles y flexibles, que contemplen en sede concursal y *preconcursal*, medidas tales como el convenio, la liquidación o los convenios amistosos extrajudiciales, soluciones todas ellas para alcanzar la tutela del crédito<sup>41</sup>.

De nuevo la explicación de este cambio la encontramos en las características del actual sistema económico. En efecto, desde el liberalismo económico de la etapa codificadora, pasando por los sistemas de economía de mercado del siglo xx llegamos en la actualidad a un modelo económico basado en una *interdependencia propia de un entorno globalizado*. Y es en este contexto donde el Derecho concursal procura la satisfacción de los intereses de los acreedores al tiempo que se contemplan otros fines, en particular, la corrección de los desajustes del mercado sin olvidarse de los distintos intereses públicos y privados afectados por la crisis económica<sup>42</sup>. En este marco se ha de advertir la preferencia por parte de los operadores económicos hacia la resolución de la insolvencia empresarial a través de soluciones amistosas que procuren una conservación de la empresa con una mejora en los efectos económicos y sociales, con la finalidad de procurar la satisfacción de los acreedores<sup>43</sup>.

Hemos de subrayar que en el Derecho español y comparado la autocomposición, como solución negociada de resolución de conflictos de intereses, ha experimentado un importante desarrollo normativo en los últimos tiempos. Ello es consecuencia de la escasa efectividad de las legislaciones concursales ya que, con frecuencia, cuando declaran el concurso del deudor común se plantea una situación tan compleja y generalmente de absoluto agotamiento económico, de suerte que su recuperación resulta harto complicada. Es por todos admitido que un retraso en la declaración de concurso difícilmente podrá facilitar la

<sup>41</sup> En este sentido se pronuncia CANDELARIO MACÍAS, quien en atención a la finalidad primaria perseguida, diferencia en el ámbito del Derecho comparado, entre ordenamientos de primera, segunda y tercera generación, *El convenio de continuación...*, *op. cit.*, p. 181. Siguiendo este criterio de clasificación, quizá sería oportuno, hablar de ordenamientos de cuarta generación, en tanto que incorporen de manera expresa, ya sea en una legislación concursal específica o no el Derecho preconcursal. ALONSO UREBA, en el prólogo a la obra de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios...*, *op. cit.*, p. 18, y en relación con este momento señala «que se abre paso a un privatismo más utilitarista que desde la configuración de institutos insertos en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad, eliminen los riesgos de la absoluta extrajudicialidad, propiciándose con ello la prevención y conservación de deudores en crisis».

<sup>42</sup> En estos términos se pronuncia, SÁNCHEZ PAREDES, *La vigencia del contrato...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>43</sup> *Vid.* ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios...*, *op. cit.*, p. 43, estos acuerdos podrán ser «acuerdos privados concebidos como contratos, convenios o acuerdos con efecto solo respecto de las partes que participan en ellos».

solución conservativa propiciada por el legislador concursal. Si en esta situación resulta difícil una solución convenida en sede concursal, la posibilidad de una recuperación empresarial se antoja aún más complicada. En efecto, cuanto mayor sea el retraso en la solicitud del concurso, mayor será la destrucción del patrimonio del deudor así como la dificultad de alcanzar un convenio que permita la satisfacción de los intereses de los acreedores.

Y es precisamente en relación con este principio de conservación donde *la prevención de las crisis económicas* ocupa un lugar destacado, especialmente respecto de deudores con forma societaria. En efecto, los mecanismos preconcursales de carácter preventivo adquieren cada vez una mayor trascendencia, especialmente en el ámbito del Derecho comparado, gracias a los cuales una intervención temprana y no necesariamente judicial permitiría alcanzar los fines concursales previstos tras las diversas reformas concursales operadas en los países de nuestro entorno. Interesa en este punto mencionar especialmente la reforma concursal francesa incorporada mediante la Ley 84/1984, de 1 de marzo, sobre «*Prevention et Règlement amiable des entreprises dans difficulté*», considerada como máximo exponente de Derecho comparado de la regulación de la prevención<sup>44</sup>. Enmarcada esta ley en la corriente sanatoria de los años ochenta del siglo pasado aborda de manera unitaria y sistemática el tratamiento de la prevención de las crisis económicas en una doble dirección: la prevención por la información y la prevención a través de la financiación<sup>45</sup>. Se establece por primera vez

<sup>44</sup> Esta ley estructuraba la prevención sobre la base de la información. Para ello resultan imprescindibles las medidas de intervención y detección precoz de la crisis empresarial que esencialmente tratan de ofrecer los acreedores reales o potenciales, una información oportuna y fiable sobre la situación económica del deudor. No obstante, ha resultado una ley de escasa aplicación práctica al menos hasta la reforma introducida por la Ley de 2005. *Vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «La reforma del Derecho concursal comparado...», *op. cit.*, p. 47, quien apunta que: «No obstante, casi veinte años después de la configuración en Francia de un Derecho preconcursal, la valoración de los resultados en la práctica no está exenta de dificultades, y no porque no se hayan alcanzado los objetivos perseguidos, sino porque han sido procedimientos escasamente utilizados, lo que probablemente encuentre su justificación, de un lado, en la ya referida necesidad de confidencialidad en torno a la prevención, y de otro, en la escasa virtualidad coactiva de los mecanismos preventivos», en contra de este parecer, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen...*, *op. cit.*, p. 39, quien señala que «no creo que pueda avanzarse la tesis de la futilidad del intento de crear un Derecho de la prevención concursal a la vista de la experiencia comparada francesa y belga: *la última información estadística disponible de los tribunales de comercio franceses no permite sostener el lugar común de la escasa utilidad práctica de su Derecho de la prevención de la insolvencia*»; en relación con la doctrina francesa, *vid.* JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006; PÉROCHON y BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, 2006; SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006; GUYON, *Droit des affaires*, *op. cit.*; GALLE, *Reforme du Droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Paris, 2005.

<sup>45</sup> La evolución del Derecho concursal francés ha seguido esta tendencia desjudicializadora en las sucesivas modificaciones del marco de relaciones entre el ámbito judicial y el no judicial en el tratamiento de la insolvencia. En efecto, antes de la reforma operada con la ley (núm. 2005-

la necesidad de que la solución de los procedimientos concursales ya no sea principalmente la satisfacción de los intereses de los acreedores sino la conservación de la empresa<sup>46</sup>. Esta sería la razón por la cual la doctrina francesa se refiere a esta etapa como el tránsito del *Droit de la Faillite* al *Droit des entreprises en difficulté*<sup>47</sup>.

Cabe apuntar que en este último escenario de economía globalizada irrumpió la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de septiembre de 2004. Si bien la Exposición de Motivos afirma que esta LC «no supone una ruptura con la larga tradición histórica española» lo cierto es que sí nos encontramos ante una «profunda modificación del Derecho vigente»<sup>48</sup>.

Considérese que atendiendo a los principios de política jurídica que la inspiran, la LC se enmarca en el principio de *unidad* entendida desde una triple perspectiva: legislativa, de disciplina, y de procedimiento<sup>49</sup>. Ahora bien, no se nos escapa, pese a lo apuntado,

---

845) de 26 de julio 2005 de sauvegarde des entreprises (SADE), no se concebía intentar un arreglo amigable en caso de insolvencia, resultaba necesario solicitar el concurso desde el año 2005, la insolvencia no impide la apertura de una *conciliation* de carácter extra-judicial en los casos en los que la insolvencia fuera reciente (inferior a 45 días) y cuando la empresa resulte viable. Otro ejemplo lo encontramos en las reformas de Ordonnance núm. 2008-1345, de 18 diciembre de 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté con respecto al tratamiento de los dirigentes o personas muy cercanas a ellos. La ley permite extender los plazos y/o quitas otorgados al deudor en los procedimientos de anticipación extra-judicial (*conciliation*) o judicial (*sauvegarde*), mientras estos beneficios se reservan solo al deudor si no hubo anticipación (caso de restablecimiento judicial). Así se incentiva al dirigente a anticipar la recuperación de la empresa. Vid. PÉRONCHON, «Financiación de socios y reforma del Derecho concursal francés», *RDCP*, núm. 22, 2015.

<sup>46</sup> Vid. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., p. 39, quien al tiempo que reconoce la finalidad eminentemente preventiva de la ley, reconoce que otros textos legislativos ya contemplaron estas medidas, «*La loi du 1 mars 1984 est le premier texte législative officiellement consacré à la prévention des difficultés des entreprises. L'innovation est cependant moins grande qu'il ne paraît au premier abord. Toute règle juridique contribue à la prévention des difficultés, dans la mesure où elle facilite le bon fonctionnement et le développement des entreprises. Beaucoup de lois antérieures faisaient donc de la prévention sans le proclamer ouvertement*».

<sup>47</sup> Así, vid. JACQUEMONT, *Droit des entreprises...*, op. cit., p. 2, quien en relación con la evolución del *Droit de la faillite* al *Droit des entreprises en difficulté* señala que «maintenant il n'est plus question de loi sur la faillite, mais plutôt de loi de sauvegarde des entreprises, l'ensemble des dispositions étant volontiers qualifié de *Droit des entreprises en difficulté*. Est ainsi marquée la complexité des objectifs, qui sont autant de sauver que d'éliminer des débiteurs ayant une activité professionnelle indépendante et qui sont- ou risquent de tomber en cessations de paiements».

<sup>48</sup> Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005, p. 1002, quien comenta que «aunque, como es lógico, los redactores de la LC no han echado en saco roto las aportaciones anteriores y las concreciones legislativas que en el Derecho comparado han intentado adaptar la añosa institución para responder adecuadamente y en términos de justicia a las condiciones de la sociedad y del tráfico actuales, el producto legislativo es distinto de los productos normativos de otros Estados».

<sup>49</sup> La Exposición de Motivos de la LC, recoge en su apartado II, el principio de unidad legal, de disciplina y de sistema como eje vertebrador de la reforma concursal. Si bien ya había

que el aludido principio admite *excepciones*. En primer lugar, en lo que concierne a la unidad legal, un mismo cuerpo legislativo regula tanto los aspectos sustantivos como procesales del procedimiento concursal. Ya hemos puesto de manifiesto que el análisis que sigue se centra en las normas de carácter sustantivo, ya que los límites de nuestro estudio vienen determinados por las crisis económicas que afectan a los empresarios que de acuerdo con las estadísticas del INE representan una abrumadora mayoría. Pues bien, esta unidad legal se produce con la excepción de aquellas normas que por su naturaleza, exigen rango de Ley Orgánica, opción de política jurídica que ya se establecía en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir la materia concursal de su ámbito, remitiéndola a una futura Ley Concursal<sup>50</sup>.

En segundo lugar, en lo que a la unidad de disciplina se refiere, la LC establece en su art. 1 que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», se supera de esta manera la tradicional distinción entre deudor comerciante y no comerciante a los efectos del tratamiento de su insolvencia, con lo que se salva el carácter represivo de la insolvencia mercantil<sup>51</sup>. Sin propósito de agotar los problemas interpretativos que se plantean en relación con la unidad de disciplina, se ha de señalar que la LC venía a establecer preceptos pensados especialmente en relación con deudores con forma de persona jurídica, a diferencia de lo que sucedía con el Derecho previgente, cuyo paradigma era el deudor persona física. En efecto, son varias las disposiciones de LC pensadas en el concurso de sociedades (normas sobre la llevanza obligatoria de la contabilidad, la inscripción en el Registro Mercantil, así como la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios), fiel reflejo de lo que acontece ante nuestros tribunales donde la insolvencia de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada son mayoría.

A la luz de lo expuesto cabría plantearse si tras la promulgación de la LC y el establecimiento del principio de unidad de disciplina estamos

---

sido propuesto en los sucesivos y frustrados intentos de reforma concursal, tanto en el Anteproyecto de 1959, como en el Anteproyecto de 1983 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1995.

<sup>50</sup> La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, excluye esta materia de su ámbito y la remite expresamente a la LC, cfr. apartado 2.º de la Exposición de Motivos de LC.

<sup>51</sup> No obstante, hay un supuesto recogido en el art. 1.2. LC en el que una entidad que carece de personalidad jurídica puede ser declarada en concurso, nos referimos a la herencia yacente y a aquellas personas jurídicas que no pueden ser declaradas en concurso, como las entidades que integran la organización territorial del Estado del art. 1.3 LC. Por otra parte y atendiendo a lo dispuesto en los arts. 190 y ss. de la LC el reconocimiento de un procedimiento abreviado para aquellos supuestos que no revistan una especial complejidad pone de manifiesto que el legislador pese a reconocer unidad de disciplina tiene en cuenta las necesidades del deudor civil o del pequeño comerciante.

en disposición de reconocer actualmente la autonomía del Derecho concursal reclamada por parte de la doctrina en épocas pasadas<sup>52</sup>.

Por último, en relación con la unidad procedimental, el concurso se configura como el único procedimiento para resolver la insolvencia del deudor común. Este principio impone la de su presupuesto objetivo identificado en el art. 2 LC con la insolvencia a la que el legislador ha pretendido dotar de mayor flexibilidad. En efecto, el estado al que se refiere el art. 2.3 LC y 2.3 del TRLC procura que la unidad se manifieste no solo en relación con la persona del deudor, cualquier deudor, sino también unificando su presupuesto objetivo, la insolvencia, de manera que a tenor del art. 2.2 LC se encuentra en esta situación «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones». Ahora bien, conviene hacer notar que el reconocimiento en el art. 2.3 LC de una insolvencia actual o inminente supuso la incorporación a nuestro Derecho concursal de una *preconcurso* desconocida hasta la fecha, en la pretensión de adelantar la declaración de concurso ante los primeros síntomas de dificultad económica con el fin de procurar, en la medida de lo posible, la conservación de la empresa<sup>53</sup>. Por otra parte, la unidad de procedimiento judicial admite un desdoblamiento en su tramitación en el convenio, solución preferida por el legislador, o la

<sup>52</sup> Esta dualidad de disciplina ha servido para considerar el Derecho concursal como una institución perteneciente al Derecho patrimonial unificado, así, CUESTA RUTE Y NÚÑEZ RODRIGUEZ, *Derecho mercantil, op. cit.*, p. 371, quien considera «que se presente el Derecho concursal como parte del Derecho mercantil es algo por completo injustificado y sumamente oportunista». En relación con el Derecho previgente, la discusión acerca del carácter mercantil del Derecho concursal se planteaba en otros términos, se mostraban partidarios de su consideración mercantil, GARRIGUES, «Derecho de las quiebras...», *op. cit.*, pp. 133 y ss.; CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación...», op. cit.*, pp. 7 y 8, la autora se centra en una triple perspectiva subjetiva, objetiva y normativa para rechazar su autonomía; TIRADO MARTÍ, «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 89, precisa sobre este punto: «En fin, en lo que hace a la relación del Derecho concursal y Derecho mercantil, no podemos negar que es una rama del ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente». Por el contrario, eran partidarios de la autonomía del Derecho concursal respecto del Derecho mercantil, en relación con los procedimientos de la quiebra y de la suspensión de pagos y no con el vigente concurso de acreedores con las peculiaridades que este plantea. Son defensores de la autonomía del Derecho concursal: VACAS MEDINA, «L' autonomía del Diritto concursuale», *Dir. Fall.*, 1957, pp. 161 y ss. entendiendo que la autonomía legislativa, la científica y la didáctica ya se había conseguido, restando, por tanto, la autonomía sustancial o jurídica del Derecho concursal; «Crítica a los procesos concursales vigentes», *Jornadas de Derecho Procesal organizadas por el CGPJ*, 1984, pp. 9 y ss.

<sup>53</sup> El presupuesto de la insolvencia inminente tiene un origen próximo en el Derecho alemán, donde el texto de la *Insolvenzordnung* ya lo recogía como tercer supuesto de hecho del presupuesto objetivo del concurso; *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico...», *op. cit.*; también, PULGAR EZQUERRA, *El concurso...», op. cit.* No obstante, la dualidad de procedimientos abandonada en la LC, aunque no en la reforma propuesta por Rojo, impide las soluciones con alto grado de desjudicialización; *vid.*, sobre el particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia», en AAVV, ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 25 y 26.

liquidación. No obstante, habría que reconocer que el aludido principio plantea dudas acerca de su unidad desde el momento en que, tras la reforma de 2009, se admite en nuestro ordenamiento jurídico concursal instituciones de naturaleza no judicial que persiguen «mediatamente la finalidad solutoria de las obligaciones de un deudor común aunque inmediatamente se propongan la conservación o continuidad de la actividad productiva del deudor»<sup>54</sup>.

Respecto a todo lo que acaba de indicarse conviene dejar claro que las *excepciones* a los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento comentadas en relación con la LC, bien podrán decirse también del TRLC ya que tal y como se desprende de la Exposición de Motivos y, en particular de los arts. 1 y 2, estos principios se mantienen inalterados.

En orden a sentar las bases de conceptos que serán analizados más adelante, en particular el conocido como «problema temporal» del Derecho concursal, la LC proclama en la Exposición de Motivos que la finalidad del concurso consiste en *la satisfacción de los acreedores*, entendida esta como *finalidad esencial del concurso*, si bien, se reconoce que el convenio es la solución *normal* del concurso que la ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores<sup>55</sup>. A todo ello debe sumarse la delimitación del presupuesto objetivo no solo en relación con la insolvencia actual sino especialmente con la insolvencia inminente. Que la finalidad del concurso sea la finalidad primaria del concurso responde a una concepción originaria y funcional de los procedimientos concursales.

A pesar de la dificultad que supuso la reforma de nuestra legislación concursal, cuyo inicio se sitúa a los pocos años de la entrada en vigor del vigente CCo, reforma a la que nos hemos referido en la

---

<sup>54</sup> En estos términos, *vid.* CUESTA RUTE y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *Derecho mercantil, op. cit.*, p. 381, para quienes «si bien es cierto que se mantiene hasta nuestros días la unidad de *procedimiento judicial*, previsto por la LC, ese procedimiento judicial, es decir, el concurso, no es ya el único remedio legal ante el problema de la insolvencia de un deudor con una pluralidad de acreedores».

<sup>55</sup> Así se recoge expresamente en los párrafos II y VI de la Exposición de Motivos de la LC. Por *finalidad esencial del concurso* hemos de entender que el concurso se dirige a dar satisfacción de los acreedores del modo más equitativo y eficiente posible, ya sea a través de un convenio o de una liquidación, *vid.*, sobre el particular, ROJO, en URÍA y MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006, pp. 895 y ss. También, PULGAR EZQUERRA, «Preconcuralidad...», *op. cit.*, p. 41, para quien «la recepción de la fijación del/de los fin/es del Derecho concursal se ha producido normativamente en un modo distinto en los modelos anglosajones, en los que se suele definir en el articulado de la norma en un modo jerarquizado la finalidad del procedimiento (Alemania y Reino Unido desde la Enterprise Act 2002), y en los modelos latinos, donde tradicionalmente se ha “obviado” una definición legal de objetivos y la concreción de una finalidad de los procedimientos, a los que en ocasiones, se ha hecho referencia “programáticamente” en la exposiciones de motivos de las normativas concursales».

primera parte de nuestro trabajo, desde la entrada en vigor de la LC en septiembre de 2004, se han sucedido varias modificaciones, muchas de ellas realizadas de manera precipitada mediante decretos leyes y con preponderante intervención del Ministerio de Economía, que han supuesto una modificación sustancial del vigente Derecho concursal<sup>56</sup>. En efecto, el motivo principal por el cual el legislador se ha visto obligado a reformar una legislación tan joven se debe, en la mayoría de los casos, a la grave crisis económica mundial, aunque con el transcurso del tiempo bien se podría hablar de *gran depresión* que pese su carácter internacional, desde el verano del año 2007 azotó especialmente a la economía española y a la de los países mediterráneos de la Unión Europea<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> El Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materias de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

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

<sup>57</sup> El 3/2009, se refiere en su propio título a la necesidad de reforma del Derecho concursal con motivo de la crisis económica: Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, la Ley 38/2011 alude en su Preámbulo (I) al deterioro de la situación económica; la Ley 14/2013, en su Preámbulo (I), habla de que *España viene atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales*; el RDL 4/2014, justifica en su Preámbulo (I), la reforma concursal al objeto del *saneamiento de empresas que, no obstante su elevado endeudamiento, siguen siendo productivas*, por último, sin citar de manera expresa la crisis económica, el RDL 11/2014 en su Preámbulo (VII), dispone que *la urgencia viene determinada por la necesidad de garantizar la plena coherencia del conjunto de la normativa concursal después de las novedades introducida*. A partir del 1/2015 comienza a referirse a la recuperación económica de nuestro país, justificando las reformas concursales que siguen en el fin de armonizar el conjunto del Derecho concursal español, así, el apartado I de la Exposición de Motivos menciona la existencia de *signos esperanzadores de recuperación y consolidación del crecimiento económico y, por último*, la Ley 9/2015, que viene a abordar la extensión de las premisas establecidas en reformas precedentes.

Al hilo de lo anterior, no está de más recordar que la aprobación de la LC en el año 2003 se produjo en un contexto de bonanza económica que se extendió entre los años 1996 a 2007, razón por la cual nuestro Derecho de la insolvencia no abordaba el fenómeno de las empresas en dificultades financieras al margen del concurso de acreedores, ni arbitraba ningún remedio institucionalizado para solventarlo<sup>58</sup>, como tampoco dotó a la Administración de justicia de mayores medios, tanto personales como materiales, pese a crear órganos jurisdiccionales especializados.

Así las cosas, la LC comienza su andadura bajo el principio de unidad legislativa, de disciplina y de procedimiento, con un único presupuesto objetivo y con dos posibles soluciones del concurso, convenio y liquidación. Como es sabido, a los cuatro años estalla la crisis económica mundial con lo que pronto la legislación concursal se reveló insuficiente para hacer frente a la avalancha de concursos que comenzaban a llegar a los Juzgados de lo Mercantil<sup>59</sup>. La falta de adecuación de la LC a esta nueva realidad motivó sucesivas reformas de esta norma que han modificado algunos preceptos e incorporan instituciones desconocidas originariamente por la LC<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> En reiteradas ocasiones el legislador, en especial de las reformas de la LC por medio de Real Decreto Ley 3/2009, de medidas urgentes en materia concursal y la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal ha llamado la atención sobre el hecho de que es esta una Ley que al haber sido elaborada durante un periodo de bonanza económica, no ha sido capaz de dar respuesta a los problemas surgidos en la tramitación de los concursos de acreedores como consecuencia de la crisis económica que se está viviendo. Traemos aquí las palabras de Olivencia Ruiz quien en contestación a las críticas sobre la falta de oportunidad de reformar la legislación concursal en tiempo de crisis económica señala que «es cierto que la Ley Concursal de 2003 se elaboró, como he tenido ocasión de manifestar múltiples veces, en una situación económica de prosperidad, fase expansiva del ciclo con baja inflación, reducidos tipos de interés, creación de empresas y de puestos de trabajo, baja tasa de paro, escasa volatilidad en el mercado; un panorama muy diverso que devasta desde 2008 la economía española. Pero aquel ambiente de bonanza y serenidad no perjudicó al legislador concursal, sino que le benefició. Aunque traten de regular la situación de insolvencia, las leyes concursales no precisan de la urgencia de una demanda social acuciada por la gravedad de los hechos; muy al contrario, se aprovechan de la calma, estado ideal para elaborar buenas normas, incluidas las concursales», *vid.* OLIVENCIA RUIZ, «Reforma concursal y crisis económica», *op. cit.*, p. 527.

<sup>59</sup> Desde el inicio la crisis económica en España provocó casi de inmediato la presentación de numerosos expedientes de regulación de empleo de grandes sociedades con lo que el impacto económico y la alarma social fue mayor.

<sup>60</sup> Las reformas que hasta la fecha se han practicado en la LC son: RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica; Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación concursal para la implantación de una nueva Oficina Judicial; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

En este contexto, entendemos que los elevados costes de los procedimientos concursales, la excesiva duración de estos (inaceptables pese a las reformas habidas), la tensión entre la publicidad y la confidencialidad (aún no resueltas satisfactoriamente en la mayoría de las legislaciones concursales de nuestro entorno), la asimetría en la información ante las insolvencias de las sociedades mercantiles, todo ello ha provocado en nuestro país y en el resto de Europa, que ante una crisis económica el recurso a los procedimientos concursales resulte cada vez más escaso. Por lo que se refiere a España, lo afirmado ni siquiera encuentra excepción en la propuesta anticipada de convenio.

#### 4. LA PRECONCURSALIDAD Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Antes de abordar este apartado, vaya por delante una aclaración terminológica. La partícula «pre» significa en el Diccionario de la Lengua Española anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento. Aplicado al concurso y en referencia a situaciones previas a la crisis de las empresas se habla de preconcursalidad, preinsolvencia o precrisis y en el ámbito del Derecho comparado se alude, por ejemplo, a *les entreprises en difficulté* o *financial distress*. La confusión a que puede dar lugar el empleo de este término se encuentra en conexión con el ámbito dentro del cual se mueve la preconcursalidad. En efecto, la dificultad para establecer a partir de qué momento concreto una empresa deja de estar en situación de plena solvencia para pasar a este estado preconcursal, de precrisis o preinsolvencia, reviste una complejidad tal que ni el Derecho ni la Economía pueden precisar con exactitud la separación entre uno y otro estado<sup>61</sup>.

Con todo, la necesidad de regular la preconcursalidad ha venido siendo reclamada por la mayor parte de la doctrina<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Decía GUYON, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 39, que la prevención presenta una connotación más médica o militar que jurídica, ya que prevenir es a la vez curar y defender. En este sentido se han de destacar las reflexiones de OLIVENCIA RUIZ, «Concurso y precurso», *op. cit.*, p. 19, al decir que «la expresión literal cubre tanto el periodo que precede a la declaración de concurso como aquel en que esta se prevé y tiende a evitar. Quizás hubiese sido más correcto gramaticalmente designar al segundo periodo con el prefijo *para*, que es el que se utiliza en el título de nuestra *Revista* (refiriéndose a la RDCP)»; *vid.*, también, en relación con la confusión a que puede inducir el uso de la expresión «Derecho preconcursal», FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 18 y 19, quien precisaba sobre este punto que «la expresión “Derecho preconcursal” es equívoca. Dice poco de su contenido: solo contiene una doble referencia al aspecto temporal del diagnóstico y al tratamiento de la “precrisis”».

<sup>62</sup> Ya en relación con el ALC de 1983, el profesor ROJO, «Las opciones del Anteproyecto...», *op. cit.*, p. 99, manifestaba la necesidad de regular convenios extrajudiciales que habían sido excluidos de la redacción del citado Anteproyecto por considerar que la solución dada al presupuesto objetivo obligaba a eliminar un procedimiento preventivo, decía Rojo que «la

Conviene apuntar que un Derecho concursal que desatiende la regulación de la *preconcuralidad* o la prevención de la insolvencia empresarial hace que su normativa concursal se limite casi exclusivamente a disciplinar jurídicamente la liquidación colectiva del patrimonio del deudor común<sup>63</sup>. En este sentido, la falta de una regulación preconcurzal ha sido considerada como uno de los principales defectos de la LC al menos en su redacción originaria<sup>64</sup>.

No obstante, reconocida la necesidad de contar con esta regulación tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ámbito del Derecho comparado, lo cierto es que la existencia de un estado previo a la dificultad económica de empresas y deudores profesionales se resiste a una concreta definición jurídica<sup>65</sup>. En este sentido, se ha afirmado que

---

ausencia de un *convenio (o concordato) preventivo extrajudicial*, es decir, un convenio *preventivo* adaptado a la situación de dificultades de liquidez transitorias o provisionales y, además, un convenio *extrajudicial* que ahorre los costes de todo tipo, y no solo los económicos, que, en la realidad española supone la apertura de un procedimiento universal aunque no sea de ejecución»; *ibid.*, ROJO, «La reforma del Derecho concursal español», en AAVV, A. ROJO (dir.) y A. B. CAMPUZANO (coords.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 110 y 111; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...*, *op. cit.*, pp. 8 y 9; *ibid.*, «La reforma...», *op. cit.*, pp. 27 y ss. También, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los presupuestos de la declaración de concurso», en AAVV, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 86. Por otra parte en el mismo sentido, en el año 1980, el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ, *Reflexiones fundamentales...*, p. 31, ofrecía una definición de Derecho concursal en sentido amplio que contemplaba expresamente los acuerdos de carácter extrajudicial, como parte integrante de un conjunto sistemático de normas, materiales y procesales, «que regulan las relaciones entre deudor común que no puede, por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de las crisis económica que puede afectar a las empresas. Será una primera restricción lo que limite el Derecho concursal a las instituciones propias de las *crisis económica de la empresa*, esto es, la suspensión de pagos, la quiebra y, también, aunque sea excepcional, la administración judicial de empresas embargadas, así como los convenios extrajudiciales».

<sup>63</sup> En estos términos, FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad...*, *op. cit.*, p. 9; también SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, núm. 22, 2014, p. 60, para quien «a partir de la evidencia empírica, que en nuestro modelo de la insolvencia se está deslizando hacia la refinanciación como una solución reservada a empresas viables mientras que el concurso se ha convertido en un genuino cementerio empresarial al que llega una abrumadora mayoría de sociedades insolventes. Una situación que provoca algunas dudas acerca de la aptitud de la LC para facilitar soluciones efectivas a la insolvencia».

<sup>64</sup> Cfr. Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 10 de octubre de 2001, al señalar que «llama poderosamente la atención el hecho de que los autores del anteproyecto no hayan tenido en cuenta las múltiples propuestas prelegislativas que, para la prevención de la crisis, se han formulado en algunos ordenamientos jurídicos más significativos, así como tampoco aquellas normas que se han introducido en algunos Derechos con esta específica finalidad». También, cfr. Informe del Consejo General de la Abogacía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2001.

<sup>65</sup> Así, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización...*, *op. cit.*, p. 23, comentaba que «la prevención de las crisis económicas empresariales constituye una materia compleja con componentes de diversa naturaleza jurídicos y económicos, que tradicionalmente ha venido planteando problemas de

la prevención de las crisis empresariales es una materia de carácter interdisciplinar, de naturaleza económica y jurídica, para cuyo tratamiento debe partirse de la inexistencia de una teoría general sobre las causas económicas que las motivan<sup>66</sup>. En esta línea, hemos de atender a las palabras de Fernández del Pozo<sup>67</sup>, cuando afirma que «no existe bisturí de jurista que consiga zanjar con claridad la exacta frontera de separación entre la solvencia y la “preinsolvencia”». Y es que la determinación de esta frontera, en la que la prevención puede actuar, presenta zonas de carácter oscuro o borroso que dificultan el ámbito de aplicación del Derecho preconcursal<sup>68</sup>. Por otra parte, interesa a nuestro estudio retener este aspecto, ya que cuando se plantea la necesidad de potenciar la prevención, vía conservación, en aras de satisfacer también los intereses de los acreedores, se propone, en algunos ordenamientos jurídicos como en el alemán con la *InsO* de 1994 y en el español a partir de la Ley Concursal, una anticipación en la declaración de concurso mediante el establecimiento de un presupuesto objetivo configurado de manera flexible que incorpore la *insolvencia inminente*. En efecto, la necesidad de adelantar la declaración de concurso ante la aparición de señales económicas de alarma por una previsible dificultad económica que pueda desembocar en una insolvencia, se antoja la única forma viable de lograr la conservación de la empresa.

Con todo, y en orden a ofrecer una definición del significado adecuada se puede afirmar que el Derecho preconcursal al que nos venimos refiriendo a lo largo de nuestro estudio estaría integrado por «todas aquellas normas e instituciones que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis y por fin específico la prevención de la misma», aunque en ocasiones se reconozca también la posibilidad de remoción de la insolvencia para el caso de que se manifieste en esta fase preconcursal<sup>69</sup>. En este sentido, merece especial atención el hecho

---

técnica y política legislativa»; en el mismo sentido, en relación con legislaciones concursales comparadas, PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho concursal...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47, «al abordar en algunos ordenamientos desde un punto de vista jurídico, particularmente a partir de los años ochenta, el tratamiento de la prevención de las crisis económicas no parte de aproximaciones económicas a los índices reveladores de crisis planteándose la necesidad de su delimitación jurídica lo que, como puede presumirse y como acontecía en el ámbito económico, no está exento de dificultades».

<sup>66</sup> Así, *vid.* PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, p. 45; también ENCISO ALONSO-MUÑER, *op. ult.cit.*, p. 23.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. ult. cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>68</sup> En opinión de RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», en *RDCP*, núm. 4, 2006, p. 187, «Ha sido y es, por tanto, el tema de la prevención y consiguiente declaración tempestiva del concurso un tema recurrente y común a nuestro Derecho concursal —art. 870 CCo. de 1885—, pero al mismo tiempo un tema sumamente delicado y problemático, a juzgar por sus difusos contornos y contenido y por el conflicto de intereses y principios contrapuestos en litigio, que hacen de él una materia sometida a una fuerte controversia doctrinal y legal, y por tanto aún no resuelta definitiva y satisfactoriamente».

<sup>69</sup> *Vid.*, en estos términos, FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 19. No obstante, téngase en consideración que resultan cuanto menos cuestionables, al menos en lo que

de que se trata de una normativa *especial* en tanto que está destinada a una determinada clase de acreedores, circunstancia esta última objeto de numerosas críticas por la doctrina<sup>70</sup>.

Así entendido, el Derecho preconcursal debería procurar, en primer lugar, una detección o diagnóstico preventivo de las dificultades económicas por las que esté atravesando la empresa adoptando las medidas necesarias para inhibir la insolvencia y, en segundo lugar, sanear tempestivamente las dificultades económicas siempre que ello sea posible. Ahora bien, solo se conciben los mecanismos propios de este Derecho de la preinsolvencia en relación con el patrimonio del deudor que sea *susceptible de recuperación económica*<sup>71</sup>. A este respecto, consideramos que no tendría sentido el planteamiento de estos mecanismos cuando la insolvencia sea actual e irreversible, de manera que su recuperación económica no resulte viable, quedando su tratamiento, por tanto, circunscrito al ámbito del proceso concursal.

En este punto cabe advertir que la ausencia de una regulación preconcursal hasta el año 2009 ha sido resuelta de manera diversa por las distintas legislaciones concursales si bien, ya anticipamos que un tratamiento sistemático y autónomo del Derecho preconcursal o de la preinsolvencia se ha logrado en pocos ordenamientos jurídicos —es el caso del TRLC—, todo lo más que ha existido han sido instituciones dispersas y generalmente inconexas cuyo fin era dar una respuesta rápida a la insolvencia del deudor común y con los menores costes posibles<sup>72</sup>.

---

se refiere a los convenios amistosos preventivos de insolvencia que persiguen la remoción de la insolvencia una vez manifestada y no tanto un tratamiento preventivo de esta. *vid.* PULGAR EZQUERRA, *Preconcuralidad...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss., señala la autora que «si todos los acreedores del deudor participan aceptando el acuerdo extrajudicial de remoción de insolvencia podría entenderse que superada por esta vía la insolvencia estarían implícitamente renunciando a su derecho a solicitar un concurso de acreedores, eliminando en virtud del acuerdo alcanzado su presupuesto objetivo de apertura, pues sobre la base de la doctrina de los actos propios resultaría incompatible la aceptación del acuerdo con una manifestación de voluntad orientada a obtener la declaración de concurso (*eis quae prose introducta sunt renunciare*)».

<sup>70</sup> *Vid.* las palabras de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Refinanciación...», *op. cit.*, p. 59, cuando sostiene que «a partir de ahí se denuncia una discriminación o disparidad entre acreedores, tan contraria a los fundamentos del régimen de la insolvencia. Es una enunciación errónea, por limitada. La refinanciación es un acuerdo en el que participa el deudor y por supuesto, que suele comportar efectos sobre su deuda financiera. Los efectos directos de la refinanciación afectan a los créditos que configuran esa deuda y a sus garantías, pero van más allá».

<sup>71</sup> *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Refinanciación...», *op. cit.*, p. 60, para quien «la nueva normativa apunta al saneamiento financiero y a la reestructuración de la deuda, de forma que “la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico generando riqueza y creando puestos de trabajo”. Solo en relación con esas empresas tiene sentido un proceso de refinanciación y, en consecuencia, es solo con respecto a ellas como procede aplicar las medidas de tutela que para el deudor y sus acreedores financieros derivan de la disciplina de los acuerdos de refinanciación».

<sup>72</sup> El Derecho francés se ha caracterizado por tratar la crisis empresarial mediante soluciones conservativas de manera que desde 1985 su objetivo principal ya no era la satisfacción de los

#### 4.1. La preconcursalidad con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal

Es consabido que en el Derecho concursal previgente a la LC<sup>73</sup> como tampoco en la redacción originaria de LC, no se contemplaban mecanismos preconcursales de carácter preventivo<sup>74</sup>.

Con el inicio de la crisis económica en el año 2008, la ausencia de una regulación de institutos de carácter preconcursal se hizo insostenible. En efecto, la restricción crediticia como consecuencia del temor a la rescisión de las refinanciaciones en sede concursal, ex art. 71 LC, singularmente por parte de las entidades financieras provocó una situación de caos empresarial. Las empresas, especialmente del sector de la construcción, necesitaban una renegociación urgente de su deuda para evitar la insolvencia y el concurso, por otra parte, las entidades financieras se resistían a esta renegociación de la deuda como consecuencia del régimen rescisorio establecido en la LC, así como de la posible postergación de sus créditos<sup>75</sup>. A todo ello había que añadir que

---

acreedores sino la conservación de empresas en dificultad. En este sentido, desde mediados de los años ochenta, los textos legales que regulan la materia se orientan al salvamento empresarial, así Ley de 1 de marzo de 1984 y la Ley de 1 de marzo de 1985.

<sup>73</sup> El vigente CCo, siguiendo la influencia del Código de Comercio francés, excluyó los acuerdos extrajudiciales de su contenido, quedando limitada su eficacia tan solo entre las partes y sus herederos. Así, OLIVENCIA RUIZ, «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en AAVV, MENÉNDEZ (dir.), *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, p. 380, quien afirmaba que «el convenio amistoso, extrajudicial, no es solución. Es campo abonado de intermediarios “de olfato”, que buscan comisiones en situaciones comprometidas, de los acreedores más avisados y menos escrupulosos que obtiene privilegios a costa de los más complacientes, honestos y débiles, fuente de fraudes y abusos sobre los que la justicia no ejerce inspección alguna».

<sup>74</sup> Así, OLIVENCIA RUIZ, «Concurso...», p. 2, al decir que «en el procedimiento concursal se sitúa, pues, el centro de gravedad del sistema de 2003: el concurso es un procedimiento judicial, desde su declaración hasta su conclusión, y un procedimiento único, lo que excluye el periodo de tiempo anterior solo relevante en cuanto a la suerte o significación que en el concurso puedan tener los actos realizados durante él». Con la excepción de medidas preventivas que pertenecen al Derecho público, a las que deben añadirse la prevención por los cauces paraconcursales recogidos en legislaciones especiales (planes de reconversión, medidas de intervención, sustitución de entidades de crédito, entidades aseguradoras o de embargo de empresas) y fuertemente administrativizados. En España no existían mecanismos preconcursales de carácter preventivo regulados autónomamente. *Vid.*, sobre el particular, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización...*, *op. cit.*, p. 25; también RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia...», *op. cit.*, p. 191, «el panorama normativo en materia de alerta y prevención de las situaciones de riesgo o amenaza de insolvencia ha sido y sigue siendo en Derecho concursal español manifiestamente desalentador a juzgar por el uso indebido y también tardío que se ha venido haciendo del procedimiento de la suspensión de pagos y la presuntamente escasa y conflictiva aplicabilidad de su mecanismo sustitutivo».

<sup>75</sup> Para comprender la necesidad de un cambio en la regulación de la redacción original de la LC téngase en cuenta que en el año 2008, entre otros, se produjeron los concursos de la constructora Martinsa Fadesa con un volumen de 7155 millones de euros, Habitat con 2.807

en virtud primero de la CBE 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera y pública y reservada y modelos de estados financieros y, después por la CBE 3/2010, de 29 de junio, sobre entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, las entidades financieras deben clasificar sus operaciones en función de su riesgo de crédito, y llegada la insolvencia o concurso de un prestatario tendrán que dotar o incrementar sus provisiones en concepto de deterioro del crédito. En definitiva, la dotación de estas provisiones suponía una exigencia adicional para las entidades de crédito en un momento de colapso económico<sup>76</sup>.

Así las cosas, el Gobierno recurrió a la legislación de urgencia por medio del RDL 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante *la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española*. A partir de este momento se incorporan a nuestra legislación concursal mecanismos de carácter preconcursal, los acuerdos de refinanciación, desconocidos hasta el momento en nuestra legislación concursal<sup>77</sup>.

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

En primer lugar, la declaración tempestiva de la quiebra y, especialmente de la suspensión de pagos, ha sido un tema recurrente en

---

millones de euros y Nozar con 1.563 millones de euros. Los procesos formales de insolvencia del tejido empresarial nacional aumentaron un 282 % en el periodo 2008-2011.

<sup>76</sup> Vid. sobre los aspectos económico-financieros de reestructuración de la deuda, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, op. cit., pp. 199-213.

En este contexto, la reforma de la CBE 3/210 contempla expresamente la necesidad de que las entidades financieras establezcan políticas de renegociación de deuda de manera que incorporen principios *ex ante* de gestión del riesgo, prestando especial atención a la gestión de las operaciones de crédito, así como las condiciones que se deben introducir en el caso de reestructuraciones financieras. La CBE 3/2010 da una nueva redacción al apartado 1 del anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, al disponer que las entidades financieras deberán disponer «de una política de renegociación de deudas aprobada por el máximo órgano de gobierno, que considere, para acceder a la renegociación de las condiciones inicialmente pactadas, al menos, los siguientes requisitos: *a*) una experiencia mínima con el prestatario; *b*) una experiencia de cumplimientos del prestatario durante un periodo suficientemente amplio, o un importe de amortización del principal prestado que sea equivalente, y *c*) un límite a la frecuencia de renegociación durante un número suficientemente amplio de años».

<sup>77</sup> Los efectos de este 3/2009 serán objeto de análisis en el Capítulo III.

nuestro Derecho concursal. Ya el art. 870 CCo, establecía un principio de *prevención* al decir que:

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

Como es sabido, este precepto fue modificado por la Ley de 10 de junio de 1897, excluyendo del privilegio de constituirse en estado de suspensión de pagos, al comerciante *que careciera de recursos para satisfacerlas* (las deudas) *en su integridad*. La posterior promulgación de la LSP de 1922 vino a suscitar discrepancias doctrinales y jurisprudenciales acerca de la vigencia de los arts. 870 a 873, en relación con el requisito de *suficiencia de bienes* a la que se refiere el art. 870 CCo y el de la *insolvencia definitiva* contemplada en los arts. 8 y 10 de la LSP<sup>78</sup>. El primer requisito aludido pretendía, al menos en origen, que el beneficio de la suspensión de pagos solo resultara aplicable a determinados deudores con el fin último de alcanzar un acuerdo entre el deudor y acreedores que permitiendo su recuperación económica evitara los graves efectos de la declaración de la quiebra y la liquidación de los bienes del deudor que esta habitualmente suponía<sup>79</sup>.

Por otra parte, y ya en el ámbito del Derecho societario, en relación con los que podríamos denominar *mecanismos de alerta internos* para detectar situaciones de preinsolvencia encontramos una regulación rudimentaria de preservación de la integración del capital social ya en la LSA de 1951, como también posteriormente en la LSA de 1989 y en la LSC de 2011, si bien, esta última, coincide en cuanto a su vigencia con la LC modificada en virtud del 3/2009<sup>80</sup>. En definitiva, podemos afirmar que las normas relativas al capital social como cifra de retención y de garantía para los acreedores sociales, ante la ausencia

<sup>78</sup> Los arts. 870 a 873 del CCo se consideraban derogados por la LSP de 1922 al no exigir suficiencia de bienes en el deudor, ni imponer exigencias temporales para la solicitud de la suspensión de pagos, ni establecer límites respecto del contenido del convenio. *Vid.*, sobre el particular, OLIVENCIA RUIZ, «Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio», en AAVV, MENÉNDEZ (dir.), *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1991, pp. 383 y 384.

<sup>79</sup> No obstante, es consabido que la expansión del expediente de la suspensión de pagos, se produjo en detrimento del *beneficio* que pretendía otorgar a determinados acreedores. *Vid.* ROJO, «El estado de crisis económica», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal* español, Madrid, Fórum Universidad-empresa, 1982, pp. 128 y ss.

<sup>80</sup> La finalidad de estas normas consistía ante todo en preservar la garantía de cobro que el mantenimiento de un patrimonio contable en una franja de valor superior a la mitad del capital social pudiera suponer para los acreedores de compañías mercantiles en situación de progresivo deterioro financiero, propiciando soluciones a través de un aumento de la financiación propia de la sociedad.

de responsabilidad por parte de los socios, generan también efectos no solo en el ámbito concursal sino también *preconcurstral*<sup>81</sup>. Se trata, en definitiva, de evitar el desplazamiento del riesgo inherente a la insolvencia de la empresa, desde los accionistas, hacia los acreedores.

Las repercusiones prácticas de la situación descrita se materializan en los siguientes preceptos:

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

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

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

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

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

Otro tanto sucede con la disolución por pérdidas del art. 260.1.4 LSA, actualmente recogida en el art. 363.1.e) LSC, ejemplos de finalidad «preconcurstral» comúnmente admitidos por la doctrina<sup>82</sup>:

<sup>81</sup> Así, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Comentario al art. 1.1», en SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIERREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, p. 53, quien apunta que una de las medidas para corregir estas situaciones abusivas pasa por la técnica del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

<sup>82</sup> En este sentido en relación con los deudores con forma de sociedad de capital, se pronuncia SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Comentario al art. 1.1», *op. cit.*, p. 53, para quien «puesto que en las sociedades de capital no existe responsabilidad personal de los socios, no puede admitirse que el denominado capital nominal sirva para enmascarar una insuficiencia patrimonial. Allí donde la actividad de la sociedad venga produciendo pérdidas, no es admisible para el Derecho de sociedades que la sociedad mantenga un capital nominal notoriamente superior a su patrimonio neto». También, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss., al decir que «toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la “regla de oro” del art. 213.2 LSA (patrimonio superior a capital social)».

«1. La sociedad de capital deberá disolverse:

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

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

«1. Las sociedades de capital podrán emitir y garantizar series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda.

2. El importe total de las emisiones de la sociedad limitada no podrá ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con un aval solidario de entidad de crédito. En el caso de que la emisión esté garantizada con aval solidario de sociedad de garantía recíproca, el límite y demás condiciones del aval quedarán determinados por la capacidad de garantía de la sociedad en el momento de prestarlo, de acuerdo con su normativa específica».

No obstante, ha de apuntarse que la utilidad y la eficiencia del sistema de capital legal, pese a lo indicado en párrafos precedentes, ha sido cuestionada por la doctrina, desde distintos puntos de vista, con importantes implicaciones en lo que al Derecho concursal se refiere<sup>83</sup>.

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

<sup>83</sup> En este punto seguimos la sistematización ofrecida por VELASCO SAN PEDRO, en relación con el control *ex ante* de las distribuciones a los socios en «El tratamiento de las distribuciones a los socios», en ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ESTEBAN VELASCO (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades en España. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Pamplona 2011, pp. 171-190.

En la fase preconcursal, como es sabido, la *par condicio creditorum* no resulta de aplicación, de manera que, ante la eventual declaración de concurso, no solo los acreedores, sino también los administradores y el deudor pueden realizar conductas que, persiguiendo la maximización de sus propios intereses provoquen, sin embargo, un perjuicio para los intereses de los demás, incluida la situación económica de la empresa. El escenario descrito que ha sido explicado desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, obedece a estímulos perversos y oportunistas especialmente ejercidos sobre administradores y acreedores y adquiere mayor relevancia a medida que empeora la situación económica de la empresa. Esta asimetría de información, antiselección o selección adversa en terminología económica guarda una estrecha relación con el Derecho preconcursal y el Derecho societario<sup>84</sup>.

En segundo lugar, se critica el sistema del capital legal por resultar en unas ocasiones excesivamente rígido, como sucede en materia de dividendos y readquisición de acciones propias y, en otras, por el contrario, excesivamente permisivo, en particular en aquellos casos de reparto de dividendos que si bien no perjudican al capital social, puede terminar afectando negativamente la solvencia y/o la liquidez de la sociedad<sup>85</sup>. Más grave es aún que la sociedad pueda asumir, sin que el sistema de capital legal instaurado lo impida, endeudamientos que posterguen a los actuales acreedores sociales, alterando de este modo el régimen no solo concursal sino también preconcursal.

Por último, y en relación con lo que veremos inmediatamente después, se ha achacado al régimen del capital legal una incompatibilidad con los estándares contables a partir de la incorporación en Europa de las llamadas *Normas Internacionales de Contabilidad* (NIC/NIIF) y las *Normas Internacionales de Información financiera*, se incide sobre la *incompatibilidad del sistema de capital legal con los nuevos estándares contables*, incorporando un criterio dinámico basado en el *valor razonable* o *fair value*.

---

<sup>84</sup> A este respecto, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, *op. ult. cit.*, pp. 182 y ss.; también MENÉNDEZ REQUEJO, «Estructura de capital de la empresa española ante problemas de riesgo moral y selección adversa», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, núm. 10, 2001, p. 486, en opinión de la autora en relación con los distintos niveles de información a los que tienen acceso, los socios, los acreedores y el deudor «se trata de describir aquellas situaciones de “oportunistismo precontractual” en que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala “calidad” de lo ofrecido por la otra parte, por lo que acaba suponiendo que lo más probable es la posibilidad peor, ya que por lo general es la más interesante para el otro agente. En esta situación se induce un efecto de selección adversa, dado que únicamente se acabarán ofreciendo las peores “calidades” ya que no se distinguen de las “buenas”».

<sup>85</sup> En estos términos se pronuncia VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.*, p. 182.

B) En lo que concierne a la función de control de la auditoría de cuentas en relación con el tratamiento de la preconcursalidad en el sistema español, se debe destacar especialmente, el apartado *b)* del art. 209.1 LSA que diseñaba un *primer sistema de alarma de crisis empresarial*<sup>86</sup>. A tenor del art. 209.1 LSA el informe de auditoría respondería al siguiente contenido e indicaciones:

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

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

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

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

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

Por otra parte, el art. 202.1 LSA con el deber impuesto a los administradores de evaluar los riesgos que afronta la sociedad en el informe de gestión ex art. 202.2 LSA, preveía una suerte de control aunque escasamente revelador de posibles indicios de alarma ya que *se toleraba cualquier ejercicio de imaginación en la confección ritual de este documento*. La relevancia del informe de gestión, que es de carácter informativo, consiste en el acceso para todos los interesados en la empresa de aquellos datos que vienen a complementar la información ofrecida por las cuentas anuales, aportando en este sentido, una infor-

<sup>86</sup> Si bien la redacción del citado precepto, en especial en lo que concierne al apartado *b)* desconocido en el Derecho contable, en LAC así como en la normativa comunitaria. En este punto se han de destacar el amplio y exhaustivo trabajo de Fernández del Pozo especialmente en relación con el apartado *b)* del art. 209.1 LSA, *vid. Posibilidad...*, *op. cit.*, p. 15, para quien «en general, puede decirse que este aspecto un tanto sorprendente del informe de auditoría y de la función del auditor que se encierra en el art. 209.1.b) LSA, cuyo tratamiento legal completa la Resolución del ICAC ha sido pasado por alto por la generalidad de la nuestra doctrina mercantil, que no ha querido ver en el precepto citado el pilar de un incipiente, quizás necesario, hoy rudimentario, sistema preventivo de crisis empresariales». La regulación actual de este precepto se contiene en el art. 269 LSC cuyo texto, que simplifica su precedente dispone que «Los auditores de cuentas emitirán un informe detallado sobre el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas».

mación más precisa no tanto de patrimonio, situación financiera y de resultados de la sociedad, sino más bien del contexto socioeconómico, político, tecnológico y de estructura de la empresa<sup>87</sup>. Esta información, así entendida, resulta a todas luces de extraordinaria importancia a los efectos de conocer una posible *preconcuralidad* en la empresa. Actualmente esta regulación se contiene en el art. 262 LSC, referido al contenido del informe de gestión. Este precepto fue modificado en virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, añadiendo expresamente la necesidad de que este informe incluya una «descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta»:

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

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

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

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

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

Llamamos la atención en relación con este precepto sobre la necesidad de incluir información acerca de los *indicadores clave financieros*

---

<sup>87</sup> *Vid.*, sobre el particular, GALÁN CORONA, «Memoria e informe de gestión. Artículos. 199 a 202 de la Ley de Sociedades Anónimas», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, Madrid, 2000, p. 644, quien añade con relación a este punto que «para apreciar el estado de la sociedad es preciso no prescindir del futuro: no solo los acontecimientos importantes para la sociedad acaecidos tras el ejercicio económico, sino también perspectivas, previsiones y, conectado con ello, la actividad en investigación y desarrollo en cuanto que presentan un extraordinario interés para la evolución previsible de la sociedad».

empleados<sup>88</sup>, al modo de los sistemas de alertas de otros ordenamientos jurídicos, en particular del francés<sup>89</sup>.

Por último, encontramos una manifestación más de la preconcursalidad de nuestra legislación con anterioridad a la LC en los registros públicos, singularmente el Registro Mercantil, en virtud de la obligación que tienen los administradores sociales y de los auditores de formular y depositar las cuentas anuales conforme al *principio de empresa en funcionamiento*<sup>90</sup>. En efecto, uno de los pilares de la prevención es la información empresarial cuya fuente principal se encuentra en el Registro Mercantil, no obstante, es necesario advertir que, ni el depósito de cuentas ni el Registro Mercantil cumplen una función auxiliar del Derecho de prevención. Se produce con frecuencia un inevitable retraso en la divulgación de la información que accede al Registro Mercantil, con lo que la posibilidad de remediar tempestivamente la situación de preinsolvencia se hace más difícil, al tiempo que, desgraciadamente, es una práctica frecuente que las empresas que particularmente no cumplen con la obligación de depositar sus cuentas anuales sean precisamente aquellas que se encuentran en dificultades económicas<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Vid. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Información financiera y preconcursalidad», en *RDCP*, núm. 18, 2013, p. 84, en relación con estos indicadores señala que «son un conjunto de reglas analíticas generadas por la praxis profesional, y a las que el propio legislador remite sin especificarlas, art. 262.1 de la LSC, bajo la referencia de indicadores clave, sean o no de carácter financiero, no deja de causar cierta perplejidad y en todo caso siendo criticable una mención de tal naturaleza, que se aluda a que si fuera necesario se recurra a “indicadores clave”, referencia que, además, no deja de producir, una cierta inseguridad jurídica».

<sup>89</sup> El sistema de mecanismos de alerta del Derecho concursal francés fue incorporado ya con la *Loi du 1 de mars de 1984* dirigida a informar tanto al empresario como a los órganos sociales de la sociedad acerca de *hechos de tal naturaleza que puedan comprometer la continuidad de la explotación (empresarial)*. El sistema de alertas inicialmente diseñado han resultado posteriormente modificado en 1994 y 2005, como consecuencia de las proposiciones de ley *Bignon* y *Barrot*.

<sup>90</sup> En este sentido, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Información financiera...», *op. cit.*, pp. 82 y ss., al señalar que «la información económica que encierra las cuentas anuales representa ante todo, una foto en tiempo determinado, es decir, son una manifestación estática de algo que es esencialmente dinámico como es la empresa. A partir de aquí, esa conjugación de factores dinámicos y estáticos, deben analizarse desde una óptica doble, en tiempo presente, o lo que ha ocurrido hasta un momento predeterminado aleatoriamente — cierre de ejercicio —, pero también y en cuanto aquí interés, en una perspectiva dinámica que implica necesariamente considerar su viabilidad futura hasta el punto de que el proceso contable a desarrollar podrá materializarse bajo dos premisas absolutamente antagónicas, continuidad o liquidación»; también, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización...*, *op. cit.*, p. 25, y especialmente FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad y contenido...*, *op. cit.*, pp. 79-157; *ibid.*, «Sobre la preconcursalidad...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.; también, RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia...», *op. cit.*, p. 201, quien indica que «las informaciones recogidas en el Registro apuntado podrán operar a modo de indicios o hechos externos reveladores de esa situación (insolvencia)».

<sup>91</sup> Vid., sobre el particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sobre la preconcursalidad...», *op. cit.*, p. 30, para el autor «se hace necesario mejorar el sistema informativo público de las señales de alerta, hoy excesivamente articulado en torno a la divulgación registral de las cuentas depositar en el Registro Mercantil a instancias de la entidad obligada a depósito y en la confianza — justificada, como hemos visto — en que los auditores cumplirán su función».

En suma, con las anteriores precisiones se ha querido poner de relieve la importancia de esta normativa en el ámbito de la preconcursalidad. Y ello es así porque solo conjugando estos mecanismos, las medidas de protección del capital social, junto con la actuación de los auditores, a través del informe de auditoría y los mecanismos de publicidad legal mediante el Registro Mercantil, se podrán combatir eficazmente los problemas de información no simétrica entre los distintos acreedores, administradores e incluso el deudor. Las conductas escasamente cooperativas que surgen en este estado, cuya dimensión aumenta a medida que se aproxima la insolvencia, podrían verse reducidas al coordinarse con institutos concursales establecidos en nuestro ordenamiento concursal desde la reforma de 2009<sup>92</sup>.

#### **4.2. El tratamiento de la preconcursalidad en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio**

Como ya hemos manifestado en páginas anteriores, el sistema concursal configurado en virtud de la redacción originaria de la LC de 2003 carecía de instituciones que regulasen la preconcursalidad al margen de la normativa societaria. Desde un punto de vista estrictamente jurídico-concursal, esta carencia se ha suplido por una parte, mediante el establecimiento de un *periodo sospechoso* de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, *periodo preconcursal* que puesto en relación con el presupuesto objetivo de la insolvencia, ha permitido ejercer un control sobre hechos reveladores de la misma<sup>93</sup> y, de otra parte, mediante la incorporación en la redacción originaria de la LC de una *propuesta anticipada de convenio* que aunque inserta dentro del procedimiento concursal, en ausencia de una regulación preconcursal, ha venido a cumplir funciones asignadas a institutos concursales al ser configurada como una *judicialización de los convenios extrajudiciales*<sup>94</sup>.

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

En primer lugar y en lo tocante al periodo sospechoso previsto en el art. 71 de la LC, el plazo de dos años resulta relevante a los efectos de determinar de una parte, los hechos reveladores de la insolvencia que

<sup>92</sup> Vid., en este sentido, RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia...», *op. cit.*, pp. 203-207, especialmente 204; también, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Comentario al art. 1.1», *op. cit.*, p. 55.

<sup>93</sup> Así como sobre las actuaciones del deudor que pudieran resultar decisivas en cuanto a la calificación del concurso se refiere.

<sup>94</sup> Vid., sobre el particular, el interesante trabajo de ENCISO ALONSO MUÑUMER, *La judicialización...*, *op. cit.*, 2007. También, OLIVENCA RUÍZ, *op. ult. cit.*, p. 12, para el autor la propuesta anticipada de convenio sin ser una figura «preconcursal», se trata más bien de un instrumento para «judicializar» los acuerdos extrajudiciales y encauzarlos hacia un convenio concursal.

con posterioridad servirán de base para la solicitud de la declaración de concurso necesario, art. 2.4 de la LC, o para fijar el plazo de la solicitud de concurso voluntario, art. 5.2 de la LC y, de otra, para la calificación del concurso, ya que en virtud del art. 164 de la LC, la concurrencia en este periodo de determinados hechos, en particular relativos a incumplimientos del deudor, pueden provocar una calificación culpable del concurso<sup>95</sup>. En suma, este *proximus tempus decoctionis* se configura como un plazo preconcursal, vacío de instituciones preconcursales pero habilitado para el desarrollo de actuaciones con importantes consecuencias en sede concursal.

En este punto es necesario advertir que la opción de política jurídica seguida por la LC en relación con el presupuesto objetivo de declaración de concurso, inspirada en la *Insolvenzordnung*, establece en el art. 2 LC como presupuesto objetivo del concurso, no solo la insolvencia actual —no poder cumplir regularmente las obligaciones exigibles—, sino también la *insolvencia inminente*, a solicitud del deudor cuando *prevea* que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones<sup>96</sup>. La anticipación tempestiva de la solicitud concursal solo es posible con una definición del presupuesto objetivo muy flexible basada en presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de insolvencia inminente o definitiva. Junto a ello, en relación con el estado previo de insolvencia, o en palabras del legislador del *estado de insolvencia inminente*, esta se produce exclusivamente en relación con el concurso voluntario, no así con el necesario, de manera que el acreedor no podrá instar una declaración de concurso basándose en el peligro que representa la insolvencia inminente, ya que conculcaría el principio constitucional de la libre empresa del art. 53.1 CE. Reiteradamente se dice en relación con la insolvencia inminente que nadie mejor que el deudor conoce su verdadera situación económica. Se habla por ello

<sup>95</sup> Así, a lo largo de este periodo que podemos llamar *preconcursal*, los actos realizados que resulten perjudiciales para la masa serán rescindibles durante el concurso aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Estos actos son *iuris et de iure*, los gratuitos y los de extinción de obligaciones anticipadas a su vencimiento y, *iuris tantum*, aquellos realizados a favor de persona especialmente relacionada con el deudor, los de superposición de garantías a obligaciones preexistentes o de constitución de nuevas en sustitución de aquellas. *Vid.*, sobre el particular, OLIVENCIA RUÍZ, «Concurso y precurso», *op. cit.*, p. 11.

<sup>96</sup> La *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (InsO) cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1 de enero de 1999, da cuenta de la importancia de la reforma que requirió una *vacatio legis* de cinco años. Como es sabido, una de las novedades principales de la ley alemana consistía en una anticipación en la configuración del presupuesto objetivo, al reconocer la posibilidad de que el deudor pueda instar el procedimiento concursal cuando su incapacidad de pago sea inminente o exista una situación de amenaza de insolvencia [*drohende Zahlungsunfähigkeit* recogida en el § 18(2) InsO]. Para el caso de que el deudor actúe con prontitud en la solicitud del concurso, se le puede mantener las facultades de administrar y disponer de su patrimonio como también a la inversa, si el deudor persona física se retrasa en la solicitud de su concurso, perderá la posibilidad de liberarse de las deudas residuales.

de *facultad*, no de obligación, del deudor de instar su declaración de concurso<sup>97</sup>. No obstante, los estímulos a la solicitud de concurso voluntario que facilita la LC, pese a la voluntad del legislador, han sido cuestionados por la doctrina, ya que los beneficios que pueda ocasionar al deudor una solicitud temprana del concurso pueden no verse compensados con los inconvenientes de la intervención en su gestión. En efecto, la pérdida del control de la sociedad, por parte del deudor en un momento en el que la insolvencia no es actual, al tiempo que los costes que supone la declaración de concurso, hace que los incentivos diseñados por el legislador no resulten del todo incentivadores para una solicitud temprana del concurso.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la propuesta anticipada de convenio se configura como un instituto concursal de carácter mixto, ya que en el contexto descrito de la LC en su redacción originaria, mediante esta opción se propiciaba una vía de solución a las crisis económicas basada en la autonomía de voluntad de las partes sin los riesgos de soluciones absolutamente desjudicializadas en el tratamiento de crisis económicas del deudor<sup>98</sup>.

Asimismo, y en línea de coherencia con lo reseñado, hallamos en la propuesta anticipada de convenio una posibilidad para que el deudor pueda negociar el acuerdo con sus acreedores de forma privada y confidencial, incluso sin sometimiento a requisitos legales y en ausencia de intervención judicial. Esta negociación al margen del procedimiento concursal, justamente cuando se percibe la insolvencia inminente, hace que solo el deudor en esta fase pueda solicitar la declaración de concurso voluntario, pudiendo utilizar esta circunstancia como amenaza contra sus acreedores con el fin de que estos suscriban el acuerdo. La situación cambia cuando la negociación tiene lugar en un escenario de insolvencia actual, ya que los acreedores en esta circunstancia están legitimados para la solicitud de concurso necesario de manera que si el deudor inicia las negociaciones en este momento, corre el riesgo de que la solicitud de concurso por uno de sus acreedores impidan el desarrollo del acuerdo<sup>99</sup>.

Ahora bien, sin ser un instituto preconcursal<sup>100</sup>, ya que su anticipación no se refiere a la declaración de concurso sino a la apertura de

<sup>97</sup> Así se recoge en el apartado II de la Exposición de Motivos de la LC «el sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores».

<sup>98</sup> *Vid., in extenso*, JACQUET YESTE, *La propuesta anticipada de convenio*, monografía núm. 16, asociada a la RDCP, 2012.

<sup>99</sup> *Vid.*, sobre el particular, ENCISO ALONSO MUÑUMER, *La judicialización...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>100</sup> Se ha de atender a lo que señala JACQUET YESTE, «La propuesta...», *op. cit.*, pp. 25 y ss.. para quien la propuesta anticipada de convenio se configura como un mecanismo anticipador

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

A mayor abundamiento, lo anterior se demuestra con la realidad y para ello parece necesario aportar, en este momento, algunas referencias sobre los concursos y las propuestas anticipadas de convenios en los últimos años a partir de los datos que obran en el Colegio de Registradores de España<sup>101</sup>:

Partiendo del año 2010, con la primera reforma operada en la LC en virtud del RDL 3/2009, se registraron 297 convenios, de los cuales tan solo 3 corresponden a un concurso necesario. Se trata de una cifra pequeña si la comparamos con el número de empresas que acabarán liquidándose. En efecto, los convenios representan un 11,39 % del total de casos para los que conocemos con certeza la salida asignativa dada por los participantes en el concurso. Es una cifra superior a la obtenida en el 2009 (7,23 %) y supera al porcentaje de las fases de convenio abiertas en 2010<sup>102</sup>. Pues bien, de los convenios registrados en este año, al menos 45 convenios se aprobaron anticipadamente. Es decir, en el 15,31 % de los casos fueron suficientes adhesiones de los acreedores, siendo este porcentaje inferior al 22,41 %, 25,35 % y 21,8 registrados en 2006, 2007 y 2009, aunque similar al 13,8 % obtenido en 2008.

En el ejercicio 2011 cerca del 93 % de las sociedades que iniciaron la fase sucesiva lo hicieron para liquidarse. Así, en 2011 se confirma el escasísimo número de convenios correspondiente a concursos necesarios: 7 casos. Es una cifra muy baja, que sitúa al ejercicio 2011 en la línea de lo observado en 2006 (donde hubo solamente 2 casos), en 2007 (ningún caso), en 2008 (5 casos), en 2009 (ningún caso) y en 2010 (3 casos). De los convenios registrados en 2011, 41 se aprobaron

---

de la declaración de concurso por ser «un estímulo para que el deudor solicite la declaración de concurso en un momento oportuno, permitiéndole una solución más rápida y por esto menos costosa a su insolvencia y a los acreedores una mayor satisfacción de sus créditos basada en un menor deterioro del patrimonio del deudor».

<sup>101</sup> Los datos se han extraído de los distintos Anuarios Concursales publicados y disponibles en [https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registrall/estadisticas-mercantiles#portlet\\_com\\_liferay\\_journal\\_content\\_web\\_portlet\\_JournalContentPortlet\\_INS-TANCE\\_J2KQpq2YaOw4](https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registrall/estadisticas-mercantiles#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INS-TANCE_J2KQpq2YaOw4).

<sup>102</sup> No obstante, el Colegio de Registradores llama la atención sobre el hecho de que en estos datos es necesario tener presente los efectos del RD 3/2009, que al tiempo que incorpora los acuerdos de refinanciación, flexibilizó las condiciones de inicio de la fase de liquidación, en la fase común, de manera que esta flexibilidad ha permitido a los deudores avanzar solicitudes de liquidación que con anterioridad hubieran tenido que esperar hasta el 2011.

anticipadamente, esto es, sin pasar por la fase sucesiva de convenio. Es decir, en el 14,34 % de los casos fueron suficientes las adhesiones de los acreedores (expresadas por escrito antes de la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores), siendo este porcentaje inferior al 22,41 %, 25,35 %, 21,8 %, y 14,34 % registrados en 2006, 2007, 2009 y 2010, aunque algo superior al 13,85 % obtenido en 2008. En el resto de casos ha sido necesaria la apertura de la fase de convenio y la posterior celebración de la junta de acreedores.

Las fases de convenio abiertas en 2012 representaron un 5,05 % sobre el total de fases sucesivas iniciadas en ese mismo año. Fue una proporción menor a la registrada en 2011 (un 7,13 %), acercándose no obstante a la observada en 2010 (el 5,79 %). También advertimos que el porcentaje de convenios sobre el total de elecciones asignativas del concurso se situó en el 6,87 %, bastante por debajo del 9,83 % anotado en 2011, y alejándose definitivamente del nivel registrado en 2010 (11,39 %). Estas cifras no solo confirman el gran peso de la liquidación como salida al concurso, sino también su tendencia a crecer en los últimos años<sup>103</sup>.

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

Por último, en 2014 el porcentaje de fases de liquidación que provienen de una fase de convenio fracasada fue del 6,79 %, una cifra algo superior a la correspondiente a 2013 (5,30 %), pero dramáticamente inferior al 17,2 % registrado en 2012<sup>104</sup>. Estas cifras no experimentan variación a la vista de los resultados obtenidos en los años 2015 (92,5 % de liquidaciones), 2016 (93,9 % de liquidaciones), 2017 (93,5 % de liquidaciones), 2018 (94,3 % de liquidaciones) y 2019 (94,5 % de liquidaciones).

<sup>103</sup> No obstante, los datos deben ser interpretados a la luz del hecho de que 2012 fue el primer ejercicio tras la entrada en vigor (el 1 de enero de 2012) de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, norma que en muchos casos ha permitido avanzar la fecha de apertura de la fase de liquidación, aumentando, en consecuencia, el número de fases sucesivas de liquidación observadas en el ejercicio concreto 2012. De esta forma, el menor peso de las opciones de convenio podría deberse en buena medida al mayor número de liquidaciones registradas en 2012, es decir, liquidaciones que de no haberse aprobado la referida norma se hubieran iniciado en 2013.

<sup>104</sup> Descenso que definitivamente ha de atribuirse a la aplicación plena de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en 1 de enero de 2012, una norma que amplía los supuestos y avanza la apertura de las fases de liquidación reduciendo, en consecuencia, la probabilidad de que se inicie una fase de convenio cuando no tenga posibilidades de prosperar.

A la vista de lo anterior, cabría preguntarse las razones por las cuales el convenio anticipado no es el principal modo de terminación del concurso, habida cuenta de su naturaleza mixta y de las ventajas que supone<sup>105</sup>. En efecto, configurado, como solución intermedia entre convenios extraconcursoales y convenios concursales, sobre la base de la autonomía de la voluntad, al tiempo que se aminoran los riesgos propios de una opción totalmente desjudicializada, debería convertir esta solución concursal en la solución preferida, más aún en tiempos de crisis económica como los vividos. Quizá haya que buscar la respuesta de nuevo en los costes inherentes a todo procedimiento concursal, así como en las exigencias impuestas a entidades de créditos acreedoras por normas sectoriales, concretamente Circulares del Banco de España sobre provisión<sup>106</sup>.

Como última reflexión y al hilo de lo expuesto, el interés del legislador en una solicitud temprana del concurso, en aras de alcanzar una solución conservativa del mismo, propiciada además mediante diversos estímulos para que sea el deudor quien solicite el concurso choca, sin embargo, con el renovado interés por las soluciones preconcursales, en particular los acuerdos de refinanciación incorporados en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la reforma de 2009.

Así las cosas, las dificultades surgen en orden a delimitar el *espacio* de la solvencia, la preinsolvencia y la insolvencia o lo que es lo mismo, cuál es el límite temporal en el cual los incentivos que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico concursal pueden operar sin interferir en las medidas de prevención.

A todo ello hay que sumar una dificultad añadida y es que en lo que a la prevención se refiere estamos ante supuestos futuribles, respecto de los cuales no llega a existir una certeza absoluta.

---

<sup>105</sup> La voluntad de legislador es que el convenio sea la *solución normal del concurso*, para lo que incorpora una serie de incentivos a tal fin como resulta de los arts. 142 y 143 de la LC, a cuyo tenor de los cuales, la apertura de la fase de liquidación se circunscribe a aquellos casos en que el convenio no ha sido posible. En este sentido, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio...», *op. cit.*, p. 2113, al decir que: «De esta manera nuestro Derecho, en el caso más frecuente de deudores empresarios, viene a seguir una *orientación conservativa de la empresa*, por otra parte presente en mayor o menor medida en la actualidad en el conjunto del Derecho concursal comparado, ya que la realización de bienes que implica la liquidación, comporta frecuentemente la desaparición de la empresa».

<sup>106</sup> No obstante, en opinión de JACQUET YESTE, «La propuesta anticipada...», *op. cit.*, pp. 20 y 21 considera precisamente que «la finalidad de reducir los costes del concurso que se atribuye a la PAC afecta tanto a los directos como a los indirectos, pues la PAC actúa sobre los diversos factores que contribuyen al aumento de los diferentes costes del concurso».

### 4.3. El tratamiento de la preconcursalidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal

Analizado sucintamente el tratamiento de la preconcursalidad en la LC, corresponde examinar la opción de política legislativa que sobre la preconcursalidad eligió el legislador del TRLC. Para ello, se hace necesario partir del marco *preconcursal* establecido en la normativa dictada durante el estado de alarma con ocasión de la suspensión de la actividad económica y productiva a consecuencia de la covid-19. No puede ocultarse que en la situación actual, y en lo que a la normativa concursal se refiere, nos encontramos ante un régimen transitorio integrado por la LC todavía vigente —apenas un mes—, las normas dictadas durante el estado de alarma, la preparación y estudio para la inminente entrada en vigor del TRLC el día 1 de septiembre de 2020 y la inminente transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

No referimos principalmente al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que se suma a otras normas anteriores de este mismo rango y naturaleza a los que en unos casos modifica y en otros sustituye<sup>107</sup>. En lo que concierne a los concursos, establece el citado en el apartado II de la Exposición de Motivos, que en la situación contemplada y con el fin de atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias de la aplicación de las normas generales sobre disoluciones de capital y sobre declaración de concursos, se «amplía la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020 —antes la suspensión abarcaba el estado de alarma y los dos meses siguiente a la finalización del mismo—<sup>108</sup> y se prevé que a los efectos de la causa legal de disolu-

<sup>107</sup> Deroga el art. 43 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19, y modifica el art. 23.2.c) y 3.1.º.c) del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril; los arts. 4.1, 8.1, 9 y la DA 20.1.c) del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo; el art. 159.4.d) y f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; la DF 10 y amplía con los efectos señalados lo indicado del art. 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio los arts. 4.2.f), 6.2.d), 8 y la DA 5 de la Ley 18/2011, de 5 de julio.

<sup>108</sup> El art. 43 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 dispone que «1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá este a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior».

ción por pérdidas no se computen las del presente ejercicio». Esta es la finalidad que orienta todo el 16/2020 en relación con los concursos: evitar que una vez superada la crisis de covid-19, se plateen declaraciones de concurso o aperturas de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían haber sido viables de no haber mediado la crisis sanitaria. A todo ello se suma, lo que venimos exponiendo a lo largo del presente estudio, una destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo.

Por esta razón, se contempla también la posibilidad de dar continuidad económica a las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado, es decir, se refiere a quienes tenían dificultades económicas y estaban en proceso de solventarlas en el seno de un proceso concursal o de institutos preconcursales.

En todo caso, podemos destacar las siguientes novedades establecidas en el Real Decreto Ley 16/2020 con repercusión en el diseño del Derecho preconcursal:

En primer lugar, se plantea lo que se ha dado en llamar una «re-refinanciación». Se alude con ello a aquella situación del deudor que contando con un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, se haya visto sorprendido negativamente por la crisis de covid-19, resultando previsible que el plan de viabilidad diseñado en un escenario económico distinto se vea frustrado en la actualidad. En estos casos se plantea la necesidad de proceder a una nueva refinanciación, de ahí la «re-refinanciación», que o bien modifique el acuerdo original o bien lo sustituya si se dan las condiciones para ello. El problema que surge en este caso deriva de lo establecido en la DA 4.<sup>a</sup> LC y en el art. 617 TRLC, a cuyo tenor, si la homologación fue solicitada en un plazo inferior a un año, no podría solicitar un nuevo acuerdo, sustitutivo o modificativo de aquel, hasta que no haya transcurrido el mencionado plazo. A tal fin, el art. 10 apartado primero del Real Decreto Ley 16/2020 en lo referido a situaciones en las que no se han producido incumplimientos del acuerdo de refinanciación dispone que:

«Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la

---

«2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del art. 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación».

Si bien el fin que se pretende, a la vista de la Exposición de Motivos, es fácil de entender, no sucede lo mismo de la lectura del art. 10.1 de 16/2020. Se trata, en definitiva, de que el deudor que ha logrado una homologación judicial, en virtud de la DA 4.<sup>a</sup> LC, pueda presentar una nueva solicitud sin necesidad de que transcurra un año desde la presentación anterior. Todo ello motivado por las consecuencias negativas de la covid-19 sobre su plan de viabilidad y el éxito del mismo.

A la vista de la redacción contenida en el art. 10.1 de 16/2020 varias apreciaciones han de ponerse de manifiesto:

1. En relación con la determinación de la competencia, si bien el art. 10.1 se refiere al *juzgado competente para la declaración de concurso*, sería preferible que la referencia a este órgano lo fuera al *juzgado que adoptó la homologación del acuerdo de refinanciación original*<sup>109</sup>. Ya que ello le sitúa en una posición idónea y adecuada para conocer de su modificación o sustitución. En este sentido también se pronuncia el legislador del TRLC al entender que será competente el juzgado que homologó para conocer de todas las vicisitudes de esa empresa posteriores a la homologación.

2. Cuando el art. 10.1 alude a que en el marco temporal de un año el deudor podrá *poner en conocimiento del juzgado* que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con los acreedores al tiempo que hace mención expresa de la *solicitud de homologación*, lo que está haciendo es fusionar dos instituciones preconcursales que en rigor son autónomas y desde luego no excluyentes entre sí con el límite temporal al que hemos hecho referencia. En efecto, la norma debería ser interpretada en el sentido de que si el deudor solicitó la homologación de un acuerdo de refinanciación, podrá presentar una nueva solicitud aunque no haya transcurrido un año y todo ello sin perjuicio de poder comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con sus acreedores<sup>110</sup>. En definitiva, con la mención de *comunicar o poner en conocimiento* del juzgado competente no se está aludiendo a la comunicación del art. 5 bis LC o del art. 583 TRLC, sin perjuicio de la aplicación del art. 11 del 16/2020<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> En este sentido, *vid.* CERVERA MARTÍNEZ, *Los acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2020.

<sup>110</sup> *Vid.* GARCIMARTIN, «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concurzal: el Real Decreto Ley 16/2020», *Almacén de Derecho*. [Consultado 27 de mayo 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-reconcursal-el-real-decreto-ley-162020>.

<sup>111</sup> Las negociaciones de los acuerdos de refinanciación no siempre van acompañadas de una comunicación contemplada en el art. 5 bis LC ya que esta supone una primera alerta de dificultades económicas.

3. Las modificaciones del acuerdo de refinanciación referidas en el art.10.1, y no contempladas en la LC, deben ser entendidas en un sentido amplio incluyendo todos los cambios que afecten a las obligaciones derivadas de la refinanciación original aunque se hayan producido alteraciones en cuanto a los elementos subjetivos integrantes del acuerdo inicial.

Por otra parte, en lo tocante al apartado segundo del art. 10 del Real Decreto Ley 16/2020, se dispone que:

«Durante los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde la finalización de dicho plazo de seis meses».

Lo destacable de este apartado segundo es la existencia de solicitudes de incumplimientos presentadas por los acreedores. Se brinda una nueva moratoria o plazo de gracia al deudor cuyo fin último consiste en ofrecer un entorno adecuado que facilite el cumplimiento de los acuerdos de refinanciación tanto si son originales como si son modificativos o sustitutivos de aquellos. En este sentido opera el plazo de seis meses desde el fin del estado de alarma, añadiendo un mes adicional para que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso, que se han iniciado o se pretenden iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo homologado en vigor o para alcanzar otro, con independencia de que no haya transcurrido un año desde la anterior solicitud —y concesión— de homologación.

Si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro sustitutivo de aquel, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

En segundo lugar, en lo que hace al deber de solicitar el concurso, el art. 5.1 LC, como también el art. 5.1 del TRLC, establecen el deber del deudor de solicitar el concurso en los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debería haber conocido dicho estado. Como se ha mencionado anteriormente, este plazo ha sido ampliado desde el 8/2020, hasta el 31 de diciembre de 2020. Dispone el art. 11.2 del 16/2020 que:

«Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentando solicitud de concurso voluntario, se ad-

mitirá esta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario».

Como es sabido, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso es una presunción *iuris tantum* de culpabilidad tal y como se desprende de los arts. 165 LC y 444 1.º del TRLC. Ahora bien, nótese que el art. 11.2 del 16/2020 no se refiere a los concursos voluntarios, donde además se establece una preferencia del concurso voluntario frente al concurso necesario de manera que si existe una solicitud de concurso necesario antes del 31 de diciembre de 2020 —podríamos decir incluso que en el intervalo de la fecha del estado de alarma y la entrada en vigor del RDL 8/2020 ya que con posterioridad a este RDL no era posible— y una solicitud de concurso voluntario posterior a esta, se dará preferencia a esta.

En todo caso es necesario tener en cuenta que el RDL 16/2020 no consigue evitar que haya concursos voluntarios en España hasta el 31 de diciembre de 2020 ya que puede haber empresas en crisis por motivos ajenos a la covid-19 y otras a causa de la covid-19 que seguramente a fecha de 31 de diciembre de 2020 tengan mayores dificultades económicas de las que tienen en la actualidad resultando desaconsejable incluso el recurso a la refinanciación<sup>112</sup>.

Por último, en relación con el apartado tercero del art. 11 del RDL 16/2020, cuya redacción resulta confusa y puede dar lugar a diversas interpretaciones, dispone que:

«Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley».

Debe entenderse que el deber de solicitar el concurso queda suspenso a la vista del art. 11.1 del mismo RDL 16/2020, si bien la inaplicación de este no impide que el deudor pueda comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores a los efectos de alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en cuyo caso cuando establece que *se estará al régimen establecido por la ley*

<sup>112</sup> Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «El precurso tras la COVID-19», Diario *La Ley*, núm. 9677, Sección Tribuna, 20 de julio de 2020, para quien «esta refinanciación podría provocar un mayor endeudamiento derivado de sus pérdidas de explotación en los meses que aún restan de este año 2020, que solo pueden hacer que su insolvencia se agrave y que ese agravamiento acarree la desaparición de la empresa, cosa que en algunos supuestos podría haberse evitado de haber acudido antes, a lo largo del año 2020, al amparo de la legislación concursal».

deberá interpretarse en el sentido de aplicación del régimen general previsto en la LC<sup>113</sup>.

A modo de conclusión, para finalizar este apartado es necesario mencionar que en la conformación de la *preconcuralidad* del TRLC destaca la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia en los procedimientos de reestructuración. El TRLC constituye, en palabras del legislador, la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática la inexcusable transposición de la mencionada Directiva. Es consabido que su finalidad consiste en:

«Lograr que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración».

En este sentido, la Directiva en consonancia con los principios que recoge la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre prevención de la insolvencia dentro del Mercado Único, establece la necesidad de que los Estados miembros cuenten con un procedimiento rápido, flexible y ágil de reestructuración temprana que garantice que empresas viables pero con dificultades financieras, puedan mediante el acceso a una reestructuración temprana, evitar la situación de insolvencia y optimizar para los acreedores su valor. En relación con las empresas que no son viables, ni tienen posibilidades de serlo, se trata de evitar que dilaten su proceso de liquidación, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores. El legislador europeo, por tanto, plantea la reestructuración preventiva como una alternativa a la liquidación concursal.

Al hilo de lo anterior, referido al apartado I de la Exposición de Motivos del TRLC, se parte de la necesidad de regular, por primera vez, de manera sistemática, un derecho preconcursal autónomo, un *derecho de la crisis alternativo* considerado, *en ocasiones*, previo al derecho tradicional de la insolvencia. En efecto, es necesario advertir, como venimos haciendo en este trabajo, que el Derecho preconcursal no debe ser entendido necesariamente como un derecho previo al concurso sino como un conjunto de instituciones orientadas precisa-

<sup>113</sup> Vid. GARCIMARTIN, *op. ult. cit.*

mente a la evitación del mismo. En este sentido, el TRLC establece diversos mecanismos que permitan una reestructuración temprana, ya sea por medio de los acuerdos de refinanciación o por medio de los acuerdos extrajudiciales de pagos recogidos ambos en el Libro II de la Ley, arts. 583 a 720. A ellos nos referiremos en el capítulo III de este trabajo.

#### **4.4. Soluciones reorganizativas para la prevención de la insolvencia. Composiciones o arreglos estrictamente privados**

Llegados a este punto y antes de cerrar el apartado general, es necesario poner de manifiesto que la prevención no se alcanza tan solo mediante la información de hechos reveladores de un estado de preinsolvencia. En efecto, una vez conocida esta situación se hace necesaria una intervención dirigida a la recuperación o *sanación empresarial* para lo que será necesario el empleo por una parte de instrumentos dirigidos a la reorganización extraconcursal voluntaria y, por otra parte, de mecanismos de reorganización extraconcursal necesaria.

Corresponde ahora descender al estudio de los distintos institutos de carácter conservativo-reorganizativo dirigidos a la prevención o remoción de la insolvencia para, posteriormente, centrar nuestro estudio en los acuerdos de refinanciación a la luz de las diversas reformas de la LC hasta llegar al TRLC.

Entendido el concurso como un todo, desde su declaración hasta su conclusión, el periodo anterior o preconcursal, como se ha dicho quedaba excluido en la redacción originaria de la LC, resultando tan solo relevante a los efectos de las consecuencias que estos actos puedan suponer en el procedimiento concursal. En palabras de Olivencia Ruiz<sup>114</sup>, «en el procedimiento concursal se sitúa, pues, el centro de gravedad del sistema de 2003». En efecto, el régimen de los acuerdos dirigidos a evitar la declaración de concurso y, por tanto, de estructuración preventiva, era —y es hasta el 1 de septiembre— un régimen disperso, confuso y asistemático. Se encuentra recogido, en cuanto a los acuerdos de refinanciación (de reestructuración) en los arts. 5 bis y 71 bis y en la DA 4.<sup>a</sup> LC y en los arts. 231 a 242 LC, respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago.

Así las cosas, la ausencia de institutos preconcursales tanto en la LC de 2003, como en el Derecho previgente se fue supliendo mediante arreglos de composición de naturaleza estrictamente privada. Es más, las soluciones estrictamente privadas de las dificultades financieras por

<sup>114</sup> Vid. OLIVENCIA RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 12.

acuerdo libre entre deudor y acreedores constituyen, en principio, la opción preferida por los operadores, en particular por la gran empresa, debido fundamentalmente al probado ahorro temporal y de costes tanto económicos como reputacionales que suponen. Cabría preguntarse si en la actualidad con el TRLC a punto de entrar en vigor —el 1 de septiembre de 2020— y en lo que al Derecho concursal español se refiere, estos arreglos de composición de carácter privado van a ser la elección escogida a la vista del novedoso régimen, de Derecho preconcursal contenido en el Libro II de la ley.

Llegados a este punto, nos parece oportuno señalar de manera descriptiva la naturaleza de estas composiciones o acuerdos que sujetos a la voluntad y negociación de las partes, al otorgar más flexibilidad y posibilidades de actuación *ad hoc* aunque al margen del control judicial. En el Derecho español, esta clase de convenios amistosos extrajudiciales encuentran su fundamento legal en la autonomía de la voluntad de las partes del art. 1.255 CC. No se someterían, por tanto, en cuanto al contenido y límites, a la legislación concursal o preconcursal, sino a los propios de la ley, moral y orden público en relación los supuestos de causa ilícita del art. 1.255 CC.

Como quiera que su principal ventaja radica en el ahorro de los costes que suponen, resulta de interés analizar el significado de estos costes para valorar la preferencia por estas medidas y las reformas que las distintas legislaciones concursales se han visto obligadas a incorporar.

En primer lugar y en lo que concierne al ahorro temporal, es la voluntad del legislador, simplificar y sobre todo reducir la duración de los procedimientos concursales, precisamente con el fin de disminuir costes. Así, en España la LC apunta a este motivo expresamente en el apartado X de la Exposición de Motivos, al decir que «la flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad y que la finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados».

De esta manera, el legislador pretende hacer frente a una de las críticas que tradicionalmente se ha dirigido contra el Derecho concursal, esto es, la larga duración de sus procedimientos y el elevado coste de los mismos. En la actualidad, por tanto, si bien la temporalidad del concurso se ha visto formalmente reducida en comparación con la existente en el procedimiento de quiebra y en el expediente de suspensión de pagos, lo cierto es que sigue siendo un procedimiento costoso y lento que por su excesivo garantismo, presenta un inaceptable tiempo medio

de duración superior al año<sup>115</sup>. A su vez, esta situación se ha visto afectada por la adversa situación económica que ha provocado un notable aumento de concursos, cuyo efecto inmediato ha sido la sobrecarga de los Juzgados lo que a su vez se ha traducido en una dilación en la resolución de los procedimientos concursales<sup>116</sup>.

En segundo lugar, y en lo que concierne a los costes económicos asociados a la declaración de un procedimiento concursal, es frecuente distinguir entre costes económicos directos e indirectos<sup>117</sup>. En relación con los primeros, nos encontramos con los costes inherentes a todo procedimiento judicial tales como los gastos y costas judiciales, esto es, desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del mismo procedimiento<sup>118</sup>. Estos gastos aparecen enumerados en el art. 84.2.2.º de la LC (costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración del concurso, adopción de medidas cautelares, gastos de publicidad, la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes hasta la conclusión del concurso). Todos estos desembolsos tendrán la consideración de créditos contra la masa lo que supone que serán satisfechos con prioridad a los créditos concursales.

En cuanto a los costes indirectos, más difíciles de cuantificar y de valorar, destacamos los de oportunidad derivados del proceso mismo, tales como la disminución de las ventas, la pérdida de clientes o la devaluación de la marca entre otros<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Las estadísticas hablan de una duración de entre seis meses a cuatro años. En este sentido y en relación con el Proyecto de Ley Concursal de 2002, *vid.* BELTRÁN, «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 324, al decir que «tal y como aparece configurado en el Proyecto de Ley Concursal de 2002, el concurso de acreedores será un procedimiento largo y complejo que superará, con mucho, el año de duración. Esa duración mínima trasluce claramente del texto, ya que se prevé que los acreedores con garantía real no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el oportuno convenio o, en su defecto, transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación (art. 55.1), y una restricción temporal similar se impone a los acreedores de la masa (art. 153.2)».

<sup>116</sup> Todas estas circunstancias se relacionan con la voluntad del legislador de procurar una nueva reducción del problema del coste temporal en relación con el convenio anticipado y el procedimiento abreviado mediante las modificaciones operadas en la LC por el RDL 3/2009 y la Ley 38/2011.

<sup>117</sup> Esta distinción entre costes directos e indirectos encuentra su origen especialmente en el Derecho anglosajón. *Vid., in extenso*, LOPUCKI y DOHERTY, «The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy reorganization Case», *Empirical Legal Stud.*, vol. I, 2004; WEIS, «Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims», en BHANDARI y WEIS, *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, New York, Cambridge University Press, 1996.

<sup>118</sup> Un análisis detallado de todos los gastos y costas judiciales puede verse en GONZÁLEZ NAVARRO, «Las costas en la Ley Concursal», *RDCP*, núm. 5, 2006, pp. 115-136.

<sup>119</sup> Se ha comprobado que la gestión de los costes directos e indirectos asociados a los procedimientos concursales viene a condicionar en parte tanto el resultado, opción entre li-

En general y en lo que hace a estos costes económicos es necesario poner de manifiesto que estas cantidades se van a aplicar, en el caso de que el deudor sea una sociedad mercantil, directamente al circulante inmediato de la contabilidad de las sociedades, lo que obliga a contar provisiones adicionales en situaciones ya de por sí complejas de tesorería. Estas tensiones se agravan más, si cabe, por las dificultades extremas de obtener financiación una vez abierto un procedimiento concursal en el marco legal vigente. En este sentido, con frecuencia la apertura del procedimiento concursal tiene como consecuencia inmediata una restricción del crédito bancario así como la evaporación de la financiación espontánea concedida por los proveedores de las sociedades sin que nuestra actual LC prevea mecanismos específicos para obtener fuentes de financiación estables en sede concursal<sup>120</sup>.

Precisamente por todo ello, el procedimiento concursal, lejos de ser un instrumento de reestructuración es percibido por los operadores económicos como un cauce para liquidar la actividad empresarial con la traumática consecuencia de reasignar los recursos de la empresa.

Por último, los costes reputacionales vinculados a la percepción que los diferentes agentes económicos (clientes, proveedores, trabajadores, entidades financieras, administraciones públicas) tienen del concurso hacen que la alternativa de la refinanciación sea aconsejable con el fin mantener un deterioro de imagen mucho menor<sup>121</sup>. Como consecuencia del estigma de la declaración de un procedimiento concursal, el valor inherente a la empresa en funcionamiento se va perdiendo de manera irremediable. Es preciso advertir que la mayor rapidez en la celebración y conclusión de un acuerdo privado determina igualmente que los

---

quidación o solución pactada, como la eficacia del procedimiento concursal mismo. *Vid.* en la doctrina norteamericana la base de datos elaborada en 2004 por LOPUCKI y DOHERTY, <http://lopucki.law.ucla.edu/> en la que analizaron la repercusión de la aplicación de *bankruptcy* sobre 48 grandes empresas norteamericanas a lo largo de cuatro años. Llegaron a la conclusión de que los factores que condicionaban principalmente la conclusión del procedimiento por una solución conservativa o liquidativa pasaba por la dimensión de la empresa, la duración del proceso y el órgano judicial ante el que se tramita el procedimiento. *Ibid.*, «The determinants...», *op. cit.* En relación con este último aspecto, el fenómeno del *forum shopping* empresarial. En un intento de cuantificar estos costes, *vid.* ALTMAN, «A Further Empirical investigation of the Bankruptcy Cost Question», *Journal of finance*, septiembre de 1984, pp. 1067-1089, señala que los estudios empíricos desarrollados para el caso norteamericano, ponen de relieve que los costes directos de los arreglos voluntarios son de un 0,65% del valor contable de los activos, porcentaje menor a los costes obtenidos en un procedimiento concursal que oscilan entre 3,1% y 7,5%.

<sup>120</sup> Como sí ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos con el *debtor in possession financing* postconcursal especialmente tras la reforma operada en octubre de 2011 y que entró en vigor en el convencimiento de que estas refinanciaciones pueden llevar, incluso en escenarios de crisis, a la consecución de buenos objetivos de rentabilidad y seguridad jurídica para el inversor *distress*.

<sup>121</sup> Ejemplos literarios de los efectos sobre la reputación de los comerciantes declarados en quiebra pueden encontrarse en DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales...», *op. cit.*, pp. 29 y ss.

costes indirectos sean menores en un procedimiento de esta naturaleza que en un proceso concursal, ya que la mayor rapidez de estos reduce la publicidad adversa que produce efectos negativos sobre los trabajadores, clientes y proveedores.

No obstante las ventajas que estos acuerdos amistosos ajenos al control judicial puedan suponer en relación con los intereses arriba mencionados, los riesgos inherentes a los mismos no dejan de suscitar dudas acerca de la generalidad en su aplicación. En efecto, son varios los peligros consustanciales a estas medidas privadas en la mayor parte de los casos derivados de la ausencia de control judicial.

En primer término, destacaríamos el riesgo de desmembración del patrimonio del deudor como consecuencia del hecho de tratarse de acuerdos operados al margen del procedimiento concursal, de manera que no existe, como sí sucede en sede concursal, una paralización de acciones ejecutivas individuales. Podría darse la circunstancia de que el inicio de una negociación privada pudiera simultanearse con la sustanciación de acciones judiciales individuales contra bienes del patrimonio del deudor común, lo que dificultaría no solo la culminación con éxito de la negociación sino que, también, podría poner en peligro los intereses del resto de los acreedores no participantes en la negociación ante un eventual retraso en la solicitud de concurso. En estos casos, y cuando el conjunto de la deuda de la empresa es repartida entre un grupo de acreedores difusos se dice que el ahorro potencial en costes y, en consecuencia la probabilidad de la renegociación privada vendrá condicionada, en todo caso, por la mayor o menor eficiencia de los procedimientos concursales, lo que provoca que la decisión última de optar por esta vía dependa también de circunstancias ajenas al deudor y a los acreedores<sup>122</sup>.

A esta dificultad habría que añadir, en segundo lugar, el problema que surge en relación con determinados acreedores que podrían resistirse a participar en este tipo de acuerdo cuando las negociaciones se producen con ausencia de control judicial. Se trata del conocido como *holdout problem*<sup>123</sup> desarrollado por los analistas económicos del Derecho, que englobaría no solo la imposibilidad de negociar con éxito la salida de la crisis, habida cuenta de los insostenibles costes

---

<sup>122</sup> Vid. GONZÁLEZ MÉNDEZ y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, «Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de insolvencia y transferencias de riqueza», *Investigaciones económicas*, núm. 24, 2000, p. 2, quienes apuntan que «los problemas para acordar el reparto del ahorro de costes pueden venir originados por a) problemas de *free-rider* o de *holdout* cuando la deuda de una empresa es poseída por un número grande de acreedores difusos, b) asimetrías informativas que pueden surgir entre acreedores externos peor informados y directivos o *insiders* de la empresa mejor informados, y c) conflictos entre diferentes grupos de acreedores».

<sup>123</sup> En relación con el *holdout problem* o problema del veto o extorsión de la minoría, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 42 y 43.

que ello acarrea, sino también el problema relativo a las estrategias que de manera coordinada podrían realizar determinados acreedores para obstaculizar la negociación y buscar otras soluciones seguramente en sede concursal<sup>124</sup>.

Por último, la celebración de estos acuerdos de composición extrajudicial presenta un inconveniente relacionado con la aparición de conductas estratégicas fruto de los conflictos de intereses entre el deudor y los acreedores en orden a decidir la solución a la insolvencia del deudor. En la fase preconcursal, como es sabido, la *par condicio creditorum* no resulta de aplicación, de manera que ante la eventual declaración de concurso, no solo los acreedores, sino también los administradores y el deudor, pueden realizar conductas que persiguiendo la maximización de sus propios intereses provoquen, sin embargo, un perjuicio para los intereses de los demás incluida la situación económica de la empresa. El escenario descrito que ha sido explicado desde la perspectiva del análisis económico del Derecho obedece a *estímulos perversos y oportunistas* especialmente sobre administradores y acreedores que adquieren mayor relevancia a medida que empeora la situación económica de la empresa. Esta desigualdad relativa a la información y a las conductas que se desprenden de ella, se conoce en terminología económica como *asimetría de información*, *antiselección* o *selección adversa*<sup>125</sup>, y guarda una estrecha relación con el Derecho preconcursal. En este contexto varias observaciones deben apuntarse:

En primer lugar, la asimetría informativa surge en relación con empresas en situación de dificultad económica o precrisis, ya que en condiciones de solvencia, los intereses de socios, administradores y acreedores resultan en mayor o menor grado coincidentes<sup>126</sup>.

En segundo lugar, cuando la asimetría informativa se produce entre los distintos acreedores, nos encontramos con que aquellos que gozan

<sup>124</sup> Es necesario advertir que en ocasiones los mismos ordenamientos jurídicos pueden favorecer esta clase de conductas si se tiene en cuenta los incentivos que establecen en orden a la solicitud de declaración de un procedimiento concursal necesarios.

<sup>125</sup> Vid. MENÉNDEZ REQUEJO, «Estructura de capital...», *op. cit.*, p. 486, en opinión de la autora: «Con esta expresión se trata de describir aquellas situaciones de “oportunistismo precontractual” en que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala “calidad” de lo ofrecido por la otra parte, por lo que acaba suponiendo que lo más probable es la posibilidad peor, ya que por lo general es la más interesante para el otro agente. En esta situación se induce un efecto de selección adversa, dado que únicamente se acabarán ofreciendo las peores “calidades” ya que no se distinguen de las “buenas”».

<sup>126</sup> Partiendo de un concepto tradicional de sociedad y sobre la base de los arts. 1.665 CC y 116 del CCo, los socios de una sociedad se obligan a hacer aportaciones que han de constituir el fondo común, para la realización de una actividad también común. Ahora bien, que el fin lucrativo sea, en este contrato de sociedad, un elemento esencial o normal es una discusión doctrinal, que no altera la necesidad de la concurrencia de intereses entre los socios y los administradores sociales.

de información privilegiada, en particular, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o las entidades financieras, buscarán proteger sus créditos más aún, ante una eventual declaración de concurso que suponga una inmediata paralización de las ejecuciones individuales, lo que puede significar un agravamiento de la situación económica del deudor<sup>127</sup>.

Por último, cuando esta asimetría surge entre administradores o directivos y socios cabe la posibilidad de que en este escenario se asuman riesgos innecesarios, se produzca una desinversión, por ejemplo, mediante reparto de dividendos o se mejore la posición de unos acreedores en detrimento de otros<sup>128</sup>. Esta última asimetría informativa enlaza directamente con el conocido problema del *riesgo moral* relacionado con los estímulos que tienen estos directivos de las empresas para tomar decisiones o realizar actuaciones en beneficio propio, dadas las dificultades que encuentran los accionistas y, especialmente, los acreedores en controlarlas<sup>129</sup>. Llamamos la atención sobre el hecho de que este riesgo moral, surge una vez que la asimetría informativa ya se ha producido, de manera que afecta a futuras actuaciones de al menos una de las partes. Los problemas surgen, por tanto, en relación con los incentivos que pueden tener los administradores en el futuro para tomar decisiones o realizar actuaciones en beneficio propio, habida cuenta de la dificultad de que socios o acreedores las puedan controlar.

En conclusión, todos estos riesgos mencionados difícilmente facilitan la finalidad principal de la legislación concursal, esto es, la satisfacción de los acreedores, como tampoco la conservación de empresas viables económicamente, dándose además la circunstancia de que estos costes puedan incluso consumir una buena parte de la masa activa del concurso, ya que su calificación como créditos contra la masa les otorgaría preferencia en el cobro frente a los demás.

---

<sup>127</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. ult. cit.*, pp. 46 y 47, expone las distintas actuaciones que como consecuencia de los *estímulos perversos* antes descritos pueden realizar determinados acreedores, así «tan pronto como la crisis pueda ser previsible, los acreedores mejor situados repercutirán el mayor nivel de riesgo en las condiciones de sus préstamos; perseguirán la obtención de garantías de no tenerlas o la mejora de las que ya tuviesen; pedirán el reembolso anticipado de su deuda; acudirán a la ejecución judicial de sus créditos, etc. Otros no estarán en condiciones de hacerlo».

<sup>128</sup> Vid. MENÉNDEZ REQUEJO, *op. ult. cit.*, p. 487, para quien en relación la asimetría informativa entre directivos y socios se produce la paradoja de que «puede conducir a que la empresa esté infravalorada en el mercado en aquellos casos en que las verdaderas expectativas de la empresa sean positivas, pero no sean reconocidas por los accionistas. En estas situaciones los directivos de la empresa con expectativas positivas tienen incentivos para diferenciarse comunicando la información positiva que no están considerando los accionistas, a través de alguna señal creíble, como es la decisión de aumentar el nivel de endeudamiento de la empresa».

<sup>129</sup> Acerca del riesgo moral o *moral hazard*, planteado entre administradores (o directivos) y accionistas y entre administradores y acreedores, vid. MENÉNDEZ REQUEJO, *op. ult. cit.*, pp. 489 y ss.

Todas estas situaciones descritas en sede preconcursal podrán ser controladas con ocasión del establecimiento de un Derecho preconcursal sistemático y autónomo como ha sucedido con el TRLC. Así, junto con el establecimiento de una serie de garantías cuyo fundamento sería operar como fuentes de información reductoras de esta asimetría, entendiéndose por tales aquellos mecanismos insertos no solo en el ámbito del Derecho concursal, sino también, y de manera especial, en el Derecho societario y registral<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> Con independencia de la opción de política legislativa y económica adoptada solo se podrá reducir el alcance y los efectos perniciosos de las crisis económicas con una información simétrica y puntual de la situación financiera de la empresa, *vid.* RUBIO VICENTE, «Prevención de la insolvencia...», *op. cit.*, pp. 190 y 191, también GUYON, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 40.

## CAPÍTULO III

# LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO: AUSENCIA Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La aprobación de la LC en un contexto de bonanza económica no hizo sentir la necesidad de una regulación sobre el tratamiento de las dificultades económicas de la empresa, al margen de las previsiones contenidas en el Derecho societario y fuera del procedimiento concursal. Los acuerdos extrajudiciales de composición de crisis entre el deudor y sus acreedores, ya fueran con anterioridad a la promulgación de la LC, como después bajo su redacción originaria, eran factibles sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1.255 del CC y siempre que se respetase la ley, la moral y el orden público<sup>1</sup>.

No obstante lo anterior, desde la entrada en vigor de la LC y mientras no hubo una regulación preconcursal, los tribunales procuraron ofrecer una interpretación menos rigurosa de alguna de sus normas, en particular, del ejercicio de acciones rescisorias del art. 71 LC que no incitaba la celebración de acuerdos entre deudor y acreedores. En este

---

<sup>1</sup> Acerca del carácter transaccional de estos convenios, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, «De las fases de convenio...», *op. cit.*, para quien «ya que se trata, igual que se señala en el art. 1.809 del Código Civil al caracterizar a esta figura, de evitar un pleito —en este caso el concurso— mediante los compromisos asumidos por las partes. Con arreglo a estas reglas, y en virtud de lo dispuesto en el art. 1.257 del Código Civil solo podrá mantenerse la eficacia de estos convenios en relación con las partes que los hayan celebrado; esto es, en relación con el deudor y los acreedores que participen en el acuerdo dando expresamente su consentimiento».

sentido, baste observar algunas destacadas resoluciones judiciales que acertadamente matizaron la rescisión en las refinanciaciones preconcursales, como la Sentencia de la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de febrero de 2009, donde basándose en la doctrina del *sacrificio patrimonial justificado* se abría una línea jurisprudencial que admitía la posibilidad de eludir la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial establecida en el art. 71.3.2.º LC respecto a nuevas garantías constituidas en acuerdos de refinanciación para así garantizar obligaciones preexistentes carentes de garantía alguna<sup>2</sup>.

En esta situación estalla en el año 2008, la que se ha dado en llamar *la primera gran crisis del siglo XXI*, a falta de conocer el alcance de la crisis sanitaria y económica que estamos viviendo actualmente. A los efectos de nuestro estudio resulta oportuno fijar la atención sobre dos consecuencias relevantes de esta crisis económica: en primer lugar, la práctica totalidad del tejido empresarial se vio afectada y como consecuencia de este desastre económico la Administración de Justicia se reveló incapaz de absorber la avalancha de procedimientos concursales con los medios personales y materiales con los que contaban los nuevos Juzgados de lo mercantil<sup>3</sup>. En segundo término,

---

<sup>2</sup> Siguieron esta línea jurisprudencial, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de octubre de 2011; de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, o de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de julio de 2010. Últimamente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 29 de julio de 2014 (Grupo Petromiralles), a vueltas con el sacrificio desproporcionado decía que «hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo. Si partimos de la base de que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores —adheridos o disidentes—, parece razonable entender que la valoración de la proporción o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior».

No obstante, también en este periodo de seis años se dictaron otras sentencias de carácter ejemplarizante en la aplicación de las acciones rescisorias del art. 71 LC, así la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007, que en su fundamento jurídico tercero expone que la constitución de una garantía prendaria e hipotecaria perseguía asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviviera al deudor la percepción de la cantidad prestada, de manera que «si bien esta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho».

<sup>3</sup> Esta situación ha tratado de ser aliviada recientemente mediante la modificación del art. 85 LOPJ por la LO 7/21 de julio, por la que añade un apartado 6 al art. 85 LOPJ, de manera

y en relación con lo anterior, la crisis económica provocó un notable incremento de acuerdos extrajudiciales que permitían soluciones preconcursales, rápidas y sin los costes de los procedimientos concursales, pero donde los riesgos eran asumidos por los financiadores quienes, ante una eventual declaración de concurso y con el peligro de la acción rescisoria ex art. 71.1 LC y la clasificación subordinada de algunos de sus créditos, resultaban directamente perjudicados. En este escenario los acreedores que participaban en esta clase de acuerdos extrajudiciales con frecuencia eran, y son, acreedores financieros<sup>4</sup>, de manera que ante el riesgo de una posible rescisión respecto de actos de refinanciación realizados en épocas de precrisis del deudor optaron por cortar la refinanciación, así como nuevas líneas de crédito, lo que finalmente se tradujo en un agravamiento de la crisis económica general<sup>5</sup>. Así pues, muchos procesos de refinanciación se frustraron incrementándose paralelamente el número de procedimientos concursales y, en consecuencia, saturando los Juzgados de lo Mercantil<sup>6</sup>. Sea como fuere, no faltaron advertencias acerca del carácter cíclico del periodo de bonanza económica, así como que la solución conservativa, solución preferente en la LC, posiblemente no se pudiera compadecer con la realidad<sup>7</sup>.

---

que ahora los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia conocerán en el orden civil *de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora*, si bien estos concursos son una mínima parte de los que se declaran.

<sup>4</sup> En relación con el término *acreedor financiero*, el legislador comenzó refiriéndose a *entidades financieras* para pasar a partir de la reforma operada por la Ley 17/2014 a emplear el término *pasivo financiero*, un concepto más amplio que englobaría también a las entidades financieras.

<sup>5</sup> Existía un cierto recelo por parte de algunas entidades de crédito de realizar operaciones de refinanciación, ya que normalmente estos acuerdos de refinanciación contienen a favor del financiador *nuevas garantías*, que con frecuencia cubren obligaciones crediticias anteriores e incluso nuevas. En este contexto, algunos de estos acuerdos consistían en operaciones complejas, con amortizaciones anticipadas de créditos, muchas de ellas a través de daciones en pago. Además el peligro de una posterior declaración del financiador como cómplice del concursado en la fase de liquidación, con las consecuencias que se presentaban a los efectos de la calificación del concurso, no facilitaba la celebración de acuerdos de refinanciación.

<sup>6</sup> En este sentido, destacamos las estadísticas concursales realizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantil. En la correspondiente a 2009, disponible en Internet en <https://www.registradores.org>, se señala que sobre un total de 90 refinanciaciones los pasivos afectados ascienden aproximadamente a 15 mil millones de euros, de manera que, pese a su escaso número, son grandes empresas las que se han acogido a esta solución en el primer año de su funcionamiento.

<sup>7</sup> *Vid.*, sobre el particular, VELASCO SAN PEDRO, «La apertura de liquidación a solicitud de legitimado», en ROJO, QUIJANO y CAMPUZANO (dirs.), *La liquidación de la Masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, Navarra, 2014, p. 70, quien en este sentido señala que incluso en situación de bonanza económica «se vaticinaba, a la luz de la experiencia comparada de Derechos que habían servido de inspiración al nuevo modelo español, como el alemán, que probablemente la inmensa mayoría de los futuros concursos acabarían en liquidación».

Como consecuencia de todo ello, la dificultad en la celebración de estos acuerdos extrajudiciales y, en general, los efectos de la crisis económica provocaron un repunte que se mantiene hasta nuestros días, en el uso por parte de los acreedores, singularmente proveedores, de medios de pago tales como el *confirming* y *factoring* con el fin de evitar las consecuencias de la insolvencia de sus deudores. En efecto, el uso de estos instrumentos, en particular, en la modalidad *sin recurso*, permite un funcionamiento fluido de las relaciones comerciales sin el riesgo de que la insolvencia del empresario pueda arrastrar a los demás.

## 2. LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: EL REAL DECRETO LEY 3/2009

Lo que se acaba de indicar llevó al legislador a reformar por primera vez la LC a los pocos años de su entrada en vigor. Esta reforma se produjo en virtud del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica<sup>8</sup>. No se trataba de una gran reforma o reforma global, tal y como se recoge en su Preámbulo:

«La evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacen necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial así como para seguir impulsando la superación de la crisis mediante el fortalecimiento y la competitividad de nuestro modelo productivo»<sup>9</sup>.

De nuevo, la crisis económica ponía de relieve la necesidad de incorporar determinadas mejoras en el sistema concursal<sup>10</sup>. Los datos estadísticos

<sup>8</sup> A esta reforma de la LC le siguió, apenas unos meses después la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, una reforma de la legislación procesal que afectó también al procedimiento concursal.

<sup>9</sup> No es voluntad del legislador reformar el sistema concursal articulado en la LC de 2003, por ello estas modificaciones se plasman en un Real Decreto Ley, lo que vendría a justificar su urgencia, no obstante, llama la atención que el legislador en el Preámbulo del RDL abra la posibilidad a una reforma más profunda y no meramente «ortopédica», en palabras del profesor Olivencia, al decir que «sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis».

<sup>10</sup> *Vid.*, con relación a las razones que el legislador considera que justifican una primera reforma de la LC, OLIVENCIA RUIZ, «Del Concurso y tiempos de crisis», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 23-33; *ibid.*, «La reforma de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 285, julio-septiembre de 2012, pp. 11-28. No solo la crisis económica ha justificado las medidas incorporadas en el RDL 3/2009, señala PULGAR EZQUERRA, «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», en *RDCP*, núm. 11, 2009, p. 46, indica que «el fundamento último de la política jurídica de las modificaciones introducidas y propugnadas por distintos sectores desde hace ya

eran decepcionantes. El 95 % de las empresas que entraban en concurso acababan en liquidación y a esto había que sumar la pérdida de valor de muchas de estas empresas como consecuencia de la excesiva burocratización de los procedimientos concursales (costes temporales, costes económicos, así como la estigmatización que sufría —y sufre— el concursado).

En un intento de profundizar en la promoción de los acuerdos extrajudiciales, en especial en la *desjudicialización del Derecho concursal*, el legislador se ocupa por primera vez de los acuerdos de refinanciación de deuda preconcursales de carácter extrajudicial, principal novedad concursal recogida en el art. 8 RDL que llevaba por título «Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación» cuyo apartado tercero incorpora una nueva DA 4.<sup>a</sup> en la LC<sup>11</sup>. A partir de este momento, los acuerdos de refinanciación y la rescisión concursal tendrán una nueva regulación que permitía la entrada en el Derecho concursal español de la *desjudicialización* y la *prevención* como vía de resolución de la crisis económica del deudor común<sup>12</sup>.

Se ha de anotar que la incorporación de estos acuerdos se produjo mediante una reforma de la LC y no mediante la creación de una ley específica de acuerdos extrajudiciales<sup>13</sup>. En este sentido, no se nos escapa que España era uno de los pocos países en el ámbito del Derecho comparado europeo y norteamericano que no contaba con una adecuada normativa incentivadora de la refinanciación de empresas en situación de crisis económica, así como de una normativa protectora de los acuerdos de refinanciación preconcursales, clave para la recuperación económica<sup>14</sup>.

---

algún tiempo no parece situarse solo en la crisis económica sino además en *razones de eficiencia y equidad sostenibles en su necesidad también en una situación de bonanza económica*».

<sup>11</sup> La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los acuerdos de refinanciación ha suscitado un gran interés en la doctrina, lo que ha traducido en una abundante bibliografía. Para un análisis de los acuerdos de refinanciación; *vid. AZNAR GINER, Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Valencia, 2010; *ibid.*, *Refinanciaciones de deuda...*, *op. cit.*; FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico preconcursal...*, *op. cit.*; *ibid.*, *Posibilidad y contenido...*, *op. cit.*; PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*; *ibid.*, «Estrategias preconcursales...», *op. cit.*; *ibid.*, «Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011», en *RDCP*, núm. 16, 2012; *ibid.*, «Acuerdos de refinanciación y “fresh money”», en *RDCP*, núm. 15, 2011.

<sup>12</sup> La introducción de este instrumento preconcursal no siempre ha sido bien aceptado por la doctrina, de *figura extraña al sistema* ha sido calificada por OLIVENCIA, «La reforma de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 16, para quien «se sitúa así nuestra Ley en una perspectiva contractual, no procedimental, de la prevención de la insolvencia, a través de acuerdos, arreglos o convenios *inter partes*, pero con efectos sobre los acreedores que en ellos no lo han sido».

<sup>13</sup> La reforma operada por el RDL 3/2009 y, especialmente, la Ley 38/2011 y sucesivas reformas optaron por potenciar la preconcursalidad mediante la protección de acuerdos preconcursales de refinanciación ante un eventual escenario concursal, sin convertir el Derecho preconcursal en un derecho autónomo, como si se realizó en otros ordenamientos de nuestro entorno, en particular en el Derecho francés reciente con los procedimientos de *Sauvagarde*, antes con el *Réglement Amiable* o el *Redressement judiciaire*.

<sup>14</sup> En Francia, la *Conciliation* y la *Sauvagarde*, en especial la *Sauvagarde Financière Accéléree*, en los Estados Unidos los *prepackage agreements*.

Se trata, a continuación, de analizar los acuerdos de refinanciación tal y como fueron incorporados a nuestra legislación concursal, en virtud del RDL 3/2009, para examinar las modificaciones que estos acuerdos han ido experimentando a la luz de las reformas de los años 2011, 2013, 2014 y 2015 que se han sucedido desde entonces hasta llegar al TRLC.

Entrando en el estudio de estos acuerdos de refinanciación, repárese que el legislador del RDL de 2009 no ofrece una definición legal de los mismos, a lo sumo dispone la DA 4.<sup>a</sup> LC que:

«Tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas».

En todo caso, este precepto alude más a los posibles contenidos de los acuerdos de refinanciación que a la naturaleza jurídica de los mismos. En todo caso, a la vista de este precepto y teniendo en cuenta las distintas referencias que se realizan a los acuerdos de refinanciación a lo largo de la LC, especialmente con ocasión de las sucesivas reformas de la LC, podemos afirmar que se trata de acuerdos extrajudiciales realizados entre un deudor no concursado y sus acreedores, no necesariamente todos, a través de los cuales se pretende una reestructuración del pasivo del deudor que le permita continuar con su actividad empresarial, estableciendo un régimen especial ante una eventual declaración de concurso<sup>15</sup>.

Y es que no debe olvidarse, que al margen de su carácter extrajudicial se trata de acuerdos de carácter eminentemente *contractual*<sup>16</sup>. Esta naturaleza contractual cobra un nuevo sentido cuando se producen en sede preconcursal, ya que en virtud del art. 1.257 CC, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, de manera que dado que los acuerdos de refinanciación no son *acuerdos de masa*, no deberían obligar más que a quienes los han suscrito y, sin embargo, la homologación judicial —que se introdujo con la reforma de 2011— provoca que obliguen también a quienes no los han aprobado o incluso han manifestado su disconformidad<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vid. ESTEBAN RAMOS, «Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso», *RDCP*, núm. 22, 2015, p. 425; AZNAR GINER, *Refinanciaciones de deuda...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18; haciendo hincapié en la posibilidad de celebrar acuerdos de refinanciación preconcursal de remoción de la insolvencia, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pp. 115 y ss., quien los define como «remedio preconcursal, pues persiguen remover, evitar o prevenir la situación de insolvencia, antes de que el deudor se halle incurso en un procedimiento concursal»; otros conceptos, en JACQUET YESTE, «La propuesta anticipada...», *op. cit.*, pp. 107 y ss.

<sup>16</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>17</sup> En este punto podemos trasladar las clásicas tesis que en relación a la naturaleza jurídica del convenio concursal se han suscitado en la doctrina. Las diferentes corrientes doctrinales

Así las cosas, y sin anticiparnos a las reformas que se sucederán más adelante, la DA 4.<sup>a</sup> LC se ocupaba no solo del contenido de estos acuerdos, sino también de la incorporación en nuestra legislación concursal de lo que ha dado en llamar *escudos protectores*<sup>18</sup>, planteados respecto de determinados acuerdos de refinanciación, singularmente aquellos que por su interés merece la pena *blindar* frente al régimen general de rescisión concursal del art. 71 LC, todo ello ante un hipotético escenario concursal<sup>19</sup>.

La técnica legislativa empleada en relación con estos *escudos* en el RDL 3/2009 resultaba deficiente en algunos aspectos<sup>20</sup>. En este sentido, interesa subrayar problemas con la interpretación sistemática que se desprende de la lectura del párrafo primero del número 2 de la DA 4.<sup>a</sup> (*no estarán sujetos a refinanciación*) y el número 3 de la DA 4.<sup>a</sup> (*declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos*) debiendo interpretarse como que solo será posible la impugnación contra aquellos acuerdos de refinanciación que no cumplan con los requisitos establecidos en la DA 4.2 LC. Esta excepción se recoge igualmente en la Ley 38/2011 de la LC en los arts. 71.6 (*no podrán ser objeto de refinanciación los acuerdos alcanzados por el deudor*) y 72.2 LC (*solo la administración judicial estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria*). Nótese que ahora se habla expresamente de acción rescisoria frente a acciones de impugnación del RDL 3/2009<sup>21</sup>.

---

procesalistas, contractualistas y mixtas que han surgido en torno a la obligatoriedad del convenio concursal también para acreedores ausentes y disidentes también. Sobre estas corrientes, analizadas en sede preconcursal, recientemente *vid.* JACQUET YESTE, «La propuesta anticipada...», *op. cit.*, pp. 11-16.

<sup>18</sup> Con frecuencia se cita como origen de estos *escudos protectores*, los *Accordi di Risana-*mento del art. 67.3 de la *Legge Falimentar*, también podrían situarse en el origen de los mismos en el *Accord constaté* del Derecho francés respecto de los que se manifiesta una preferencia por este tipo de acuerdos gracias a la máxima confidencialidad que guardan lo que se traduce en un posible mantenimiento del crédito del deudor.

<sup>19</sup> No se protege de la rescisión a cualquier acuerdo extrajudicial, tan solo aquellos acuerdos que reúna cumulativamente y no alternativamente los requisitos que se recogen en el número 2 de la DA 4.<sup>a</sup> del RDL 3/2009 («1. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. 2. Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los arts. 338 y siguientes del RRM. 3. Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores»).

<sup>20</sup> Como todo es susceptible de empeorar, esta técnica, sin embargo, es mucho mejor que la de algunas de las ulteriores reformas de la LC.

<sup>21</sup> *Vid.*, sobre el particular, OLIVENCIA, «La reforma de la Ley...», *op. cit.*, pp. 17 y 18; no obstante, acerca de la conveniencia de la formulación positiva que realiza la DA 4.<sup>a</sup> y de la necesidad de mencionar expresamente las acciones de impugnación, sin necesidad de abandonar esta opción a decisiones jurisdiccionales como la célebre sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 229, quien

Por lo demás, los acuerdos de refinanciación podrán adoptarse tanto en situaciones de insolvencia efectiva del deudor como en situaciones de preinsolvencia, pudiendo intervenir un acreedor o varios y resultando indiferente el tipo de acreedor que interviene, aunque con frecuencia lo serán acreedores financieros.

A la luz del contenido y participantes de los acuerdos de refinanciación arriba mencionados, las siguientes apreciaciones pueden colegirse:

En primer lugar, y en lo que concierne al ámbito objetivo del acuerdo, hay que distinguir entre los acuerdos de refinanciación propiamente dichos, que tratan de prevenir la insolvencia, y el convenio concursal<sup>22</sup>: Los acuerdos de refinanciación son preconcursales y de carácter extrajudicial y surgen necesariamente *antes* de la declaración de concurso de acreedores, debiendo distinguirse a su vez entre refinanciaciones *preventivas* por ser anteriores a la insolvencia o de *remoción* de la insolvencia para el caso de que esta ya se haya producido. Estas refinanciaciones operan en todo caso sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1.255 CC. En este ámbito, la rescisión no opera de manera homogénea, ya que dependerá en todo caso del cumplimiento cumulativo de los requisitos legalmente previstos en la DA 4.<sup>a</sup> de la LC<sup>23</sup>.

Los convenios concursales, en cambio, son reestructuraciones de deuda planteadas en sede concursal donde la insolvencia ya se ha revelado y el procedimiento concursal ya se ha iniciado<sup>24</sup>. El tratamiento de la crisis del deudor podrá abordarse desde un convenio propuesto anticipadamente, arts. 104 a 110 LC, o un convenio en la fase de convenio previsto en los arts. 111 y ss. de la LC, no quedando sometidas, en consecuencia, a la rescisión concursal<sup>25</sup>.

---

señala que «la formulación positiva en la última reforma concursal de ese nuevo supuesto de enervación legal de la rescisoria concursal se me antoja oportuna, a la vista de la cierta desorientación que revelaban en sus decisiones los juzgados de lo mercantil cuando debían enfrentarse con un concurso declarado y con unos acuerdos de refinanciación en que se constituyen, como era y sigue siendo habitual, “garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas”»; también, CERDÁ ALBERO, «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», *RDCP*, núm. 22, 2015, p. 117, califica de *forzado bucle normativo* el art. 71 bis y el art. 72.2 LC de manera que «la solución se encuentra en el inciso segundo de este art. 72.2 LC: el fundamento de partida de la acción rescisoria concursal consiste en el incumplimiento de las condiciones previstas para cada modalidad de acuerdo de refinanciación (colectivo o particular) en los respectivos apartados 1 y 2 del art. 71.2.3 LC».

<sup>22</sup> Las dudas generadas acerca de si los acuerdos de refinanciación debían tener carácter exclusivamente preventivo, tal y como parecía desprenderse de su primera regulación en el RDL 3/2009, se ha disipado con la Ley 38/2011, ya que no hay un pronunciamiento expreso al respecto en su articulado que lo impida.

<sup>23</sup> *Vid.*, especialmente, PULGAR EZQUERRA, *op. ult. cit.* p. 49.

<sup>24</sup> Aunque puede haber concursos con insolvencia inminente, con el objeto de dotar al procedimiento concursal de una mayor flexibilidad y carácter preventivo.

<sup>25</sup> No obstante, la obligación que impone antes la CBE 4/2004, de 22 de diciembre, cuando se promulgó el RDL 3/2009 (actualmente en vigor la CBE 3/210 de 29 de junio) a las entidades

En segundo lugar, en lo que concierne al número de acreedores participantes en el acuerdo de refinanciación, dado que no se establece en la reforma de la LC requisito alguno, podrán intervenir uno, varios o la totalidad de los acreedores. De otra parte, si son varios los acreedores, no es preciso que el acuerdo se formalice de manera conjunta o consensuada entre todos ellos<sup>26</sup>.

En tercer lugar y, en relación con el tipo de acreedor que interviene, normalmente lo serán acreedores financieros, es más, con frecuencia estos serán los únicos concededores de la negociación, ya que sus créditos suelen resultar decisivos a los efectos de una posible recuperación económica del deudor, de manera que el resto de los acreedores pueden no conocer —tampoco hay obligación de ello— la existencia o el resultado de un acuerdo de refinanciación<sup>27</sup>.

Por último, por lo que respecta a los destinatarios de las refinanciaciones, la DA 4.<sup>a</sup> alude a los acuerdos *alcanzados por el deudor*, de manera que, en principio, *cualquier deudor* que cumpla los requisitos legalmente establecidos puede celebrar estos acuerdos de refinanciación sin que resulten de aplicación las prohibiciones legales establecidas para la solicitud de la propuesta anticipada de convenio del art. 105 LC. No obstante, la práctica nos demuestra que son las grandes compañías y no la pequeña y mediana empresa, a la que por cierto la reciente crisis económica ha azotado con especial fuerza, las que acuden con más frecuencia y con más éxito a estas soluciones convenidas extrajudicialmente. En efecto, tanto la pequeña y mediana empresa como también las micropymes y los autónomos son vistos con cierto recelo, acerca de sus posibilidades de recuperación por parte de las entidades financieras, lo que dificulta las posibilidades de refinanciación por medio de esta vía<sup>28</sup>.

Estrechamente relacionado con el contenido de estos acuerdos se encuentra el conjunto de requisitos que se exigen para que estos pue-

---

financieras de clasificar las operaciones en las que intervienen en función del riesgo del crédito al que se expone la entidad y de dotar o incrementar según los casos, sus provisiones, hace que las entidades financieras se decanten por los acuerdos de refinanciación cuando resulten viables frente a estas soluciones concursales.

<sup>26</sup> Vid. AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>27</sup> Aunque avancemos en este desarrollo cronológico hay un extremo que llama la atención y es que si bien, las refinanciaciones protegidas por el art. 71.6 LC, en principio, no deben ser solo las acordadas con las entidades financieras, ya que en este precepto no se hace distinción alguna atendiendo a este criterio, sin embargo, la homologación de la DA 4.<sup>a</sup>, consecuencia de la modificación introducida por la Ley 38/2011, parece limitada a las entidades financieras al señalar que «podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del art. 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco % del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo».

<sup>28</sup> Vid. LEÓN SANZ, «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», *Working Paper IE Law School*, núm. 216, 2014, p. 4.

dan desplegar todos sus efectos. No han faltado autores para quienes, precisamente, estos requerimientos exigidos para la validez de estos acuerdos hacen de estos un instrumento poco flexible y operativo<sup>29</sup>. No obstante, y anticipándonos de nuevo en el desarrollo cronológico de nuestro estudio ya adelantamos que con la reforma de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se procuró paliar la rigidez de estos acuerdos, en lo que al régimen de mayorías se refiere, distinguiendo dentro de los acuerdos de refinanciación típicos aquellos acuerdos que requieren unas determinadas mayorías sean o no homologados judicialmente y aquellos otros acuerdos bilaterales o plurilaterales que no exigen la concurrencia de mayorías específicas<sup>30</sup>. Ulteriormente estas mayorías han resultado objeto de reforma de nuevo en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medias urgentes en materia concursal, reformando la DA 4.<sup>a</sup> LC al eliminar el inciso que establecía la regla del 75 % en caso de acuerdos de sindicación se entenderá «a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a los acreedores no participantes o disidentes»<sup>31</sup>.

En definitiva, esta primera reforma de la LC operada por medio del RDL 3/2009, tuvo el acierto de incorporar los acuerdos de refinanciación por primera vez en la legislación concursal española. No obstante,

<sup>29</sup> Sobre el conjunto de requisitos exigidos para el reconocimiento de los acuerdos de refinanciación, *vid.* ILLESCAS, «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración», BELTRÁN, GARCÍA CRUCES y PRENDES (dirs.), *La Reforma Concursal, III Congreso español del Derecho de la Insolvencia*, Pamplona, 2011, pp. 233 y ss. Así, bajo la reforma operada por el art. 8 del RDL 3/2009, se exigía para que los acuerdos de refinanciación no queden sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 LC que: *a)* Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación; *b)* Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor de acuerdo con los arts. 338 y siguientes del Reglamento del registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo; *c)* Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. *Vid.*, sobre el conjunto de los requisitos exigidos por el legislador del RDL 3/2009, PIÑEL LÓPEZ, «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales» en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 35 y ss.

<sup>30</sup> *Vid.*, en relación con este cambio en el régimen de mayorías y los efectos que supone sobre los principios de política jurídica de protección de los acuerdos de refinanciación, PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», *Diario La Ley*, núm. 8271, Sección Doctrina, 14 de marzo de 2014.

<sup>31</sup> Lo relevante es que esta regla de sindicación resultará también de aplicación a los acuerdos de refinanciación que busquen protección frente a la acción rescisoria por la vía del art. 71.6 LC, resultando de aplicación a los efectos del cómputo de la mayoría requerida de los tres quintos del pasivo.

fue objeto de importantes críticas tanto por el tiempo en el que produjo como por la forma y el fondo de la misma. En lo que concierne al momento en que se reformó esta Ley, para un sector de la doctrina esta primera reforma se produjo con excesivo apresuramiento<sup>32</sup>. La LC se había promulgado tan solo seis años antes de esta reforma y se consideraba necesario darle un cierto reposo, al tiempo que resultara suficientemente conocida por los distintos operadores jurídicos y, especialmente, por los Tribunales<sup>33</sup>. No obstante, la crisis económica, como también ha sucedido en posteriores reformas de la LC, ha actuado como justificación de la *necesaria y urgente* reforma de nuestra legislación concursal.

En lo que concierne a la forma, el recurso al Decreto Ley<sup>34</sup>, por otra parte frecuente en esta materia y justificado por la urgencia sorprende, ya que algunos de sus preceptos entraban en vigor a los cinco años de la reforma y otros ni siquiera han sido objeto del oportuno desarrollo reglamentario<sup>35</sup>. En otro orden y por lo que se refiere al fondo de la reforma, se ha calificado esta reforma de apresurada, poco meditada e impulsada casi exclusivamente por la crisis que pretendió paliar<sup>36</sup>.

Llegados a este punto y, a pesar de esta *primera* regulación de los acuerdos de refinanciación en el Derecho español, dada su rigidez inicial y, en especial, la ausencia del *privilegio del dinero nuevo o fresh*

---

<sup>32</sup> Especialmente crítico es OLIVENCIA, «Del concurso...», *op. cit.*, p. 27, al decir que «además de ortopédica, la reforma del RDL no contiene realmente un Derecho excepcional, de crisis, de medidas extraordinarias y provisionales, como la situación que trata de remediar. Medida típica es la moratoria legal, por extraordinaria y temporal. Pero las que se han adoptado tienden a mejorar las normas vigentes, en aspectos muy concretos, insertándose en el sistema con vocación de permanencia». En el mismo sentido, AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, pp. 32 y ss.

<sup>33</sup> En este sentido compartimos el parecer de Olivencia cuando se alude a la crisis económica para justificar que la ley no resulta adecuada por ser fruto de un periodo de bonanza económica, *op. cit.*, p. 26, ya que «de seguirse la tesis del RDL, el Derecho concursal debería elaborarse en tiempo de crisis».

<sup>34</sup> Son muchos los autores que han puesto de relieve lo inadecuado que resulta legislar mediante real decreto ley. En este sentido, repárese en lo que señala en relación con el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, pero aplicable a nuestro estudio, VELASCO SAN PEDRO, «La modificación del convenio», en *ADCo*, núm. 34, enero de 2015, p. 74, al decir que «a ello habría que añadir haber prescindido de la Comisión General de la Codificación, organismo técnico y apartidista adscrito al Ministerio de Justicia que prepara con gran competencia la legislación de Derecho privado en España desde el siglo XIX, y a la que prácticamente se ha ignorado en las últimas reformas legales, aprobadas y en tramitación, y cuyo protagonismo, según parece ha correspondido al Ministerio de Economía».

<sup>35</sup> *Vid.* AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 33, el autor se muestra especialmente crítico con esta reforma señalando cómo algunos de los preceptos incorporados en la misma, singularmente el Registro Público Concursal, tardaron hasta cinco años en entrar en vigor desde la promulgación de la reforma; OLIVENCIA, «El Real Decreto Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», en *RDCP*, núm. 12, 2010, pp. 19 y ss.

<sup>36</sup> En este sentido se pronuncia, Olivencia quien se refiere, en relación con las distintas medidas incorporadas en este RDL de 2009 «no fueron ni *urgentes*, ni *provisionales*, ni todas ellas *oportunas*, ni todas las oportunas», *vid.* OLIVENCIA, «Del concurso...», *op. cit.*, pp. 25 y 26.

*money*, pronto afloró el fenómeno del *forum shopping* (elección del foro) o *fuga de refinanciaciones* de algunas grandes empresas<sup>37</sup> hacia otros modelos de Derecho comparado, en particular el Reino Unido con los *schemes of arrangement*<sup>38</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y DEL LLAMADO «PRECONCURSO»: LA LEY 38/2011 Y ULTERIORES

Como consecuencia de todo lo expuesto, y ante la evolución de la crisis económica, fue preciso reformar la legislación concursal en virtud de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003 modificando de nuevo el régimen de los acuerdos de refinanciación para adaptar la normativa a la dura realidad<sup>39</sup>.

En efecto, en virtud de esta Ley se acomete la segunda reforma de la LC a la que sucederán otras más en los años 2013, 2014 y 2015.

Comienza el preámbulo de la Ley 38/2011 realizando un primer elogio a la LC, a la que considera como «un importante hito en nues-

<sup>37</sup> Entre otras, la compañía química La Seda de Barcelona, actualmente en proceso de liquidación y Metrovacesa.

<sup>38</sup> La posibilidad de que un acreedor minoritario titular de un derecho de garantía real, contrario a un acuerdo de refinanciación, pueda iniciar ejecuciones singulares puede poner en serio peligro la continuidad del acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores mayoritarios, generalmente entidades financieras. Por este motivo, algunas refinanciaciones importantes se han llevado a otros países con sistemas concursales más cómodos, particularmente al Reino Unido con los *schemes of arrangement* que constituyen el principal instrumento para canalizar las negociaciones y los acuerdos preconcursales. Uno de los rasgos principales de estos acuerdos radica en su extrema flexibilidad donde radica en buena medida su principal atractivo, de manera que se produce una extensión de todo el contenido del acuerdo, no solo a los acreedores financieros sino también a los acreedores con garantía real. Esta fuerza expansiva de los *schemes of arrangement* suscita un interesante debate en el seno del Derecho internacional privado, ya que ha de tenerse en cuenta la relevancia del Centro Principal de Intereses (COMI), puesto que es uno de los criterios principales para determinar la jurisdicción, toda vez que es el criterio principal para determinar la jurisdicción competente de conformidad con el Reglamento de Insolvencia (1346/2000). *Vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación y Escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», *Diario La Ley*, núm. 7731, Sección Doctrina, 2011. No obstante lo anterior, debe reconocerse el éxito de importantes refinanciaciones en España con la regulación de los acuerdos de refinanciación en la regulación dada por el RDL 3/2009 (SOS, Panrico, etc.). Hoy ya no está justificada la huida al Derecho inglés, ya que los principios de los *schemes of arrangement* han sido incorporados en las sucesivas reformas concursales españolas.

<sup>39</sup> Antes de esta reforma debemos mencionar el RDL 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, añadiendo una nueva letra k) en la DA 2.<sup>a</sup> LC, que ya se había modificado en virtud de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica y por el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.

tro Derecho de la insolvencia»<sup>40</sup>, si bien, añade, «el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado».

El legislador considera la reforma objeto de estudio continuadora de la LC y de sus ensalzados principios de política jurídica, al tiempo que señala la necesidad de acometer una modificación global que incorpore al sistema concursal importantes cambios con el doble objeto de corregir *errores de enfoque detectados en la práctica* y para *colmar lagunas de la ley*. Tomando como referencia la crisis económica del momento y, ante el incumplimiento de uno de los propósitos de la LC, la conservación de la empresa y la simultánea satisfacción de los intereses de los acreedores se profundiza en el régimen de los acuerdos de refinanciación, instituto preconcursal que se había revelado como fundamental desde su incorporación en el año 2009.

La reforma operada por medio de la Ley 38/2011 se considera continuadora de la LC pero también del RD Ley 3/2009. Por este motivo se potencia la preconcursalidad instaurada en la DA 4.<sup>a</sup> de la LC, al reconocer entonces la legalidad de los acuerdos de refinanciación. En este sentido, apenas se reformó el régimen jurídico de estos acuerdos, al menos en lo que a su impugnación se refiere, sin perjuicio de trasladar su regulación de la DA 4.<sup>a</sup> de la LC al apartado 6 del art. 71 de la LC.

A estos efectos, el art. 71.6 LC define los acuerdos de refinanciación como «los alcanzados por el deudor [...] en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas». Y, además, tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, «a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo».

El legislador pretende con ello brindar a las empresas soluciones más ágiles y económicas a la finalización del concurso, al tiempo que se ofrecen más garantías a los acreedores al permitirse una comunicación formal del inicio preconcursal de las negociaciones con los acreedores (ex art. 5 bis LC), regulando los deberes de las partes y el régimen de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación.

De entre las distintas medidas concursales adoptadas por el legislador destacamos aquellas referidas principalmente al ámbito precon-

<sup>40</sup> Vid. el Preámbulo I de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Esta reforma se preparó con más cuidado que la anterior y fue el resultado del trabajo de una Comisión creada *ad hoc* de especialistas en la materia.

curstal<sup>41</sup>. Estas novedades y el tratamiento legislativo que han recibido constituyen el hilo conductor de las páginas que siguen en nuestro estudio.

### **3.1. La llamada situación preconcursal. La comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación**

El inicio de las negociaciones entre el deudor y sus acreedores dirigido a lograr un acuerdo de refinanciación puede interferir *temporalmente* con el deber que pesa sobre el deudor, ex art. 5.1 LC, de solicitar la declaración de concurso, «dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». Así las cosas, en la práctica puede darse la circunstancia de que la negociación y conclusión de un acuerdo de refinanciación de deuda, proceso complejo de duración indeterminada, supere el límite temporal de los dos meses establecido en la LC, de manera que el deudor podía incumplir la obligación legal de solicitar su concurso estando inmerso en la negociación de un acuerdo de refinanciación, con las consecuencias que prevé el art. 165.1 LC, a los efectos de la calificación del concurso.

Por otra parte, estas negociaciones extrajudiciales en situación de preinsolvencia del deudor común también podrían interferir con el derecho que asiste a cualquiera de los acreedores de solicitar la declaración de concurso necesario siempre que concurren los requisitos establecidos en el art. 2.4 LC.

La situación se torna más compleja cuando la insolvencia que afecta al deudor no es actual, sino inminente, y ello es así porque en este caso, no pesa sobre el deudor el deber, sino que le asiste la facultad de solicitar el concurso<sup>42</sup>, a lo que hay que añadir los incentivos positivos

---

<sup>41</sup> En virtud de la reforma operada en la LC por medio de la Ley 38/2011 se acometieron medidas no estrictamente preconcursales tales como agilizar el concurso, al tiempo que se procuró solucionar el problema del retraso temporal relativo a la solución de la insolvencia. Es sabido que la demora causa un daño, no solo al concursado, sino también a sus acreedores, pues se reduce el valor de los bienes del deudor. Por este motivo se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, admitiendo una «anticipación de la liquidación» una de las novedades más importantes de la presente ley, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado a la vez que se ofrecen alternativas específicas en la fase común y en el convenio. Por otra parte, se incorporan también medidas tendentes a la mejora de la publicidad del concurso, configurando el Registro Público Registral como un instrumento útil a estos efectos y reforzando su función de transparencia y garantía para todos los sujetos implicados.

<sup>42</sup> La solicitud de declaración de concurso por el deudor basada en la insolvencia inminente implica anticipar un hecho que aún no se ha producido, pero del que cabe razonablemente esperar que suceda si no se resuelve mediante un procedimiento concursal.

y negativos establecidos en la LC, ya desde su redacción originaria, para lograr una solicitud temprana del mismo<sup>43</sup>.

En suma, a la vista de las anteriores precisiones se plantea un difícil encaje temporal entre, de una parte, estos incentivos positivos y negativos para que en caso de insolvencia, especialmente inminente, el deudor solicite lo antes posible su concurso y, de otra parte, la necesidad de celebrar acuerdos extrajudiciales que eviten en último extremo una declaración de concurso con los costes que ello supone.

Este problema es abordado por la doctrina bajo la denominación de *problema temporal* o *timing problem* de la literatura concursal anglosajona<sup>44</sup>. En efecto, el *problema temporal* analiza el momento en que el legislador estima conveniente que se produzca la apertura de los procedimientos concursales. Se trata entonces de una cuestión de política legislativa que debe tener en cuenta los motivos que fundamentan la existencia del concurso, pero también, la determinación estratégica del deudor y los acreedores. Como es sabido, la LC optó por no regular los acuerdos extrajudiciales de composición de crisis entre el deudor y sus acreedores, sustituyendo esta solución por un presupuesto objetivo de declaración de concurso flexible que, vía insolvencia inminente, adelantara el concurso permitiendo así satisfacer los intereses de los acreedores, al tiempo que facilitar una conservación empresarial. Precisamente, a este principio de conservación de la empresa se refiere *programáticamente* el legislador de la LC en diversas ocasiones a lo largo de la Exposición de Motivos<sup>45</sup>.

Por todo ello, el legislador de la Ley 38/2011 reconociendo este *problema temporal* y aproximándose a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, singularmente al Derecho francés<sup>46</sup>, introduce im-

---

<sup>43</sup> Precisamente porque la LC no contemplaba institutos preconcursales, la flexibilidad con la que se dotó el presupuesto objetivo de la declaración de concurso (insolvencia actual e insolvencia inminente) pretendió cumplir esta finalidad, estableciendo los oportunos incentivos positivos y negativos a tal fin (arts. 105.1.6.º y 164 LC).

<sup>44</sup> La doctrina con frecuencia alude a este término tomado de la obra de JACKSON, *The Logic and Limits...*, *op. cit.*, para referirse al desfase temporal que puede plantearse en relación con los procedimientos concursales diseñados en la actualidad y por institutos conservativos y reorganizativos de carácter preconcursal, *vid.*, especialmente, FERNÁNDEZ DEL POZO, *Posibilidad...*, *op. cit.*; *ibid.*, *El régimen jurídico...*, *op. cit.*; PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*; GARRIDO, «El privilegio...», *op. cit.*

<sup>45</sup> El apartado VII de la Exposición de Motivos de la LC no deja lugar a dudas acerca de ello al decir que «el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta mediante una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo obtenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud», también añade que «la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio».

<sup>46</sup> Solo el deudor está legitimado para solicitar la apertura de la *Conciliation* cuando pruebe una dificultad *jurídica económica o financiera, real o previsible sin encontrarse en suspensión de pagos durante un periodo superior a cuarenta y cinco días*. En efecto, el art. 611.4 del CCo

portantes modificaciones en los acuerdos de refinanciación. En efecto, con el fin de facilitar el acceso a estos acuerdos modificó el art. 5 derogando el art. 5.3 de la LC para desplazarlo, una vez modificado, al art. 5 bis LC.

Se trata a continuación de enunciar, a grandes rasgos, las principales novedades del art. 5 bis LC a las que ya se ha hecho mención:

Primero, quedará en suspenso el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. La Ley 38/2011 derogó el número 3 del art. 5 LC que a su vez incorporó el RDL 3/2009, a tenor del cual «el deber de solicitar el concurso no será exigible al deudor que en estado de insolvencia haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso». La necesidad de potenciar los convenios anticipados, escasamente utilizados en plena crisis económica, propició esta reforma que, en último extremo, suponía una prórroga de cuatro meses en el plazo obligatorio para solicitar el concurso voluntario. Ello es así siempre que el deudor hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio ya que, continúa el art. 5.3 LC, «transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente».

En este sentido, el art. 5.3 LC ha sido calificado como *preconcurso* en tanto que supone un primer paso en la incorporación a la legislación concursal, la protección de los procesos de negociación preconcursales<sup>47</sup>. En cualquier caso, esta calificación de concurso pudiera resultar inapropiada ya que tal protección solo estaba prevista en relación con la negociación de propuestas anticipadas de convenio, y no con acuerdos preconcursales de refinanciación, lo que por otra parte suscitó un interesante debate doctrinal acerca de esta segunda posibilidad<sup>48</sup>.

---

francés dispone una moratoria de cuarenta y cinco días para que el deudor cumpla con su deber de solicitar el concurso si *fracasó* en la negociación de un acuerdo extrajudicial.

<sup>47</sup> No obstante del tenor literal del art. 5.3 LC no se desprende que entre su finalidad estuviera la refinanciación de la deuda contraída con sus acreedores, como tampoco obtener liquidez o disponer de tiempo para llevar a cabo una liquidación ordenada de su patrimonio. La esencia del art. 5.3 LC radicaba principalmente en ser un instrumento para *favorecer e impulsar la concertación de propuestas anticipadas* lo cual, por otra parte, no es poco. Así se pronuncia, AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, p. 70.

<sup>48</sup> *Vid.*, sobre el particular, PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, *op. cit.*, pp. 373 y ss.; *ibid.*, «Protección de las refinanciaciones de deuda...», *op. cit.*, pp. 45-59; FERNÁNDEZ TORRES, «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y posibilidad de no presentar declaración de concurso», en *RDCP*, núm. 12, 2010, p. 262, quien además señala en relación con la protección del art. 5.3 LC respecto de los acuerdos de refinanciación «deberíamos

Ahora bien, es necesario advertir que, pese al indudable éxito en el empleo del art. 5.3 LC durante el tiempo que estuvo en vigor, lo cierto es que este no siempre se destinó a tal fin, esto es, a la negociación de un convenio anticipado que procurara una conservación de la actividad empresarial y profesional sino, más bien, a otros no previstos por el legislador tales como una reiniciación de la deuda, su eliminación o incluso su reducción mediante compraventa o daciones en pago, bajo la *amenaza* a sus acreedores de un eventual futuro concurso al que se dirigirían, caso de no otorgarse la misma<sup>49</sup>.

Segundo, no podrán dirigirse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra determinados bienes y derechos del deudor. En efecto, como consecuencia de algunas disfuncionalidades del régimen establecido por el art. 5.3 LC se reformó la obligación del deudor insolvente, flexibilizándola mediante la incorporación del art. 5 bis en un intento de resolver las dudas que la redacción del citado precepto había suscitado.

El art. 5 bis LC incorporado por la Ley 38/2011 disponía que:

- «1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.
2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.
3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.
4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».

En definitiva, son varios los comentarios que merece la configuración de este instituto, a saber:

En primer lugar, en relación con el problema de la finalidad del precepto, se menciona expresamente que *también* se exonera del deber de solicitar la declaración de concurso al deudor insolvente, quien deberá poner en conocimiento del Juzgado que ha iniciado *negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación* o para obtener adhesiones

---

plantearnos si la búsqueda de una refinanciación no era también una alternativa cuya omisión responde —única y exclusivamente— a un olvido del legislador».

<sup>49</sup> Así, *vid.* AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, p. 72.

a una propuesta anticipada de convenio. Se superan definitivamente los inconvenientes de la regulación anterior, de manera que los acuerdos de refinanciación quedarían amparados por este precepto, surgiendo la duda ahora de si podrían entenderse insertas en el mencionado principio otras soluciones preconcursales de insolvencia distintas de esta<sup>50</sup>.

En segundo lugar, téngase en cuenta que la paralización de acciones puede prolongarse en este momento hasta cuatro meses, ya que a los tres meses sin que se haya alcanzado el acuerdo o la propuesta habrá que sumar un mes adicional para solicitar el concurso necesario (art. 5 bis.4 LC). Durante este periodo, el deudor deberá procurar superar sus dificultades económicas de tal manera que, si transcurridos estos tres meses desde la comunicación al juzgado no ha superado su situación de insolvencia, deberá solicitar su concurso dentro del mes hábil siguiente y ello con independencia de si alcanzó con éxito o no un acuerdo de refinanciación<sup>51</sup>.

En tercer lugar, en conexión con lo anterior, el art. 15.3 LC aporta una protección específica al acuerdo de refinanciación, toda vez que una vez comunicado al juzgado el inicio de las negociaciones no podrá solicitarse el concurso por ninguno de los acreedores del deudor durante el plazo de tres meses. Se pretende evitar que determinadas solicitudes de concurso, incluso las de acreedores minoritarios, puedan poner en peligro la viabilidad del deudor.

Por último, la constante adaptación de los institutos concursales y preconcursales, singularmente de los acuerdos de refinanciación, a la realidad económica, especialmente cambiante desde el inicio de la crisis económica ha provocado dos reformas posteriores del art. 5 bis de la LC, en este caso, en virtud, primero de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y segundo, mediante la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal. Se modifica este precepto de manera que la comunicación del inicio de las negociaciones afectará también a las ejecuciones. Y es que no tenía mucho sentido impedir la solicitud de concurso necesario cuando los acreedores podían iniciar o continuar ejecuciones contra el patrimonio de deudor, lo que implicaría una disminución del mismo y, en última instancia, comprometería la viabilidad de la empresa.

En efecto, la nueva redacción del art. 5 bis, en virtud de la Ley 17/2014, permite que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto,

<sup>50</sup> En sentido contrario a esta posibilidad, *vid.* AZNAR GINER, *op. ult. cit.* p. 74.

<sup>51</sup> *Vid.* PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación...», *op. cit.*, pp. 431 y ss.

*las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*<sup>52</sup>. En coherencia con lo anterior, también se posibilita la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la DA 4.<sup>a</sup>, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 % de acreedores de pasivos financieros hayan apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación. En este último caso, estaríamos ante un supuesto similar a los *Standstill Agreements* del Derecho anglosajón, ya que el inicio de estas negociaciones daría lugar a un *pactum de non petendo* entre quienes se encuentran negociando<sup>53</sup>. No obstante, el inconveniente que presentan estos acuerdos radica en el hecho de que parecen estar pensados principalmente para negociaciones surgidas como consecuencia de una insolvencia actual, de manera que su objetivo principal se dirigiría hacia negociaciones para lograr adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En cualquier caso, si finalmente se alcanza un acuerdo de refinanciación, aunque la negociación surgiera para conseguir una propuesta anticipada de convenio, la doctrina entiende que este acuerdo, si cumple los requisitos legalmente establecidos, debería quedar amparado por la DA 4.<sup>a</sup> LC frente a las rescisiones del art. 71 LC<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> En relación con estos bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial surge la duda de si, dada la redacción del art. 5 bis LC, es el deudor el que con su comunicación debe indicar los bienes que se consideran necesarios, o si además se requiere una prueba sobre tal necesidad. Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada de 17 de marzo de 2014: «Desde ahí consideramos que las opciones serían dos: 1.º Que la comunicación y consiguiente resolución deben incluir aquellos bienes, sin más declaración, que el solicitante (quien comunica) considera necesarios para la actividad. En este caso se deberá dejar simplemente constancia de dicha comunicación. 2.º Que será posible ampliar (y evidentemente justificar) la declaración de dicho bien como necesario cuando se justifique dicha necesidad en función de la documentación (viabilidad y otros) que se aporte al efecto. Todo ello consecuentemente con los efectos automáticos que la ley parece querer dar a la citada comunicación sin más discusión al respecto».

<sup>53</sup> El pacto de renuncia temporal por parte de los acreedores financieros al ejercicio de acciones legales, los *Standstill Agreements*, junto con las condiciones financieras y documento de términos económicos, *term sheet*, constituyen el contenido de la generalidad de los acuerdos de refinanciación. De hecho ya con la promulgación del RDL 3/2009, el empleo de los art. 5.3 y 15.3 LC ya eran una *Standstill de facto*, ya que resultaba poco gratificante para el ejercicio de acciones individuales por los acreedores que estos supieran que de no lograrse el acuerdo de refinanciación cabría la posibilidad de declarar el concurso y de que finalmente sus acciones individuales resultarían inútiles. *Vid.*, sobre el particular, VICENT CHULIÁ, «Desapalancamiento y Ley Concursal...», *op. cit.*, pp. 19 y ss., para quien «El punto de partida de la negociación es un Pacto de Standstill. El pacto no tiene carácter novatorio de las obligaciones preexistentes. En su virtud *las partes se obligan a negociar de buena fe durante su periodo de vigencia* para alcanzar un acuerdo satisfactorio para los intereses de las partes que permita la formalización efectiva del “plan de reestructuración o de negocio”, presentado por la sociedad a las entidades financieras y el «plan de refinanciación» de la Sociedad».

<sup>54</sup> Así, VICENT CHULIÁ, «Desapalancamiento y Ley Concursal...», *op. cit.*, p. 22.

Ahora bien, quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de Derecho público. Se pretende de este modo que el art. 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes.

Por otra parte, en lo que concierne a la reforma del art. 5 bis LC incorporada por la Ley 9/2015, se limita a establecer que el juez competente para conocer del concurso será el encargado de resolver las controversias que pudieran plantearse respecto al carácter necesario o no del bien<sup>55</sup>. Otra de las novedades que incorpora esta ley y que trataremos en las páginas siguientes, alude a las ejecuciones promovidas por acreedores financieros, en especial a la paralización de estas, que afectará tanto a las ejecuciones judiciales como a las extrajudiciales sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, siempre que se acredite documentalmente que al menos el 51 % del pasivo financiero ha apoyado expresamente el inicio de las negociaciones del acuerdo de refinanciación.

A modo de conclusión, la introducción del mecanismo del art. 5 bis LC facilita ampliamente la negociación de los acuerdos de refinanciación, sin embargo, no han faltado voces en contra de las consecuencias de la aplicación de este precepto, ya que se provee al deudor de un *arma dilatoria*, que bloquea la acción de los legítimos acreedores durante un periodo máximo de cuatro meses<sup>56</sup>. Además, se puede dar el efecto perverso de que, al retrasar la declaración de concurso suficientemente, aquellos acreedores que sí han participado en los actos rescindibles puedan quedar a salvo del periodo sospechoso de dos años establecido en la LC<sup>57</sup>.

### 3.2. Acuerdos de refinanciación y rescisión concursal

Una vez expuesto lo anterior, y sin incurrir en reiteraciones innecesarias, destacamos las principales novedades legislativas referidas a

<sup>55</sup> La Ley 14/2013 modificó también el art. 5 bis con el fin de incluir en sus números 1, 3 y 4 a los acuerdos extrajudiciales de pagos. La última reforma de este artículo por la Ley 17/2014, suscitó dudas sobre cuál era el juzgado competente para decidir sobre la suspensión solicitada y sobre si el que lo fuera podría entrar a valorar tanto los presupuestos de la comunicación (negociación de un acuerdo de refinanciación, de una propuesta anticipada de convenio o de un acuerdo extrajudicial de pagos), como los presupuestos de la suspensión derivada de la comunicación (carácter necesario o no del bien, condición de acreedor titular de pasivo financiero o concurrencia del 51 % de los acreedores titulares de pasivo financiero en el inicio de la negociación).

<sup>56</sup> El profesor OLIVENCIA, «La reforma...», *op. cit.*, pp. 19 y 20, llama la atención sobre la contradicción que supone que una ley como la LC cuya pretensión es simplificar y acelerar la tramitación del concurso posteriormente facilite un retraso sin más causa que la manifestación del deudor.

<sup>57</sup> *Vid.* OLIVENCIA, *op. ult. cit.*, p. 19.

la relación existente entre los acuerdos de refinanciación y la rescisión prevista en la LC.

Si el acuerdo de refinanciación resulta satisfactorio, ello supondrá que el riesgo de la insolvencia se ha superado, con lo que se evita que el deudor tenga que solicitar la declaración de concurso voluntario; de igual modo ningún acreedor podrá instar un concurso necesario. No obstante, puede suceder que el deudor incurra más adelante en un estado de insolvencia que dé lugar a una declaración de concurso, de manera que los acuerdos de refinanciación que hubiera podido celebrar en los años previos a esta, así como los negocios, actos y pagos realizados en ejecución de dichos acuerdos de refinanciación, en aplicación de las acciones de rescisión de la LC, pudieran resultar afectados por ser perjudiciales para la masa activa del concurso.

Como ya se indicó anteriormente, este riesgo constituía un obstáculo para la obtención de la refinanciación, por lo que tanto el art. 71 LC como también la DA 4.<sup>a</sup> LC establecieron que los acuerdos de refinanciación que cumplan ciertas condiciones no podrán ser rescindidos ante un eventual proceso concursal posterior.

Ahora bien, llamamos la atención sobre el hecho de que si con frecuencia la doctrina ha considerado que el art. 5 bis es la disposición capital del tratamiento de la preconcursalidad en el Derecho español, no lo es menos que el régimen de la rescisión del art. 71 LC contribuye eficazmente a la consolidación de los acuerdos de refinanciación. Ello vendría a explicar por qué ambas disposiciones han resultado tan zarandeadas con ocasión de las sucesivas reformas de la LC. No obstante, la frecuencia con la que se han ido acometiendo estas reformas de la LC —casi una por año— así como la forma —en la mayoría de los casos mediante Reales Decretos Leyes— dificultan el análisis de los preceptos referidos a continuación, que bien podemos decir empiezan a constituir una maraña legislativa de la que, como es sabido, pretendió huir la LC<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> En efecto, los acuerdos de refinanciación se recogen por primera vez en el RDL 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, económica y concursal ante la evolución de la situación económica, resultaron modificados posteriormente por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; a continuación fueron reformados por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; una nueva modificación se produjo en virtud de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; por último la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal reformó los acuerdos de refinanciación con novedades significativas en el texto del art. 5 bis (comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores). Prueba de la dificultad en el estudio de los acuerdos de refinanciación a la vista de las múltiples reformas lo encontramos en los requisitos para su irrevocabilidad. Regulados inicialmente en la DA 4.<sup>a</sup> LC en virtud del RDL 3/2009, fueron reubicados posteriormente en el art. 71.6 LC por la Ley 38/2011, para ser modificados posteriormente por la

La norma general de la rescisión se recoge en el art. 71.1 LC en virtud del cual «declarado el concurso son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». En efecto, del art. 71 de la LC puesto en relación con el art. 73 LC se desprende que la rescisión implica la ineficacia del acto impugnado, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquel y ello con independencia del *animus fraudis* del deudor.

El éxito de los acuerdos de refinanciación depende, en buena medida, de que los deudores puedan acceder a una refinanciación de la deuda y, al mismo tiempo, de que los acreedores que refinancien tengan las suficientes garantías para el supuesto de que los acuerdos no tengan éxito y sea necesaria la apertura de un procedimiento concursal, sin el inconveniente de la rescisión de los actos de refinanciación realizados.

La Ley 38/2011 introdujo una tipología concreta, distinguiendo entre acuerdos de refinanciación *típicos* y *atípicos*, en atención al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Ley. Solo otorgaría una protección a aquellos en los que concurren las exigencias del art. 71.6 y de la DA 4.<sup>a</sup> de la LC (acuerdos de refinanciación típicos)<sup>59</sup>.

De manera que, de conformidad con la reforma introducida por la Ley 38/2011 de la LC, distinguimos entre:

En primer lugar, los acuerdos de refinanciación *atípicos*, que no se adaptan a los requisitos legales establecidos en el art. 71.6 LC y DA 4.<sup>a</sup> LC y que, en consecuencia, aun resultando válidos y generando sus efectos en sede contractual, sin embargo, no reciben protección ante una eventual declaración de concurso de acreedores (*escudo protector*) desenvolviéndose con todas las consecuencias en el marco del art. 1.255 CC. Estos acuerdos quedarán sometidos al régimen rescisorio general del art. 71 LC, con las *presunciones iuris tantum e iuris et de iure* de los párrafos 2 y 3 del art. 71 LC<sup>60</sup>.

---

Ley 14/2013 que añadió un art. 71 bis. Actualmente, en virtud de la Ley 17/2014, el art. 71 LC pasa a regular dos modalidades de acuerdos de refinanciación.

<sup>59</sup> La gran virtualidad de la Ley 38/2011 consiste en lograr reforzar los acuerdos típicos celebrados de conformidad a las reglas del art. 71.6 LC sin llegar a convertirlos en procedimientos concursales, esto es, manteniendo un naturaleza negocial/contractual, *vid.*, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, «Preconcuralidad...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>60</sup> También quedarán sometidos estos acuerdos atípicos, en su caso, al régimen rescisorio especial ex art. 10 LMH, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», en PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores*, Madrid, 2012, p. 43. En este sentido cobra especial importancia la idea del «sacrificio patrimonial justificado» incorporado por la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009,

En segundo lugar, los acuerdos de refinanciación *típicos*, aquellos que cumplen con los requisitos establecidos en la redacción del art. 71.6 LC, particularmente en lo relativo a las mayorías legales para la válida aceptación del acuerdo, al informe del experto independiente y la necesaria elevación a instrumento público del mismo. No obstante, la redacción de este precepto resultó nuevamente objeto de dos modificaciones, una operada en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, otra posterior por medio de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial con origen en el RDL 4/2014, de 7 de marzo. En efecto, la Ley 14/2013 añade un nuevo art. 71 bis, en relación con los acuerdos de refinanciación, por el que se regula la designación de expertos independientes procurando resolver las dudas que el régimen anterior había suscitado, al tiempo que modifica el apartado 1.º de la DA 4.ª LC, reduciendo las mayorías legales para la homologación de los acuerdos de refinanciación. Además, resulta oportuno en este momento mencionar la regulación, en virtud de la Ley 14/2013, de un nuevo instituto *preconcursoal*, en el ámbito del Derecho concursal español, se trataba *del acuerdo extrajudicial de pagos, fresh start o mecanismo de segunda oportunidad*, cuyo régimen se recoge en una ley, en principio, no exclusivamente concursal, destinada, en palabras del legislador a *la mejora de las políticas de apoyo institucional al emprendimiento desde servicios, asistencia, información, asesoramiento y fomento de la cultura emprendedor*. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, suprimió el apartado 6.º del art. 71 LC dando una nueva redacción al art. 71 bis, al objeto de potenciar la *preconcursoal*idad. De manera que, atendiendo a sendos apartados incorporados por este precepto, podemos distinguir a su vez, dos clases de acuerdos de refinanciación dentro de los que hemos llamado acuerdos típicos: los acuerdos de masa y los acuerdos individuales a los que nos referiremos a continuación.

---

y en la misma línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Badajoz de 24 de noviembre de 2011. De manera que se introduce un nuevo concepto en el ámbito de las acciones de reintegración, si bien al menos respecto de la primera Sentencia de 6 de febrero de 2009, antes de la reforma por RDL 3/2009 de la LC: el de «sacrificio patrimonial justificado», utilizado para ponderar el sacrificio que asume el deudor en dificultades económicas cuando otorga garantías sobre su patrimonio. Una última reforma del art. 71 bis ha tenido lugar recientemente en virtud de la Ley 9/2015 de manera que en el art. 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados.

### 3.2.1. *Acuerdos de masa*

La primera modalidad de acuerdos de refinanciación<sup>61</sup>, se consagra en el art. 71.6 de la LC, precepto que recoge la regulación del anterior art. 71.6 LC con importantes novedades<sup>62</sup>.

Dispone este precepto que:

«1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: a) En virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación y extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo».

Varias observaciones deben realizarse en relación con esta regulación:

Primera, para que los acuerdos de refinanciación puedan incluirse en este primer grupo se requiere que su contenido consista cumulativa o alternativamente en una *ampliación significativa del crédito disponible o en la modificación o extinción de las obligaciones del deudor* y siempre que responda a un *plan de viabilidad* que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional<sup>63</sup>. Por otra parte, merece particular referencia la capitalización de la deuda como posible contenido del acuerdo de refinanciación, aspecto este ya fomentado por la Ley 17/2014. Para ello fue necesaria a su vez, la modificación de varios preceptos de la LC tales como el art. 92.5 de la LC<sup>64</sup>, adoptado de conformidad a lo

<sup>61</sup> Son calificados como *Acuerdos de masa plurilaterales alcanzados con mayorías legales* por PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación...», en general la doctrina se refiere *acuerdos de refinanciación colectivos* en contraposición con los *acuerdos de refinanciación singulares* del art. 71 bis.2 LC.

<sup>62</sup> Nótese que el art. 71.6 LC como consecuencia de la reforma de la LC operada en virtud de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, tiene un nuevo contenido. El texto no se refiere a esta nueva redacción, sino a la anterior redactada por la Ley 38/2011 a su vez modificada posteriormente por la Ley 17/2014.

<sup>63</sup> Acerca del contenido de esta modalidad de acuerdos de refinanciación y la indeterminación de algunos de los términos empleados por el legislador, en particular, *la ampliación significativa del crédito disponible*, vid. CERDÁ ALBERO, «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 22, 2014, p. 118; también PULGAR EZQUERRA, «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, núm. 22, 2015, pp. 73 y 74.

<sup>64</sup> A tenor del cual se excluye de la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, a los acreedores que hayan capitalizado todo o gran parte de sus créditos en

establecido en el art. 71 bis y la DA 4.<sup>a</sup> de la LC. No obstante, de nuevo este precepto resultó modificado por el RD Ley 1/2015, de 27 de febrero y posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, de manera que la capitalización de la deuda a la vista del art. 92.5 LC y del art. 92.2 2.º queda redactado como sigue:

«2.º Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el art. 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición».

Con ello se logra así, excluir la subordinación concursal crediticia, vinculada a acreedores titulares de pasivos financieros que hubieran capitalizado sus créditos. Se fomentaba así, la recuperación empresarial pero sin las consecuencias del art. 92 LC.

Para facilitar el contenido de capitalización de la deuda, se procedió a la reforma del art. 165.4 LC regulando las presunciones de dolo o culpa grave previstas para la calificación del concurso<sup>65</sup>. Dispone el mencionado precepto que el concurso se presume culpable, 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

---

cumplimiento del acuerdo de refinanciación, «Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el art. 71 bis o la Disposición Adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo».

<sup>65</sup> De manera que se presume, salvo prueba en contrario, que existe dolo o culpa grave cuando el deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores se nieguen, sin causa razonable, a la capitalización de créditos una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando así la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis o DA 4.<sup>a</sup> de la LC.

frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el art. 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos».

Ahora bien, para que esta negativa determine la culpabilidad del concurso es preciso que el acuerdo propuesto reconozca en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior<sup>66</sup>.

Segunda, el empleo de la expresión *al menos* referida al contenido de esta primera modalidad de acuerdos permite deducir que el legislador está ofreciendo un contenido de *mínimos*, sin que resulte un inconveniente que se puedan incluir en el acuerdo otros contenidos que quedarán protegidos de una eventual rescisión, siempre que permitan el fin último de la refinanciación que no es otro que la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Tercera, a la necesidad de que el acuerdo responda a un *plan de viabilidad* se refiere expresamente el legislador de la Ley 17/2014, poniendo de relieve una idea que debe estar implícita en toda refinanciación<sup>67</sup>. La valoración de si el acuerdo responde o no a un plan de viabilidad

<sup>66</sup> Con ello se potencia, en palabras de PULGAR EZQUERRA, *op. ult. cit.*, p. 13, que los «los administradores perseguirían o deberían perseguir la protección no solo de la sociedad, sino también de los acreedores a los que les pueda interesar esta capitalización, con el riesgo de que opten por recomendar la referida capitalización con el fin de excluir su responsabilidad».

<sup>67</sup> A la viabilidad de la empresa de refiere la Exposición de Motivos de la Ley 17/2014 al decir que su finalidad es favorecer «empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero». En este sentido, podemos afirmar que no todas las empresas deberían ser refinanciadas si no cuentan con un avalado plan de viabilidad que ponga de manifiesto una posible recuperación económica del deudor. Así, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, «Refinanciación y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», en *RDCP*, núm. 22, 2015, pp. 61 y ss., para quien «es un hecho manifiesto que el pasivo de no pocas grandes y medianas empresas presenta una estructura en la que destaca un exceso de deuda financiera, hasta el punto de que la promoción de vías alternativas de financiación se ha convertido en un objetivo normativo expreso con la presentación del Proyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial»; en el mismo sentido, VAQUER MARTÍN, «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», en *RDCP*, núm. 22, 2015, pp. 226 y ss.

será estimada por el juez de lo mercantil<sup>68</sup>. Es este un elemento necesario, ya que determina la aptitud del acuerdo para permitir la continuidad de la empresa. La necesidad de este plan no es solo un presupuesto de la no rescindibilidad de un acuerdo de refinanciación, ex art. 71 bis.1 y 2 LC, sino también de la posibilidad de una homologación judicial de este conforme a la DA 4.1.<sup>a</sup> LC. Se elimina la necesidad del informe del experto independiente sustituyéndola por certificación de auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción<sup>69</sup>. Por último, nada dice el legislador sobre quién debe redactar el referido informe, por lo que en principio cabría deducir que podrán efectuarlo el deudor, los acreedores o un tercero designado a tal efecto, en cualquier caso personas físicas o jurídicas que, en función de su experiencia profesional y de su cualificación, estén en condiciones de opinar sobre la viabilidad de una empresa inserta en una reestructuración empresarial. La Ley 9/2015 ha reformado la regulación anterior en orden a otros requisitos que se exigen para evitar la rescisión del acuerdo de refinanciación.

Además de las exigencias de contenido mencionadas, la letra *b*) del art. 71 bis establece otros tres requisitos de mayorías más complejos, para que estos acuerdos sean inmunes a la rescisión. Llamamos la atención sobre el hecho, que el régimen de mayorías previsto en el art. 71 bis.1.*b*) de la LC ha sido recientemente modificado por la Ley 9/2015<sup>70</sup>.

«*b*) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de

<sup>68</sup> Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 12 de febrero de 2015, que viene a justificar que el acuerdo de refinanciación responde a un plan de viabilidad sobre la base de concepto de grupo y en interés de terceros, poniendo de relieve los efectos que una no homologación del acuerdo producirían sobre el sistema general. Esta justificación podría cuestionarse debido a que resultaría aplicable a todo tipo de empresas viables y no viables.

<sup>69</sup> Habrá que determinar lo que se entiende por *sustitución*, en este sentido, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 61, quien en este aspecto concreto se refiere a que «si por sustitución entendemos que desaparece la obligatoria aportación del informe y que en su lugar se introduce la también preceptiva certificación del auditor que contempla el art. 71 bis.1 LC podrá compartirse la justificación legal. Si, por el contrario, entendemos que sustituir significa que una exigencia legal se vea reemplazada por otra con la que comparte finalidad y contenido, las dudas están justificadas puesto que el informe del experto se proyecta sobre el plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías, mientras que la certificación del auditor de cuentas tiene un alcance mucho más limitado, ya que consistirá en una mera constatación o afirmación de un hecho preciso: *la suficiencia del pasivo que se exige para aprobar el acuerdo*».

<sup>70</sup> En el art. 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y en la DA 4.<sup>a</sup> LC se incorporan una serie de modificaciones respecto de la Ley 17/2014 para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que este no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratia que se hubiese pactado.

adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 % del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

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

2. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si este fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores».

Estos requisitos establecidos por el legislador vienen a confirmar la opción de viabilidad en el acuerdo que debe presentar el deudor. En primer lugar, se establece un régimen de mayorías que acepten el acuerdo alcanzando de, al menos, los *tres quintos del pasivo del deudor*<sup>71</sup> en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación<sup>72</sup>. Por otra parte, cuando se alude a un *régimen de mayorías* pudiera pensarse en la aceptación de *varios* acreedores, cuando lo cierto es que no debería existir impedimento en que un solo acreedor pudiera alcanzar el quorum requerido legalmente<sup>73</sup>. Tampoco dispone el legislador el modo en el que habrán de llevarse las negociaciones de manera que cabe entender que se deja a la voluntad de las partes.

<sup>71</sup> En el art. 71 bis.1.b) el legislador sigue refiriéndose a mayorías en términos de fracción y no de porcentajes como si hacía en la DA 4.<sup>a</sup> LC, sin embargo en el párrafo 2.º vuelve a *porcentaje* al referirse a los acuerdos de grupos.

<sup>72</sup> En relación con la base de cálculo del art. 71 bis.1.b).1.º LC se refiere sin ninguna duda a la totalidad del pasivo del deudor, sin embargo, para la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación la base de cálculo para el cómputo del porcentaje mínimo del 51 % es sobre el denominado *pasivo financiero*, donde se excluyen los créditos laborales, los créditos por operaciones comerciales y los créditos de derecho público. Sobre el particular, *vid.* CERDÁ ALBERO, *op. ult. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>73</sup> Así, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «La exención...», *op. cit.*, pp. 992 y ss. No obstante, *vid.* ESTEBAN RAMOS, «Los acuerdos de refinanciación...», *op. cit.*, p. 6, para quien «a partir de la reforma operada por la Ley 17/2014 esta interpretación resultaría un poco forzada ya que el Preámbulo de la norma, cuando alude a la otra modalidad de acuerdos e refinanciación, menciona expresamente la posibilidad de que sean adoptados con un solo acreedor, posibilidad no recogida para este supuesto».

En segundo lugar, y en lo que concierne a la certificación que debe emitir el auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo para adoptar el acuerdo de refinanciación, así como la concurrencia de la referida mayoría, este certificado ha venido a sustituir el informe del experto independiente de la DA 4.<sup>a</sup> LC y pese a las críticas que suscitó<sup>74</sup>, lo cierto es que finalmente fue considerado como una garantía eficaz. Su importancia llega incluso a los efectos de la homologación del acuerdo, ya que el auditor debe hacer constar en él la suficiencia de las mayorías necesarias para la validez del acuerdo, haciendo mención expresa del porcentaje de voto emitido por acreedores sindicados de una parte, y acreedores de pasivos financieros *genéricos* de otra<sup>75</sup>. A tenor de la LC, parece que el legislador está pensando en deudores persona jurídica, de manera que su designación corresponde al registrador mercantil y no a los administradores de la sociedad deudora. Sin embargo, para el caso de personas naturales será también el registrador mercantil de su domicilio quien designe al auditor.

Para terminar, se requiere que el acuerdo se formalice en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

### 3.2.2. *Acuerdos individuales*

Una segunda modalidad de acuerdos de refinanciación sería la prevista en el art. 71 bis.2 LC, cuyo tenor literal es el siguiente:

«2. Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

---

<sup>74</sup> Tras la reforma de la Ley 17/2014 y a diferencia del régimen anterior, el informe del experto independiente se puede mantener de manera potestativa. Una de las críticas a este informe consistía precisamente en que el coste que suponía podía perjudicar la adopción del acuerdo de refinanciación, quizá fuera esta la razón por la que el legislador procurara abaratar costes de tramitación en lo que a honorarios del experto se refiere.

<sup>75</sup> Así en relación con la impugnación del acuerdo de homologación de Eroski, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, Sentencia 195/2015, de 23 de julio de 2015, se dispone en el Fundamento de Derecho V que: «La Ley Concursal ha previsto que el régimen de mayorías preciso para adoptar los acuerdos recogidos en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> sean acreditados a través de auditor que certifique la suficiencia de las mayorías; en este caso concreto consistiría en que hubieran votado a favor del acuerdo de refinanciación sujeto a un régimen de sindicación acreedores que representen al menos el 75 % del pasivo financiero afectado por el acuerdo de refinanciación. Del examen de los documentos aportados, los informes-certificados de auditoría aportados omiten todo dato sobre el particular limitándose a señalar cuál es la relación entre el pasivo financiero, sin adjetivar, y los firmantes del acuerdo».

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
- c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.
- d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores».

Esta segunda modalidad de acuerdos de refinanciación debe haberse realizado con anterioridad a la declaración de concurso, cuando además, no se reúnan las mayorías exigidas en el 71 bis.1 LC, si bien en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan han de reunir una serie de condiciones individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación<sup>76</sup>. Considera el legislador que estos acuerdos constituyen, en consecuencia, un *puerto seguro* que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Por otra parte, dados los requisitos exigidos (valor de las garantías, tipos de interés, formalización en instrumento público) estamos ante una modalidad de acuerdo de refinanciación de difícil ejecución, algo que ya reconoce el propio legislador de la Ley 17/2014 al decir que esta modalidad es más restrictiva en cuanto a los requisitos, pero más laxa en cuanto a los intervinientes<sup>77</sup>.

Por último, con el fin de dotar a los acuerdos de refinanciación del art. 71.6 LC de un plus de protección, se añadió por la vía de la DA 4.<sup>a</sup> la posibilidad de su *homologación*, lo que supone una extensión de los

<sup>76</sup> Afirma el legislador que los requisitos son más estrictos a cambio de no requerir una mayoría concreta de su pasivo.

<sup>77</sup> El legislador se justifica diciendo que «si en el apartado 1 se exige la concurrencia de los tres quintos del pasivo pero se habla de forma más genérica de la mejora de condiciones de financiación, en el apartado 2, a cambio de no requerirse mayoría concreta de pasivo, se exigen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean tampoco rescindibles por causas distintas al incumplimiento de las condiciones que el propio artículo establece».

efectos del acuerdo homologado a aquellos acreedores que no intervinieron en su adopción, lo que en definitiva constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos.

### 3.3. La homologación de los acuerdos de refinanciación

La *homologación judicial* de los acuerdos de refinanciación se introdujo con ocasión de la Ley 38/2011. Como es sabido, la finalidad de esta homologación judicial consistía en extender el contenido del acuerdo concluido entre el deudor y los acreedores firmantes a los restantes acreedores no participantes o disidentes del acuerdo, incluso, como veremos más adelante, aunque sus créditos estuvieran dotados de garantía real<sup>78</sup>. Con este fin, la DA 4.<sup>a</sup> LC reconoce fuerza obligatoria al contenido de los acuerdos de refinanciación respecto de acreedores que no han participado en su adopción, lo que resultaba de difícil encaje con el carácter eminentemente contractual de estos acuerdos<sup>79</sup>. Con la homologación los acuerdos de refinanciación recibieron el impulso definitivo para convertirse en el eje principal de la preconcursalidad en España.

El legislador se pronuncia expresamente sobre este extremo al mencionar en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 que «la ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes». Añadiendo la Ley 17/2014, que «lo paradójico del caso es que, en la actualidad, la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal».

En efecto, la necesidad de profundizar en las *alternativas del concurso*, hizo que los acuerdos de refinanciación ocuparan una posición privilegiada, posición que será compartida más adelante cuando la Ley 14/2013 incorpore al sistema concursal español los acuerdos extrajudiciales de pagos.

La DA 4.<sup>a</sup> LC, que se ocupa de su regulación desde su incorporación en 2011, ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de las reformas de los últimos años<sup>80</sup>. En particular las Leyes 17/2014

<sup>78</sup> Consecuencia de la reforma de la DA 4.<sup>a</sup> LC por la Ley 17/2014.

<sup>79</sup> Sin incurrir en reiteraciones innecesarias traeríamos de nuevo aquí las reflexiones realizadas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del convenio concursal, en particular, en relación con los efectos del mismo sobre los acreedores disidentes.

<sup>80</sup> La redacción original de la DA 4.<sup>a</sup> introducida por la Ley 38/2011 disponía que: «Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del art. 71.6

y 9/2015 han modificado significativamente la redacción originaria de la DA 4.<sup>a</sup> LC.

Pues bien, el régimen de la homologación diseñado inicialmente por la Ley 38/2011, se articula mediante las siguientes modificaciones:

Se altera, en primer lugar, el régimen de la legitimación para solicitar la homologación de los acuerdos de refinanciación, de manera que no solo el deudor<sup>81</sup> sino también los acreedores podrán solicitar del juez competente la homologación de aquellos acuerdos en los que concurran los requisitos establecidos en los arts. 71 bis.1.a), 2 y 3.b) LC<sup>82</sup>. En efecto, tras la reforma operada por la Ley 17/2014 la solicitud de homologación también puede prevenir de aquellos acreedores

---

y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco % del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real». Desde el año 2012 hasta la actualidad son siete las reformas de la LC que se han llevado a cabo y que en mayor o menor medida han afectado a los acuerdos de refinanciación así como a su homologación. En efecto en los años 2012 y 2013 se reformó la LC en materia de deuda hipotecaria, y de apoyo a los emprendedores; en el año 2014, la Ley 17/2014 que trae causa del RDL 4/2014 incorporó medidas de refinanciación y reestructuración empresarial; el RDL 1/2015 introdujo la «segunda oportunidad» en el ámbito de las personas físicas sean o no comerciantes y la Ley 9/2015 de medias urgentes en materia concursal que a su vez trae causa del RDL 11/2014. Por otra parte, es de esperar que en los próximos meses se tramite una nueva reforma de la LC sobre la base del proyecto de ley procedente del RDL 1/2015, de 27 de febrero. Precisamente la DF 8.<sup>a</sup> de la Ley 9/2015, autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido de la LC antes del 28 de mayo de 2016, con el fin de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos.

<sup>81</sup> Cuando se solicita conjuntamente la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación suscrito por un grupo de empresas deudoras, la solicitud que entiende el juez debe tramitarse de forma coordinada aunque en procedimientos distintos. Así, *vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, de 4 de marzo de 2015, al decir que: «La DA 4.<sup>a</sup>, a diferencia de los arts. 25 y ss. de la LC, no recoge la posibilidad de solicitar de manera conjunta la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación que afecta a diversas sociedades como grupo empresarial. El precepto habla de «deudor» en singular, pero qué duda cabe que debe hacerse una interpretación integradora del mismo, pues si se obligara a cada sociedad del grupo a tener que presentar una solicitud de homologación judicial ante el juez de su domicilio social, el riesgo de incurrir en resoluciones judiciales contradictorias para resolver sobre el mismo objeto, es más que evidente. Adicionalmente, si se permite dicha acumulación en los acuerdos de refinanciación extrajudiciales del art. 71 bis LC, no existe óbice para que se apliquen los mismos criterios y principios que si se solicita su homologación judicial. Ahora bien, al igual que dispone el citado precepto, sí debe exigirse que los porcentajes que la DA 4.<sup>a</sup> exige para su homologación se superen tanto en base consolidada como individual».

<sup>82</sup> Se superan así los efectos de la *posición de poder* que podía ejercer el deudor frente a sus acreedores bajo la regulación anterior a la reforma operada por Ley 17/2014 (el RDL 4/2014 del que trae causa, sin embargo, no mencionaba esta posibilidad). En este sentido, no era inusual que el deudor, haciendo valer la posibilidad de solicitar la homologación judicial, con el efecto de arrastre que suponía para los acreedores disidentes o contrarios, pudiera manejar estratégicamente su refinanciación, ya que a determinados acreedores les podía resultar más beneficioso entrar en la negociación aceptando unas determinadas condiciones que asumir los efectos de una homologación en la que no hubiera negociado.

que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, tal y como recoge la DA 4.<sup>a</sup> LC<sup>83</sup>.

En segundo lugar, dispone el número 5 de la DA 4.<sup>a</sup> LC en relación con la competencia judicial para la homologación, lo será el juez de lo mercantil competente para conocer de la declaración del concurso de acreedores<sup>84</sup>. Se deberá presentar el acuerdo de refinanciación adoptado para su posterior homologación, así como la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes y la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado.

Dicho lo anterior, es necesario tener en cuenta que todo sistema de refinanciación que implique la superación del principio de relatividad de los contratos previsto en el art. 1.257 CC debe llevar aparejados mecanismos de control judicial, entre otros, por el posible carácter desproporcionado del sacrificio exigido a los acreedores disidentes. Sin embargo, tras la reforma concursal operada por la Ley 17/2014, ese control no se verifica *ex ante*, sino con posterioridad a la homologación y solo en caso de impugnación del acreedor afectado. Así las cosas, la labor del juez se limitaría a controlar la concurrencia de estos requisitos sin entrar a valorar si la homologación suponía un sacrificio desproporcionado, como sí sucedía por el contrario en la regulación anterior<sup>85</sup>. Es este un concepto jurídico indeterminado el del *carácter desproporcionado del sacrificio exigido*, ya que la norma no establece ningún criterio para determinarlo, de manera que deberá ser valorado en

---

<sup>83</sup> En palabras de PULGAR EZQUERRA, *op. ult. cit.*, p. 18, «ello establece un nuevo marco de composición de intereses, en el que como «defensa» frente a la solicitud de homologación del acuerdo por los acreedores, al deudor solo le quedaría expedita la facultad y en ocasiones el cumplimiento de deber de solicitud del concurso (supuestos de insolvencia actual ex art. 2.2 LC), que prevalecería en todo caso, a mi entender, frente a la solicitud de homologación de un acuerdo proveniente de los acreedores».

<sup>84</sup> Se plantea en este Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 28 de agosto de 2014, si la homologación del acuerdo de refinanciación es potestativa para el juez teniendo en cuenta que la DA 4.<sup>a</sup> apartado 1.º habla de que *podrán* homologarse judicialmente los acuerdos. Así en el Fundamento de Derecho 2.º, «Así como antes de la reforma introducida por el RDL 4/2014, el legislador atribuían al juez la competencia de examinar de oficio el contenido del acuerdo de refinanciación pudiendo incluso denegar la homologación judicial si consideraba que tal acuerdo suponía un sacrificio patrimonial injustificado para los acreedores disidentes, tras la reforma se suprime ese control judicial a priori, debiendo el juez limitarse a verificar si la solicitud cumple o no los requisitos antes mencionados. En consecuencia, tanto la providencia de admisión a trámite del expediente como el propio auto de homologación judicial se convierten en resoluciones bastante regladas».

<sup>85</sup> Sin embargo, no existe una desprotección de aquellos acreedores de pasivos financieros disidentes o no participantes, que puedan verse afectados por los efectos del acuerdo, ya que podrán impugnar el auto de homologación alegando ahora sí que el contenido del acuerdo supone un *sacrificio desproporcionado* para ellos.

cada caso por el órgano judicial. El sacrificio lo es para los acreedores y no para el concursado<sup>86</sup>.

En relación con el *sacrificio desproporcionado* detengámonos en la Recomendación de La Comisión de la UE de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, *DOUE L 74/65*. Se postula que el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (*DO L 160*, de 30 de junio de 2000, p. 1), debe ser aplicable también en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, en vías de reforma [COM(2012), 744 final] extendiendo su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios» (Preámbulo, 5)<sup>87</sup>. En el apartado 22.c) de esta Comunicación se dispone que:

«Las condiciones en que el plan de reestructuración puede ser confirmado por un órgano jurisdiccional deberían especificarse claramente en la legislación de los Estados miembros e incluir, como mínimo, las siguientes:

c) El plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según el caso».

La Comisión pretendía dar a las empresas viables la oportunidad de reestructurarse y mantenerse en actividad, una vez constatado que en el marco de la UE casi 200.000 empresas de toda la UE están en peligro de insolvencia y que 1,7 millones de personas se encuentran en riesgo de perder sus puestos de trabajo<sup>88</sup>.

En líneas generales se trataba de armonizar la legislación relativa a la insolvencia de los distintos Estados miembros a partir de las siguientes premisas: en primer lugar, facilitar la reestructuración de las empre-

<sup>86</sup> *Vid.*, sobre este concepto y el hecho de que se trataría más bien de un *sacrificio desproporcionado* y no de un *sacrificio patrimonial desproporcionado*, SENÉS, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *RDCP*, vol. I, núm. 1, enero-marzo de 2014, pp. 53 y ss.

<sup>87</sup> En estos términos, *vid.* VICENT CHULIÁ, «Desapalancamiento y Ley concursal...», *op. cit.*, p. 20; también, destacando la importancia que representa esta Recomendación en el conjunto del Derecho europeo de la insolvencia, *vid.* PULGAR EZQUERRA, en «El nuevo paradigma...», p. 181, y FLORES SEGURA, «El “sacrificio desproporcionado” de los acreedores financieros», *Almacén de Derecho*. [Consultado 26 de octubre de 2019]. Disponible en <https://almacendederecho.org/sacrificio-desproporcionado-los-acreedores-financieros>.

<sup>88</sup> Transcurrido un año desde la publicación de esta Recomendación, recientemente se ha formulado una pregunta parlamentaria relativa a la insolvencia de las familias, así como una segunda oportunidad para los particulares y las familias a los que no se incluía en la redacción originaria.

sas en dificultades financieras en una fase temprana, evitando así largos y costosos trámites al contribuir a un menor recurso a la liquidación; en segundo lugar, permitir a los deudores reestructurar sus empresas sin necesidad de incoar un procedimiento judicial para lo que se ofrece, tan solo a empresas que sufran dificultades financieras, la posibilidad de solicitar una moratoria de hasta cuatro meses (prorrogable hasta un máximo de doce meses) para adoptar un plan de reestructuración antes de que los acreedores puedan incoar procedimientos de ejecución en su contra y, por último, facilitar el proceso de adopción de un plan de reestructuración teniendo en cuenta los intereses de los deudores y los acreedores, con vistas a aumentar las oportunidades de salvar empresas viables.

Como puede entreverse de estas breves líneas, de nuevo se plantean los límites que necesariamente deben aplicarse al sacrificio patrimonial que pueden sufrir los acreedores disidentes en todo acuerdo de reestructuración. Así, se dispone que este sacrificio no puede superar el límite, lo que *cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración*. Para ello se propone en primer término dotar a todos los acreedores de legitimación, con o sin garantía, si bien deberán ser tratados como categorías separadas que reflejen sus respectivos intereses; en segundo término, los *quorum* de aprobación se dejan al arbitrio de las legislaciones nacionales, pero cuando haya categorías separadas, los planes han de ser confirmados judicialmente teniendo en cuenta la importancia de los créditos de cada categoría; en tercer lugar, se ha de establecer un sistema de votación por medios electrónicos que garantice iguales condiciones a todos los acreedores, con independencia de la ubicación física y, por último, se debe garantizar la posibilidad de planes de reestructuración únicamente aprobados por los acreedores, o categoría de acreedores, a quienes haya de afectar.

Se trata, en definitiva, de propiciar acuerdos cuya naturaleza es contractual, aunque se alcancen con un régimen de mayorías frente a la clásica necesaria unanimidad de los acuerdos extrajudiciales. Por otra parte, la superación de los principios básicos contractuales, como el de relatividad de los contratos, debe encontrarse en la homologación judicial de que es objeto el acuerdo, homologación que también vendría a justificar el sacrificio patrimonial que puede suponer<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> En esta línea destacamos de nuevo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 29 de julio de 2014 (Grupo Petromiralles), que a vueltas con el sacrificio desproporcionado decía que «hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo. Si partimos de la base que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores —adheridos o disidentes—, parece razonable entender que la valoración de la proporción

Ya en el ámbito nacional el juez, una vez examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación. En efecto, admitida a trámite, el juez mediante providencia declara la paralización de las ejecuciones singulares, hasta que se acuerde la homologación, sin necesidad de traslado alguno. Se dará publicidad de esta providencia a través del Registro Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos del deudor, del juez competente, número de procedimiento judicial de homologación y la fecha del acuerdo de refinanciación, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

En tercer lugar, en lo tocante a las mayorías necesarias para la homologación judicial, el párrafo primero de la DA 4.<sup>a</sup> LC dispone que:

«Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 % de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra *a*) y en los números 2.º y 3.º de la letra *b*) del apartado 1 del art. 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los apartados siguientes».

A la vista del precepto mencionado, varias cuestiones de relevancia jurídica se ponen de manifiesto:

En primer término, para una homologación judicial se exige que el acuerdo de refinanciación haya sido suscrito por acreedores que represente un 51 % de los pasivos financieros<sup>90</sup>. En este sentido, resulta acertado el empleo del término *pasivo financiero* en sustitución de *entidades financieras*, más amplio, entendiendo por tales a los *titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera*<sup>91</sup>. Es más, en este punto, cabe

---

o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior».

<sup>90</sup> Quedan excluidos en el cómputo de las mayorías indicadas del 51 % los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan consideración de *persona especialmente relacionada* conforme al art. 93.2 LC quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación judicial.

<sup>91</sup> El legislador excluye de los pasivos financieros a los acreedores de créditos laborales, por operaciones comerciales y acreedores de pasivo de Derecho público. En relación con el significado de *pasivo financiero*, los jueces de lo Mercantil de Madrid en las reuniones llevadas

admitir la posibilidad de una cesión de la posición de los acreedores con pasivos financieros incluso tras la homologación del acuerdo. En estos casos, los cesionarios deberán reunir también las condiciones previstas en la DA 4.<sup>a</sup> LC<sup>92</sup>.

En segundo término, el párrafo cuarto de la DA 4.<sup>a</sup>.1 LC dispone en relación con los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que:

«En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 % del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última».

Se entiende que en este caso se alcanzan las mayorías legalmente exigidas cuando voten a favor del acuerdo acreedores que representen el 75 % del pasivo representado por el acuerdo<sup>93</sup>. Llamamos la atención

---

a cabo los días 7 y 21 de noviembre de 2014, con el fin de ofrecer un concepto unitario de pasivo financiero consideraron que: «No se aprecian razones para efectuar ninguna restricción respecto del concepto de pasivo financiero utilizado en la norma 9.<sup>a</sup> del Plan General Contable basado en la NIC 39, salvo las que propiamente hace el legislador al excluir los débitos por operaciones comerciales, que en la normativa contable sí estarían expresamente incluidos. Consideramos que esta interpretación favorece la seguridad jurídica, pues permite aplicar de manera cierta las reglas de cómputo de mayorías basándose en la contabilidad del deudor y sin necesidad de analizar, una a una, la exacta naturaleza como “contrato de financiación” (atípica en nuestro Derecho) de la relación jurídica. Interpretación que, en aras de la exhaustividad, debe significarse que no santifica la corrección de la contabilidad del deudor, que en casos extremos podría llegar a fiscalizarse».

<sup>92</sup> Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 2 de marzo de 2015 (RIOFISA) en sus Fundamentos de Derecho dispone que: «Conforme al párrafo 1 de la DA 4.<sup>a</sup> deben tener en todo caso la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Para que el acuerdo pueda desplegar sus efectos con normalidad es razonable entender que serán acreedores de pasivos financieros no solo quienes cumplieran con las exigencias referidas en el momento de la firma y homologación del acuerdo, sino también en un momento posterior, para el caso de que una entidad financiera pudiera transmitir sus derechos de crédito a terceros».

<sup>93</sup> Acerca de la necesidad de acreditar las mayorías exigidas por la ley traemos, nuevamente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, Sentencia 195/2015, de 23 de julio, en relación con la impugnación de la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación alegando falta de legitimación activa por ser parte de un crédito sindicado donde más del 75 % de los créditos han suscrito la refinanciación. Esta excepción a la impugnación es rechazada ya que «no aparece indicado por ningún lado el porcentaje del voto a favor del sindicado, especificado o separado sobre el voto conjunto del pasivo financiero genérico que sí recoge, y único al que se refiere la Ley Concursal ha previsto que el régimen de mayorías preciso para adoptar los acuerdos recogidos en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> sean acreditados a través de auditor que certifique la suficiencia de las mayorías; en este caso concreto consistiría en que hubieran votado a favor del acuerdo de refinanciación sujeto a un régimen de sindicación acreedores que

sobre el cambio que introduce la Ley 9/2015 en este extremo, al mencionar que con una mayoría de 75 % del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación se entenderá que *la totalidad* de los acreedores han suscrito dicho acuerdo. Las consecuencias del empleo de este término son claras cuando lo ponemos en relación con el núm. 7 de la DA 4.<sup>a</sup> LC que dispone que «dentro de los quince días siguientes a la publicación (del Auto que aprueba la homologación), los acreedores de pasivos financieros *que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación* o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla»<sup>94</sup>.

En otro orden, los motivos de impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido<sup>95</sup>. Se mantienen así las financiaciones sindicadas con efectos para todos los acreedores sindicados evitando posibles acuerdos sindicados paralelos.

En tercer término, a tenor de la DA 4.3.<sup>a</sup> LC ha dejado de ser relevante para el legislador la distinción entre acreedores con o sin garantía real, ya que no todos los acreedores con garantía real son de la misma condición, de tal manera que con frecuencia pueda darse la circunstancia de que la garantía de la que se dispone es de un rango posterior a otras preferentes, o puede recaer sobre un activo de muy escaso valor que cubre una pequeña parte de la deuda. Lo relevante es,

---

representen al menos el 75 % del pasivo financiero afectado por el acuerdo de refinanciación. Del examen de los documentos aportados, los informes-certificados de auditoría aportados omiten todo dato sobre el particular limitándose a señalar cuál es la relación entre el pasivo financiero, sin adjetivar, y los firmantes del acuerdo».

<sup>94</sup> Estas consecuencias difieren de lo previsto para el convenio en sede concursal por el art. 121.4.3.º LC y el art. 71 bis.1.b) LC en relación con los acuerdos colectivos de refinanciación, a los efectos del cómputo de mayorías. Esta opción del legislador resulta contraria a las conclusiones de los magistrados de lo Mercantil, de 7 y 21 de noviembre de 2014 que en este punto se pronunciaban: «4.º Los acreedores que formen parte de un acuerdo sindicado y a los que se imponga la adhesión al acuerdo de refinanciación por integrarse en la minoría del 25 % que no respalda el mismo, ¿se consideran parte del acuerdo o únicamente obligados por el mismo? ¿Tienen legitimación para deducir impugnación de la homologación en los términos del punto 7 de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal? Salvo las previsiones que el propio acuerdo sindicado establezca, el acreedor disidente en el seno del sindicato únicamente podrá verse arrastrado a la refinanciación si concurren las mayorías necesarias para la extensión de efectos de la misma (computando su crédito, si el 75 % de este último vota a favor), quedando sujeto a dicha extensión (por ejemplo, si el acuerdo de refinanciación contempla una espera de diez años, pero la mayoría que lo respalda —un 60 % del pasivo financiero total— solo permite la extensión de una espera de cinco años, será esta última la que se aplicará al disidente en el seno del sindicato); y pudiendo deducir la impugnación de la homologación por los motivos legalmente establecidos para ello, en especial la denuncia del sacrificio desproporcionado. (Unanimidad)».

<sup>95</sup> Concepto jurídico indeterminado el del *carácter desproporcionado del sacrificio exigido*, ya que la norma no establece ningún criterio para determinarlo, así que deberá ser valorado en cada caso por el juez. De manera que se trata de un *sacrificio desproporcionado* y no de un *sacrificio patrimonial desproporcionado*. El sacrificio lo es para los acreedores y no para el concursado. Y por ello lo es en relación a sus productos en los que el deudor aparece como obligado. *Vid.*, sobre este concepto, SENÉS, «El acuerdo extrajudicial...», *op. cit.*, pp. 53 y ss.

en consecuencia, la distinción *objetiva* entre la parte de la deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está anticipando lo que podría suceder en caso de liquidación concursal.

Ello explica la distinción que se realiza para que los acuerdos homologados se extiendan también a acreedores no firmantes en el párrafo tercero de la DA 4.<sup>a</sup> LC, entre acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito acuerdo de refinanciación, o que hayan mostrado su disconformidad con el mismo y *cuyos créditos no gocen de garantía real*, o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, y los acreedores de pasivos financieros que no suscriben el acuerdo o que se oponen al mismo, por la parte de su *crédito que no exceda de del valor de la garantía real*.

Así las cosas, en relación con el primer grupo de acreedores, sin garantía real, distinguimos:

1. Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 % del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

2. Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 % del pasivo financiero, las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez; las quitas, la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más y no superior a diez, en obligaciones convertibles o prestamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original; la cesión de viene o derechos a los acreedores en pago de la deuda<sup>96</sup>.

En cuanto al segundo grupo de acreedores, acreedores con garantía real, si concurre la mayoría del 65 % resultarían de aplicación los efec-

---

<sup>96</sup> Traemos aquí el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid al extender el contenido de un acuerdo de refinanciación a acreedores disidentes titulares de garantías financieras al amparo del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso la productividad y para la mejora de la contratación pública, que en virtud de la DA 1.<sup>a</sup> del RDL 11/2014, las actuaciones que se deriven de la aplicación del art. 5 bis y de la DA 4.<sup>a</sup> LC tendrán las consideración de medidas de saneamiento. El juez entiende que podrán ser arrastrados acreedores con garantías financieras a pesar de la DA 1.<sup>a</sup> del RDL 11/2014, dado que la extensión de la protección se refiere a la posible ejecución de las garantías pero no al hecho de que el crédito no pueda ser arrastrado. El Fundamento de Derecho 4.<sup>o</sup> dispone que «la protección que le confiere el art. 15.4 del Real Decreto Ley 5/2005 debe venir exclusivamente referida al privilegio de tutela ejecutiva instaurado por dicho precepto, siendo posible, la afectación del crédito garantizado en los mismos términos que el de cualquier otro acreedor con garantía real (en este sentido se pronuncia la nota de aclaración de los jueces de lo Mercantil de Madrid sobre la respuesta aprobada en la reunión de unificación de criterios de 7 y 21 de noviembre de 2014, en el epígrafe II punto 3.<sup>o</sup>).

tos arriba mencionados en relación con esperas no superiores a cinco años o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo [cuando se trate de las medidas previstas en la letra *a*) del apartado anterior], y del 80 % cuando se trate de las medidas previstas en la letra *b*) del apartado anterior, casos en que se exigía el 75 %.

De manera que los extremos anteriormente referenciados pueden dar lugar a que en una misma homologación de un acuerdo de refinanciación con arrastre de disidentes tenga distinto alcance atendiendo a la condición de cada acreedor y la mayoría del pasivo en cada caso alcanzada. Por otra parte, el arrastre o la extensión de los efectos de los acuerdos de refinanciación a acreedores disidentes, además de reunir las mayorías anteriormente recogidas, deberá producirse exclusivamente respecto de contenidos de los acuerdos de refinanciación previstos en el apartado 4.º de la DA 4.ª LC (quitas, espera y conversión en participativo o en capital)<sup>97</sup>.

Ahora bien, los acuerdos que han resultado homologados con una mayoría de 51 % se pueden beneficiar de la no rescindibilidad y del *privilegio de dinero nuevo*, que analizaremos más adelante, pero no se podrán extender sus efectos a los titulares de pasivos financieros disidentes o no participantes, para lo que se exigen mayorías superiores.

#### **4. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL**

Hemos realizado una primera aproximación a los acuerdos de refinanciación a lo largo del desarrollo de los capítulos precedentes, donde se ha puesto de manifiesto que, con su incorporación al Derecho concursal patrio, se dio entrada a la *desjudicialización y prevención* como vía de resolución de la crisis económica del deudor común. En efecto, la legislación concursal que se proyecta a partir de este momento se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación del tejido empresarial y del empleo, para lo que el régimen del Derecho preconcursal contenido en el TRLC bien puede contribuir a ello.

---

<sup>97</sup> En este sentido, *vid.* el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, de 13 de febrero de 2015, «*pero no cabe extenderle cualquier efecto a las entidades disidentes, sino solamente los pactados en el acuerdo, y que además sean algunos de los previstos en el apartado tercero letra a) o de los previstos en la letra b), o en su caso de los previstos en el apartado cuarto de la Disposición Adicional Cuarta de la LC, en función de los porcentajes que allí se prevén, esto es, se homologa únicamente la extensión de los efectos pactados de las quitas, esperas, la conversión de deuda en acciones o participaciones o en préstamos participativos a los acreedores titulares de pasivo financieros e incluso a los titulares de pasivos financieros con garantía real [...]; sin que haya lugar a homologar judicialmente todos los efectos previstos en el acuerdo que no cumplan estrictamente la enumeración de extensión de efectos previstos en el apartado tercero y cuarto de la Disposición Adicional Cuarta de la LC*».

Corresponde examinar, en este momento, la regulación que sobre los acuerdos de refinanciación ofrece la nueva legislación concursal deteniéndonos en sus principales novedades.

Como es sabido, una de las últimas reformas de la LC, antes de iniciarse la crisis de covid-19 y las reformas asociadas a la misma, fue la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de dicha ley. La autorización incluía la facultad de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que debieran ser refundidos. Pues bien, finalizado este plazo, ha sido la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuya DF 3.<sup>a</sup> habilitó un nuevo plazo para aprobar un texto refundido a propuesta del Ministerio de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa.

Ciertamente una regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal era necesaria, las más de veinticinco reformas de la LC así lo demostraban. No obstante, llama la atención la urgencia en su aprobación, el día 7 de mayo de 2020 y la de su entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2020, dado el contenido afectado y la situación de crisis sanitaria y económica en la que nos vemos inmersos. Así las cosas, la nueva ley tendrá que convivir con las medidas adoptadas a raíz de la pandemia de covid-19, resultando previsibles contradicciones de interpretación jurídica. En este sentido, hubiera sido deseable una *vacatio legis* mayor que permitiera un estudio más detallado del TRLC por todos los operadores económicos y jurídicos, así como un análisis más concluyente acerca de la evolución económica ante la crisis de covid-19<sup>98</sup>. Seguramente haya también algo de fallo de oportunidad, habida cuenta de que en un plazo de un año será necesaria la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, que en relación con los acuerdos de refinanciación y, especialmente en el ámbito de la financiación nueva, introduce significativas novedades.

Por último, destacamos el apartado II de la Exposición de Motivos del TRLC donde el legislador admite —posiblemente adelantando—

---

<sup>98</sup> En esta línea, es necesario tener presente que ya en el año 2019 el número de concursos repuntaron un 14 %, superando los 4.100 (claramente por encima del suelo de aproximadamente 3.500 concursos que se había establecido durante los últimos años). De otra parte, los pasivos incursos en el procedimiento concursal también aumentaron un 12,7 % sobre el año 2018, aunque tan solo supone un 3,7 % de incremento respecto a 2017. A ello se suma que la situación financiero patrimonial en la que se encuentran las sociedades que inician el procedimiento (concurso voluntario en el 94,2 % de los casos) sigue estando bastante deteriorada: dos tercios reflejaban pérdidas netas y más de la mitad de ellas ni tan siquiera se puede plantear la devolución de la deuda por su falta de recursos generados. Datos extraídos del *Anuario Concursal* elaborado por el Colegio de Registradores, con el asesoramiento científico de la Universidad Autónoma de Barcelona, cuyo informe completo se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles>.

se a posibles críticas— que en la elaboración de este Libro II, y en particular en el Título II sobre los acuerdos de refinanciación, es donde los límites de la refundición resultan más patentes debido a que la delegación recibida para *aclarar*, no es delegación para *reconstruir* sobre nuevas bases las instituciones. Y es que hubiera sido un buen momento para clarificar algunas dudas emanadas de la aplicación de algunas de estas normas si bien, en todo caso, hemos de tener presente que la regulación que el TRLC hace de los acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago y del dinero nuevo, como hemos mencionado en párrafos anteriores, queda marcada por una cierta provisionalidad.

#### **4.1. Novedades en la regulación de los acuerdos de refinanciación**

El Libro II del TRLC se divide en cuatro capítulos independientes: el primero, procedente del art. 5 bis LC, tiene como objeto la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; el segundo se ocupa de los acuerdos de refinanciación; el tercero es el relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago, cuya disciplina se había añadido a la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modificado por la Ley 25/2015, de 28 de junio; y el último se ocupa de las especialidades del concurso consecutivo, sea a un acuerdo de refinanciación, sea a un acuerdo extrajudicial de pago.

A la vista del régimen establecido en el TRLC sobre los acuerdos de refinanciación, varios comentarios resultan oportunos:

Primero, su regulación que se contiene en los arts. 596 a 630, por primera vez goza de la unidad y autonomía que la doctrina venía reclamando. Una *primera* definición de los mismos se recoge en el art.597 TRLC, al declarar que:

«El deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso, podrá alcanzar en cualquier momento un acuerdo de refinanciación con sus acreedores. Si hubiera efectuado comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el acuerdo de refinanciación deberá alcanzarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de esa comunicación».

Hemos de advertir, que esta aproximación que hace el TRLC a los acuerdos de refinanciación resulta mucho más clara si tenemos en cuenta el concepto que ofrecía la LC en su DA 4.<sup>a</sup>, referido más a sus posibles contenidos que a su naturaleza jurídica:

«Tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la

ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas».

En efecto, el TRLC se ocupa por primera vez de ofrecer una definición de los acuerdos de refinanciación colectivos a los que diferencia de los singulares, en el art. 596 al decir:

«Se consideran acuerdos de refinanciación:

1. Los acuerdos colectivos de refinanciación, estipulados por el deudor con sus acreedores, con o sin homologación judicial.
2. Los acuerdos singulares de refinanciación, estipulados por el deudor bien con uno, bien con varios acreedores, siempre que reúnan los requisitos establecidos en la sección tercera de este capítulo, que en ningún caso podrán ser homologados por el juez».

Como es sabido, la Ley 38/2011 introdujo una tipología concreta de acuerdos de refinanciación, diferenciando entre los *acuerdos de refinanciación típicos* y los *acuerdos de refinanciación atípicos*, atendiendo al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Ley. Solo otorgaría una protección a aquellos en los que concurrían los requisitos del art. 71.6 y de la DA 4.<sup>a</sup> de la LC (acuerdos de refinanciación típicos). En el art. 596 TRLC, los acuerdos de refinanciación se dividen en *acuerdos singulares* y *acuerdos colectivos*, donde solo estos últimos, como veremos más adelante, son susceptibles de homologación judicial siempre que se constituyan con acreedores titulares de pasivo financiero y con los requisitos de comunicación del art. 583.1 TRLC (en gran medida coincidentes con los del art. 5 bis LC). Los acuerdos singulares de refinanciación, por el contrario, son aquellos estipulados por el deudor, persona natural o jurídica en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso con uno o varios acreedores que individualmente considerados o conjuntamente con los que se hubieran estipulado en ejecución de lo acordado, reúnan los requisitos del art. 604 TRLC y, en todo caso, sin posibilidad de homologación judicial.

Pues bien, en lo que a los acuerdos de refinanciación colectivos se refiere, de una lectura conjunta de los arts. 597, 604 y 605 TRLC podemos extraer la conclusión de que la Ley admite que el deudor pueda serlo tanto una persona natural como una persona jurídica. El legislador del TRLC ha optado por ampliar el elemento subjetivo de los acuerdos de refinanciación al incluir *expresamente* al deudor persona natural (normalmente lo será un empresario ya que se exige por el art. 598.1.1.º TRLC la presentación de un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial del deudor a corto o medio plazo). No obstante, hemos de advertir que también bajo la vigencia de la LC, el

deudor persona natural participaba en los acuerdos de refinanciación si bien a través de diversos laberintos legislativos<sup>99</sup>.

Segundo, el deudor que pretenda suscribir un acuerdo de refinanciación debe encontrarse en situación de *insolvencia actual* o *inminente*, así se desprende del art. 597 TRLC que, a diferencia de los arts. 71 bis y DA 4.<sup>a</sup> LC<sup>100</sup> establece formalmente este requisito de la insolvencia. En este supuesto cabría preguntarse si una empresa viable que no se encuentre por tanto, en situación de insolvencia (ni actual ni inminente), podría recurrir a estos acuerdos con el efecto que supone para los acreedores disidentes. Pues bien, el TRLC al establecer el requisito del *estado de insolvencia* para el acceso a los acuerdos de refinanciación impediría tal posibilidad, de manera que solo el deudor persona natural o jurídica en situación de insolvencia podrá alcanzar, en cualquier momento, un acuerdo de refinanciación.

Tercero, a tenor del art. 597 TRLC, los acuerdos de refinanciación son preconcursales y de carácter extrajudicial surgiendo en, consecuencia, necesariamente *antes* de la declaración de concurso. Por este motivo el legislador establece que el deudor no debe haber sido declarado en concurso, ya que de admitirse acuerdos de refinanciación en sede concursal, el deudor no estaría facultado para negociar su deuda con los acreedores al margen del régimen concursal previsto en el art. 269 TRLC<sup>101</sup>.

Por último, destacamos la regulación independiente del plan de viabilidad recogido en el art. 601 TRLC, así como la clarificación que introduce el legislador, respecto de la fuerza ejecutiva del Auto de homologación previsto en el art. 613 TRLC.

<sup>99</sup> Cfr. CERVERA MARTÍNEZ, *Los acuerdos...*, *op. cit.*,

<sup>100</sup> Atendiendo a la Exposición de Motivos del RDL 3/2009, la finalidad de los acuerdos de consistía en «facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia». No parece limitarlos a las empresas viables ni tampoco a empresas de las que no se pueda esperar que sobrevenga una insolvencia. A mayor abundamiento, la DA 4.<sup>a</sup> no impide que acudan a tales acuerdos de refinanciación deudores que se encontraran en situación de insolvencia actual, y no solo inminente, como tampoco se le exige al deudor ningún requisito de merecimiento a diferencia de lo que sucede en relación con la propuesta anticipada de convenio en el art. 105 LC.

<sup>101</sup> Esta posibilidad tampoco estaba contemplada en la LC, sin embargo traemos aquí el Auto del Juzgado núm. 1 de Madrid, de 18 de diciembre de 2018, en el que la empresa Isolux refinanció una deuda de 257 millones de euros para ganar un año adicional en el plazo para atender su amortización, pese a encontrarse la compañía en concurso de acreedores. Se trataba de la primera refinanciación en el seno de un procedimiento concursal donde los pagos de la deuda se atendieron con liquidaciones o con todo su pasivo en el marco de la negociación del convenio. La singularidad que lo hizo posible es que el administrador formuló la operación como un crédito contra la masa, es decir, devengado con posterioridad a la declaración de concurso de Isolux el día 12 de julio del ejercicio 2017.

## 4.2. La financiación nueva en el contexto de los acuerdos de refinanciación

Continuando con el desarrollo explicativo de las principales novedades incorporadas en relación con los acuerdos de refinanciación, corresponde a continuación centrarnos, sin ánimo de exhaustividad dados los límites de este trabajo, en la llamada *financiación nueva*, también conocida como privilegio de *dinero nuevo*, *fresh money* en la literatura anglosajona o *argent frais* en la francesa<sup>102</sup>.

En la conformación de un acuerdo de refinanciación surgen negociaciones más o menos complejas, pero en último extremo la renuncia o el sacrificio por algunos acreedores de una parte de su crédito o la postergación en el cobro de sus deudas facilita la conclusión, dentro de unos límites, de los acuerdos de refinanciación. Por el contrario, la obtención de financiadores que inyecten dinero líquido a una empresa en dificultad económica no es tan fácil si no se acompaña de medidas que garanticen una protección de los créditos financiadores. Esta protección se logra a través del mecanismo del dinero nuevo que persigue incentivar, en palabras del legislador, nuevos ingresos de tesorería —inyecciones de capital— a través de una refinanciación de deuda respecto de empresas que se encuentren en una situación de dificultad económica. Los fundamentos de política legislativa en relación con la financiación nueva resultan evidentes, ya que es comúnmente admitido que en cualquier proceso de refinanciación o reestructuración de empresas en situación de crisis una financiación nueva resulte esencial. Es necesario destacar, no obstante, que su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico no ha resultado sencilla debido, por una parte, a los diversos intereses en juego de los distintos acreedores crediticios y, de otra a los posibles abusos a los que podía dar lugar, de ahí las restricciones y en menor grado los controles que ha ido incorporando el legislador en las sucesivas reformas.

El reconocimiento legal de la financiación nueva en el Derecho español se articuló por primera vez a través del primer párrafo del art. 84.2.11.<sup>a</sup> LC que disponía que tendrán la consideración de créditos contra la masa «el 50 % de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de re-

---

<sup>102</sup> En Francia la reforma del año 2005 del art. 611-11 en relación con el art. 622-17 del CCo introduce el llamado *privilegio de la Conciliation*, que se concedía a cualquier sujeto, aunque con frecuencia serán las entidades financieras que en el marco de un acuerdo de conciliación homologado concedan financiación, obteniendo estos acreedores una mejor posición en el cobro, al reconocerse a estos créditos el carácter de prededucibles en un eventual procedimiento concursal. Con l'Ordonnance de 12 de marzo de 2014, este privilegio se extiende a todo el marco del procedimiento de *Conciliation*, no solo en relación con los acuerdos homologados.

financiación, en las condiciones previstas en el art. 71.6» y, en relación con la cuantía no reconocida como crédito contra la masa, establecía el art. 91.6.º LC que son créditos con privilegio general, «los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el art. 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa». En este segundo supuesto, el crédito seguía resultando privilegiado, se le reconocía como crédito preferente, aunque con una calificación más modesta que en el art. 84.2.11.º LC.

Actualmente el régimen de los créditos generados por nuevos ingresos de tesorería se recoge en el art. 704 TRLC que, en principio, sin grandes variaciones respecto de los preceptos arriba transcritos establece que:

- «1. En caso de concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación tendrá la consideración de créditos contra la masa el cincuenta % del importe de los créditos concedidos por acreedores o por terceros en ejecución de un acuerdo de refinanciación no rescindible que hubieran generado nuevos ingresos de tesorería.
2. La parte del crédito que no tenga la consideración de crédito contra la masa tendrá la consideración de crédito con privilegio general.
3. En ningún caso tendrán la consideración de créditos contra la masa o créditos con privilegio general los créditos de que fuera o hubiera sido titular cualquiera de las personas relacionadas con el deudor como consecuencia de préstamos o contratos de análoga finalidad o como consecuencia de aportaciones dinerarias realizadas en operaciones de aumento del capital de la sociedad deudora, aunque el aumento hubiera quedado sin efecto».

La única observación que hemos de hacer en este momento es que si bien la regulación resulta muy similar a la del régimen anterior encontramos, sin embargo, algunos cambios de matiz o de redacción, incluyendo la corrección de algunas deficiencias de técnica legislativa.

En este contexto es necesario advertir que incentivar la financiación tanto preconcursal como postconcursal<sup>103</sup> de empresas en situación de

<sup>103</sup> En relación con el privilegio del *fresh money* postconcursal, la reforma del art. 100.5 LC como consecuencia de la Ley 38/2011 permite que tengan la consideración de créditos contra la masa y por tanto, también prededucibles, en virtud del art. 82.2.11.º LC, *los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad*, lo que implica que la declaración de concurso ya se ha producido, de manera que en palabras de PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 458 «puede hablarse así de un privilegio para el “*fresh money*” postconcursal ex art. 84.2.11.º LC, que coexistiría con la previsión contenida en el art. 100.5 LC de remisión al ámbito de autonomía de la voluntad de las partes del tratamiento que dichos créditos recibirían, en una eventual liquidación, en sede de clasificación crediticia, precepto este que mantiene su vigencia y no ha sido objeto de modificación en su redacción en virtud de la Ley 38/2011».

crisis, pasa no solo por la protección de las refinanciaciones en sede de negociación e incluso de ejecución (ex art. 5 bis LC, art. 71.6 LC, DA 4.ª LC, actualmente arts. 242 y 280 TRLC) sino, sobre todo, por procurar al acreedor la certeza de que si el concurso ya está declarado, o lo va a estar, su crédito recibirá un trato privilegiado. Se pretende así compensar los riesgos asumidos durante la operación de financiación. No obstante es preciso señalar que la protección que otorga el legislador a los acreedores de dinero nuevo *preconcursoal* no es exactamente la misma que para los acreedores de dinero nuevo *postconcursoal*, ya que en el primer caso, solo el 50 % del crédito gozaría de la consideración de crédito contra la masa (el otro 50 % adquiere la condición de crédito con privilegio general de sexto grado), mientras que en el segundo caso, el 100 por cien del dinero nuevo, en caso de que fracase el convenio concursual, se protege como crédito contra la masa<sup>104</sup>. Posiblemente el diferente grado de protección de los acreedores que hayan realizado nuevos ingresos de tesorería en sede *concursoal* resida en el mayor control tanto judicial como por parte de la administración concursual, razón por la cual la totalidad de sus créditos adquiere esa mayor protección<sup>105</sup>.

Como hemos mencionado anteriormente, el privilegio que se establece para estos créditos participantes de la refinanciación que consistan en nuevos ingresos de tesorería escapa del régimen general de composición de la masa pasiva en relación con la clasificación de los créditos concursales contenido en los arts. 84 y ss. LC y arts. 242 y ss. TRLC. Se trata de incentivos *concursoales* por ser negociados a la sombra de la liquidación concursual que actuará para el caso de que los acuerdos de refinanciación —o eventualmente el convenio concursual— fracasen.

Si los principios de política jurídica sobre los que se apoya el reconocimiento legal de la financiación nueva son admitidos por todos, no sucede lo mismo en relación con sus límites y extensión. Por esta razón resulta necesario examinar a continuación, siquiera brevemente, los requisitos que los preceptos antes mencionados exigen para dar cumplimiento a este nuevo privilegio:

En primer lugar, en lo que concierne al origen del dinero nuevo, con frecuencia este privilegio tiene un único destinatario: acreedores profesionales, normalmente bancos e instituciones financieras que pueden ser a su vez acreedores o no del deudor común. Aunque desde la reforma introducida por la Ley 38/2011, no se alude directamente a ello ya que no existe un *dinero nuevo profesional*, sin embargo, la liquidez a la que alu-

<sup>104</sup> VAQUERIZO ALONSO, A., «La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (Fresh money) en las reestructuraciones preconcursales», *ADCo*, núm. 48, 2019, pp. 41-85.

<sup>105</sup> *Vid.* VAQUERIZO.

de el legislador suele proceder normalmente de estos financiadores profesionales. Por este motivo son las entidades financieras las que asumen unos riesgos concretos que no asumirían otro tipo de refinanciadores<sup>106</sup>. A esto hay que añadir la posibilidad de que personas vinculadas con el deudor queden excluidas del privilegio de la financiación nueva, tal y como se desprende expresamente del art. 704.3 TRLC donde eliminándose de manera acertada, la referencia *al propio deudor* del art. 84.11.3.º LC donde disponía que «esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad». No es posible que el deudor se refincie a sí mismo y adquiera privilegio alguno como consecuencia de ello<sup>107</sup>.

En segundo lugar, en relación al destino que se deben dar a la financiación nueva o *dinero nuevo*, tampoco hay un pronunciamiento expreso del legislador, sin embargo, de una lectura conjunta de los arts. 84.2.11.ª LC y 704.1 TRLC sí encontramos un matiz que pudiera tener un significativo resultado. En la LC el dinero nuevo gozaría de la protección como crédito contra la masa en un 50 % siempre supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en *el marco de un acuerdo de refinanciación*, mientras que en el art. 704.1 TRLC la referencia al privilegio de la nueva financiación se circunscribe a aquella realizada *en ejecución de un acuerdo de refinanciación*. Con ello podemos interpretar que el dinero nuevo debe destinarse a sufragar el conjunto de operaciones y gastos del plan de viabilidad resultando más difícil la posibilidad de que se pueda incluir en este concepto la llamada financiación nueva *provisional* actualmente no regulada ni en

<sup>106</sup> Con frecuencia se apunta a los riesgos que las entidades financiadoras asumen en relación con la crisis del deudor y a la necesidad de dar cumplimiento al régimen de provisiones fijado por el Banco de España en la Circular 3/2014, como justificación del privilegio del *fresh money*. No es de esta opinión, AZNAR GINER, *Los acuerdos de refinanciación...*, op. cit., pp. 276 y ss., para quien «las entidades de crédito no asumen un mayor riesgo que, por ejemplo, un proveedor del deudor que le suministra mercancía a crédito. Ciertamente las primeras se ven sometidas por el Banco de España a un severo régimen de provisiones por morosidad. Pero también disfrutaban de una suerte de mecanismos públicos de rescate de deterioro o crisis económica». No obstante, si el dinero nuevo obtenido por esta vía se destinara al pago de proveedores o en general de los créditos comerciales, sí cobraría de nuevo más sentido, el *privilegio* de que disfrutaban las entidades financieras.

<sup>107</sup> *Vid.*, especialmente sobre el particular, VELASCO SAN PEDRO, op. ult. cit., p. 53, para quien la norma es defectuosa por dos motivos, por referirse a créditos del *propio deudor* «en primer lugar [...] al referirse directamente a créditos del propio deudor. Aunque es concebible que alguien decida emplear nuevos fondos de los que ya era dueño en “su” empresa, trayéndolos de otras finalidades (por ejemplo, del ahorro destinado a cubrir necesidades personales o familiares), es obvio que nunca puede haber aquí un crédito —ni contra la masa, ni de cualquier otro tipo—, porque nadie puede ser deudor de sí mismo. En segundo lugar, al excluir a los fondos suministrados a través de una operación de *aumento de capital*, ya que en este caso los fondos pasan a integrarse en el patrimonio de la sociedad que aumenta su capital y, en caso de concurso y de subsistir, formarían parte de la masa activa».

la LC ni en el TRLC pero sí contemplada en el art. 17 de la Directiva (UE) 2019/1023<sup>108</sup>.

Por otra parte y enlazando con lo anterior, los arts. 71. bis.1.a) LC, 84.2.11.<sup>a</sup> de la LC y 704 TRLC, consideran que el dinero nuevo deberá destinarse a *garantizar la continuidad de la actividad y no para amortizar crédito*<sup>109</sup>. La protección del dinero nuevo solo debe concederse a la financiación *necesarias y adecuadas* entendiendo por tales, en palabras del legislador comunitario, *aquella que sea razonable y necesaria inmediatamente para la negociación de un plan de reestructuración* [art. 18 Directiva (UE) 2019/1023]. Se trata de evitar abusos que puedan ser cometidos, dado el control más laxo que se ejerce sobre el dinero nuevo en sede *preconcurso*, mediante una refinanciación en las que, por ejemplo, se cancelen deudas preexistentes sustituyéndolas por otras con mayores o con mejores garantías.

En tercer lugar, el legislador solo contempla una única opción de financiación o de apoyo al deudor: *nuevas aportaciones de tesorería*. Respecto del concepto de *nuevas aportaciones de tesorería* surge la duda de si por tales debe entenderse, exclusivamente, las realizadas mediante préstamos o cuentas de crédito, esto es, aportaciones dinerarias líquidas y en metálico o, si por el contrario, puede ampliarse también a otras figuras de financiación habituales en la práctica bancaria, tales como líneas de descuento, *factoring*, *confirming* o concesiones de avales<sup>110</sup>. Ahora bien, en lo que respecta al *confirming* y a la concesión de avales por parte de la entidad financiera, al no ser propiamente nuevos ingresos de tesorería puesto que se trata de pagos realizados por las

<sup>108</sup> Establece la Directiva 2019/1023 en su art. 17 que: «1. Los Estados miembros garantizarán que se proteja adecuadamente la nueva financiación y la financiación provisional. Como mínimo, en el caso de una posterior insolvencia del deudor:

a) la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o ineficaces».

<sup>109</sup> Dado que los nuevos ingresos de tesorería han de obtenerse en el marco de un acuerdo de refinanciación y que estos deben responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial, parece claro que este ha de ser el destino del *dinero nuevo*. En este sentido, ESTEBAN RAMOS, «Los acuerdos de refinanciación...», *op. cit.*, p. 69; también, PAVÓN NEIRA, *Institutos concursales y refinanciación de deudas*, Barcelona, 2013, p. 79, al decir que «el plan de viabilidad contendrá una previsión de gastos (aprovisionamientos, laborales, generales y financieros) en los que habrá de incurrir el deudor para sostenimiento de su capacidad productiva, cuyo pago estará contemplado en el citado plan, sin que quepa deducir que los beneficiarios de los mismos deben ser acreedores firmantes para sostener tal aplicación del *fresh money* permita el reconocimiento del privilegio del dinero nuevo».

<sup>110</sup> En relación con el *factoring* y las líneas de descuento la doctrina se muestra favorable a su admisión en cuanto supongan nueva liquidez a disposición del deudor, en este sentido, *vid.* AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, p. 280; también, PAVÓN NEIRA, *Institutos concursales...*, *op. cit.*, p. 78. Sin embargo, respecto del *confirming* y la concesión de avales por parte de la entidad financiera, al no ser propiamente nuevos ingresos de tesorería ya que no se trata de una inyección de dinero líquido sino de pagos realizados por las entidades financieras por cuenta del deudor, la aplicación del privilegio de dinero nuevo a estos supuestos resulta cuestionable.

entidades financieras por cuenta del deudor, la aplicación del privilegio de dinero nuevo a estos supuestos resultaría cuestionable.

En cuanto al contenido de este privilegio, el estímulo para que los terceros inyecten tesorería vinculado a un plan de viabilidad en el marco de un acuerdo de refinanciación constituye el contenido del privilegio de dinero nuevo. En este contexto, todos los acreedores del deudor común desde la declaración de concurso quedarán integrados en la masa pasiva del concurso ex art. 49.1 de la LC y, en análogos términos art. 704 TRLC, si bien, los créditos de los financiadores gozarán de una doble condición:

El 50 % de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el art. 71.6 de la LC, tendrán la consideración de créditos contra la masa.

Los créditos no reconocidos como créditos contra la masa, que supongan nuevos ingresos de tesorería y sean concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, tendrán la consideración de créditos con privilegio general.

De un análisis detenido de estos preceptos se desprenden los siguientes comentarios:

En primer lugar, llama la atención la conexión de estas dos calificaciones, ya que un mismo crédito recibe *simultáneamente* la calificación de no concursal, la parte del créditos contra la masa, y concursal, la parte del créditos con privilegio general<sup>111</sup>. Por otra parte, la alteración en la calificación de estos créditos privilegiados, lleva a considerar como créditos no concursales, esto es, créditos contra la masa, a créditos generados *antes* del concurso<sup>112</sup>, resultando que los créditos correspondientes al 50 % restante adquieren la condición de privilegiados generales, privilegio del que el acreedor normalmente no disfrutaría<sup>113</sup>. En definitiva, desconocemos las razones que llevan al legislador a optar por una partición del crédito al 50 % entre créditos contra la masa y créditos con privilegio general<sup>114</sup>, teniendo en cuenta lo dispuesto, aun que de manera laxa, en el art.17 Directiva (UE) 2019/1023:

<sup>111</sup> En estos términos, VELASCO SAN PEDRO, «El régimen transitorio del *fresh money* de socios y otras personas especialmente relacionadas con el deudor», en *RDCP*, núm. 22, 2015, p. 52.

<sup>112</sup> Los créditos contra la masa se caracterizan precisamente por generarse una vez iniciado el concurso con la excepción de los créditos salariales de los últimos treinta días anteriores al concurso, ex art. 84.12.1.º LC.

<sup>113</sup> En este punto de ha de atender a lo que señala VELASCO SAN PEDRO, *op. ult. cit.*, p. 53, al señalar que la diferenciación en relación con un mismo crédito de dos calificaciones de sus créditos distintas conduce a «regímenes bien distintos, no solo de *orden de pago* —que es en lo único en lo que probablemente estaba pensando el legislador— sino de momentos de pago, devengo de intereses, sujeción al convenio, voto, etc., y que probablemente son en ciertos puntos excluyentes entre sí».

<sup>114</sup> Es más, en este punto se plantea AZNAR GINER, *op. ult. cit.*, pp. 278 y 279 del motivo por el que el legislador optó por la cifra del 50 % y no otra, «se ha aludido para justificar la citada

«1. Los Estados miembros garantizarán que se proteja adecuadamente la nueva financiación y la financiación provisional. Como mínimo, en el caso de una posterior insolvencia del deudor:

- a) la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o inejecutables, y
- b) a los prestadores de dicha financiación no se les podrá exigir responsabilidad civil, administrativa o penal por el motivo de que dicha financiación sea perjudicial para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurren otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional».

Quedaría abierta, por tanto, la posibilidad de que los Estados miembros, en la transposición de la Directiva, establezcan una regla de prioridad distinta a la que tenemos en la actualidad (50 % créditos contra la masa y el 50 % restante crédito con privilegio general).

Por otra parte, la consideración de créditos contra la masa exige que estos sean satisfechos a su vencimiento, sin embargo, el art. 84.3 LC y los arts. 245.1, 245.2 y 245.3 TRLC admiten que la administración concursal altere esta regla cuando lo considere conveniente «para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa». En este sentido, es necesario tener en cuenta el contenido del art. 176 bis LC y arts. 476 y ss. TRLC que se ocupan de las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, de manera que los créditos contra la masa procedentes de nuevos ingresos de tesorería, no se satisfarán conforme a su vencimiento sino en último lugar dentro del epígrafe *demás créditos* al no mencionarse expresamente en otro lugar. Todo ello, nos lleva a pensar que el privilegio puede quedar desvirtuado en los casos de suficiencia de la masa, lo que se contradice con la pretensión del legislador de procurar que esta regulación de financiación nueva incentive la conclusión de acuerdos de refinanciación con una específica ventaja para los acreedores financiadores.

---

limitación del privilegio, tal vez, al riesgo de financiaciones excesivas que puedan lastrar el patrimonio del concursado y al hecho que el aumento de los créditos contra la masa disminuye las posibilidades de cobro de los acreedores, debiéndose conciliar el apostar por mantener la viabilidad y funcionamiento de la empresa a través de la refinanciación con la imposibilidad de cobro para el resto de los acreedores si, fracasa tal intento y la empresa deviene en concurso, ya que la masa activa podría estar comprometida a la satisfacción de dichos créditos. Pero lo cierto es que el legislador ha optado por razones estéticas y de “justicia”, aplicando la conocida regla salomónica, o la más vulgar “café para todos”. También *vid.*, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, «*Fresh money...*», *op. cit.*, pp. 74 y ss., para quien hubiera resultado conveniente llegar a alcanzar el 100 por cien del crédito como crédito prededucible al modo de los ordenamientos jurídico francés e italiano, «ya que al financiador le incentiva no formar parte de la masa del concurso y no estar sometido a las reglas de comunicación y clasificación de crédito, lo que solo se consigue por la vía de la prededucción».

Por último, en virtud del párrafo 3.º, del art. 84.2.11.ª LC y art. 704.3 TRLC, se trata de excluir de la calificación de créditos contra la masa a aquellos créditos que procedan ya no del *propio* deudor sino de personas especialmente relacionadas con él en el ámbito de determinadas operaciones. La técnica empleada, sin embargo, en origen resulta defectuosa al tiempo que trata de forma diferente la financiación externa de la interna, perjudicando especialmente a esta última<sup>115</sup>. Por este motivo y por la situación de crisis económica, la DA 2.ª de la Ley 17/2014 suspendió la aplicación del régimen establecido en los arts. 84.2.11.ª y 91.6 LC durante un plazo de dos años desde su entrada en vigor, de forma que los créditos que supusieran nuevos ingresos de tesorería y fueran concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones establecidas en el art. 71 bis o en la DA 4.ª, tendrían la consideración de créditos contra la masa en su *integridad* hasta el importe del nuevo ingreso. Llama la atención la extensión que hacía el legislador a los créditos que reunieran estas condiciones realizados por el propio deudor y por personas especialmente relacionadas, salvo cuando la financiación procediera de un aumento de capital. Transcurrido este plazo de dos años, resultaba de aplicación para estos créditos el art. 84.2.11.ª con la regla del 50 % de preeducibilidad establecida inicialmente.

Esta situación cambia con el art. 242.14 TRLC cuyo párrafo 2.º establece que «no tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos nacidos durante la fase de cumplimiento del convenio, de que fuera o hubiera sido titular cualquiera de las personas especialmente relacionadas con el deudor», precepto que debe ser entendido en relación con el régimen previsto en los arts. 9.3 y 12 del RDL 16/2020, de manera que los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, *insiders*, para que puedan ser considerados créditos contra la masa se deberán haber concedido como consecuencia de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma siempre que consistan en ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza. Por el contrario, en los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma tendrán la consideración de créditos ordinarios los derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él. Se trata

---

<sup>115</sup> Perjudicando la financiación interna, en este sentido, *vid.* PULGAR EZQUERRA, «*Fresh money...*», *op. cit.*, pp. 67 y ss.

en este caso de una financiación al margen de un acuerdo de refinanciación, algo que ya se había regula en el 2014 con la DA 2.<sup>a</sup> de la Ley 17/2024 como hemos visto anteriormente.

En definitiva, las consecuencias de la aplicación del TRLC desde el 1 de septiembre de 2020 y así como la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 a nuestro ordenamiento jurídico serán objeto de estudio en próximos trabajos.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA ANEGÓN, G., *El Anteproyecto de Ley concursal y el Registro de la Propiedad. Borrador del Anteproyecto de 1995*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997.
- ALCOVER GARAU, G., «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», *RdS*, núm. 6, 1996.
- «La Ley 22/2003, de 8 de julio, concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970.
- ALTMAN, E., «A Further Empirical investigation of the Bankruptcy Cost Question», *Journal of finance*, September, 1984.
- AMBROSINI S., y DEMARCHI, P., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., «Salgado de Somonte, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996.
- «El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao», en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005.
- ARIAS VARONA, J., *Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado*, monografía núm. 17, asociada a la RDCP, 2013.
- AZNAR GINER, E., *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Valencia, 2010.
- *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia, 2014.
- BAIRD, G.; GERTNER, R., y PICKER, J., *Game Theory and law*, Cambridge Harvard University Press, 1994.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en AAVV, ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003.

- «Ideas básicas de la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor Rojo», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- BISBAL MÉNDEZ, J., «El nuevo Derecho concursal francés», *RDBB*, núm. 19, julio-septiembre de 1985.
- *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Real Colegio de España, 1986.
- «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, núm. 215, 1994.
- BONFATTI, S., «Reforma concursal italiana vs. Reforma española», *RDCP*, núm. 8, 2008.
- BRUNET ICART, I., y PASTOR GOSÁLBEZ, I., *Ciencia, Sociedad y Economía*, Madrid, Fundamentos, 2003.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F., *Análisis económico del Derecho concursal español*, Madrid, 1986.
- CAIAFA, A., «La nueva disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005», *Dir. Fall*, núm. 5, septiembre-octubre de 2005.
- CANDELARIO MACÍAS, M. I., *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1995.
- CARRERAS LLANSANA, J., *Situación actual del Derecho concursal español*, Barcelona, Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 1986.
- CASTIELLO D'ANTONIO, A., «La evolución legislativa del Derecho concursal italiano», *RDCP*, núm. 14, 2011.
- CERDÁ ALBERO, F., «La irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis de la Ley Concursal», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, Madrid, Colex, 2000.
- *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección Estudios Económicos, núm. 25, Barcelona, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 2001.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., *Los acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2020.
- COLE, G. M., «El Derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global», *RDCP*, núm. 15, 2011.
- CUESTA RUTE, J. M., y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E., en CUESTA RUTE (dir.), *Derecho Mercantil II*, Madrid, 2014.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Pamplona, 1984.
- DIXON, A., *Señor monopolio: la asombrosa vida de Juan March*, Madrid, 1985.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Constitución económica y Derecho mercantil», en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979.
- «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, XXXIII, 1980.
- «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, RDP, 1981.
- «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, 2005.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía núm. 6, asociada a la *RDCP*, Madrid, 2007.

- ESTEBAN RAMOS, L. M., «Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los presupuestos de la declaración de concurso», en AAVV, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b)]*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- «Sobre la preconcursal y la prevención de la insolvencia», en AAVV, ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
  - «El régimen jurídico preconcursal de los “acuerdos de refinanciación” (DA 4.ª LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2010.
  - «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”: el expediente registral preconcursal», *ADCo*, núm. 21, 2010-2013.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y posibilidad de no presentar declaración de concurso», *RDCP*, núm. 12, 2010.
- «Prevención de la insolvencia y *fresh money*. Modelos comparados y propuesta de reforma», *RDCP*, núm. 15, 2011.
- FLORES SEGURA, M., «El “sacrificio desproporcionado” de los acreedores financieros», *Almacén de Derecho*. [Consultado el 26 de octubre de 2019]. Disponible en <https://almacendederecho.org/sacrificio-desproporcionado-los-acreedores-financieros>.
- GALÁN CORONA, E., «Memoria e informe de gestión. Artículos 199 a 202 de la Ley de Sociedades Anónimas», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, Madrid, 2000.
- GALBRAITH, J. K., *Historia de la economía*, traducción de Hernán Rodríguez Campoamor, Barcelona, 1989.
- GALGANO, F., *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, 1981.
- *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, 1990.
- GALLE, P. R., *Reforme du Droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Paris, 2005.
- GARCÍA CRUCES, J. A., *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis*, Madrid, 2013.
- GARCÍA DELGADO, J. L., *Lecciones de economía española*, Pamplona, 2012.
- *Lecciones de economía española*, en GARCÍA DELGADO (dir.), Pamplona, 2013.
- GARCÍA GALLO, A., *Curso de historia del Derecho español*, vol. II, Madrid, 1958.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en AAVV, *Derecho Concursal*, patrocinado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- GARCÍA y RUESGA (coords.), *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.
- GARCÍA, N. E., y SANTOS, S. M., *¿Qué ha pasado con la economía española? La gran recesión 2.0 (2008 a 2013)*, Madrid, 2014.
- GARCIMARTÍN, «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concursal: el Real Decreto Ley 16/2020», *Almacén de Derecho* [consultado el 17 de

- julio de 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-preconcurso-el-real-decreto-ley-162020>.
- GARICANO, L., *El dilema de España*, Barcelona, 2014.
- «El capitalismo después del Coronavirus», disponible en [https://www.elconfidencial.com/multimedia/video/mundo/2020-07-05/olivier-blanchard-economista-garicano\\_2668615/](https://www.elconfidencial.com/multimedia/video/mundo/2020-07-05/olivier-blanchard-economista-garicano_2668615/).
- GARRIDO GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999.
- GARRIGUES, J., «Derecho de las quiebras y de la suspensión de pagos», *RDP*, t. XXIV, núm. 281, Madrid, 1940.
- *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1962.
- GIRÓN TENA, J., *El concepto de Derecho mercantil*, ed. separada del ADC, Madrid, 1954.
- «Introducción (Temario para una encuesta)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985.
- GONDRA ROMERO, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico comparada», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- «Del Derecho de la economía a la moderna economía del Derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica)», en AAVV, *Ensayos de economía: en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la Facultad*, Bilbao, 1981.
- «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985.
- «Funcionalidad del sistema concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ DE ECHEVARRI, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922*, Valladolid, 1932.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebra*, Madrid, 1856.
- GONZÁLEZ MÉNDEZ, V. M., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, F., «Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de insolvencia y transferencias de riqueza», *Investigaciones económicas*, núm. 24, 2000.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., «Las costas en la Ley Concursal», *RDCP*, núm. 5, 2006.
- GRANATA, E., «Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencia del sistema bancario italiano», en ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley concursal*, Madrid, 2009.
- GUYON, Y., *Droit des affaires*, vol. II, Paris, 2003.
- HUERGO LORA, «Estado de alarma en el país de los Decretos-Leyes», *Almacén de Derecho* [consultado el 17 de junio de 2020]. Disponible en <https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>.
- ILLESCAS ORTIZ, R., «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», en AAVV, *La reforma del Derecho concursal*, CDC, monográfico, 1997.

- «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración», en AAVV, BELTRÁN, GARCÍA CRUCES y PRENDES (dirs.), *La Reforma Concursal, III Congreso español del Derecho de la Insolvencia*, Pamplona, 2011.
- Informe del Consejo General de la Abogacía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2001.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista del Poder Judicial*, núm. 12, septiembre de 1984.
- Informe del Consejo Superior Bancario sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, *RDBB*, núm. 15. julio-septiembre de 1984; monográfico del Anteproyecto de la Ley Concursal publicado por la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, núm. 8, 1985.
- Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 10 de octubre de 2001.
- INZITARI, B., «Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi», disponible en [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Foglio d'informazione giuridica.
- JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006.
- *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2013.
- JACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio», monografía núm. 16 asociada a la *RDCP*, 2012.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ J., «Ante una posible reforma del Derecho concursal español», Sevilla, Discurso de apertura del curso académico 1978-1979 en la Universidad de Sevilla, 1978.
- «Las soluciones jurídicas de la crisis económica», en AAVV, *La reforma del Derecho de quiebra*, Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Fórum Universidad-Empresa, 1981.
- «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de ese sector de nuestro Ordenamiento jurídico», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, 1998.
- Jornadas de magistrados especialistas mercantiles, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, los días 15 a 17 de octubre de 2014.
- JORRO MIRANDA, J., *La suspensión de pagos*, Valencia, 1902.
- LAWLESS, R. M., «La Ley concursal estadounidense de 2005. Como llegamos a ella y hacia dónde vamos», *RDCP*, núm. 8, 2008.
- LEÓN SANZ, F. J., «La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales», *Working Paper IE Law School*, núm. 216, 2014.
- LLOPIS, E., y MALUQUER DE MOTES, J., *España en crisis. Las grandes depresiones económicas, 1348-2012*, Barcelona, 2013.
- LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000.
- LOPUCKI, L. M., y DOHERTY W., «The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy reorganization Case», *Empirical Legal Stud*, vol. I, 2004.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., «Información financiera y preconcursalidad», en *RDCP*, núm. 18, 2013.
- MELEDO-BRIAND, D., *Nature du Droit des Entreprises en Difficulté*, Rennes, 199

- MENÉNDEZ REQUEJO, S., «Estructura de capital de la empresa española ante problemas de riesgo moral y selección adversa», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, núm. 10, 2001.
- MORRISON, E., «Bargaining around Bankruptcy: Small Business Workouts and State Law», disponible en <http://papers.ssrn.com>.
- NAVARRINI, U., *La quiebra*, trad. española de De Hernández Borondo, Barcelona, 1943.
- OLIVENCIA RUIZ, J. «Soluciones jurídicas a la crisis empresarial», en *La reforma del Derecho de quiebras: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, Civitas, Fundación Universidad-Empresa, 1982.
- «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en AAVV, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985.
  - «La suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio», en AAVV, MENÉNDEZ (dir.), *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986.
  - «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *RDCP*, núm. 1, 2003.
  - «El Derecho mercantil, origen y evolución histórica», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, 2009.
  - «Del concurso y tiempos de crisis», *RDCP*, núm. 11, 2009.
  - «El Real Decreto Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», en *RDCP*, núm. 12, 2010.
  - «La reforma de la Ley Concursal», *RDM*, núm. 285, julio-septiembre de 2012.
  - «Reforma concursal y crisis económica», *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012.
  - «Concurso y precurso», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- ORTIZ MÁRQUEZ, M., *Las modificaciones estructurales y el procedimiento concursal*, disponible en [www.dspace.ceu.es](http://www.dspace.ceu.es).
- PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 1997.
- PAVÓN NEIRA, C., *Institutos preconcursales y refinanciación de deudas*, Barcelona, 2013.
- PÉREZ DE LACRUZ BLANCO, A., «Cuestiones en torno al convenio de quiebra», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. R. Uría*, Madrid, 1978.
- PÉROCHON, F., «El nuevo Derecho francés de empresas en dificultad surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvagarde*) de las empresas», *RDCP*, núm. 8, 2008.
- «La prevención de la crisis en el Derecho francés», *RDCP*, núm. 15, 2011.
  - «Financiación de socios y reforma del Derecho concursal francés», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- PÉROCHON, F., y BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, 2006.
- PIÑEL LÓPEZ, E., «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», *RDCP*, núm. 11, 2009.
- PIRAS, A., en AAVV, *Diritto Fallimentare*, Milano, 2008.
- PROVINCIALI, R., *Tratado de Derecho de Quiebra (notas yitaciones de Ramírez)*, vol. III, 1958.
- PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, 1988.

- Proyecto de Ley Concursal de 1979* elaborado por las Secciones de Derecho fiscal, mercantil y procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de abogados de Barcelona, *vid.* este anteproyecto en *RJC*, núm. 1, 1981, pp. 7 y ss.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.
- «La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RdS*, año IV, 1996.
  - «Insolvencia: Conservación *versus* liquidación», en AAVV, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002.
  - *El concurso de acreedores. La declaración de concurso*, Madrid, 2009.
  - «Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RD Ley 3/2009», en ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo*, Madrid, 2009.
  - «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», *RDCP*, núm. 11, 2009.
  - «Acuerdos de refinanciación y Escudos protectores en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003», *Diario La Ley*, núm. 7731, 2011.
  - «Acuerdos de refinanciación y “fresh money”», *RDCP*, núm. 15, 2011.
  - «Fresh Money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011», *RDCP*, núm. 16, 2012.
  - «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en AAVV, PULGAR EZQUERRA (dir.), *El concurso de acreedores*, Madrid, 2012.
  - «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y forma concursal», *Diario La Ley*, núm. 8271, 14 de marzo, 2014.
  - «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al Derecho español», *Estudios de Derecho Empresario*, Córdoba, 2014.
  - *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012.
  - «Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos de refinanciación» en *RDCP*, núm. 22, 2015.
- RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, 3 vols., 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1998.
- REHME, P., *Historia universal del Derecho Mercantil*, Madrid, 1947.
- ROCCO, A., «Studi sulla teoria generale del fallimento», *Riv. Dir. Comm.*, 1910.
- *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1907.
  - *Il fallimento. Teoria Generale e origine storica*, Milano, 1967.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «El precurso tras la COVID-19», *Diario La Ley*, núm. 9677, Sección Tribuna, 20 de julio de 2020.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I., «Reflexiones y propuestas en materia concursal y preconcursal para la crisis producto del SARS-CoV2», Almacén de Derecho (consultado el 27 de abril de 2020), <https://almacenederecho.org/reflexiones-y-propuestas-en-materia-concursal-y-preconcursal-para-la-crisis-producto-del-sars-cov2>.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., en MENÉNDEZ y ROJO (dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2014.
- «El estado de crisis económica», *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, Forum Universidad-empresa, 1982.

- «La reforma del Derecho concursal español», en AAVV, ROJO (dir.) y CAMPUZANO (coord.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003.
- «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», *RPJ*, núm. 33, 1994.
- «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985.
- «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975.
- «La reforma del Derecho concursal español», en AAVV, Á. ROJO (dir.) y A. B. CAMPUZANO (coords.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003.
- en URÍA y MENDOZA (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; BELTRÁN, E., y CAMPUZANO, A. B., *Legislación y Jurisprudencia concursales*, Pamplona, 1997.
- RUBIO VICENTE, P., «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», *RDCP*, núm. 4, 2006.
- RUBIO, J., «El principio de conservación de la empresa y la disolución de las sociedades mercantiles», *RDP*, 1935.
- SACRISTÁN REPRESA, M., «El convenio anticipado en la Ley concursal. (Notas sobre su régimen específico)», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. I, Barcelona, 1974.
- *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. III, Barcelona, 1974.
- SAINT ALARY-HOUIN, C., «La loi de sauvegarde des entreprises, des nouvelles procédures, pour des nouvelles stratégies», *RPC*, núm. 13, 2007.
- *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995.
- *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006.
- *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2014.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Refinanciación y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- «Comentario al art. 1.1», en AAVV, SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004.
- «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, núm. 22, 2014.
- SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis-Maria-Luisa-Sanchez-Paredes.pdf>.
- SANTARELLI, U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTINI, G., «Crisis empresarial en la economía de mercado», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1982.
- SCHMIDT, K., «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán», *ADCo*, núm. 10, 2007-1.
- SENÉS, C., «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *RDC*, vol. I, núm. 1, enero-marzo de 2014.

- TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *ADC*, t. LXII, 2009.
- «El “interés concursal”. Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, t. LXII, 2009.
- TORRES DE CRUELLES, J., «Nota crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal», *RJC*, 1959.
- *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1959.
- URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1998.
- VACAS MEDINA, L., «L'autonomía del Derecho concursal», *Dir. Fall.*, 1957.
- VAQUER MARTÍN, F. J., «La homologación judicial de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- VAQUERIZO ALONSO, A., «La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (*Fresh money*) en las reestructuraciones preconcursales», *ADCo*, núm. 48, 2019.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., «De las fases de convenio o liquidación», en AAVV, SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004.
- *Prólogo a la edición facsímil del Código de Comercio de 1829*, Valladolid, 2004.
- «El régimen transitorio del *fresh money* de socios y otras personas especialmente relacionadas con el deudor», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- «El tratamiento de las distribuciones a los socios», en ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ESTEBAN VELASCO (dir.), *La modernización del Derecho de sociedades en España. Cuestiones pendientes de reforma*, II, Pamplona, 2011.
- «La apertura de liquidación a solicitud de legitimado», en ROJO, QUIJANO y CAMPUZANO (dirs.), *La liquidación de la Masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, Navarra, 2014.
- «La modificación del convenio», en *ADCo*, núm. 34, enero de 2015.
- *El crédito castellano de Valladolid (1862-1889). La quiebra de una ilustración*, Valladolid, 2020.
- VICENT CHULIÁ, F., «Del concurso de acreedores y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación», *RDCP*, núm. 22, 2015.
- VIÑUELAS SANZ, M., «El nuevo procedimiento de “Sauvagarde Financière Accéléree” en Derecho francés», *ADCo*, núm. 29, mayo-agosto de 2013.
- WARREN, E., y WESTBROOK, J. L., *The Law of Creditors and its Debts*, Little Brown and Company, 2006.
- WEIS, L. A., «Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims», en BHANDARI y WEIS, *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, New York, Cambridge University Press, 1996.
- ZAMBRANA MORAL, P., *Derecho concursal histórico I*, Barcelona, 2000.



# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> , por Luis Velasco San Pedro .....	9
<b>ABREVIATURAS</b> .....	15
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	17

## CAPÍTULO I

### **SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTADES**

1. INTRODUCCIÓN .....	23
2. LOS FINES DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO.....	29
2.1. Derecho romano.....	29
2.2. Derecho intermedio.....	32
2.3. Derecho moderno.....	35
2.3.1. La obra de Salgado de Somoza.....	36
2.3.2. Las Ordenanzas de Bilbao.....	38
2.4. Derecho concursal español previgente.....	40
2.4.1. Código de Comercio de 1829.....	42
2.4.2. Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre Quiebra de las Compañías de Ferrocarriles, Canales y demás Obras Públicas .....	45
2.4.3. Código de Comercio de 1885.....	47
2.5. Reformas del Derecho concursal español.....	50

	Pág.
2.5.1. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959.....	51
2.5.2. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.....	53
2.5.3. Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 ....	56
2.6. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	58
3. MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL....	63
4. CONCLUSIONES .....	66

## CAPÍTULO II

### **LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA EN ESPAÑA. LAS ALTERNATIVAS AL CONCURSO DE ACREEDORES**

1. CAMBIO DE RUMBO EN LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL Y APARICIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS DE POLÍ- TICA JURÍDICA. LA DESPRIVATIZACIÓN DE LOS INSTITUTOS CONCURSALES TRADICIONALES.....	71
2. LA FUNCIÓN TRADICIONAL DE LAS INSTITUCIONES CON- CURSALES Y LOS FINES DEL DERECHO CONCURSAL.....	78
3. EL DERECHO DE LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA. DE LA DESPRIVATIZACIÓN A LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DE- RECHO CONCURSAL.....	86
4. LA PRECONCURSALIDAD Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIA- CIÓN.....	96
4.1. La preconcursalidad con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal .....	100
4.2. El tratamiento de la preconcursalidad en la Ley Concur- sal 22/2003, de 9 de julio .....	109
4.3. El tratamiento de la preconcursalidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal .....	115
4.4. Soluciones reorganizativas para la prevención de la insolvencia. Composiciones o arreglos estrictamente privados.....	121

## CAPÍTULO III

### **LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

1. PLANTEAMIENTO: AUSENCIA Y NECESIDAD DE REGULA- CIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	129
2. LA INTRODUCCIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIA- CIÓN: EL REAL DECRETO LEY 3/2009.....	132
3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADOS Y DEL LLAMADO «PRECONCURSO»: LA LEY 38/2011 Y ULTERIORES .....	140

	Pág.
3.1. La llamada situación preconcursal. La comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación .....	142
3.2. Acuerdos de refinanciación y la rescisión concursal .....	148
3.2.1. Acuerdos de masa .....	152
3.2.2. Acuerdos individuales.....	157
3.3. La homologación de los acuerdos de refinanciación .....	159
4. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....	168
4.1. Novedades en la regulación de los acuerdos de refinanciación .....	170
4.2. La financiación nueva en el contexto de los acuerdos de refinanciación .....	173
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>183</b>

