



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

“LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN”

Presentado por María Lobo Yagüe

Tutelado por José Luis Pozo Martínez

Segovia, 4 de Julio de 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: De los acuerdos de refinanciación.....	5
1.1. Definición.....	5
1.2. ¿Por qué un acuerdo de refinanciación.....	12
1.3. . Resultado de acuerdos de refinanciación.....	14
CAPÍTULO II. DE la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, 22/2003 de 9 de Julio.....	20
2.1 Tipos de acuerdos de refinanciación.....	21
2.1.1. Acuerdos atípicos.....	21
2.1.2. Acuerdos en los que concurren los requisitos legales.....	22
2.2 Contenidos necesarios de los acuerdos de refinanciación.....	23
2.2.1. Necesidad de continuación con la actividad empresarial.....	23
2.2.2. Contenido financiero típico y mínimo del acuerdo de refinanciación.....	24
2.2.3. Contenidos adicionales del acuerdo de refinanciación.....	24
CAPÍTULO 3: De los presupuestos subjetivo y objetivo de los acuerdos de refinanciación.....	28
3.1 Presupuesto subjetivo.....	29
3.2 Presupuesto objetivo.....	31
CAPÍTULO 4: De la protección legal en situación concursal de los acuerdos de refinanciación.....	34
CONCLUSIÓN.....	37
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38
ANEXO I	
Auto del Juzgado de Primera Instancia de Lugo, de 1 de febrero de 2013.	
ANEXO II	
Sentencia núm. 122/2013, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de 25 de febrero de 2013	

CAPÍTULO I: De los acuerdos de refinanciación

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado (en adelante, TFG) pretende el análisis de los acuerdos de refinanciación en el marco de una situación de crisis económica de un deudor, persona física o jurídica.

La razón de la elección de este tema se debe a la gran relevancia que han adquirido los acuerdos de refinanciación en la situación económica actual, tras la primera gran crisis del siglo XXI. Dichos acuerdos se han convertido en la principal herramienta, recomendada por el ordenamiento jurídico, con vistas a evitar la disolución y liquidación de las empresas y, por tanto, lograr la conservación y supervivencia de las mismas, con las consiguientes repercusiones positivas para la economía española.

El ámbito en el que se encuadran los acuerdos de refinanciación es la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* (en adelante, *Ley Concursal*). Si bien su existencia no data desde la promulgación de la Ley, sino desde una de sus reformas, la operada en 2009 a través 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* (en adelante *RD L 3/2009*).

Como se ha señalado, su surgimiento nace como consecuencia del deterioro de la situación económica española. La crisis que asoló a nuestro país a partir de 2007 afectó a todos los ámbitos de la sociedad, incidiendo especialmente en el sector empresarial. Han sido muchas las empresas que se han visto abocadas al concurso, con los terribles efectos que ello tiene sobre trabajadores, acreedores y tejido empresarial de un país, comunidad autónoma, provincia o localidad.

1.1. DEFINICIÓN

Los antecedentes normativos de la Ley Concursal en materia de acuerdos de refinanciación son escasos a pesar de ser reclamados por gran parte de la doctrina en aras de establecer una regulación para la desatendida preconcursalidad o prevención de la insolvencia. Hasta 2009 no se contemplaban mecanismos preconcursales con carácter preventivo.

El ordenamiento jurídico referido al Derecho Concursal anterior a la aprobación de la Ley de 2003 conducía, casi exclusivamente, a la liquidación del patrimonio del deudor. Esa era la solución definitiva, si bien el legislador permitía acuerdos entre el deudor y sus acreedores¹ sobre la base de la autonomía de la voluntad siempre respetando, en consonancia con las indicaciones de Sánchez Calero Guilarte (2009), *la ley, la moral y el orden público*², éstos

¹ En la reforma de la LC no se establece requisito alguno sobre el número de acreedores participantes en el acuerdo de refinanciación, pudiendo intervenir uno o varios o la totalidad de acreedores. En el supuesto de ser varios acreedores, no es preciso que el acuerdo se formalice conjuntamente, se abre la posibilidad a ser alcanzado sólo con algunos de ellos.

² Sánchez Calero Guilarte, J. *Refinanciación y reintegración concursal*. Madrid (2009). pág. 42, en relación con el deudor y los acreedores que participen en el acuerdo dando expresamente su consentimiento.

prácticamente eran inexistentes, por su poca práctica y la escasa base normativa que los amparaba.

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal daba buena cuenta de esta limitación, manifestando al respecto que *“persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español (...). Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han sido seguidas, (...) de soluciones legislativas, que pese a su reconocida urgencia y a los méritos internos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y economía de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y el principio de igualdad de tratamiento de acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y situaciones, que las normas reguladores de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente (...)”*³.

Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, enmarcada en un contexto de bonanza económica y hasta 2007, no se comprobó la inadecuación de algunas de sus previsiones. A pesar de ello, los juristas trataban de fomentar la consecución de acuerdos de refinanciación para las empresas en situación de preconcursalidad a través de una interpretación más elástica del ejercicio de las acciones rescisorias del art. 71 bis LC.

Afianzada la crisis económica, se promovió la necesaria regulación de dichos supuestos. Lo cual se formalizó a través de la reforma de la Ley Concursal por medio del Real Decreto-ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El propio texto del RD L 3/2009 justifica su desarrollo en el ordenamiento jurídico, indicando al respecto que *“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. (...) Las modificaciones contenidas (...) pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible la situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos”*⁴.

En consonancia con lo expuesto, durante este periodo previo a la aprobación de la reforma de la Ley Concursal, se manifestó una evidente falta de capacidad por parte de los Juzgados de lo Mercantil para absorber la avalancha de procedimientos concursales afectados en el tejido empresarial⁵. De este modo, se optó por el incremento de acuerdos extrajudiciales que posibilitasen soluciones preconcursales, rápidas y sin costes judiciales. Estos acuerdos se formalizaban principalmente con entidades financieras y su principal repercusión negativa

³ Véase el epígrafe I de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal.

⁴ No es voluntad del legislador reformar el sistema concursal articulado en la LC de 2003, por este motivo las modificaciones se realizan a través de Reales Decretos Ley, lo que justifica su urgencia. El preámbulo del RDL abre la posibilidad a una futura reforma más profunda.

⁵ Esta situación ha tratado de ser aliviada recientemente mediante la modificación del art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (en adelante LO), por la que añade un apartado 6 al art. 85 LOPJ, de manera que ahora los Juzgados de 1ª Instancia concederán 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.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

podría ser el agravamiento de la situación de insolvencia empresarial, además de poder ser rescindidos judicialmente, amparándose en el artículo 71 bis LC, con la consiguiente clasificación subordinada de los créditos afectados⁶.

Todo ello supuso la adopción, por parte de los acreedores financieros, de políticas contrarias a la refinanciación, optando por cortar o reducir las líneas de crédito a los deudores. Algunas alternativas que promovieron, encaminadas a facilitar financiación empresarial, y que actualmente siguen vigentes, como bien explica González Pachón (2015)⁷ en su Tesis Doctoral, son: el *confirming* y el *factoring*⁸. Siendo el primero un tipo de servicio financiero consistente en la gestión de pagos de una empresa a sus proveedores, en el que se incluye la posibilidad de que el acreedor cobre sus facturas con anterioridad al vencimiento, es decir, realiza una eficaz gestión del pago a proveedores. Y, el segundo, consiste en la adquisición por parte de entidades financieras de los créditos provenientes de ventas de bienes muebles de una empresa inmobiliaria, de prestaciones de servicios o realización de obras, otorgando anticipos sobre sus créditos y asumiendo o no sus riesgos, es decir, una empresa traspasa sus facturas emitidas a una entidad financiera para su cobro, obteniendo a cambio liquidez. El capital obtenido por la empresa siempre es inferior a la cuantía correspondiente a la suma total de las ventas afectadas, obteniendo así la entidad financiera su beneficio económico.

Actualmente, la dificultad reside en discernir la frontera que separa la solvencia de la preinsolvencia. No existe una fórmula que indique cuándo una empresa se encuentra en situación de preinsolvencia. Pero es muy importante vislumbrar los antecedentes previos a la crisis, ya que permiten anticiparse a la misma y por tanto posibilitan la remoción de la insolvencia.

Bien es cierto que la reglamentación vigente está enfocada hacia la supervivencia de la empresa. Por tanto, se hace hincapié en la necesidad de adelantar la declaración de concurso ante la apreciación de señales económicas de alarma que indican la dificultad para hacer frente a las deudas que tiene contraídas a corto plazo. Una vez declarada la situación de insolvencia actual e irreversible no tiene cabida realizar ninguna actuación de remoción de la situación económica empresarial, ya que será inviable y, en consecuencia, se declarará concurso de acreedores.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, una primera aproximación a la definición de acuerdo de refinanciación la podemos encontrar en la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal (en adelante, DA 4ª LC): *“Los acuerdos alcanzados por el deudor (...) en virtud de los cuales se procederá 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. Tales acuerdos habrán de responder (...) a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del*

⁶ Basado en las estadísticas concursales realizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantil. En la correspondiente a 2013, disponible en Internet en <http://www.registradores.org>, donde se señala que sobre un total de 184 acuerdos de refinanciación los pasivos afectados ascienden aproximadamente a 27.811 millones de euros, de manera que pese a ser un número bastante bajo, son grandes las empresas que se han acogido a esta solución tras los años que lleva en funcionamiento.

⁷ González Pachón, L. La desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación. Segovia (2015).

⁸ Prácticas llevadas a cabo por gran parte de las entidades financieras que operan en el territorio nacional e internacional a través de las cuales se lucran y a cambio las empresas que optan por sus servicios obtienen liquidez.

deudor en el corto y medio plazo (...)”y siguiendo la línea de Aznar Giner (2014), *el contrato alcanzado* debe ir al amparo del artículo 1255 CC⁹.

Con el tiempo han sido necesarias nuevas revisiones legislativas para reformar aquellos aspectos que resultasen más inconvenientes en aras a facilitar la refinanciación.

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial* (en adelante, RD L 4/2014) dispone una modificación referente al artículo 71 bis LC, siendo confirmado, posteriormente, en la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial*. En él se define un régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación ya que se indica que “ *no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor (...), cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y b) Con anterioridad a la declaración del concurso: 1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación (...). 2.º 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 (...). 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.*

El articulado continua estableciendo que “*tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación: a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa. b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente. 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*

⁹ Aznar Giner, E: *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia. (2014). Págs 17 y 18 define los acuerdos de refinanciación como “contrato alcanzado al amparo del art. 1255 CC por el deudor o varios deudores conjuntamente, y su acreedor, o varios de sus acreedores, esto es, por tanto de forma bilateral como multilateral, compuesto a su vez por una suerte de pactos que, normalmente conforma un negocio jurídico único e inescindible que tiene su base y fundamento en un plan de viabilidad, tendente a procurar viabilidad y continuidad empresarial del deudor, y a prevenir o evitar la eventual insolvencia o simplemente las dificultades financieras del mismo” haciendo hincapié en la posibilidad de celebrar acuerdos de refinanciación preconcursal de remoción de la insolvencia.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

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.(...)”.

En consonancia con lo expuesto, el artículo de referencia indica que *“los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente”.*

Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, (...). Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo (...).”.

Como se ha comentado anteriormente, la primera regulación de los acuerdos de refinanciación se formalizó a través del RD L 3/2009, siendo necesarias modificaciones, según Pulgar Ezquerra (2009) y otros autores, *propugnadas por distintos sectores desde hace ya algún tiempo. No parece situarse sólo en la crisis económica además de en razones de eficiencia y equidad sostenibles en su necesidad también en una situación de bonanza.*¹⁰, Por tanto, también ha sido necesaria la promulgación de la DA 4ª LC para poder adaptarnos a las necesidades demandadas. En dicha disposición se pretende proteger a los acuerdos de refinanciación que reúnan determinados requisitos ante la decisión rescisoria concursal, por parte de jueces y magistrados, en el supuesto de que la refinanciación fracasara y se declarase la situación de concurso.

Del mismo modo, es importante hacer mención a las limitaciones que establece la ley para homologar y proteger los acuerdos de refinanciación, para lo cual debemos hacer referencia a la DA 4ª LC, citada anteriormente, que el RD Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (en adelante, RD L 38/2011), introdujo en la Ley concursal, a la que podemos calificar como *“garantías condicionantes de la operatividad de la protección”*, ya que la protección no se dispensa en todo caso, sino que sólo cuando se reúnan los requisitos mencionados en el artículo que a continuación se detalla, para dar cumplimiento a la finalidad pretendida en la norma: *“1. Podrán homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúnan en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2º y 3º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita no podrán ser objeto de rescisión conforme a lo dispuesto en el apartado 13. (...). A efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedando excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, (...). Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de*

¹⁰ PULGAR EZQUERRA. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreesimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009” en. *Revista del Derecho Concursal y Paraconcursal* (en adelante, RDCP), nº 11, 2009, pág. 46 indica que “el funcionamiento último de la política jurídica de las modificaciones introducidas y propugnadas por distintos sectores desde hace ya algún tiempo no parece situarse sólo en la crisis económica además en razones de eficiencia y equidad sostenibles en su necesidad también en una situación de bonanza económica”.

*mayorías previstas en esta disposición. Todos ellos constituidos, como bien indica Pulgar Ezquerro (2012), en el marco de autonomía de la voluntad*¹¹.

A estos efectos, la ley no tiene en cuenta su carácter de suscripción obligatoria para todos los acreedores, con independencia de haber manifestado su disconformidad con dicho acuerdo dentro de los parámetros previstos, en consonancia con lo indicado a continuación en el apartado 3 de la presente disposición. Según el Código Civil, en su artículo 1257 es normativa no debería ser así, ya que en él se estipula que *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. Pero, entiendo que este precepto se fundamenta en el principio constitucional de que el interés general prevalece sobre el particular, de este modo, sí tiene cabida la reglamentación establecida.

El DA 4º LC continúa su normativa estableciendo: a los efectos de la presente disposición se entenderán por valor de garantía real (basada en un contrato o negocio jurídico accesorio que liga inmediata y directamente al acreedor con la cosa especialmente sujeta al cumplimiento de una determinada obligación principal) de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que den ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente (...). 3. A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real (...), se le extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, o de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de la deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2º Las quitas.

3º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. (...)

4º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, (...) o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

4. Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, (...), los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordado, con el alcance que se convenga (...).

¹¹ PULGAR EZQUERRA. *Preconcurso y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal*. Madrid (2012). Destaca que los acuerdos de refinanciación son “negocios jurídicos plurilaterales de derecho privado, concluidos y ejecutados en el marco de autonomía de voluntad”.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

5. *La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil (...).*

6. *El juez otorgará homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero y cuarto.*

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el <<Boletín Oficial del Estado>> (...).

7. *dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. (...).*

8. *Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente a la publicación de la sentencia en el <<Boletín Oficial del Estado>>.*

9. *Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas (...). Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.*

10. *En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado, el juez podrá decretar la cancelación de los embargos que se hubiesen practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación.*

11. *En caso de no cumplir el deudor con los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento (...).*

Declarado incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. (...).

12. *Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.*

13. *No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. (...).*

En esta disposición se recogen todas las posibles situaciones que puedan acontecer a raíz de la homologación de un acuerdo de refinanciación y la resolución que legalmente se establece para cada una de ellas¹².

La normativa referente a los acuerdos de refinanciación ha experimentado numerosas reformas (2011, 2013, 1014) desde su regulación. La última reforma data de 2015, a consecuencia de las dudas o problemas que persistían en la aplicación de la normativa

¹² El reglamento no protege a cualquier acuerdo extrajudicial que se lleve a cabo entre deudor y acreedores, únicamente a aquellos que reúnan cumulativa y no acumulativamente los requisitos recogidos en el art. 71 bis LC y en la DA 4ª LC.

referente a los acuerdos de refinanciación, y por la cual se aprueba la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal que modifica, de nuevo, el artículo anterior (71 bis LC) y regula que *“el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme al Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72”*.

Del mismo modo, también se ve modificada la Disposición Transitoria Segunda en la cual *“los deudores que hubieran celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente durante el año anterior a la entrada en vigor de esta Ley, no les será de aplicación la limitación de un año prevista en el apartado 12 de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para solicitar una nueva homologación judicial”*.

1.2 ¿POR QUÉ UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN?

Como se ha comentado anteriormente, son muchas las empresas que atraviesan apuros económicos motivados por diferentes causas y según las cuales se procederá implantar una u otra solución. Las dificultades económicas por las que atraviesa una empresa son derivadas de la deficiente o mala gestión por parte de sus dirigentes o por causas temporales, provocando: morosidad, falta de liquidez para hacer frente a los pagos a proveedores, acreedores... Lo cual, se ve agravado por la falta de financiación bancaria. La normativa no establece medios que eviten supuestos de infracapitalización ni tampoco se establece un capital mínimo para cada empresa. Por tanto, no existen límites legales para que una sociedad no siga endeudándose hasta la necesaria declaración de concurso o para que sus dirigentes no tomen decisiones muy arriesgadas que puedan suponer el fin de la sociedad. En consecuencia, estimo que los mecanismos de control son insuficientes, aunque bien es cierto, que toda empresa debe contar con una amplia autonomía que le permita tomar las decisiones que considere oportunas, las cuales suelen ir encaminadas a incrementar sus beneficios. Pero deberían tenerse en cuenta que esas decisiones pueden afectar decisivamente en sus acreedores.

Atendiendo a las estadísticas, gran parte de las empresas que entran en concurso *“acaban en liquidación y sus activos sufren una devaluación paulatina, de entre un 20% y un 50% durante este trámite, como consecuencia de su inactividad y de la pérdida de credibilidad”* (ABC, 2012). Consecuentemente, el ordenamiento jurídico trata de evitar o prevenir este procedimiento, por, según indica Rubio Vicente (2006), *el conflicto de intereses y principios contrapuestos en el litigio, que hacen del él una materia sometida a una fuerte controversia doctrinal y legal y, por tanto, aún no resuelta definitiva y satisfactoriamente*¹³, ofreciendo a las empresas otras soluciones encaminadas hacia la supervivencia de la empresa en el mercado. Amparando y protegiendo a aquellos acreedores que faciliten o ayuden a las empresas con una situación próxima a la quiebra a seguir con su actividad económica, siempre que cumplan con los requisitos estipulados legalmente. Es decir, estos acuerdos deben ir encaminados hacia una reestructuración del pasivo del deudor que permita continuar con su actividad empresarial. Así

¹³ RUBIO VICENTE. “Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma”. (2006) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11. Madrid (2006), en su opinión *“ha sido y es, por tanto, el tema de prevención y consiguiente declaración tempestiva del concurso un tema recurrente y común a nuestro Derecho concursal, 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”*.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

León Sanz (2017) advierte que se establece un régimen especial en el supuesto de que el deudor, a pesar de realizar una correcta y viable reestructuración, acabe declarando la situación de concurso posteriormente¹⁴.

El problema reside que la Ley Concursal se centra en exceso en regular la situación de insolvencia actual y no en la situación previa a la insolvencia, lo cual sería de mayor utilidad. Es más fácil reflotar a una empresa que pase por dificultades económicas a una empresa que ya ha iniciado los trámites para ser considerada en quiebra. La eficiente gestión de los recursos, la reestructuración de la deuda, reducción de plantilla, quitas, esperas... son algunas de las soluciones de las que disponen para remover la situación, en consonancia con lo expuesto por Pulgar Ezquerro (2012), *medidas preconcursales que se pueden adoptar, entre prevención de la insolvencia y remoción de la insolvencia en la fase preconcursal*¹⁵. Los acuerdos de refinanciación, como se viene comentando a lo largo de todo el trabajo permiten eludir el estado de insolvencia actual y, por tanto, el deudor puede hacer frente regularmente a sus obligaciones de pago exigibles.

En este sentido es importante señalar las ventajas e inconvenientes que puede suponer llevar a cabo un acuerdo de refinanciación.

Las ventajas son muchas, la principal es que probablemente tras la consecución del mismo no sea necesaria la iniciación del procedimiento concursal. Porque si estamos negociando o hemos negociado con 3/5 del pasivo, seguramente el resto de acreedores, si no son introducidos en el plan de viabilidad del acuerdo se podrá atender a las obligaciones de pago contraídas con ellos con la financiación obtenida de los acreedores que sí forman parte del acuerdo. Lo cual supone una revertir inmediatamente la situación de insolvencia actual. Es decir, la primera ventaja es que este tipo de acuerdos permiten eludir el procedimiento concursal y los perjuicios que supone.

La segunda ventaja se fundamenta en los escudos de protección que proporciona el ordenamiento jurídico para aquellos acreedores que forman parte del acuerdo de refinanciación. En el supuesto de que a pesar de que se haya llevado a cabo la refinanciación se declare el concurso de acreedores. Siempre bajo la premisa de que todos los intervinientes operan de buena fe, con el objetivo de la permanencia de la empresa en el mercado. Entiendo que la perspectiva del empresario va a ser optimista ante estos procedimientos, quiere seguir con su actividad empresarial, pero debe contar con la ayuda de un asesor que le oriente de la realidad de los hechos. Por todo ello, el ordenamiento jurídico no considera que a través de los acuerdos de refinanciación se haya efectuado un perjuicio patrimonial para el deudor que haya agravado la situación de insolvencia, incrementando sus deudas.

¹⁴ LEON SANZ, "La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales", en *Revista del Notario del siglo XXI*, núm. 73. Mayo-Junio 2017, "Los acuerdos de refinanciación en el RD L 3/2009 estaban concebidos para refinar la deuda con el fin de hacer posible la continuidad de la sociedad hasta que superase la crisis inmobiliaria y para facilitar las transmisiones de activos inmobiliarios para logara la reducción de la deuda".

¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal*. Madrid (2012), pág. 51 "cuando se alude a la prevención de la insolvencia como una de las medidas de Derecho concursal, es necesario poner de manifiesto que debe establecerse una distinción, a los efectos de medidas preconcursales que se pueden adoptar, entre prevención de la insolvencia y remoción de la insolvencia en fase preconcursal, ya que en este último caso, y para cuando se pretendan quitas y/o esperas consentidas por las partes, se suscita la legalidad de medidas preconcursales una vez que la insolvencia ya se ha manifestado".

La protección legal no es solamente relativa al propio acuerdo, sino también al empresario. En sede de calificación del concurso, cuando se valoran las posibles responsabilidades del empresario en la gestión de su insolvencia, si el empresario ha cerrado un acuerdo que es legal no se le pueden exigir responsabilidades del mismo.

Todas estas ventajas legales desaparecen cuando no se cumplen todos los requisitos establecidos legalmente, en el artículo 71 bis LC o en la DA 4ª LC.

La principal desventaja es vencer a las reticencias de los bancos, sobre todo, a someterse a los requisitos legales de los acuerdos, ya que ellos miran por sus propios beneficios, como es lógico. Si existen problemas para cobrar una determinada deuda, seguramente se agraven con un incremento de la misma.

En conclusión, los acuerdos de refinanciación proporcionan más ventajas que inconvenientes, pero estos últimos están muy arraigados y es muy difícil superar las barreras que presentan. Cabe señalar que la mayor parte de los acuerdos de refinanciación se han llevado a cabo entre los años 2014 y 2015 a consecuencia de las reformas introducidas para facilitar y flexibilizar la consecución de acuerdos según afirma el Diario16.

1.3 RESULTADOS DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La mayor o menor efectividad de los acuerdos de refinanciación, en su intento de evitar, en la medida de lo posible, la liquidación de la empresa, se puede ver reflejado en los resultados obtenidos en el año 2013 en relación a acuerdos de refinanciación en función de diferentes criterios:

- Según las Comunidades Autónomas:

Como se aprecia en la tabla que aparece a continuación en el año 2013 fueron 184 personas jurídicas las que iniciaron los trámites para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Cifra que ha ido en aumento desde la primera referencia normativa a los mismos, en el año 2009, en el que se iniciaron los trámites de 90 acuerdos, descendió en 2010 y 2011 con 52 y 40 acuerdos respectivamente y volviendo a aumentar en 2012 tras la siguiente reforma, obteniendo un total de 95 acuerdos. De estos datos, se desprende que las reformas acometidas han conseguido los resultados que pretendían, incrementar el número de empresas que inician los trámites para remover su crítica situación económica, aunque actualmente siguen siendo necesarias algunas modificaciones de la normativa.

Como se aprecia en la tabla adjunta hay grandes diferencias entre las diferentes comunidades del territorio español. Cataluña es la Comunidad Autónoma donde más inicios de acuerdos de refinanciación se han registrado, con un total de 156 casos, seguida por Madrid y la Comunidad Valenciana, aunque cabe destacar que la diferencia numérica entre la primera y las siguientes es muy grande, siendo los resultados obtenidos 7 y 6, respectivamente.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Acuerdos de Refinanciación: Distribución por CCAA		
	Número	
	Observaciones	%
Andalucía	4	2,17
Aragón	2	1,09
Asturias	1	0,54
Castilla La Mancha	1	0,54
Cataluña	156	84,78
Comunidad Valenciana	6	3,26
Galicia	1	0,54
La Rioja	1	0,54
Madrid	7	3,80
Murcia	1	0,54
Navarra	1	0,54
País Vasco	3	1,63
TOTAL	184	100,00

Tabla 1.1.3.1 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por CCAA. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

La misma tabla obtenida se muestra en formato de gráfico para una mayor visualización de la disparidad de resultados entre comunidades. Este resultado se puede deber diferentes factores, ya sean sociales, políticos, culturales... Teniendo en cuenta que Cataluña es una comunidad muy industrializada, con contacto directo con otros países, con ideales políticos, en algunos casos, muy polémicos...

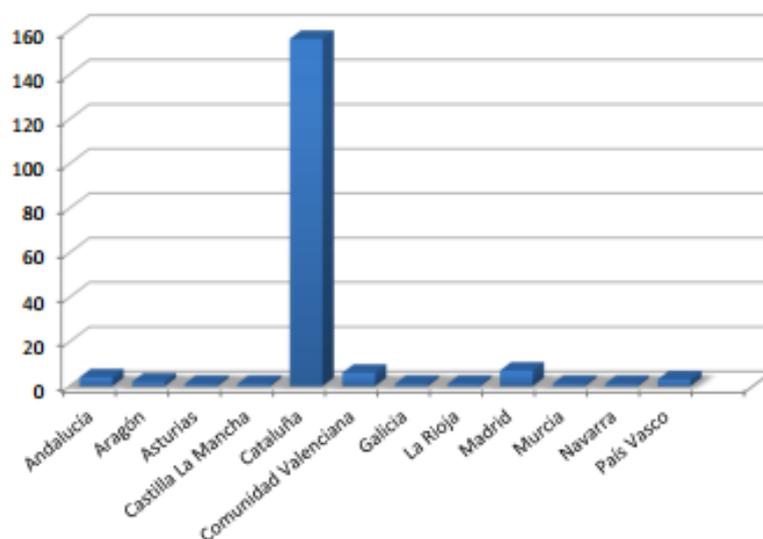


Gráfico 1.1.3.1. Acuerdos de Refinanciación: Distribución por CCAA. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Si hiciésemos un desglose por pasivos podríamos contrastar mejor la indecencia demográfica de los acuerdos, ya que por ejemplo, en Cataluña la suma de los pasivos ascendía a 19.892 millones de euros y en Madrid o la Comunidad Valenciana 7.564 y 93 millones de euros respectivamente. Siendo la suma total de pasivos de 27.811 millones de euros, superior a la del año 2012 (6.483 millones de euros).

- Según los sectores de actividad:

Manteniendo los datos anteriores, los acuerdos iniciados fueron 184. Pero en este caso, el dato relevante le encontramos en que la mayoría de ellos, un 38,59% se realizaron por parte del sector de servicios no inmobiliarios, seguido muy de cerca por el sector de la industria no vinculado con la construcción. Y siendo el sector de las materias primas de construcción el sector que menos inicios de acuerdos ha logrado, 1, lo que representa un 0,54% del total.

Como era de esperar, tras la crisis, el sector de la construcción fue uno de los más afectados. Aunque considero importante enfatizar el incremento del número de acuerdos de refinanciación iniciados en 2012 en comparación con 2013 para observar la evolución del sector. En 2012, la construcción suponía el 8,6% del total de los acuerdos que se habían iniciado, en cambio, en 2013 representa el 17,39%. Lo que muestra la gran acogida que han tenido los acuerdos de refinanciación.

Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Sectores de Actividad		
	Observaciones	%
Materias primas construcción	1	0,54
Industria construcción	8	4,35
Construcción	32	17,39
Actividades inmobiliarias	6	3,26
Agricultura y Pesca	3	1,63
Industria (no construcción)	63	34,24
Servicios (no inmobiliarios)	71	38,59
TOTAL	184	100,00

Tabla. 1.1.3.2 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Sectores de Actividad. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Al igual que en la clasificación anterior, estimo una mayor visualización de los datos facilitados a través de un gráfico representativo de la tabla anterior.



LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Gráfico. 1.1.3.2 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Sectores de Actividad. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Si hiciéramos un desglose por pasivos, con un total de 27.811 millones de euros, la industria excluyendo la construcción supondría un 39.46%, frente al 12.9% observado en 2012. Como se ha mencionado en el caso anterior, la construcción sector muy relevante en la economía española, si atendemos a su evolución periódica podemos indicar que el porcentaje obtenido en 2013 ha sido inferior al registrado en años anteriores, del 77% y 48.7% en 2011 y 2012 respectivamente.

- Según la forma social:

Atendiendo a este criterio, podemos apreciar que mayoritariamente son las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante S.R.L.) en las que se logra iniciar un mayor número de acuerdos de refinanciación, con un total de 112, lo que representa un 60,87% del total. El resto han sido llevados a cabo por Sociedades Anónimas (en adelante S.A.), ya que ningún otro tipo de sociedades ha conseguido realizarles. En comparación con los datos obtenidos en 2012, observamos que las S. R. L. han aumentado, suponían el 55% del total y las S.A. han disminuido, representaban el 44%.

Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Forma Social		
	Observaciones	%
S.R.L.	112	60,87
S.A.	72	39,13
Otras	0	0,00
TOTAL	184	100,00

Tabla 1.1.3.3 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Forma Social. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Acuerdos de Refinanciación: distribución por Forma Social

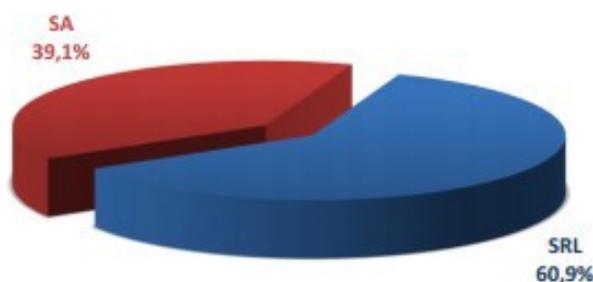


Gráfico. 1.1.3.3 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Sectores de Actividad. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Los pasivos exigibles en relación al dimensión de las personas jurídicas en 2013 se situó en 156 millones de euros, más del doble de 2012, con un total de 72.8 millones, pero inferior a 2011, con 310 millones.

- Según los resultados del ejercicio obtenidos:

Para concluir este estudio, resulta más interesante pararse a observar cuantas han sido las empresas que a pesar de haber iniciado el acuerdo de refinanciación han obtenido resultados negativos. Del total de empresas que finalizaron con el acuerdo de refinanciación 109 obtuvieron resultados negativos, con saldos deficitarios, lo que muestra claramente que las empresas arrastran un número significativo de pérdidas netas, por lo cual se entiende que son empresas muy apalancadas y con indicadores de rentabilidad poco satisfactorios. Del mismo modo, podemos ver que a través de estos acuerdos también hay empresas que han removido esta situación de insolvencia y pueden hacer frente regularmente a los pagos exigibles.

Acuerdos de Refinanciación: Porcentaje con Resultado de ejercicio negativo		
	Número	Porcentaje
Resultado ejercicio negativo	109	61,58
Resultado ejercicio positivo	68	38,42
Total	177	100,00

Tabla 1.1.3.4 Acuerdos de refinanciación: Porcentaje con resultado de ejercicio negativo. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

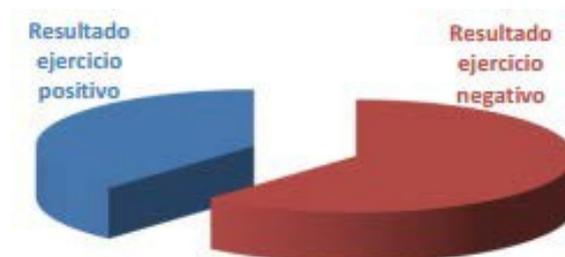


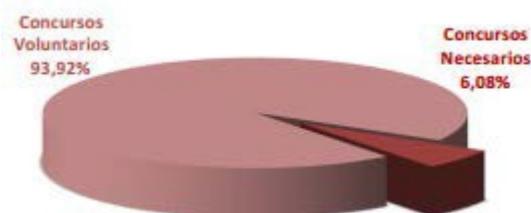
Gráfico. 1.1.3.4 Acuerdos de Refinanciación: Distribución por Sectores de Actividad. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Tras lo expuesto considero oportuno hacer una pequeña referencia a la distribución de concursos en relación a la identidad del solicitante, es decir, en función de la necesidad o voluntariedad de los mismos.

Distribución de concursos por identidad del solicitante (Acreedores / Deudor)		
	Número	Porcentaje
Concursos Necesarios	330	6,08
Concursos Voluntarios	5.095	93,92
Total	5.425	100,00

Nota: Concursos necesarios: solicitud de uno o varios acreedores, Concursos voluntarios: solicitud del deudor

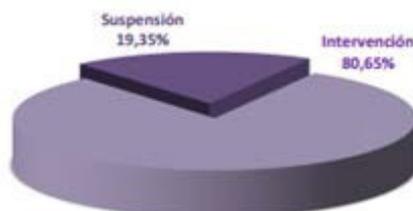
LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN



Tras hacer una breve referencia a la relación entre concursos voluntarios y necesarios, cabe matizar el tipo de administración que controla los recursos de la empresa tras iniciarse el procedimiento.

Distribución de concursos por facultades del deudor al inicio del procedimiento (Suspensión / Intervención)		
	Número	Porcentaje
Suspensión	1.050	19,35
Intervención	4.375	80,65
Total	5.425	100,00

Nota: Suspensión: el deudor pierde las facultades de administración, Intervención: el deudor mantiene sus facultades de administración



Como se aprecia en la tabla, en la mayoría de los concursos iniciados en 2014 es el deudor quien mantiene el control de la empresa, aunque en un 19.35% de los casos es sustituido por la administración concursal. Estos niveles se vieron reducidos desde la reforma de 2009 hasta la reforma de 2011, momento en el que volvieron a aumentar hasta mantenerse en los niveles actuales. El descenso hasta 2011 pudo deberse a una mayor preferencia por parte de jueces y magistrados de incorporar profesionales administradores concursales en la gestión de las empresas, abogaban por un mayor nivel de intervención, que suponía menos costes en el tiempo y en recursos que la suspensión. Tras la reforma de 2011 los resultados cambiaron.

CAPÍTULO II. DE la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, 22/2003 de 9 de Julio

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

En la reforma 38/2011 de la Ley Concursal se hace necesaria, según el legislador, como consecuencia del grave deterioro de la situación económica que ha acentuado determinados aspectos de la legislación concursal, lo que ha puesto de manifiesto normas disfuncionales por una parte e incumplimiento de la conservación de la actividad empresarial, de la actividad profesional o empresarial del concursado por otra¹⁶. En este sentido, se optó, a pesar de largos debates, por mantener la línea iniciada a través de la anterior reforma (RD L 3/2009) de protección de los acuerdos de la preconcursalidad vía protección de los acuerdos preconcursales de refinanciación en un eventual escenario concursal.

Todo ello reflejó un ahorro significativo de costes económicos y temporales, además de la disminución de carga de trabajo que supone para los órganos judiciales. Anteriormente, se concebía como una antesala costosa a la declaración de procedimientos concursales.

Del mismo modo, la reforma establece escudos protectores para aquellos acuerdos que cumplan con los requisitos legales establecidos. Aunque también favorece y promueve que las partes autocompongan sus intereses bajo los límites de la autonomía de la voluntad¹⁷. En este último supuesto, en el que las partes involucradas en el procedimiento de concurso lleguen a un acuerdo salvaguardando ellos mismos sus intereses deben tener en cuenta que dicho acuerdo puede ser revocado por decisión de un juez o magistrado.

En este marco de extensión de los escudos protectores, asume relevancia la escasa distinción entre acuerdos de refinanciación generales y los acuerdos de refinanciación particulares, explicados a continuación. En algunas ocasiones los escudos de protección operan de modo común frente a ambos tipos de acuerdos y en otras ocasiones, exclusivamente frente a los acuerdos particulares.

2.1. TIPOS DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Según la ley anteriormente mencionada, podemos distinguir dos tipos de acuerdos: los atípicos de refinanciación de la deuda y aquellos en los que concurren los requisitos legales establecidos en el artículo 71. 6LC.

2.1.1 ACUERDOS ATÍPICOS

Son aquellos en los que no se adoptan los requisitos legales a los que se condiciona la protección legal, es decir, se realizan con total autonomía de la voluntad de las partes intervinientes¹⁸. La ausencia de estos requisitos supone la ausencia de escudos protectores para dichos acuerdos. De modo que están sometidos a los riesgos rescisorios por parte de los jueces y magistrados. Lo que supone la posibilidad, posteriormente, de ser declarada la situación de concurso. Y en consecuencia, a la anulación de la financiación de la que pudieran

¹⁶ Vid. El Preámbulo I de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de la reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Esta reforma se preparó con más cuidado que la anterior y fue resultado del trabajo de una comisión creada ad hoc de especialistas en la materia.

¹⁷ Toda refinanciación opera en todo caso sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes del art. 1255 CC.

¹⁸ 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 los acuerdos de refinanciación, en relación a las mayorías indicadas, distinguiendo los dentro de los acuerdos típicos aquellos que requieren unas determinadas mayorías, sean o no homologadas judicialmente y aquellos otros bilaterales o plurilaterales, sin exigencia de mayorías específicas.

beneficiarse además de ser clasificados como créditos subordinados con las repercusiones que ello conlleva.

2.1.2 ACUERDOS EN LOS QUE CONCURRN REQUISITOS LEGALES:

Cumpliendo las mayorías legales referentes a los acuerdos con los acreedores (75% del pasivo), el plan de viabilidad que debe acompañar al acuerdo de refinanciación, el informe del experto o expertos independiente/s y la elevación a instrumento público de las consecuencias de dicho acuerdo. Lo que le otorga el beneficio de los escudos legales protectores que están condicionados por el carácter general o particular de dicho acuerdo de refinanciación.

- Acuerdos preconcursales generales de refinanciación: son aquellos en los que participan toda clase de acreedores y el deudor común.
- Acuerdos particulares de refinanciación con homologación judicial: son aquellos en los que las partes de dicho acuerdo están formadas por el deudor común y el 75% de los acreedores financieros, sólo pueden ser los profesionales correspondientes a esta categoría concreta de acreedores.

Estos tipos de acuerdos extrajudiciales, atípicos y en los que concurren los requisitos legales, coexisten con el concurso de acreedores como procedimientos colectivos y judiciales. Las partes en situación de crisis económica deben optar, como se ha mencionado anteriormente, entre un acuerdo en el marco de la autonomía de la voluntad, la preconcursalidad típica o atípica o solicitar la declaración de concurso.

Cabe destacar que, la voluntad de las partes subsiste aun cuando la situación económica del deudor fuera de insolvencia actual, pues si en función de la opción tomada esta se remueve desaparecería el supuesto de la necesidad de solicitar el concurso según el art. 5 LC. Y en caso de no removerse, deberá soportar el escenario concursal que se derivase, con la presunción de concurso culpable.

En el mencionado artículo 5 LC se establece el deber de solicitar la declaración de concurso manifestando que *“el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a l fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden sería ir de fundamento a una solicitud de concurso necesario (...)”*.

Los acuerdos preconcursales que están sometidos a homologación judicial al igual que las propuestas anticipadas de convenio, ya que ambas constituyen las posibles modalidades de tramitación. La diferencia entre ambos reside en que los acuerdos de refinanciación se plantean, alcanzan y ejecutan con anterioridad al concurso de acreedores, sin que la homologación judicial correspondiente conlleve a la apertura de un procedimiento concursal. En cambio, las propuestas anticipadas de convenio dan lugar a la declaración de concurso de acreedores, constituyendo un convenio en el que coexisten las negociaciones en la preparación del acuerdo con las fases judiciales y procedimentales de ejecución del mismo. Esta es una diferencia condiona la elección de las partes, en función de si desean seguir un procedimiento extrajudicial o prefieren optar por la vía mixta mediante la propuesta anticipada de convenio.

La propuesta anticipada de convenio contemplada en los arts. 104 a 110 LC, se diferencia de la tramitación ordinaria, recogida en los arts. 111 y ss. LC, en que la propuesta del deudor y su

aceptación se realizan durante la fase común, en lugar de realizarse se en la fase de convenio, es decir, donde la insolvencia ya se ha revelado y el procedimiento concursal se ya iniciado¹⁹. Por tanto, mientras en la tramitación ordinaria la propuesta, admitida a trámite, es sometida a la aceptación de los acreedores (en la fase de convenio), en la anticipada se produce una suspensión de las tramitaciones en la fase común, ya que el deudor formula una propuesta, que admitida a trámite, es sometida a la adhesión de los acreedores, y si alcanza el porcentaje legalmente establecido se procederá a la aprobación judicial, sin necesidad de la apertura de la fase de convenio.

Todo ello se enmarca entre la judicialidad y la extrajudicialidad, siendo una de las novedades introducidas por la Ley 22/2003, pero que no ha obtenido los resultados esperados. Con esto, se persigue el objetivo principal de preservar la continuidad de la actividad empresarial, dotando al procedimiento concursal de una mayor eficacia y agilidad. Por un lado, como se ha indicado anteriormente, supone ahorros temporales y económicos y de otro se obtiene una solución temprana a las necesidades de las partes, ya que en estas situaciones todavía es posible la remoción de la situación de preinsolvencia o insolvencia.

Además y de acuerdo con Juana Pulgar Ezquerro (2010): *“la desconexión del acuerdo de refinanciación homologado de un procedimiento concursal determina de un lado, que los acreedores profesionales en el sentido de entidades financieras no tendrán que provisionar respecto de los deudores que refinancian, siempre que la refinanciación se alcance en las condiciones legalmente establecidas en la CBE 4/2004, con el consiguiente <<alivio>> en sus cuentas de resultados, lo que determinará, de un modo importante, la opción de estos acreedores hacia los acuerdos de refinanciación en detrimento de la propuesta anticipada de convenio”*.

En conclusión, otorga mayor libertad un acuerdo de refinanciación, en relación a la fijación de su contenido y medidas para remover la situación de crisis, que la propuesta anticipada de convenio. Ésta tiene muchas limitaciones y prohibiciones que rigen con relación al contenido del convenio concursal, además de otras muchas dificultades que supone su adopción. Aunque alcanzar un acuerdo de refinanciación es muy difícil, son muchos los intereses que se ven implicados. Son matices que deben ser tenidos en cuenta por el deudor a la hora de elegir una u otra vía, ya que entre ambas difieren el grado de protección y los riesgos potenciales.

2.2 CONTENIDOS NECESARIOS DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

2.2.1. NECESIDAD DE CONTINUACIÓN CON LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL:

En la reforma de la Ley Concursal de la que habla este apartado no se contiene una definición clara de acuerdo de refinanciación, sino que sólo se centra en regular en qué consiste su contenido financiero típico y mínimo a efectos de delimitar el ámbito de actuación de los escudos protectores de los acuerdos generales y particulares de refinanciación.

Por ello se dictó la Disposición Adicional 4ª incluyéndola en la Ley Concursal, referente al acuerdo de refinanciación.

¹⁹ Aunque cabe la posibilidad de que se inicie un concurso habiéndose declarado insolvencia inminente pero no actual, es decir, se declara con carácter preventivo con el objeto de dotar al procedimiento concursal de mayor flexibilidad.

En nuestro derecho concursal sólo se consideran merecedores de la protección legal de los acuerdos preconcursales de refinanciación aquellos que vayan encaminado a permitir la continuidad de la empresa y no a aquellos que tengan una intención de carácter liquidativo de la misma.

Este condicionamiento opera, como hemos indicado anteriormente, sólo con los acuerdos generales y particulares, en conexión con las exigencias recogidas en el artículo 71.6 LC. Acompañado, en todo caso, de un plan de viabilidad, manifestando así el contenido legal mínimo (financiero) que debe contener todo acuerdo de refinanciación, y en su caso los contenidos adicionales de éste.

2.2.2 CONTENIDO FINANCIERO TÍPICO Y MÍNIMO DEL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

En este caso se centra en la ampliación de crédito disponible con independencia del tipo de acuerdo entre los englobados en el artículo 71.6 LC. Además cabe destacar, que no se cuantifican ni se fijan límites mínimos a esta ampliación, solamente se exige que sea “significativa”, el legislador no fija ni precisa el alcance que debe darse, es un concepto claramente indeterminado. Es éste quién entiende que la refinanciación significa la entrada de dinero fresco.

Hay casos en los que la entrada de dinero es cuantitativamente escasa, pero permite la continuidad de la actividad de la empresa, por lo que habrá de centrarse en que a través de este se consigue el fin último del acuerdo.

La ampliación de capital no se centra exclusivamente en la cesión de préstamos, sino que también se abre la posibilidad de que la entrada de dinero provenga de otras direcciones como pueden ser a través de una aplicación de la disponibilidad crediticia con descuentos, leasing... También abre la posibilidad de que sean los propios socios quienes aporten capital a la empresa con el fin de poder superar la situación desfavorable y difícil en la que se encuentra.

El artículo 71.6 LC excluye las entradas de dinero nuevo, es decir, se exige la necesidad de que los créditos provengan de créditos anteriormente existentes y disponibles. Esto se debe a que una aportación nueva de dinero no se considera refinanciación aun cumpliendo las exigencias del artículo antes mencionado. De este modo, no se encuentra amparado por las protecciones que con lleva el mismo.

Un tema muy importante y que no aborda la ley es la determinación del tipo de interés aplicable en los casos de reestructuración. Resultaría conveniente que legalmente se hubiesen armonizado los tipos de interés aplicables entre todos los acreedores financieros, pero no ha sido así.

2.2.3 CONTENIDOS ADICIONALES DEL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

El contenido legal mínimo de carácter financiero de los acuerdos de refinanciación puede completarse con otros contenidos adicionales, lo cual no lleva parejo la aplicación de un crédito disponible, la reestructuración o la reordenación del pasivo.

Estos contenidos adicionales deben permitir, al igual que lo anteriores, la continuidad de la actividad profesional en el corto o medio plazo, conforme al plan de viabilidad. Será un experto independiente el que se pronuncie expresamente en tal sentido con su informe, y de ser favorable el acuerdo será amparado dentro de la protección del artículo 71.6 LC.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los contenidos adicionales pueden ser:

- Las donaciones en pago:

La donación en pago, como su propio nombre indica consiste en la acción de dar algo para pagar una deuda. En el ámbito que estamos estudiando, el concursal, se utilizan de forma aislada y al margen de un proceso refinanciador, lo que entraña un riesgo por no ser amparada por la protección del artículo 71.6 LC. Este riesgo puede evitarse si las donaciones se insertan dentro de un proceso más amplio de reestructuración empresarial vía refinanciación. La acción rescisoria se extiende no sólo a los pactos financieros típicos y mínimos del acuerdo de refinanciación, sino también a los no financieros.

Es la propia ley quién rescinde las donaciones de pago realizadas por la empresa concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque se manejen criterios relacionados con la proporcionalidad del bien entregado con el crédito, si el bien es único o influye directamente en la continuidad de la actividad empresarial.

Al igual que el contenido financiero típico y mínimo del acuerdo de refinanciación se requiere un informe de un experto en conexión a las garantías de dicho acuerdo para que pueda disfrutar de la exención rescisoria referida anteriormente.

- La capitalización preconcursal de la deuda como mecanismo de saneamiento empresarial:

Esta capitalización consiste en la conversión en capital de la totalidad o parte de los créditos contraídos con los acreedores por la empresa, conlleva a un aumento de capital con la emisión de nuevas acciones o mediante un incremento del valor nominal de las acciones ya existentes. Suelen producirse cuando dichas entidades cuentan con un exceso de activo difícilmente colocable en el mercado, propiciado por la evolución de la situación económica y los escudos protectores ante la rescisión de dichos acuerdos.

Ayuda directamente al saneamiento financiero de las sociedades y permite corregir los desequilibrios patrimoniales existentes entre activo y pasivo, aliviando de cargas financieras a la sociedad y mejorando sus ratios de endeudamiento.

Todo esto reporta un beneficio directo sobre la sociedad, que se ahorra el coste de atender al cumplimiento de la deuda y sus intereses, permite reducir sus cargas y regularizar su estructura financiera. Del mismo modo, evita o pospone la declaración de concurso mediante la consecución de un acuerdo preconcursal de refinanciación. Pero también hay que tener en cuenta las repercusiones que podría tener en caso de que se declarase el concurso, al cambiar su situación de ser acreedores a accionistas. Pero si dicha capitalización se encuadra dentro de los parámetros del artículo 71.6 LC quedarán protegidos. Además, como consecuencia de la capitalización puede suceder que el acreedor adquiera posiciones de control en la empresa, lo cual puede afectar decisivamente a la supervivencia de la misma.

Debemos destacar que es necesario que el experto se pronuncie específicamente y de manera individualizada sobre dicha capitalización y en particular sobre la valoración de los créditos a compensar para que pueda disfrutar de las garantías de protección.

En todo caso, la conversión de créditos en acciones o participaciones que conlleven un aumento de capital requiere la adopción de un acuerdo por parte de la junta general previa

convocatoria de administradores. En esta última se deberá acordar la base de la propuesta de aumento proveniente de los administradores o accionistas y el informe justificativo de dicha propuesta. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta si dicho acuerdo debe ser adoptado con anterioridad o simultaneidad a la homologación judicial para que sea amparado por los escudos protectores.

- Los acuerdos de refinanciación y modificaciones estructurales:

Como consecuencia de los acuerdos de refinanciación se puede producir una modificación de la estructura inicialmente elegida para la empresa por diversos motivos: transformación, fusión (integración de unas sociedades en otras, división o cesión global del activo y pasivo).

El procedimiento orgánico al que deben adecuarse las modificaciones estructurales está previsto con carácter general, sin especialidades y que reviste un carácter típico y tasado comprende fundamentalmente tres etapas:

1. Etapa previa: los administradores elaboran un proyecto de modificación estructural con un contenido mínimo. Fijando el tipo de canje en los procesos de fusión, acompañado de un balance, al igual que con la transformación. Y definiendo los administradores y uno o varios expertos independientes.
2. Reunidos en junta deberán adoptar el acuerdo de modificación estructural con mayorías legales.
3. Elevación a escritura pública de los acuerdos sociales adoptados, inscribiéndolos en el Registro Mercantil y publicándolos en el BORME. Momento a partir del cual la modificación surtirá plenos efectos, produciéndose el cambio de tipo social inicialmente elegido con mantenimiento de la personalidad jurídica o la transformación patrimonial. La saneada, a partir de este momento, asumirá sus obligaciones frente a los acreedores de la concursada.

Cabe destacar que las modificaciones estructurales acordadas en un procedimiento preconcursal de refinanciación como parte de su contenido no podrán beneficiarse de algunas de las ventajas que con lleva su inserción en el procedimiento concursal. Pero también es importante que al producirse antes del procedimiento de concurso conlleva enormes ahorros económicos y temporales, al mismo tiempo que permite aludir la dificultad de conciliación.

Tras lo expuesto en este apartado sobre los contenidos necesarios para los acuerdos de refinanciación, considero oportuno hacer una especial referencia al plan de viabilidad al que se refiere el art. 71 bis en conexión con la DA 4ª LC, por los cuales se condiciona la protección de los acuerdos de refinanciación a que *“respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto o medio plazo”*. Todo ello va enfocado no sólo a la revisión del plan de negocio empresarial sino a una reestructuración de la deuda que permita asegurar la viabilidad de la actividad económica del deudor.

Este plan de viabilidad supone un soporte básico para el proceso de refinanciación además de un requisito necesario para que sea protegido por los escudos protectores en el supuesto de que la empresa declare concurso, a pesar de acometerse el acuerdo de refinanciación. Sólo contiene las medidas considerada idóneas para la supervivencia y mantenimiento de la empresa en el corto y medio plazo, pudiendo, por tanto, no producirse en la práctica dicha continuidad.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Del mismo modo, indicar que la redacción del plan podría ser encargada por el deudor, por los firmantes del acuerdo o por ambos a la vez, aunque en la práctica suele ser el propio deudor quien insta su elaboración a un asesor financiero externo (empresa de servicios o auditor), ya que es incompatible que sea el propio auditor interno a la sociedad quién lo elabore.

CAPÍTULO 3: De los presupuestos subjetivo y objetivo de los acuerdos de refinanciación

3.1 PRESUPUESTO SUBJETIVO

El presupuesto objetivo de concurso se establece en el artículo 1 de la LC y pone de manifiesto que *“La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. (...). No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entidades de derecho público”*.

En este sentido la Ley Concursal 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, adelanta el concurso permitiendo satisfacer los intereses de los acreedores, al tiempo que facilita una conservación empresarial²⁰.

Los acuerdos de refinanciación, sean generales o particulares, pueden plantearse por el deudor cuando su situación sea de insolvencia inminente o como previsión de incumplimiento regular y puntual de las obligaciones de pago.

El término insolvencia inminente hace referencia a la situación económica en la que se encuentra una empresa y por la cual la resulta imposible cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones de pago. En cambio el término insolvencia actual se refiere a aquella situación en la que un deudor no puede cumplir de modo normal con sus obligaciones a medida que vencen y son exigibles por los acreedores. La diferencia, aunque a primera vista parezca mínima, realmente es importante, pues solamente la insolvencia actual es generadora de la obligación legal de solicitar concurso de acreedores en el plazo de dos meses, en cambio la insolvencia inminente otorga la facultad de hacerlo. Aunque, llegados a este punto siempre es recomendable declarar concurso, ya que es más factible remover la situación económica.

En la exposición de motivos del RD Ley 3/2009 podemos inferir la idea de protección de los acuerdos de refinanciación ya que establece lo siguiente: *“Las modificaciones contenidas en el presente decreto ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia”*. Pero, según afirma Olivencia Ruiz (2009), estas modificaciones *no fueron ni urgentes, ni provisionales, ni provisionales, ni todas ellas oportunas, ni las oportunas*²¹.

De esta interpretación de la reforma de 2011 se infiere de la misma, ya que no contiene exposición de motivos ni referencia alguna al presupuesto objetivo de los acuerdos de refinanciación, con independencia de ser generales o particulares.

Posteriormente, en la reforma introducida por el RD L 38/2011, no se hace referencia alguna al presupuesto objetivo de los acuerdos de refinanciación ni en la exposición de motivos ni a lo largo de su articulado, con independencia de ser generales o particulares, pero si se infiere la idea. A través de esta reforma se deroga el art. 5.3 LC²² y se aprueba el nuevo art. 5 bis LC que establece que *“el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la*

²⁰ Compartiendo parecer con González Pachón, L. *La desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación*. Tesis Doctoral. Segovia (2015).

²¹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Del concurso y tiempos de crisis”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11, 2009. Es especialmente crítico al afirmar que en relación con las distintas medidas incorporadas en el RD L 3/2009 “no fueron ni urgentes, ni provisionales, ni todas ellas oportunas, ni todas las oportunas”.

²² Su derogación fue motivada por el uso distinto al pretendido, negociación de un convenio anticipado que procurara la conservación de la actividad empresarial y profesional. En consonancia con las palabras de AZNAR GINER, Reiniciación de deuda o su eliminación o reducción mediante compraventa o donaciones en pago, mostrando con picardía a sus acreedores el eventual futuro concurso al que se dirigía en caso de no otorgarse la misma.

declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis y en la disposición adicional cuarta (...). Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario²³. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor (...). En el caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.”

De este artículo se desprende la idea de que resulta eficaz la moratoria en el deber de solicitar el concurso y otros efectos unidos a las eventuales solicitudes de concursos necesarios, desde la presentación de la comunicación en el juzgado, sin necesidad de que el juez realice un análisis sobre el estado de insolvencia del deudor, aspectos que únicamente se dilucidarán en el supuesto de que se declare finalmente el concurso. Esta comunicación al juez marca el inicio de la protección de la negociación del acuerdo de refinanciación, con independencia de la situación que subyace a la empresa y que promueve el planteamiento de dicho acuerdo para su supervivencia.

La homologación de los acuerdos de refinanciación no se solicita ni se produce dentro del procedimiento condicionado a los presupuestos objetivo y subjetivo de apertura, sino que el deudor se limita a solicitar al juez de lo mercantil, competente en la declaración de concurso, que homologue el acuerdo de refinanciación, cumplimentando el documento correspondiente, que constituirá un acto voluntario, acompañado del informe del experto. Todo ello supondrá la paralización de ejecuciones individuales y extensión del contenido de espera del acuerdo a entidades financieras acreedoras no participantes, ya que si no, en el deudor, en consonancia con la idea transmitida por Aznar Giner, promovería un *eventual futuro con concurso al que se dirigiría en caso de no otorgarse la misma*.²⁴

En este sentido, al deudor se le plantean dos escenarios posibles ante una situación de insolvencia actual o inminente: refinanciar su deuda preconcursalmente o solicitar la declaración de concurso. Cabe destacar, el deber del deudor de declarar el concurso en situaciones de insolvencia actual, con la consiguiente calificación culpable de concurso en el supuesto de incumplimiento de dicho deber.

Otra situación totalmente distinta es la correspondiente a aquellas empresas que no se encuentran en insolvencia actual ni tampoco inminente. Por tanto, las actuaciones acometidas no serían amparadas dentro de los escudos de protección de la Ley Concursal, ya que no suponen refinanciación de la deuda, sino nuevas oportunidades de inversión, aun cuando en ellos concurren los restantes requisitos tipificados en el artículo 71 bis LC (informe de experto independiente, plan de viabilidad y elevación a instrumento público). No obstante, estos acuerdos pueden ser objeto de rescisión concursal, atendiendo a un eventual perjuicio que pueda ocasionar a la masa.

²³ La modificación de este artículo surge a raíz de la necesidad de potenciar los convenios anticipados escasamente utilizados en plena crisis. Esta reforma suponía una prórroga de cuatro meses en el plazo obligatorio para solicitar el concurso voluntario, siempre que el deudor hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio.

²⁴ La paralización de acciones puede llegar a durar hasta cuatro meses, ya que el legislador dispone que a los tres meses de iniciar las negociaciones sin alcanzar acuerdo o propuesta, el deudor deberá sumar declarar concurso voluntario dentro del mes siguiente al plazo indicado. Con independencia de que termine alcanzándose el acuerdo o no.

En la práctica es frecuente que sea el deudor quien plantee los acuerdos de refinanciación en los supuestos de insolvencia actual y, en menor medida, en los casos de insolvencia inminente, muchas veces motivado por la respuesta reacia por parte de las financieras cuando aún persiste el estado de insolvencia²⁵. La negativa o la gran exigencia por parte de los bancos para acceder a establecer un acuerdo de refinanciación dificultan en gran medida el éxito de los mismos. En consecuencia, considero necesario un cambio de mentalidad por parte de todos los intervinientes en el acuerdo, tanto del deudor como de los acreedores. El primero debe intentar anticiparse a una situación de insolvencia irreversible y los segundos deben facilitar que el deudor remueva esta situación. Ya que de modo contrario, el deudor declarará el concurso y sus opciones de cobro de la deuda se verán enormemente reducidas.

3.2 PRESUPUESTO OBJETIVO

Al igual que ocurre con el presupuesto objetivo, el subjetivo viene definido en la propia Ley Concursal, concretamente en el artículo 2, en la que se define de la que *“La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia común del deudor. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libre bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º El sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor. 2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4º El incumplimiento generalizado de las obligaciones de alguna de las clases siguientes. Las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de las Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”*

La regulación que acontece al presupuesto subjetivo, al igual que al objetivo, es muy amplia. Por tanto, estimo relevante diferenciar entre quién propone el acuerdo de refinanciación, el deudor o los acreedores, pudiendo estos últimos formar parte del acuerdo propuesto.

Del mismo modo, se plantea la opción de que el deudor proponga un acuerdo particular o general y los acreedores también.

Las posibilidades de acuerdo que se pueden proponer son muy variadas; puede ocurrir:

En un primer supuesto sea el deudor sea quien proponga un acuerdo de refinanciación particular o general. El deudor, ya sea persona física o jurídica tiene la posibilidad de proponer y alcanzar acuerdos de refinanciación preconcursales típicos y amparados por los escudos de protección en el supuesto de que tras su homologación y puesta en práctica se declare el

²⁵ La práctica evidencia que son las grandes empresas las que acuden a las soluciones extrajudiciales con más frecuencia y más éxito. En cambio las pequeñas y medianas empresas, micropymes o autónomos sienten más rechazo hacia ellas bien por la imagen que puedan dar o bien porque las propias entidades financieras oponen más obstáculos a la consecución de los mismos, lo cual dificulta las posibilidades de refinanciación por esta vía.

concurso de acreedores, como se ha comentado a lo largo del trabajo, su objeto es la prevención del mismo.

Distinto es el supuesto en el que el deudor sea declarado culpable del concurso por refinanciar y no acudir al concurso o el enjuiciamiento por otros actos realizados con anterioridad a la declaración del concurso.

La amplitud de la acepción del término deudor cobra aún mayor relevancia tras la reforma de la Ley Concursal en virtud del RD L 38/2011, en la que se indica que las deudas sólo recaen sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, no sobre su vivienda habitual.

Esto implica que, si un deudor particular opta por refinanciar su deuda, debiendo negociar con al menos el 75% del pasivo, no le resulte complicado, ya que la mayor parte de los consumidores centran sus deudas con las entidades financieras. Puede ocurrir, que el deudor particular no cumpla todos los requisitos establecidos en el artículo 71 bis, como consecuencia de los costes que suponen, como son el informe de un experto independiente o la elevación a instrumento público. Una vez conseguido el acuerdo y desde la solicitud de homologación el juez competente podrá paralizar las ejecuciones hasta un plazo de tres años, lo que paralizaría la ejecución de su vivienda habitual. Aunque, según la DA 4º de la LC la extensión de las esperas a acreedores disidentes o no participantes se excluye expresamente respecto de acreedores dotados de garantía real, pero en los apartados 2 y 3 de la DA 4º de LC en los que se regula el efecto de la paralización de las ejecuciones en conexión con la homologación judicial, no se hace referencia al carácter de las ejecuciones a paralizar. Esto implica que se podrá llevar a cabo la paralización si la ejecución procede de un acreedor con garantía real por la facultad atribuida al juez de interpretación de la norma²⁶.

En un segundo supuesto sea la propia entidad financiera quien lo proponga a expensas de refinanciar una deuda hipotecaria, regulado mediante el RD Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y en el amparo del artículo 86 de la Constitución Española. Este Real Decreto se aprueba como respuesta a la profunda crisis económica y la necesidad de adoptar medidas de protección del deudor hipotecario con el fin de evitar la exclusión social del mismo y su falta de recursos para poder reinsertarse socialmente, impidiendo que el cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias incidan decisivamente en sus necesidades elementales de subsistencia. Por tanto, el objetivo es establecer mecanismos enfocados a permitir la reestructuración y refinanciación de la deuda respecto de quienes padecen extraordinarias dificultades económicas, flexibilizando la ejecución de la garantía real con muchas limitaciones, sólo se aplica a deudores con un límite extremo de pobreza.

Este modelo introducido gira en alrededor del código de buenas prácticas al que voluntariamente se adhieren entidades de crédito u otras entidades que realizan actividades de concesión de préstamos o créditos hipotecarios y regulado por el Ministerio de Economía y Competitividad, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Asociación Hipotecaria Española. El contenido del acuerdo está legalmente tasado y es de carácter voluntario para las entidades financieras, lo cual propicia y permite a los deudores superar el umbral de pobreza, bien manteniendo su vivienda habitual o, de no ser posible, con la donación en pago de la misma acompañada, por tanto, de la extinción de la deuda.

²⁶ A consecuencia del serio peligro que supone para la continuidad de un acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores mayoritarios que un acreedor minoritario titular de un derecho de garantía real, contrario al acuerdo de refinanciación pueda iniciar ejecuciones de la deuda.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

En tercer lugar, referente a la refinanciación de una deuda intragrupo. El grupo de empresas, conjuntamente, a través acuerdo/s asume el/los compromiso/s de cubrir las deudas contraídas de una empresa del grupo frente a sus acreedores. Puede formalizarse mediante un único acuerdo general o varios particulares, pudiendo estar amparados, si cumplen los requisitos del RD Ley 3/2009, por los escudos protectores.

En cuarto lugar, los acreedores los que formen parte del acuerdo de refinanciación. Todos los acreedores pueden participar toda clase de acreedores, sin que se excluya legalmente la participación de ninguno, salvo las matizaciones de las deudas contraídas con la Administración Pública. A efectos preconcursales es irrelevante la clasificación de la deuda que los acreedores tendrían en un eventual procedimiento concursal. El juez competente únicamente se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 71 bis LC, concurriendo las mayorías legalmente exigidas, y homologando dicho acuerdo, para que sea amparado por la DA 4ª LC.

En quinto lugar, aquellos acuerdos planteados por las propias entidades financieras acreedoras. Las entidades financieras pueden plantear dos tipos de acuerdos; generales, en los que el porcentaje de pasivo exigido condicionado a la protección legal es de 3/5, y particulares, en los que según indica la DA 4ª LC se requiere que el acuerdo *“haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75% del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de adopción del acuerdo.”*

Este último caso, los acuerdos de refinanciación particulares en relación con las entidades financieras poseen una categoría concreta de acreedores, con grandes incentivos ante la refinanciación preconcursal, a efectos de evitar subordinación de sus créditos, paralización de sus ejecuciones reales... Por tanto, esta modalidad de acuerdos computa como una categoría de acreedores financieros diferente al resto de acreedores, exigiéndose para la homologación que al menos el 75% del pasivo esté formado por éstos, con independencia de si a posteriori otros acreedores se suscriban al mismo. El concepto de entidades financieras no coincide con acreedores financieros, ya que los primeros están sometidos a supervisión financiera y los segundos no.

Y en último lugar puede ser la propia administración pública quién ayude a la consecución de los acuerdos generales de refinanciación. Al contrario que para los acuerdos particulares de refinanciación, en los acuerdos generales no se tiene en cuenta la categoría o clase a la que pertenezcan los acreedores ni la cuantía del crédito, sólo se tienen en cuenta las mayorías legalmente exigidas de 3/5 del pasivo del deudor a fecha de la adopción del acuerdo de refinanciación, es decir, las exigencias son las planteadas en el artículo 71 LC. Por tanto, se aceptan como firmantes del acuerdo cualquier clase de acreedor, incluso aquellos que en un concurso de acreedores no tengan derecho a voto (subordinados por vinculación con el deudor). En esta fase preconcursal no operan criterios concursales, podrían participar mayorías legales de acreedores no dinerarias (prestadores de servicios), aquellos que no afecten al contenido del acuerdo de refinanciación, es decir, que el acreedor puede suscribirse al acuerdo, sin que ello suponga modificación alguna de su crédito (ni quita, ni espera, ni condona la deuda...) pero permite o ayuda a que con su aceptación se alcance el acuerdo, y evitando la solicitud de concurso. En el caso concreto de la Administración Pública, el Derecho español abre la posibilidad de que Hacienda y la Seguridad Social extrajudicialmente acuerden modos de arreglo del pasivo, es decir, con quitas y esperas.

CAPÍTULO 4: *De la protección legal en situación concursal de los acuerdos de refinanciación*

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los acuerdos de refinanciación alcanzados, ya sean generales o particulares, mediante los artículos 71 bis LC o DA 4ª LC, son objeto de protección en su fase de negociación, ejecución y en la eventualidad de un escenario concursal, pero no como blindaje sino en cuanto a dichos acuerdos concurren los requisitos recogidos en el artículo de la Ley Concursal descrito anteriormente.

Del mismo modo, si concurren dichos requisitos el acuerdo puede acogerse a los “escudos protectores” introducidos en el RD L 3/2009 y ampliados a través del RD L 38/2011 de reforma de la Ley Concursal 22/2003 sobre la base de la distinción entre escudos comunes a acuerdos de refinanciación generales y particulares y los escudos específicos y propios de los acuerdos particulares de refinanciación tipificados en la DA 4ª.

Esta protección, como se ha comentado a lo largo del trabajo, es fundamental para la consecución de los acuerdos. En este sentido Fernández del Pozo (2010)²⁷ quien pone de manifiesto que sin aquella ningún acreedor ayudaría al deudor a remover su situación de insolvencia, ya que ello supondría la posibilidad de agravar la misma o incluso de modificar su clasificación del crédito frente a una eventual situación de concurso. Por ejemplo, en el caso de las entidades financieras, principales intervinientes en los acuerdos de refinanciación, supondría la pérdida de su clasificación como crédito privilegiado especial para ser clasificado como crédito subordinado. Ello quiere decir que en el supuesto de liquidación de la empresa, sino cuenta con los escudos protectores, en lugar de ser de los primeros acreedores que cobrasen el crédito podrían ser de los últimos, con la posibilidad de no cobrar la deuda.

Llegados a este punto, considero oportuno hacer un breve resumen sobre la clasificación de los créditos en el concurso de acreedores. Estos créditos se pueden dividir en tres tipos en función de su naturaleza: créditos privilegiados, ordinarios y subordinados, ordenados en relación a la preferencia de cobro de cada uno de ellos.

Los créditos privilegiados son aquellos que disponen de una preferencia y prioridad total sobre el resto, es decir, en caso de liquidación serán los primeros que se paguen. Implicación de gran trascendencia si no hay liquidez suficiente para el pago de todas las deudas. Este tipo de créditos se divide en créditos privilegiados generales y especiales. Los primeros afectan a toda la empresa con cursada (salarios, créditos a favor de la administración (cuotas a la Seguridad Social, impuestos, tributos...) créditos por responsabilidad civil extracontractual...), mientras que los segundos sólo afectan a unos bienes concretos (garantizados por hipoteca, arrendamientos financieros...).

Los créditos ordinarios son todos aquellos que no están agrupados en los privilegiados ni en los subordinados. Por tanto tienen una preferencia media a la hora de pago y suelen ser la mayoría de los créditos.

Los créditos subordinados son aquellos que, dentro de la masa deudora, poseen menor importancia. Se trata de una calificación que se intenta evitar. Entre los créditos subordinados encontramos las multas, los intereses, los créditos de propietarios relacionados con la empresa o sus administradores, los pertenecientes a aquellos que se comuniquen fuera de plazo, aquellos de quienes hayan actuado de mala fe en el procedimiento...

²⁷ FERNANDEZ DEL POZO, L., “El régimen jurídico perconcursal de los acuerdos de refinanciación”, en *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid. 2010, pág. 115 y ss. quién define como “remedio preconcursal, pues persigue remover, evitar o prevenir la situación de insolvencia, antes de que el deudor se halle incurso en un procedimiento concursal”.

CONCLUSIONES

Tras el estudio del tema desarrollado en el trabajo, puedo concluir, desde mi punto de vista, que estoy bastante de acuerdo con las medidas adoptadas y reflejadas en las leyes para fomentar los acuerdos de refinanciación.

La argumentación de esta afirmación se basa: **en primer lugar** que todas ellas van encaminadas a evitar que las empresas que se encuentran en una situación de insolvencia o crisis acaben en un procedimiento de concursal. Lo cual es importante, ya que es un proceso que conlleva un elevado coste económico, no solo para la deudora o acreedores, sino también para el ordenamiento jurídico, como consecuencia de que son procedimientos que suelen durar entrono a 1,2 años hasta su resolución, la cual casi nunca es satisfactoria para las partes.

En segundo lugar, se fomenta la lucha por la supervivencia de la empresa, para que ésta continúe operando en el mercado, los trabajadores que la integran mantengan sus puestos de trabajo y no pasen a engrosar las listas del paro, que todos los acreedores cobren sus deudas... además de las repercusiones positivas que tiene no sólo para el empresario, tanto económica como psicológicamente, sino también para el Estado de Bienestar, ya que los trabajadores continúan cotizando y no suponen una carga para el Estado, la empresa sigue pagando sus impuestos...

En tercer y último lugar, me parece acertado que se tomen medias encaminadas al fomento de la consecución de acuerdos de refinanciación, para que las empresas que estén atravesando problemas de solvencia con acreedores puedan solventarles y continuar con su actividad. Favorecido por los escudos de protección que se aplican en los casos en los que los acuerdos se toman bajo el cumplimiento de lo establecido en el art. 71 bis LC, en los que aun tomándose las medidas que consideran oportunas la empresa acabe en un procedimiento de concurso.

Bibliografía

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABC. (20 de 06 de 2012). El 97% de las empresas que van a concurso acaban en liquidación. Recuperado el 15 de 04 de 2017, de www.abc.es: <http://www.abc.es/20120620/economia/abci-empresas-concurso-acaban-liquidacion-201206192109.html>
- Aznar Giner, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Valencia (2014)
- Pavón Neira, C. (02 de 09 de 2014). No es oro todo lo que reluce. Recuperado el 12 de junio de 2017, de www.cincodias.elpais.com:
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/09/01/economia/1409593175_395332.html
- Calbacho Losada, F. *La Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*. Madrid. 2011
- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España. (2013) Estadística Concursal anuario 2013. Anexo 7. Acuerdos de refinanciación. https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf
- Diario16. (27 de 1 de 2016). En 2016 incrementarán los acuerdos de refinanciación y las medidas concursales. Recuperado el 30 de 04 de 2017, de www.Diario16.com:
<http://diario16.com/en-2016-incrementaran-los-acuerdos-de-refinanciacion-y-las-mediaciones-concursales/>
- Fernández del Pozo, L. *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación preconcursal de remoción de la insolvencia*. Madrid. 2010
- González Pachón, L. *La desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación* (tesis doctoral). Universidad de Valladolid. Segovia. 2015.
- Canallure Abogados. (2010). *La refinanciación según la Ley Concursal. YouTube. Madrid*. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=4Ie0AmNoQ>
- León Sanz, F.J. (2014). “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, en *Revista del Notario del siglo XXI*, núm. 73. Mayo-Junio 2017.
- Ministerio de Justicia. Recuperado de: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>
- Olivencia Ruiz, M. “Del concurso y tiempos de crisis”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 11. Madrid. 2009
- Prendes Carril, P & Pons Albentosa, L. (2014). *Practicum Concursal. Capítulo 17. Disposición Adicional 4ª: Homologación de los acuerdos de refinanciación*. (1ª ed.) Pamplona. 2014.
- Pulgar Ezquerro, J. *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*. Madrid. 2012
- Pulgar Ezquerro, J. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 53 LC en el

marco del RDL 3/2009”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 11º 11. Madrid. 2009.

Rubio Vicente, P.J. “Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. Madrid. 2006

Sánchez-Calero Guilarte, J. *Refinanciación y Reintegración Concursal*. Departamento de Derecho Mercantil. Universidad complutense. Madrid. 2009

REFERENCIAS LEGISLATIVAS:

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio de, del Poder Judicial.

Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

RD Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

RD Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia núm. 122/2013 de 25 de febrero

Juzgado de Primera Instancia de Lugo, Auto de 1 de febrero de 2013 AC/2013/1610