

## INSTITUTOS PRECONCURSALES TRAS LA LEY 14/2013: ANALOGÍAS, DIFERENCIAS, VACÍOS LEGALES Y CONCLUSIONES

**José Ignacio Atienza López**

*Secretario Judicial  
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

---

### EXTRACTO

Entre los años 2009 y 2013, la actual Ley Concursal ha sufrido hasta tres modificaciones, todas ellas encaminadas a introducir y potenciar la llamada fase preconcursal, que tiene como única finalidad la de evitar que el deudor insolvente tenga al concurso de acreedores como la única de las soluciones posibles. Estas reformas han dado lugar al nacimiento de instituciones pre-concursales que en la práctica van adquiriendo cada vez mayor protagonismo, pues están destinadas a evitar la destrucción del tejido empresarial que está teniendo lugar en sede concursal. Estas dos instituciones son los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago. El presente trabajo pretende estudiar ambas de manera comparada, analizando sus analogías, diferencias y paralelismos, ahondando en los vacíos legales que su regulación presenta y con especial referencia a todos los operadores intervinientes que ejercen su tutela pública sobre la libertad de pactos del deudor y acreedores. Se trata de comprobar cuál es la filosofía que justifica la existencia de cada una de ellas, además de destacar la aplicación dispar que los jueces han hecho de la primera de ellas.

**Palabras claves:** concurso de acreedores: fase preconcursal, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales.

---

*Fecha de entrada: 11-02-2014 / Fecha de aceptación: 11-02-2014*

## INSTITUTES PRE-BANKRUPTCY AFTER THE LAW 14/2013: SIMILARITIES, DIFFERENCES, LEGAL EMPTINESSES AND CONCLUSIONS

José Ignacio Atienza López

---

### ABSTRACT

Between 2009 and 2013, the current Bankruptcy Act has undergone three changes all aimed to introduce and promote the call pre-bankruptcy phase which has the sole purpose to prevent the insolvent debtor has to bankruptcy as the only possible solution. These reforms have given rise to prepetition institutions in practice are gaining increasing prominence, as they are designed to prevent the destruction of the business that is taking place in bankruptcies.

These two institutions are refinancing agreements and payment of court settlements. This paper aims to study both in a comparative way, examining their similarities, differences; delving into the loopholes that regulation with special reference presents all the various operators who exercise their public guardianship agreements on freedom of the debtor and creditors. This is to check what is the philosophy that justifies the existence of each, while highlighting the disparate application that judges have made the first one.

**Keywords:** bankruptcy: pre-bankruptcy phase, refinancing agreements and court settlements.

---

---

## Sumario

1. Aproximación introductoria a la preconcursalidad
2. Origen, naturaleza e incompatibilidad de los institutos preconcursales
3. Los acuerdos preconcursales como pactos públicos tutelados
  - 3.1. La tutela pública de las personas intervinientes como límite a la libertad de pactos
  - 3.2. La tutela pública del contenido de los acuerdos preconcursales
4. Conclusiones

## 1. APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA PRECONCURSALIDAD

La situación económica de nuestro país el día 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de nuestra Ley Concursal (en adelante, LC), era todavía lo suficientemente boyante como para que el Gobierno de la nación pudiera prever que esa novedosa norma que tanto había costado sacar adelante (no quiero ni calcular los años de vigencia de las anteriores normativas sobre quitas, esperas, concursos de acreedores, suspensiones de pagos y quiebras) no iba a ser capaz de gestionar el volumen de insolvencias empresariales que nuestro país iba a tener que soportar diez años después de su entrada en vigor. Me resulta demasiado simple y básico acudir al argumento de que esa incapacidad de la nueva norma para sustanciar las insolvencias tiene por causa la escasez numérica de juzgados de lo mercantil en España. Que esta es una causa yo no lo dudo, pero también hay otros motivos diferentes que pasamos a describir a continuación, y que no deben ser obviados.

En mi humilde opinión, con lo que el Gobierno (y por tanto el legislador) no contaba ni fue capaz de representarse es una realidad muy difícil de combatir solo con medidas normativas. Esa realidad a la que trato de referirme es la de que, a diferencia de otros países, el empresario español, cuando se sabe en estado legal de insolvencia, solo acude al deber legal del concurso voluntario cuando ya apenas le queda masa activa patrimonial con la que hacer frente a su masa pasiva, y de ahí que las estadísticas judiciales arrojen unos resultados de número de concursos que concluyen en liquidación, comparados con los que finalizan en convenio, que cuando menos cabe calificar de espeluznantes.

Si examinamos la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, reformadora de la LC (que introduce la homologación judicial para los acuerdos de refinanciación), observaremos que el propio Gobierno paulatinamente empieza a darse cuenta de esa realidad apuntada en el párrafo anterior; leamos detenidamente este texto obrante en el Preámbulo, apartado I, de la citada ley reformadora: *«Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades, y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios»*. He aquí bastante bien descrita la realidad de que el insolvente ibérico (si se me permite esta coloquialidad), cuando acude al concurso, lo hace sin apenas bienes, o incluso afirmando en su solicitud iniciadora del concurso (¿por qué nuestro legislador huye de la expresión «demanda de concurso» y sigue empeñándose en que la palabra «demanda» nunca aparezca en la LC?) que

no tiene ningún bien en su patrimonio para hacer frente a sus deudas. Es tal el volumen de concursos con inexistencia de bienes desde el inicio, que la Ley 38/2011 creó el nuevo artículo 176 bis de la LC, como mecanismo legal que permita sustanciar estos concursos en el menor plazo posible, siendo el exponente extremo de esta figura el bautizado como «concurso express» del apartado 4 del precepto citado, es decir, el concurso con una sola resolución que permite declarar al solicitante insolvente y concluso en su concurso voluntario con un solo pronunciamiento del juez, sin investigación alguna sobre si es o no verdad que carece de bien alguno.

Por cierto, sigue inexplicado por nuestro legislador el motivo por el cual la Ley 38/2011 decidió cambiar en varios lugares de la ley la anterior la expresión «*inexistencia de bienes y derechos del concursado*» (sin duda expresión clara y significativa de la realidad que describía) por la actualmente vigente de «*insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa*» (expresión que suaviza esa misma realidad disfrazándola en la medida de lo posible). Tal vez resulte demasiado atentatorio al postulado constitucional de la seguridad jurídica que la simple afirmación del deudor de que carece de todo tipo de bienes puede ser bastante para crearle y concluirle directamente su concurso, sin investigación alguna del poder judicial, ante la boquiabierta expresión de sus acreedores.

Es precisa una evolución en la cultura empresarial de los españoles que lleve a entender que la declaración de concurso de un empresario o empresa no es un estigma que haya de pesar como una losa sobre el insolvente, y a partir de la cual se producirá una huida de sus proveedores y clientes, lo que hundirá definitivamente al deudor ante el temor de sus acreedores a incrementar su crédito respecto del deudor de seguir manteniendo relaciones comerciales con él. Muy al contrario, deben adoptarse medidas que hagan entender a tales proveedores y clientes que, cuanto más colaboren con el insolvente, más posibilidades existirán de permitir que el deudor supere esta situación difícil, incrementándose con ello sus opciones de cobrar su crédito. Ahora bien, ¿cómo se consigue ese cambio de cultura empresarial en sus acreedores?, ¿cómo se cambia la mentalidad a la empresa para que acuda antes al concurso cuando su masa activa, todavía suficiente, le puede permitir mayores opciones de negociación con sus acreedores en el seno del concurso para llegar a convenio? Estas son las grandes cuestiones de fondo que laten en la cuestión, y ya me permito adelantar mi escepticismo acerca de que las medidas normativas vayan a ser las adecuadas para hacer evolucionar esa cultura empresarial. Ahora bien, resulta loable que los gobernantes, lejos del escepticismo inmovilista, traten de legislar para lograr esa difícil evolución de planteamientos, pues el no hacer nada tampoco sirve.

## 2. ORIGEN, NATURALEZA E INCOMPATIBILIDAD DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES

En el contexto que acabamos de describir, es en el que cabe entender el nacimiento de la fase preconcursal objeto de este trabajo. Hasta marzo de 2009, no existió la fase preconcursal en nuestro derecho regulador de la insolvencia, pues la simple presentación de la solicitud (insisti-

mos, ¿por qué no demanda?) de concurso voluntario carecía de efectos concursales ni procesales de naturaleza alguna hasta que el juez de lo mercantil no dictaba el auto del artículo 21 de nuestra LC, declarando en insolvencia al deudor.

Actualmente nos encontramos con tres institutos preconcursales: los acuerdos de refinanciación simples o sin intervención judicial alguna, los acuerdos de refinanciación con homologación judicial y los acuerdos extrajudiciales de pago, creados por el legislador en marzo de 2009, octubre de 2011 y septiembre de 2013, respectivamente. La simple observancia de estas fechas nos confirma que hay una preocupación constante en la política legislativa en esta materia desde 2009 para tratar de potenciar la preconcursalidad como forma jurídica de poner freno a las cifras de empresas concursadas cuyo concurso termina en liquidación, con la destrucción de tejido industrial que ello conlleva, cifras que se han incrementado exponencialmente en el seno de la crisis económica actual. De lo que se trata es de poner en manos de los empresarios insolventes diferentes y variados instrumentos legales que les permitan llegar a pactos de naturaleza contractual con un determinado porcentaje de su pasivo, de modo que lo que obtienen de esos acreedores, merced al pacto, les permita salir de la insolvencia evitando la solución del concurso de acreedores, y consiguiendo de ese modo una oportunidad de reflotar su empresa. Los acreedores que no se adhieran a tal pacto contractual se verán afectados por él de igual modo (salvo los acreedores con garantía real), pudiendo manifestar su disidencia por la vía de la impugnación al pacto por causas tasadas. De este modo, el diseño del legislador en estos años es el de que acudir al concurso sea la última ratio, cuando ya sea algo inevitable.

Las dos modalidades de acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago son dos tipos de instrumentos preconcursales cuyos caminos han de correr absolutamente paralelos, al responder a soluciones y filosofías completamente diferentes. Recientemente, y escuchando una ponencia de la señora Pulgar Ezquerro, las calificaba certeramente como soluciones antagónicas; pienso que se queda corta en su calificación como soluciones preconcursales de imposible convivencia, pues ya la LC en su artículo 231.4 nos indica su plena incompatibilidad al ordenar que quien se encuentre negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación no puede intentar acceder al acuerdo extrajudicial de pagos. La LC lo dice muy claro: o un camino o el otro, pues ambos no son compatibles.

Hallándonos en este apartado del análisis de la naturaleza de estas figuras, cabría preguntarse la razón de esta incompatibilidad. En mi opinión esta causa se encuentra en que las dos posibles formas de salir de la insolvencia pasan necesariamente por orientarse como empresario insolvente a favor de una de estas dos filosofías: o intento salir de la insolvencia tratando de convencer a mis acreedores de que me presten nuevas cantidades (lo que la LC llama «nuevos ingresos de tesorería»), en cuyo caso me decantaré por los acuerdos de refinanciación, o la negociación con mis acreedores será para convencerles de que, perdonándome parte de la deuda o difiriendo en el pago lo no perdonado, podré pagarles y salir de la insolvencia al deber menos cantidades, pero sin verme forzado a aceptar nuevos importes de ellos, en cuyo caso buscaré el acuerdo extrajudicial de pagos. En definitiva, lo que el legislador está indicando al empresario insolvente que desea por todos los medios evitar el concurso acudiendo a las opciones preconcursales es que escoja entre pactar para

pagar sin refinanciarse con deudas nuevas o pactar para refinanciarse con deudas nuevas y pactos de espera pero sin un plan de pagos forzoso. Creo que esta síntesis que acabo de exponer refleja el espíritu de las dos vías preconcursales y, no en vano, en la nueva regulación del Título X de la LC, la palabra «refinanciación» o alguno de sus derivados no existe, mientras que en el artículo 71.6 de la LC y en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la LC no hallaremos referencia alguna a «plan de pagos». Ello no es una mera casualidad, pero al mismo tiempo explica la incompatibilidad declarada de las dos soluciones preconcursales.

Estimo que en este apartado debe ser desarrollado un somero recordatorio del motivo por el cual existen los acuerdos de refinanciación y los recientes acuerdos extrajudiciales de pago. Estos últimos nacen para servir de instrumento que ayude a la evolución de la cultura empresarial que hemos citado; veamos este texto de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013:

*«En la situación económica actual, son necesarios tantos cambios en la cultura empresarial como normativo, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar».*

Es decir, los acuerdos extrajudiciales de pago son un *mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, similar a los existentes en los países próximos*. Yo añado que este mecanismo permite salir de la insolvencia, debiendo menos de lo que debo como deudor, pero sin recibir más dinero de mis acreedores.

En cambio, el origen de los acuerdos de refinanciación está en otros motivos directamente vinculados a las acciones de reintegración o rescisión concursales de los artículos 71 a 73 de la LC. No es ni mucho menos casualidad que la regulación de los acuerdos de refinanciación nazca del artículo 71.6 de la LC, como vemos dentro de la rescisión concursal. Durante los primeros años de vigencia de nuestra LC, son multitud las operaciones de financiación legítimas que fueron rescindidas por nuestros jueces de lo mercantil, realizadas dos años antes de la declaración de concurso, con el siguiente argumento jurídico: *«De ahí que se denote que al constituirse las garantías prendaria e hipotecaria el banco persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera, la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien esta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario más que probable de insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías»* (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 21 de mayo de 2008). Este fundamento ha sido escogido por ser especialmente claro e ilustrativo de la dirección que iban tomando los jueces de lo mercantil en esta materia, pero hay muchas otras similares.

Y bien, a la vista de que una operación válida de refinanciación podía serle rescindida a la entidad bancaria con este argumento, ¿quién va a refinanciar al empresario insolvente actual o

inminente que quiere evitar llegar al concurso? Nadie. Para ello se crean los acuerdos de refinanciación, es decir, instrumentos que nos lanzan el siguiente mensaje: si usted, empresario insolvente, logra un acuerdo de refinanciación con sus acreedores antes del concurso y lo evita de este modo, si lo consigue con los requisitos marcados por la nueva figura, no podrá ser rescindido por los jueces, y por ello no deben ya temer las entidades bancarias a la hora de refinanciar a la empresa. Veamos cómo empieza la redacción del artículo 71.6 de la LC: «No podrán ser objeto de rescisión...». Concluyendo, el origen de los acuerdos extrajudiciales de pago está en el deseo del legislador de que el deudor tenga un instrumento con el que poder pactar para quitarse parte del lastre de deudas que tiene, pero el origen de los acuerdos de refinanciación nace como instrumento que quite el miedo a los bancos a refinanciar, pues sus operaciones no podrán ser rescindidas. Hoy en día, las sentencias de los jueces de lo mercantil se orientan más bien hacia la tesis de que no puede haber rescisión si hay un sacrificio patrimonial justificado.

### 3. LOS ACUERDOS PRECONCURSALES COMO PACTOS PÚBLICOS TUTELADOS

Que los acuerdos con los acreedores en forma de propuestas de convenio en el seno del concurso abierto son pactos no libres sino plagados de tutela pública de naturaleza judicial o no es algo aceptado por todos los operadores jurídicos; baste recordar la cantidad de límites sobre la que se puede o no pactar en el seno de la propuesta de convenio en los artículos 100 y 101 de la norma, y baste también recordar que ningún convenio puede ser aprobado sin una sentencia judicial que lo avale. Esta tutela en sede concursal está plenamente justificada. Pero ¿está justificada en sede preconcursal?

Lo que aquí tratamos de analizar es si en los institutos preconcursales esa libertad a la hora de pactar entre las dos partes, deudor y acreedores, es real o si está llena de límites públicos impuestos por la ley o por terceros con cobertura legal al amparo de la *par conditio creditorum*. O dicho de otro modo, ¿la *par conditio creditorum* surte también sus efectos en el precurso? Recordemos que en todo contrato (y es un pacto contractual lo acordado en sede preconcursal) rige nuestro artículo 1.255 del Código Civil como principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues bien, ¿es real esa libertad en sede preconcursal? ¿Cómo se relacionan lo preconcursal y las limitaciones públicas estipuladas para esa fase?

A la hora de examinar esta cuestión creo que debemos observar esos límites públicos desde el punto de vista de las personas intervinientes y desde la perspectiva de los límites en el contenido del pacto. Antes de desarrollar ambas perspectivas, ya me gustaría anticipar una conclusión que, a mi entender, se desprende de las regulaciones publicadas: cada vez que se avanza con nueva normativa y se crean nuevas figuras sobre preconcursalidad, se incrementa la tutela pública de los acuerdos, y tal incremento se traduce en mayores efectos a favor del deudor y contra los acreedores, si el acuerdo sale adelante. Ignoramos si ello favorecerá o dificultará los acuerdos preconcursales, pero constituye una realidad palpable.



### 3.1. LA TUTELA PÚBLICA DE LAS PERSONAS INTERVINIENTES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE PACTOS

Con carácter previo, y antes de entrar a valorar de manera comparativa entre los institutos concursales esta cuestión, vaya ya por delante que la tutela pública se ha introducido en la fase procedimental de las comunicaciones concursales del artículo 5 bis de la LC, pues la reforma que la Ley 14/2013 ha operado en los apartados 1, 3 y 4 del precepto arroja este resultado: en los acuerdos de refinanciación, el preaviso concursal al juzgado lo seguirá haciendo el deudor directamente sin intermediarios públicos, pero si se trata de acuerdos extrajudiciales de pago, la comunicación concursal al juzgado ya no la hace el deudor que intenta el acuerdo, ni tampoco el mediador concursal que le han designado, sino que la hace un notario o un registrador mercantil (art. 233.3 LC). Resulta cuando menos chocante que el mediador concursal sí deba dar el paso directamente él, cuando proceda, de algo tan trascendente como promover el concurso consecutivo ante el Juzgado de lo Mercantil (arts. 236.4, 238.3 y 242.1 LC) y, sin embargo, no sea él quien comunique al juzgado la pretensión del deudor de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos como comunicación concursal del artículo 5 bis.

Por cierto, y comenzando el turno de vacíos legales inexplicables, a raíz de que el notario o registrador mercantil designen un mediador concursal al que citen para que acepte el cargo, abren en su notaría o registro un expediente (es verdad que esta apertura de expediente no se nombra en tales términos en el art. 233, pero sí en el art. 238.2 expresamente se usa la expresión «cierre de expediente», no pudiéndose cerrar lo que antes no hubiese sido abierto), y solo se contempla en la norma el cierre del expediente registral o notarial por haber sido aceptado el plan de pagos. Hay una ausencia total de regulación acerca del cierre de esas actuaciones notariales o registrales por la transformación del acuerdo extrajudicial de pagos en concurso consecutivo; ¿cómo conocen el notario o el registrador mercantil que el mediador concursal por ellos designado se ha visto forzado a promover el concurso consecutivo? No hay respuesta en el Título X de la norma.

Acudiendo al objeto de este apartado, el relato necesario de los operadores jurídico públicos que inevitablemente limitan la libertad a la hora de fijar los pactos contractuales entre acreedores y deudor genera este resultado:

- **Acuerdos de refinanciación simples o sin homologación judicial.** Son los regulados exclusivamente en el artículo 71.6 de la LC y en ellos la tutela del pacto, desde este punto de vista de los intervinientes ajenos a las partes del pacto, viene dada por el registrador mercantil, el experto independiente informador del acuerdo y el notario que ha de formalizar en escritura dicho acuerdo. El papel del registrador mercantil se ciñe a la designación del experto independiente, habiéndose creado un procedimiento para la designación en el nuevo artículo 71 bis, llenando el vacío existente en esta materia. Con ello se ha suprimido el «prudente arbitrio» del segundo requisito del artículo 71.6, pero no pensemos que este ha desaparecido

do por completo pues el apartado 3 del artículo 71 bis permite al registrador «solicitar varios presupuestos a uno o varios profesionales idóneos y antes de decidirse por el más adecuado»; ¿hay mucha diferencia entre el prudente arbitrio y lo que acabamos de citar? ¿De verdad es algo distinto elegir según su prudente arbitrio y designar al que estime más adecuado? A diferencia de lo que sucede en los acuerdos extrajudiciales de pago a la hora de designar al mediador concursal, donde el registrador o el notario escogen entre una relación oficial de profesionales aprobada por el Ministerio de Justicia y de forma secuencial, aquí el registrador elige libremente sin lista previa de «profesionales idóneos». ¿Qué profesionales y de qué profesiones?, ¿con qué requisitos?: no existe respuesta en la LC reformada.

El experto independiente supervisa el acuerdo elaborando un informe favorable (como curiosidad, la reforma de marzo de 2009 se olvidó del «favorable» de modo que existían dudas de si bastaba con un informe o si este había de ser favorable, extremo que se subsana en la reforma de octubre de 2011). Parece que es imprescindible que el experto dé el visto bueno para que se pueda llegar a la fase notarial, pero ¿ha de ser favorable a la totalidad del acuerdo o solo a parte de él? Para salvar la posible responsabilidad del experto de cara al posterior concurso, se introdujo en la reforma de 2011 la posibilidad de que el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase (final del art. 71.6.2.º LC). A la vista de ello, ¿qué parte del acuerdo ha de ser informado favorablemente? Como vemos, hay vacíos en la redacción muy importantes. Y todo ello se agrava si reparamos en que el acuerdo de refinanciación no es una sola operación o negocio jurídico, sino un acuerdo marco integrado por «negocios, actos o pagos... y garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos» (art. 71.6 párr. 1.º). Finalmente, y si se logran superar los estadios precitados, llegamos al notario para la formalización en instrumento público, ¿cuál es el papel del notario? Tiene facultades para comprobar el cumplimiento de los requisitos del acuerdo que se le aporta, o no; o no puede ejercer control alguno si formalmente cumplen los requisitos, o lo eleva a escritura al venir ya contrastados los requisitos por el informe favorable del experto. Entiendo que son dudas razonables sin respuesta real en la norma, lo que genera los vaivenes jurisprudenciales actuales. En estos acuerdos no existe tutela judicial alguna, ni posibilidad de que la hubiese, fuera del control vía incidente concursal de reintegración promovido exclusivamente por la administración judicial al amparo del artículo 72 de la LC, pero ya siempre dentro de un concurso de acreedores, no en fase preconcursal.

El principio de relatividad de los contratos de nuestro artículo 1.257 del Código Civil, que se ve claramente superado en los acuerdos de refinanciación con homologación judicial y en los nuevos acuerdos extrajudiciales de pago, es respetado en estos acuerdos de refinanciación simples de modo que sus contenidos no serán aplicados a los acreedores disidentes o que no votaron el acuerdo. Obsérvese que a diferencia de las dos instituciones preconcursales citadas (apdo. 4 de la disp. adic. 4.ª y art. 239 LC), en estos acuerdos no aparece regulado en la LC ningún incidente para que los disidentes puedan impugnar el acuerdo de refinanciación simple,

prueba evidente de que sus contenidos pactados no les son aplicables. Estos acreedores, disconformes con el acuerdo aprobado por la mayoría del 60% o más de pasivo, pueden promover el concurso necesario sin duda, pero ¿cómo probarán en la vista del incidente la insolvencia del deudor si acaba de ser refinanciado y, por tanto, ha dejado de ser insolvente? Dificilmente.

- **Acuerdos de refinanciación con homologación judicial.** Son los regulados por parte del artículo 71.6 y la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la LC. Estos acuerdos nacen con la Ley 38/2011 ante el escaso funcionamiento de sus antecesores y como modalidad perfeccionada de ellos, perfeccionamiento que se apoya en la posibilidad de involucrar al juez de lo mercantil en su aprobación, y a los acreedores financieros como únicos protagonistas que permitirán su consecución.

Lo citado en los acuerdos de refinanciación previos sin homologación judicial, respecto del papel del registrador mercantil a la hora de designar al experto que ha de informar favorablemente y por el proceso del nuevo artículo 71 bis de la LC, así como lo precitado en relación con el notario autorizante del instrumento público, es perfectamente aplicable a esta segunda modalidad de acuerdos de refinanciación, y a lo anterior me remito. De los tres requisitos del artículo 71.6 de la LC, solo el segundo y tercero son aplicables a estos acuerdos. La libertad de pactos en estos acuerdos se ve afectada, necesariamente, por el informe que haya de dar el experto independiente y por el notario autorizante de la escritura, pero sobre todo por el juzgado de lo mercantil, que ha de decidir sobre la homologación a otorgar, con intervención inicial del secretario judicial, y posterior en doble momento del juez de lo mercantil, pues, además de resolver sobre el otorgamiento de la homologación pedida por el deudor, puede ser que tenga que sustanciar igualmente la impugnación planteada por los acreedores financieros disidentes. Parece ahora más claro que, tras la reforma operada en el apartado 1 de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> por la Ley 14/2013, no tienen legitimación activa para esta impugnación los acreedores no financieros del deudor.

Como reforma interesante, se ha venido a subsanar por la Ley 14/2013 la cuestión de cuándo ha de ser designado el experto independiente, pues con anterioridad el vacío legal impedía saber si había de ser nombrado desde el principio del proceso de negociación encaminado a lograr el acuerdo, o bien durante el desarrollo de las negociaciones pero sin intervenir en ellas, o bien solo al final cuando ya estuviese ultimado el mismo. Incluso no era posible plantearse cuándo era mejor nombrarlo. Creemos que la solicitud de designación del experto independiente, «incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo» (art. 71 bis.2 LC), puede ayudar y mucho a que los acreedores no firmantes del acuerdo se puedan plantear la adhesión al mismo tras conocer ese informe favorable del experto, pues ese informe del profesional independiente incrementa notoriamente la confianza en el acuerdo al que se adhieren como fruto de la negociación.

Sin embargo, una de las decepciones de calado de la Ley 14/2013 sigue siendo la mayor concreción legal del contenido a dar a la expresión «entidades financieras»

de la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, pues son muchas las voces (especialmente acertada la de la señora Pulgar Ezquerra), en el sentido de que bastaba con que se hubiera sustituido la expresión «entidades financieras» por la de «acreedores financieros».

- **Acuerdo extrajudicial de pagos.** Son los regulados en el nuevo Título X de la LC, artículos 231 a 242. ¿Qué personas intervienen en ellos limitando la libertad de la autonomía de la voluntad del deudor y acreedores?

En los acuerdos de refinanciación, como acabamos de analizar, el deudor pide al registrador mercantil que proceda a designarle un experto independiente (art. 71 bis LC); en los acuerdos extrajudiciales de pago, el deudor pide ya no solo al registrador mercantil, sino también al notario que proceda a designarle un mediador concursal (art. 232 LC). Como se observa, en la fase de nacimiento de este tipo de instituto preconcursal, dependiendo de la naturaleza del deudor habrá este de acudir a uno o a otro interviniente público para lograr poner en marcha el proceso de acuerdo o, como reza la nueva redacción del nuevo Título X, el expediente. Si el deudor es «empresario o entidad inscribible», tiene que solicitarlo al Registro Mercantil y «en los demás casos» al notario de su domicilio. ¿A qué notario cuando haya más de uno en el lugar de su domicilio? ¿Al que a él le parezca? Lo ignoramos ante la falta de la más mínima concreción legal.

En esta fase inicial del expediente, tanto el notario como el registrador mercantil no designan al mediador concursal de manera inmediata o automática, sino que previamente han de resolver sobre la admisión a trámite de la petición del deudor, ya que la solicitud se inadmitirá «cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos» y cuando «faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos». Examinemos los vacíos legales de este momento importante: ¿puede impugnarse esta decisión de inadmisión del notario o del Registro Mercantil? ¿Deben dar los intervinientes públicos citados al deudor plazo para subsanar antes de inadmitir o se inadmite de plano, y entonces el deudor habrá de presentar de nuevo su solicitud de designación de mediador concursal? En su tarea de admisión a trámite, ¿han de valorar el notario o el registrador la concurrencia de los requisitos del artículo 190 de la LC por remisión del artículo 231.2 b)? ¿Puede el juez de lo mercantil cuestionar esta decisión del notario o registrador mercantil en caso de concurso consecutivo, o pueden cuestionarla los acreedores disidentes ante el mismo juez vía incidente del artículo 239 de la LC? No hay respuesta de momento para ello. Lo que sí es cierto es que, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, se indica que el registrador o el notario «se limitan a designar un profesional idóneo e independiente» y a «asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo», y la realidad de la regulación determina que ambos poseen poder de decisión en la admisión a trámite de la solicitud del deudor.

Pero observemos las diferencias de este momento de admisión de la petición del deudor en los diferentes institutos preconcursales; tanto en los acuerdos de refinan-

ciación como en los acuerdos extrajudiciales de pago, hay una petición del deudor; en los primeros para que se le nombre un experto independiente y en los segundos para que se le nombre un mediador concursal; en los primeros la solicitud ha de ir acompañada de unos determinados requisitos previstos en los apartados 1.º a 3.º del artículo 71 bis.2 de la LC, y en los segundos igualmente la solicitud ha de venir con los requisitos cumplimentados detallados en el artículo 232.2 de la LC la diferencia esencial es que el artículo 71 bis de la LC no contempla expresamente la posibilidad de que el registrador mercantil inadmita a trámite la solicitud en caso de documentación incompleta o no presentada, mientras que el artículo 232.3 de la LC da esa potestad al registrador o notario. ¿Puede el registrador mercantil inadmitir la petición de nombramiento de experto independiente por entender que no cumple los requisitos, sin cobertura legal expresa? Es más, nuestro legislador, en el párrafo tercero del artículo 233.1, nos dice que, «en todo lo no previsto en esta ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes», es decir, se estará al artículo 71 bis, cuya rúbrica es «Nombramiento del experto por el registrador». Resulta sorprendente que la norma que sí contempla trámite de posible inadmisión en el artículo 232 de la LC se remita como norma de aplicación subsidiaria expresa a la norma (art. 71 bis) que no lo contempla. Resulta incomprensible, pero el efecto inmediato es que hoy no sabemos si un registrador mercantil puede inadmitir a trámite la petición de un deudor sobre petición de experto independiente para que informe del acuerdo de refinanciación, por déficits en el cumplimiento de los requisitos que a su solicitud se han de acompañar.

Superada esta fase del primer interviniente público en el acuerdo extrajudicial de pagos, vamos al segundo, que no es sino el mediador concursal designado. Su régimen legal hoy se halla en el propio Título X de la LC, en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (a la cual se refiere el art. 233.1 LC), y en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla determinados aspectos de la ley precitada. Esta novedosa figura ha sido ya objeto de algunos estudios, análisis y ponencias tanto por la doctrina como por reuniones en junta de los jueces de lo mercantil, y en todas ellas hay unanimidad en cuanto a que no se trata de una figura fácilmente incardinable ni en la solución autocompositiva ni en la heterocompositiva. No estamos ante una figura que trate simplemente de animar a las partes a que lleguen a una solución, su solución (autocomposición), ni tampoco es un supuesto de heterocomposición en el cual las partes voluntariamente se someten a la decisión de un tercero (árbitro). Es una figura de difícil clasificación tal y como ha sido regulada en la LC, sobre todo por sus implicaciones si es designado como administrador concursal en el caso de concurso consecutivo (art. 242.2.regla 1.ª LC).

Las funciones que en la LC se reservan a este mediador en los acuerdos extrajudiciales de pago van mucho más allá de una simple mediación: ha de comprobar la existencia y cuantía de los créditos, convoca la reunión de deudor y acreedores, elabora el plan de pagos que ha de contener propuestas de negociación de condi-

ciones de préstamos y créditos, elabora igualmente el plan de viabilidad y el plan de continuación de la actividad profesional o empresarial, ha de solicitar en los casos que corresponda la declaración de concurso consecutivo, y ha de supervisar el cumplimiento del acuerdo. Pero, además de todo ello y salvo causa justificada, se convertirá en el administrador concursal en caso de concurso consecutivo.

En una primera aproximación a los principios propios de la mediación en asuntos mercantiles de acuerdo con la Ley 5/2012, observamos que el mediador habrá de ser imparcial, neutro y guardar confidencialidad en relación con todo aquello que haya conocido con ocasión de su mediación, y esa confidencialidad le permite no aportar documentación o declarar en un proceso judicial; ¿cómo hacer congeniar ello con las funciones propias del administrador concursal en concurso consecutivo si previamente fue mediador concursal en el intentado acuerdo extrajudicial de pagos? ¿Confiará el deudor en su mediador para proporcionarle información sensible si luego puede o debe usarla el mismo como administrador, por ejemplo, de cara a la reintegración concursal? ¿Puede promover la rescisión el administrador concursal de un concurso consecutivo respecto de operaciones en las que él intervino de uno u otro modo? Habrá que esperar a las primeras resoluciones judiciales sobre esta figura para conocer la aplicación que los jueces realizan de esta regulación, pero hoy por hoy hay graves incongruencias en la situación del mediador concursal.

Hecha la aproximación al registrador, notario y mediador concursal, el último interviniente público de estos acuerdos es el propio juez de lo mercantil. Resulta chocante que, siendo un acuerdo extrajudicial de pagos, sin embargo, su inicio haya de ser comunicado al juez de lo mercantil, y que su contenido pueda tener que recibir una «homologación judicial» como consecuencia del incidente concursal que puede tener que sustanciarse al amparo de lo regulado en el nuevo artículo 239 de la LC. Incluso yendo más allá, cabe que la sentencia de anulación de ser estimatoria para los acreedores promoventes pueda generar por el juez el concurso consecutivo (arts. 239.6 y 242.1, párr. segundo) tutelando por esta vía el juez también esa libertad de pactos supuestamente concurrente en este instituto preconcursal.

### 3.2. LA TUTELA PÚBLICA DEL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS PRECONCURSALES

Una vez que hemos analizado en el epígrafe anterior, de forma comparativa, quiénes son los intervinientes públicos que limitan la libertad de pactos en la autonomía de la voluntad de las partes preconcursales, hemos de hacer lo propio con los contenidos legalmente establecidos, teniendo en cuenta que cabría ya comenzar diferenciando entre dos tipos de contenidos con cobertura legal: los de carácter forzoso, dentro de los cuales cobran especial protagonismo las mayorías de pasivo adherido impuestas por la norma, unidas a los porcentajes temporales de esperas y quitas; y los de naturaleza voluntaria, pues hallándose en la norma pueden o no las partes del pacto aco-



gerse a ellos. En cualquier caso, estos contenidos a los que deudor y acreedores deben ajustarse son un fiel reflejo de una tesis que antes ya hemos apuntado: en el acuerdo extrajudicial de pagos no se busca refinanciación o nuevos ingresos de tesorería, sino la reducción y dilación de las deudas anteriores (las concursales del concurso de acreedores), mientras que en los acuerdos de refinanciación el deudor busca nuevos ingresos de sus acreedores financieros, no quitas de deuda.

La naturaleza del núcleo esencial de los acuerdos de refinanciación es radicalmente distinta de su homónima en los acuerdos extrajudiciales de pago; los primeros constituyen un pacto contractual integrado por diferentes «negocios, actos y pagos» realizados de cualquier forma «y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos» siempre «que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo» (art. 71.6 párr. primero LC), mientras que los segundos resultan ser un solo texto-propuesta (redactado por el mediador concursal con el consentimiento del deudor) que necesariamente deberá integrarse con un plan de pagos que contendrá quitas y esperas solo para las deudas anteriores a la fecha de la solicitud (y como parte de ese plan de pagos además «necesariamente» propuestas de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos), y además un plan de viabilidad para el cumplimiento de las obligaciones posteriores a la solicitud y un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 236 LC). Resulta especialmente interesante, por la síntesis que realiza, esta cita del Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona de 22 de febrero de 2013, en el sentido de que solo cabe hablar de acuerdos refinanciadores *«si van acompañados de un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional en el corto y medio plazo y cuyos pactos deben suponer a modo de contenido mínimo alternativo, bien la ampliación significativa del crédito disponible (dinero fresco), o bien una reordenación del pasivo del deudor consistente en la modificación de sus obligaciones, ya sea mediante prórroga de su plazo de vencimiento (novación modificativa), o bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas (novación extintiva)»*.

En los dos institutos preconcursales, hay un plan de viabilidad como elemento común y, en ambos, el mismo se elabora para pronosticar una expectativa de continuación de la actividad profesional o empresarial, mientras que hay aspectos no comunes en el resto de extremos; así, el acuerdo de refinanciación del artículo 71.6 de la LC no estipula como contenidos preceptivos las quitas o esperas, mientras que el plan de pagos integrador de los acuerdos extrajudiciales de pago ha de contener quitas o esperas (curiosamente el mismo contenido obligatorio que se preceptúa para las propuestas de convenio en sede ya concursal en el art. 100.1 LC). El acuerdo de refinanciación simple del artículo 71.6 de la LC no precisa que deba haber forzosamente ni siquiera esperas, determinando con ello un ámbito de libertad contractual de autonomía de los pactos superior al acuerdo de refinanciación con homologación judicial de la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, el cual ha de contener necesariamente esperas. Observemos este interesante Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2012, el cual señala que: *«Establecida la sujeción del acuerdo de refinanciación a lo dispuesto en el artículo 71.6 LC, surge la cuestión de determinar si además lo está a lo dispuesto en la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, pues remitiéndose esta a aquel, se adiciona en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> un contenido inexcusable en el acuerdo refinanciador, cual es la espera cuyo efecto se extiende a los disidentes; y ello porque siendo*

*contenido potestativo en el acuerdo de refinanciación del artículo 71.6 LC lo es imperativo en la disposición adicional 4.ª, so pena de autorizar la homologación de un acuerdo que no extenderá ningún efecto a los disidentes».*

La ampliación significativa del crédito disponible o alternatively la modificación de sus obligaciones es otro de los elementos diferenciadores importante; en los acuerdos de refinanciación (en ambas modalidades) en lo acordado debe existir esta ampliación de crédito o modificación de obligaciones de manera forzosa, extremos estos que en los acuerdos extrajudiciales de pagos no han de constar sino como propuestas de negociación solo de las condiciones de los préstamos, no de otros extremos obligacionales.

Continuando con estas diferencias, cabe también reparar en el doble modo de pago previsto para los acuerdos extrajudiciales de pago: pago en dinero o pago por cesión de bienes. El artículo 236.2 LC contempla esta novedosa posibilidad, que no aparece ni nombrada en la regulación de los acuerdos de refinanciación; ¿es posible en estos últimos acordar pagos por vía de cesiones de bienes a los acreedores? Recordemos que en el artículo 71.6 solo en una ocasión aparece la palabra «pagos» sin concreción alguna como parte del acuerdo refinanciador, y ello unido a que los pagos con bienes supondrían una disminución del activo, elemento esencial en toda negociación, no permiten entender viable esta solución como parte del acuerdo refinanciador.

En cuanto a los acreedores con los que cabe acordar alguna de las instituciones preconcursales, igualmente hay diferencias; mientras que en los acuerdos extrajudiciales de pago solo se diferencia entre los acreedores con créditos dotados de garantía real, acreedores con créditos de derecho público y resto de acreedores, en cambio en los acuerdos de refinanciación la distinción es solo entre acreedores titulares de créditos propiedad de entidades financieras y resto de acreedores. Como vemos, en los acuerdos de la disposición adicional 4.ª, los exclusivos protagonistas posibles son los acreedores de entidades financieras, como únicos que pueden tener capacidad de refinanciar, mientras que en ellos la mayoría de pasivo adherido solo puede ser de entidades de esa naturaleza; tal y como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 17 de febrero de 2013, *«el acuerdo ha de ser celebrado entre el deudor y sus acreedores que ostenten la naturaleza de entidades financieras de tal modo que los efectos de la homologación, aunque participen entidades o personas no calificables de financieras, se extenderán únicamente a dichas entidades financieras participantes».*

Debemos referirnos a los efectos de la «espera» como parte del contenido de los acuerdos preconcursales. En los acuerdos de refinanciación simples sin homologación judicial, las esperas acordadas no afectan a los acreedores no adheridos o disidentes, que podrán tratar de hacer efectivos sus créditos en la forma en que jurídicamente estimen adecuada, pues no hay concurso abierto. Estos acreedores carecen de un cauce para impugnar lo acordado en un acuerdo de refinanciación del artículo 71.6 de la LC fuera del concurso, pero tampoco dentro del concurso al haberse restringido la legitimación activa para las acciones de rescisión concursal en el artículo 72 de la LC tras la reforma de 2011 a la administración concursal. Pero la mayor dificultad la tendrán estos acreedores si tratan de instar el concurso necesario, pues la prueba de la insolven-



cia del deudor que se ha refinanciado es casi diabólica. Las esperas sí afectan a los acreedores disidentes o no adheridos en los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> tal y como expresamente contempla la misma, superando de forma peligrosa el principio de relatividad de los contratos del artículo 1.257 del Código Civil.

Buena prueba de la afectación a los disidentes es la existencia de un cauce impugnatorio en la propia disposición adicional 4.<sup>a</sup> aunque posterior al dictado del propio auto homologador. Estas esperas no están afectadas por límite temporal alguno en su máximo (el Auto de 20 de noviembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla homologa un acuerdo de refinanciación con una espera de 15 años, lo cual es una interesante manifestación de la libre autonomía de voluntad de las partes), a diferencia del plazo de suspensión de ejecuciones que sí tiene un tope legal de tres años de forma expresa. Ahora bien, en relación con las esperas en la homologación judicial de acuerdos de la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, me interesa destacar determinadas resoluciones judiciales que han ido mucho más allá de la norma haciendo de ella una aplicación mucho más que integradora, en un ejercicio de altruismo hacia la deudora cuando menos sorprendente, con sacrificio de la seguridad jurídica propia de un Estado que al parecer lo es de derecho:

- Observemos la disparidad de estas dos resoluciones. Auto de 5 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona: las entidades no firmantes del acuerdo de refinanciación se ven afectadas por los efectos de la espera acordada con exclusión de la emisión de nuevas líneas de financiación de circulante por entender que constituye un sacrificio desproporcionado para las compañías no firmantes. Auto de 11 de diciembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla: se homologa el acuerdo de refinanciación y considera proporcionada, dadas las circunstancias del caso, la concesión de dinero nuevo por las entidades financieras acreedoras, por lo que obliga también a la entidad financiera que no suscribió el acuerdo de refinanciación a aportar también nueva liquidez.
- Observemos ahora la interpretación infractora de la inaplicabilidad de las esperas a los titulares de créditos de entidades financieras dotados de garantía real. Auto de 10 de abril de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona: *«Puede entenderse que el plazo de espera no podría extenderse a los acreedores disidentes cuyo crédito esté garantizado con garantía real. Y este mismo principio debería aplicarse al mantenimiento de la paralización de las ejecuciones singulares pendientes. Si el plazo de espera no es extensible a estos acreedores, no debería afectarles tampoco si ya hubieran iniciado una ejecución hipotecaria»*. Ahora bien y solo para el caso que enjuiciaba este juzgado, decide contrariamente y resuelve que *«la no extensión del plazo de espera y de la suspensión de las ejecuciones en marcha, supondría poner en peligro el futuro de la entidad a cambio de un aplazamiento discreto. Se trataría de aplicar por analogía lo establecido en el artículo 56.2 de la LC que permite la suspensión de las ejecuciones hipotecarias en marcha cuando los bienes están afectos a la actividad del deudor»*. Como no podrían ejecutar en concurso, dadas las circunstancias, no tiene sentido permitirles ejecutar en este

momento preconcursal cuando la finalidad del acuerdo de refinanciación es precisamente evitar el concurso. En el mismo sentido el Auto de fecha 28 de junio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Barcelona.

- El problema de las esperas si los préstamos son sindicados: en los créditos sindicados cada banco prestamista no dispone de la posibilidad de ejecución individual de las garantías reales concedidas globalmente al sindicato financiador, pues al ser garantías colectivas, solo se pueden ejecutar por decisión mayoritaria. En contra de ello otras resoluciones han estimado que ello choca con el blindaje de la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, a favor de los créditos con garantía real, pues las garantías reales otorgadas a favor de un crédito sindicado que es parciario y divisible son también garantías individuales parciarias del mismo rango concurrentes por las respectivas cuotas.

Como vemos en esta pequeña antología de resoluciones judiciales, las discrepancias a la hora de aplicar las esperas en las homologaciones de la disposición adicional 4.º son cuando menos llamativas. En relación con las esperas, si lo proyectamos sobre los acuerdos extrajudiciales de pago, vemos que esa espera o moratoria (como la denomina el art. 236.1 LC) puede existir o no, pero de concurrir no podrá superar los tres años. Es claramente una espera de pago o de cobro para el acreedor, cuyo plazo tope se nos antoja muy corto, lo cual no favorece dicho acuerdo. Es una lástima carecer de resoluciones judiciales vía impugnatoria del artículo 239 de la LC, para poder conocer los criterios judiciales en la materia.

Las esperas del acuerdo extrajudicial de pagos afectan por completo a los acreedores disidentes o no adheridos, como expresamente manifiesta el artículo 240.2 de la LC («por virtud del acuerdo extrajudicial los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado»).

Finalmente, y en relación con los contenidos tuteladores del contenido del acuerdo preconcursal, hemos de referirnos a la figura de la suspensión de ejecuciones como consecuencia de la consecución de un acuerdo preconcursal. Pero vaya ya por delante nuestra sorpresa por los términos del artículo 235 de la LC, en cuanto supone de paralización de ejecuciones iniciadas o pendientes de iniciar por la sola iniciación del expediente en el acuerdo extrajudicial de pago. Ello genera unas diferencias muy importantes pues la comunicación previa del artículo 5 bis de la LC, si se trata de comunicar las negociaciones para el logro de un acuerdo de refinanciación, no dan lugar a la suspensión de ejecuciones, mientras que si se trata de informar del inicio de un expediente para el acuerdo extrajudicial de pago, produce el inmediato efecto citado y desarrollado en el artículo 235 de la LC. Resulta ello un agravio comparativo entre institutos preconcursales de enormes consecuencias, y de un alcance difícil de calcular dado lo novedoso de este efecto. Resulta también sorprendente que, en el mismo precepto, y frente a ese efecto favorable al deudor, se adopte una medida tan contradictoria como impedirle efectuar transacciones y pagos vía electrónica, aunque expresamente se le diga que puede continuar con su actividad empresarial sin problema alguno. Tiene que devolver sus tarjetas de crédito (por cierto nada dice de las de débito) y abstenerse de pedir cualquier préstamo o crédito. Como paga en los tres meses de duración del expediente (¿en metálico?), resulta extraña esta medida.

Pero superado el artículo 5 bis con lo comentado, la paralización de ejecuciones está vigente expresamente para los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> (hasta tres años como máximo) y para los acuerdos extrajudiciales de pago en el artículo 240 de la LC. No lo está para los acuerdos de refinanciación simples del artículo 71.6 de la LC. No obstante, y aludiendo a la convivencia entre las esperas y las paralizaciones de ejecución como efectos de la homologación judicial de la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, esta no es fácil pues la redacción es muy confusa hasta el punto de haber dado lugar en la práctica a este razonamiento judicial: el hecho de que el plazo de espera carezca de límites temporales, a diferencia de los 3 años de tope de la suspensión de ejecuciones, puede generar un escenario imposible pues los disidentes no pueden dar por terminada la novación hasta pasados los años de la espera pactada, y ¿cómo entonces pueden iniciar ejecuciones antes del vencimiento de la deuda nueva?

#### 4. CONCLUSIONES

- **PRIMERA.** Las instituciones preconcursales intentan proporcionar al empresario insolvente un instrumento de pacto con sus acreedores que le permita evitar el concurso de acreedores. Resulta encomiable que el legislador potencie estos institutos como vía para evitar la destrucción de empresas, pero el porcentaje de pequeñas y medianas empresas potencialmente destinatarias de estos institutos es muy pequeño. Baste para ello contrastar el perfil de las empresas y grupos de empresas que han homologado acuerdos de refinanciación.
- **SEGUNDA.** La cultura empresarial y social de nuestro país ha de evolucionar necesariamente para que el acercamiento del empresario insolvente al precurso no se convierta en un estigma social que obstaculice su legítimo deseo de salvar su empresa. La simple petición de nombramiento de experto independiente o de mediador concursal no puede ser una decisión de la que tenga que arrepentirse por el motivo socioempresarial citado.
- **TERCERA.** Los acuerdos de refinanciación en sus dos modalidades y los acuerdos extrajudiciales de pago recientemente creados, siendo instituciones legalmente incompatibles, sin embargo, presentan unas diferencias y paralelismos cuyo análisis permite ahondar en su conocimiento. No está justificada en nuestra opinión la incompatibilidad de ambas figuras y la obligatoriedad que se impone al deudor de optar por una u otra. El hecho de que respondan a diferentes filosofías no justifica su radical separación.
- **CUARTA.** Resulta inexplicable el maltrato que padece el acuerdo extrajudicial de pagos en relación con los acuerdos de refinanciación. El planteamiento en sede concursal es el de que se prefiere siempre el convenio como solución conservativa a la liquidación como solución liquidativa; pero en la misma sede, si el convenio no se logra o se incumple, ya no habrá nueva oportunidad para pactar y el concurso se verá abocado a la liquidación. Este planteamiento se aplica a los acuerdos

extrajudiciales de pago de forma estricta de modo que, si no se consigue el mismo, se abre el concurso consecutivo solo para liquidar. Ello no se aplica a los acuerdos de refinanciación pues, si no se obtiene el pasivo y condiciones adecuados para su consecución, en el concurso el deudor no se verá privado de la posibilidad de convenio. Pronosticamos ya que ello será un obstáculo muy importante a la hora de decantarse el deudor por esta opción, pues de ser elegida y no lograda, lejos de salvar su empresa y salir de la insolvencia (intención con la que se acercó al pre-concurso), acaba por liquidarla sin alternativa.

- **QUINTA.** Los máximos de quita y espera previstos en la ley, en un 25 % y 3 años respectivamente, se nos antojan muy escasos sin permitir margen de negociación, así como el 60 % de pasivo para los acuerdos extrajudiciales de pagos. No es congruente que tras dos años el legislador haya llegado a la conclusión de que es preciso reducir el porcentaje de pasivo para poder homologar el acuerdo refinanciador del 75 al 55 % de forma tan sustancial, y en la misma norma contemple esas cifras para la nueva institución preconcursal. Comprobaremos en breve plazo su reducción sin duda.
- **SEXTA.** El contenido y los operadores intervinientes en los institutos preconcursales limitan la libertad de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de pactar y con esta reforma se han introducido nuevos límites vía registradores mercantiles, notarios, mediadores concursales y procesos de designación de expertos, cuyo efecto favorable o pernicioso no es fácil adivinar. Resulta inexplicable que con carácter forzoso el mediador concursal sea el administrador concursal del concurso consecutivo para los acuerdos extrajudiciales de pago y que el experto independiente tenga vedada esa posibilidad respecto de un posible concurso posterior. Las tareas encomendadas al mediador concursal en los acuerdos de pago, y su posterior designación como administrador en el concurso consecutivo, causarán las reticencias del deudor a la hora de proporcionar información al mediador y harán de los acuerdos de pago una figura nada atractiva en fase preconcursal.