

REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIDAD Y EL SENTIDO DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

María Isabel Candelario Macías

*Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

EXTRACTO

En esta investigación se estudian los antecedentes históricos, la evolución y el reconocimiento legal de los acuerdos de refinanciación tras la aprobación, primero, del Real Decreto-Ley 3/2009 y, segundo, la Ley 38/2011, que lo introducen en nuestro sistema concursal contenido en la Ley 22/2003. Asimismo, se analizan y reflexionan con exactitud en torno al concepto, naturaleza jurídica, tipología y funcionalidad de los acuerdos de refinanciación, así como se examinan (su) comparativa con otras legislaciones concursales y se aportan y debaten soluciones interpretativas sobre los diferentes criterios de «inmunidad» (prededucibilidad, suspensión de ejecuciones singulares y privilegios), que han de concurrir para el buen éxito de estos acuerdos y, especialmente, se evalúan y valoran los inconvenientes y ventajas que suponen para el deudor en situación de dificultades económicas respecto a (su) implicación en la mecánica operativa y práctica del concurso.

Palabras claves: acuerdos de refinanciación, derecho concursal y preconcursal y crisis económica.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

REFLECTIONS ON THE IDENTITY AND THE SENSE OF THE AGREEMENTS OF REFINANCE

María Isabel Candelario Macías

ABSTRACT

In this paper study the historical antecedents, the evolution and the legal recognition of the agreements of refinance after the approval, first, of the Royal Decree-Law 3/2009 and, second, the Law 38/2011, that enter it in our insolvency system content in the Law 22/2003. Likewise, they analyse and consider with accuracy around the concept, juridical nature, typology and, functionality of the agreements of refinance, as well as they examine (his) comparative with other insolvency legislations and contribute and debate interpretative solutions on the different criteria and “immunity” (prededucibilidad; suspension of singular executions and privileges), that have to take part for the good success of these agreements and, especially, evaluate and value the problems and advantages, that suppose for the debtor in situation of economic difficulties with regard to (his) implication in the operative mechanics and practice of the contest.

Keywords: agreements of refinance, insolvency law and pre-insolvency and economic crisis.

Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y comparativa de los acuerdos de refinanciación
 3. Concepto. Naturaleza jurídica. Tipología y funcionalidad de los acuerdos de refinanciación
 4. Presupuestos de aplicabilidad de los acuerdos de refinanciación
 5. La homologación judicial y la formalización de los acuerdos de refinanciación
 6. Acuerdos de refinanciación vs. deber de solicitar la declaración de concurso
 7. Acuerdos de refinanciación vs. rescisión concursal
 8. Acuerdos de refinanciación vs. delimitación de la masa pasiva
 9. Acuerdos de refinanciación vs. convenio concursal
 10. Conclusiones
- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La insolvencia del deudor frente a una pluralidad de acreedores viene recogida en un acopio normativo, que cada día se viene nutriendo de más leyes, toda vez que ante el incremento de declaraciones de concursos y de situaciones de dificultades económicas florece la necesidad de regular y resolver estas situaciones.

Bajo esta tesis, ha de partirse del planteamiento que el Derecho concursal español se contiene en la Ley 22/2003, de 9 de julio, de lo concursal (BOE n.º 164, 10 de julio) –en adelante, Ley Concursal–, acompañada y complementada¹ de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial² (en adelante, LOPJ). Estas dos normas constituyen los pilares sólidos sobre los que se asienta la arquitectura de nuestro Derecho concursal vigente. La entrada en vigor de la Ley Concursal se lleva a efecto a partir del 1 de septiembre de 2004 –en concomitancia de lo que sucede en otros ordenamientos concursales europeos cercanos como es el caso de Francia, Italia y Portugal–. Es verdad que con el transcurrir del tiempo, la Ley 22/2003 no ha resultado todo lo satisfactoria en relación con el marco económico y la nueva situación de crisis económica y financiera, que era y es aún más protagonista. En efecto, la reglamentación detallada se dicta en un periodo temporal de «bonanza» económica. Con el transcurrir del tiempo y, al momento actual, donde nos hallamos inmersos en un periodo que podemos adjetivar de «crisis» o «recesión» económica, se han ido «agregando», «parcheando» o «modificando» algunos de los preceptos de la Ley 22/2003,

¹ Resulta de singular relevancia respecto a las normas complementarias de la Ley Concursal, entre otras, el Real Decreto 685/2005, sobre publicidad de resoluciones concursales, por el que se modifica el Real Decreto 1784/1996, Reglamento del Registro Mercantil, mediante la ORDEN JUS/3475/2005, de 8 de noviembre, que configura el contenido de la web <http://www.publicidadconcursal.es>.

² El trámite de esta Ley Orgánica afecta, fundamentalmente, a dos aspectos básicos del desarrollo de la Ley Concursal 22/2003. De un lado, al reglamentar los derechos fundamentales del deudor con adecuación a la doctrina e interpretación del Tribunal Constitucional, por lo que hace a la persona física del deudor (intervención de comunicaciones, imposición del deber de residencia, entrada en domicilio y arresto domiciliario). De otro, se nos viene a decir en el preámbulo de la norma referenciada que el tenor universal que delimita el concurso requiere que se reúnan en un solo órgano judicial las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como son todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Ello se lleva a efecto a través de la modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter).

en particular, durante los años 2009 y 2011, respectivamente y, atisbando en el horizonte que no se quedarán aquí las reformas, sino que se irán dictando normativas sucesivas en adecuación a la situación económica que demanda tales actuaciones.

Bajo este proceder, se hacía necesario para evitar disfuncionalidades el incorporar modificaciones a la normativa base. En un primer momento, el ajuste se ha realizado por diferentes vías: primera, trámite de la propia disposición adicional segunda de la Ley Concursal, referida a los concursos especiales de entidades financieras. Téngase presente que la Ley Concursal consagra un único procedimiento denominado «concurso», informado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Aunque a decir verdad, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal expresa y matiza que «la Ley ha respetado la legislación específica aplicable a las entidades de crédito, a las aseguradoras y a las operaciones relativas a los sistemas de pago y de compensación de valores o instrumentos financieros derivados, en gran parte impuesta por el Derecho de la Unión Europea, y que afecta a determinados aspectos del concurso. Solo en defecto de normas especiales y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de aquellos sistemas, se aplicarán en esta materia las de esta Ley».

En lo que respecta a las especialidades de las crisis de las entidades financieras, vienen reconocidas no solo por la Ley Concursal *ex* disposición adicional segunda, sino también por reglas especiales de manera dispersa y fragmentaria³; amén de lo descrito, hay que destacar que la Ley Concursal posee *vis atractiva* y vocación de reglamentar de forma completa y unitaria todos los procedimientos concursales, tal y como se infiere del propio tenor de la Exposición de Motivos; y, a su vez, por lo contenido en la propia disposición adicional segunda⁴.

Agregado a lo anterior y, segundo, en un momento posterior en el tiempo, aparece como regulación en torno a la materia concursal el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (BOE n.º 78, de 31 de marzo), que ha comportado una singular alteración⁵ de la Ley Concur-

³ Baste como ejemplo: Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados; Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros; Ley 6/2005, de 22 de abril, de saneamiento y liquidación de las entidades de crédito; Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, entre otras.

⁴ Nótese que tras la última reforma de envergadura a la Ley 22/2003, mediante la Ley 38/2011, se incorpora una disposición adicional segunda bis, relativa al régimen especial aplicable a las entidades deportivas, amén de las diferentes regulaciones que afectan a los sujetos aquí enumerados.

⁵ Al respecto, *vid.* SANJUÁN y MUÑOZ, F.: «Refinanciación de deuda tras la reforma concursal», *La Ley*, 4 de junio de 2009. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación". El expediente registral preconcursal», n.º 21, *Anuario de Derecho Concursal*, 2010-3, págs. 9 a 80, en concreto en pág. 13: «La reforma (...) es en este punto un mero parche; el Real Decreto-Ley no zapa la arquitectura del sistema concursal tan trabajosamente construida, ni compromete el dogma de la unidad de procedimiento».

sal, tratando de dar respuesta a los inconvenientes⁶ más urgentes que la misma tenía planteados. Sobre esto último, hay que subrayar, a nuestro parecer, que la técnica legislativa no es la más deseable ni tampoco la más acertada para modificar la Ley Concursal⁷. En el tenor de la norma, se contienen diversas medidas destinadas a paliar la situación de crisis (en especial, se incide en la mejora de la publicidad concursal, en la flexibilización del procedimiento abreviado, en otorgar una regulación más idónea del convenio anticipado y en la introducción de la liquidación anticipada, entre otros extremos). Especialmente relevante –por ser objeto de nuestra atención– es otra de las medidas (acuerdos de refinanciación) dirigidas a aminorar los efectos de la crisis económica, que viene proporcionada según la literalidad de este Real Decreto por «facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación...», tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la disposición referida. En otras palabras, este Real Decreto-Ley 3/2009 posibilita el reconocimiento legal de los acuerdos de refinanciación.

En la misma línea argumental, tercero, dirigida a introducir reformas en la Ley Concursal, hay que tener presente la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE n.º 266, de 4 de noviembre); esta modificó un total de 49 preceptos de la Ley Concursal precitada, que es la guía de actuación y ordenación concursal en España. A grandes rasgos, cabe apuntar que la pretensión de esta Ley era «descongestionar» en la medida de lo posible las funciones y organización del órgano jurisdiccional, delegando atribuciones al secretario judicial o flexibilizando los plazos procesales, entre otras medidas, sin incidir por ello en los acuerdos de refinanciación. Sumado a lo anterior –y en otro orden de apreciaciones–, se tiende a realizar una reforma de mayor calado en el ámbito concursal, pero sin afectar a la infraestructura básica, trámite la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE n.º 245, 11 de octubre de 2011)⁸, cuya disposición final tercera, relativa a (su) entrada en vigor puntualiza que «entrará en vigor el 1 de enero de 2012», aunque en el párrafo segundo de la disposición hace una salvedad respecto a determinado articulado, siendo especialmente llamativa la entrada en vigor, el día 12

⁶ Más información en OLIVENCIA RUIZ, M.: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 19 y ss. También en PULGAR EZQUERRA, J.: *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo* [ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.)], Madrid: La Ley, 2009, págs. 131 a 134.

⁷ En la misma línea de opinión nos encontramos a CARRATA, A.: «Profili processuale della riforma della legge fallimentare», n.º 1, *Diritto Fallimentare e delle società Commerciali*, 2007, págs. 3 y ss. También DAMIÁN, J.: «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», n.º 21, *Anuario de Derecho Concursal*, 2010-3, págs. 163 a 176, en particular, en pág. 176, puntualiza que «la doctrina ya ha empezado a alertar sobre los riesgos que en algunos casos produce la búsqueda de atajos al amparo de una no siempre bien explicada búsqueda de mayor celeridad».

⁸ El antecedente más inmediato de la Ley 38/2011 viene proporcionado por el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010, véase un estudio sobre el particular en el número monográfico n.º 14 de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011.

de octubre del 2011, de la disciplina de los acuerdos de refinanciación. En líneas generales, entre las novedades más destacables que incorpora esta norma, encontramos la intensidad en la configuración y formalización que ofrece a los acuerdos de refinanciación como otro cauce alternativo al procedimiento concursal. Fijándose el reconocimiento legal de un instituto preconcursal, como herramienta menos gravosa y más flexible para solucionar la situación de insolvencia o dificultades económicas. A tal fin, se dice expresamente en el Considerando número 3 de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011: «La Ley profundiza en las "alternativas" al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación. La Ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia, y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes. Además, se incorpora a nuestro ordenamiento el llamado "privilegio del dinero nuevo". Con estos cambios, se perfecciona la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo»⁹. Amén de lo comentado, son variadas las modificaciones habidas con la reforma del año 2011, pero también resulta claro que, a la vista de esta reforma, aún quedan pendientes otras reglas que complementen y actualicen algunas de las medidas que se imponen, *ergo*, en breve tiempo, no resultará extraño ni sorpresivo que nos encontremos con nuevas normas que afecten a la arquitectura básica del Derecho concursal, ilustrada en la Ley 22/2003.

Ante el acarreo y panorama legislativo descrito a grandes rasgos, puede derivarse la importancia de la disciplina concursal, toda vez que ha sido necesario, en un breve periodo de tiempo, de una serie de disposiciones que den respuestas adecuadas ante la insolvencia y la situación de crisis económica que nos rodea. Es cierto que se puede discutir si las formas (técnicas) son las correctas o no¹⁰, pero sí parece claro –en uno u otro sentido– que los nuevos hechos y realidades demandan un nuevo Derecho. Y, esto sucede así porque no pasan desapercibidas las causas que han originado este cúmulo normativo, muy relacionadas con el contexto social y económico de

⁹ De igual modo, en la reforma del año 2011, se insiste en el planteamiento conservativo como medio de satisfacción de los acreedores. En efecto, en el Considerando núm. 5 de la Ley 38/2011 declara: «Pretende favorecer la solución conservativa del concurso. Así se plasma en el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores. A igual propósito responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese "dinero nuevo" que contribuye a la continuidad de su actividad. El mismo fin se manifiesta también en la posibilidad de adquisición de créditos concursales, suprimiendo la prohibición de voto, aunque solo cuando el adquirente sea una entidad sometida a supervisión financiera».

¹⁰ Magistralmente, señala el prof. OLIVENCIA RUÍZ, M.: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», *op. ult. cit.*, págs. 19 a 26, en particular en pág. 25: «Esta fiebre normativa de un Gobierno legislador, *per saltum*, sin orden ni concierto, altera la seguridad jurídica y daña inevitablemente el delicado mecanismo de precisión que es el sistema concursal. Las sucesivas modificaciones operadas denotan las dosis de improvisación, de imprecisión y de ligereza con que se aborda la reforma, al margen de un previo y completo proyecto racional, poniendo en peligro la seguridad jurídica, siempre alterada con la multiplicidad y diversidad de normas, y con el constante "parcheo" de las anteriores».

recesión económica¹¹ en que nos hallamos. La cuestión que se debate y examina –a continuación– es focalizar nuestro interés en los acuerdos de refinanciación y calibrar su utilidad¹² en el cuadro legislativo pergeñado *ut supra*. Teniendo siempre presente que los acuerdos calificados como paraconcursoales, parajudiciales, preconcursales o extrajudiciales, ya sean *de facto* o *de iure*, promueven como finalidad el alcanzar soluciones alternativas a la situación de insolvencia de un modo menos costoso económicamente, así como en términos judiciales, a la par, que se permita la reestructuración o refinanciación del pasivo de una manera más discreta que la manifestada en los procesos judiciales. Para su entendimiento, es menester desmenuzar los antecedentes de este instituto y su comparativa en otras legislaciones, así como delimitar su concepto, funcionalidad e influjo dentro de la mecánica operativa y realidad práctica del concurso.

2. ANTECEDENTES Y COMPARATIVA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Interesa en este epígrafe indagar sobre cuál ha sido la evolución de los acuerdos extrajudiciales o preconcursales donde se ubicarían los actuales acuerdos de refinanciación, para comprender de manera más acabada cómo se plantean en la actualidad y, finalmente, con arreglo a nuestro objeto de estudio, saber cuáles han sido y son los inconvenientes y ventajas que dimanarían de su autorización y reconocimiento normativo tras las últimas reformas concursales efectuadas en los años 2009 y 2011, respectivamente.

En nuestro Derecho concursal histórico, ya las Ordenanzas de Bilbao de 1737 contenían la prohibición de celebrar pactos particulares: «No podrá hacerse ajuste, ni convención alguna, particular entre acreedores y quebrado, sin noticia, y consentimiento de los Comisarios, y los demás

¹¹ Buena muestra de estas razones nos la proporciona el Dictamen n.º 1/2011, del Consejo Económico y Social de España, sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, emitido en su sesión ordinaria del pleno, del 23 de febrero de 2011, que relata como primera causa –a nuestro parecer– que «la adversa situación económica ha generado un notable aumento en el número de concursos, y, como consecuencia, una sobrecarga de los Juzgados de lo Mercantil que ha ocasionado, a su vez, una mayor dilación en los procedimientos concursales con los correspondientes efectos negativos en términos económicos y de tiempo para las partes de los procedimientos, deudor y acreedores, entre ellos, una mayor riesgo de deterioro de los activos que conforman el patrimonio concursado». Sumado a ello, se puede desgranar como segunda causa que «se ha agudizado el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la Ley, que es el de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado».

¹² Baste observar las noticias económicas donde se revela que «cerca de un centenar de compañías españolas han accedido a que un experto independiente valorara sus acuerdos de refinanciación para evitar que, en una hipotética entrada en concurso de acreedores, los mismos acuerdos pudieran rescindirse. Según informó ayer el Colegio de Registradores, 80 grupos españoles de tamaño medio y grande se han acogido a esta medida que desde marzo del pasado año permite la Ley concursal», en http://www.cincodias.com/articulo/empresas/grupos-blindan-acuerdos-refinanciacion-evitar-rescision/20100224cdscdiemp_6/, noticia del 24 de febrero de 2010 (consultado el 6 de marzo de 2012).

acreedores; pena de su nulidad, y se procederá así contra los que en ello hubieran intervenido, a los rigores que hubiere lugar» (Capítulo XVII, núm. XXIII)¹³.

Por su parte, el Código de comercio (C. de c.) de 1829 concretaba esta sanción en el artículo 1.151; el tenor de este último es similar al que luego recogerá el artículo 899, párrafo 2, del C. de c. de 1885 en cuanto que la sanción, que afecta a los acreedores, no consiste en la extinción del crédito, sino en la imposibilidad legal para su titular de participar en este procedimiento de ejecución concursal. De tal suerte que para obtener la satisfacción de su crédito, el acreedor debía esperar a la terminación del procedimiento de quiebra. La sanción se configuraba con un criterio subjetivo y, no objetivo. Esto es, afecta al acreedor y, por consiguiente, a todos los créditos de que fuera titular contra el quebrado, aunque el pacto particular con el quebrado solo afectase a uno de dichos créditos¹⁴. Mientras que, en lo tocante al deudor, el artículo 1.151 preveía expresamente que «el quebrado será por este solo hecho calificado de culpable». Ni que decir tiene que lo anterior supone según el mandato contenido en el artículo 1.148 del mismo cuerpo legal, que con dicha calificación el deudor no gozará de la facultad de presentar proposiciones de convenio (*vid.*, a su vez, art. 1.147). Se observa, de este modo, cómo en la terminología de los dos Códigos decimonónicos españoles el concepto de «pacto particular» se contraponen al de «pacto general» en Junta o fuera de ella¹⁵.

En nuestro Derecho positivo –hasta época reciente– se han venido regulando los convenios judiciales, tanto para los no comerciantes, en los procedimientos de quita y espera y concurso, como para los comerciantes, a través de los procesos de suspensión de pagos y quiebra. Asimismo, el convenio anticipado o el convenio dentro de la fase que lleva su nombre bajo el amparo de la Ley Concursal. Sin embargo, en estas normativas no se han autorizado ni regulado específicamente los convenios extrajudiciales¹⁶, los cuales, como contratos transaccionales, se rigen por los

¹³ Comentaba el prof. ROJO, A.: «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la Suspensión de Pagos», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor M. BROSETA PONT*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pág. 3.256, «a la sanción de nulidad se añade una sanción indeterminada: la de proceder contra los acreedores que hubieran participado en tales pactos, pero sin precisar las consecuencias». Véase más en CANDELARIO MACÍAS, I.: *El convenio de continuación como medio de protección de créditos en los procedimientos concursales*, Granada: Comares, 1999, págs. 251 y ss.

¹⁴ *Cfr.*, al respecto, ROJO, A.: «La tramitación escrita...», *op. ult. cit.*, pág. 3.256.

¹⁵ La distinción era utilizada ya por GONZÁLEZ HUEBRA: *Tratado de Quiebras*, Madrid: 1856, pág. 209, al comentar los artículos 1.149 y 1.151 del C. de c. de 1829: «La proposición formal de convenio debe hacerse a todos los acreedores reunidos en Junta, y en esta es solo donde puede discutirse y votarse. La que proponga y acepte fuera no será válida aun cuando haya sido discutida y aprobada por la mayoría; ya la que se celebre privadamente con algún acreedor por lo que toque a su crédito particular no solo será ineficaz, sino que, por infringir esta prohibición, el acreedor perderá los derechos que tenga en la quiebra, sean de la clase y especie que quieran, y el quebrado será calificado de culpable por este solo hecho y sin necesidad de que se pruebe ninguna circunstancia de las que (...) hacen indispensable esta declaración». Con todo, matiza que «la proposición de convenio puede ser hecha fuera de Junta a uno o muchos acreedores reunidos, y ser relativa a sus créditos en particular o a todos en general (...)».

¹⁶ *Vid.* por todos: RUBIO VICENTE, P. J.: «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», n.º 4. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006, págs. 187 y ss. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación". El expediente registral preconcursal», n.º 21. *Anuario de De-*

principios generales del Derecho civil y, concretamente, en su título XIII, «de las transacciones y compromisos». Lo anterior supone que nos hallemos ante acuerdos que se regirán por la teoría general de los contratos¹⁷. En efecto, estamos ante un negocio jurídico contractual que surge y nace de un concierto de voluntades (deudor y acreedores) al acordar de manera transaccional sus contrapuestos intereses patrimoniales. Este carácter jurídico transaccional¹⁸ origina la fuerza de obligar, por consiguiente, que deberá cumplirse como los demás contratos. En fin, la fórmula legal del acuerdo extrajudicial está inmersa en el concepto del artículo 1809 del Código Civil (CC), al configurarse como un contrato mediante el cual las partes, haciéndose mutuas concesiones, evitan la provocación de un litigio o ponen fin al ya comenzado¹⁹; se aprecia así que dentro de los acuerdos extrajudiciales se encuentren los denominados acuerdos preconcursales que impiden la celebración del procedimiento concursal. Bajo estos argumentos, este tipo de acuerdos se vienen a caracterizar, de una parte, como extrajudicial, es decir, que no requiere aprobación judicial y que como tal no puede ser impugnado judicialmente por algún acreedor disidente, porque, cabalmente, a este se le reconocen todos sus derechos inherentes al crédito de que es titular. De otra parte, el acuerdo extrajudicial es un contrato expreso entre el deudor y todos o parte de sus acreedores. En consecuencia, se regulará por las reglas generales de los contratos, en donde se ha de entender que están permitidos todos los pactos que no sean contrarios a la equidad, a la justicia y que hayan sido suscritos de buena fe, y se dejan al margen aquellas condiciones en perjuicio de terceros y aquellos pactos que expresamente sean prohibidos por la Ley²⁰.

recho Concursal, 2010-3, págs. 9 a 80, en pág. 11, expresa que «en verdad no existe un *modelo preventivo concursal*». En el Derecho concursal tradicional no han tenido éxito los acuerdos extrajudiciales, de acuerdo con el autor en (su) pág. 12, al decir que «el deudor no tiene incentivos suficientes (...) son muy magros en relación con los severos inconvenientes que le reporta la apertura del concurso».

¹⁷ Cfr., sobre esta cuestión, en nuestra doctrina más clásica, TORRES DE CRUELLS: *La Suspensión de Pagos*, Barcelona: Bosch, 1957, pág. 23; SAGREZA TIZÓN, J. M.^a: *Comentario a la Ley de Suspensión de Pagos*, T. I. Barcelona: Bosch, 1974, pág. 99. También se pronunciaba SOTILLO, A.: «Convenios Extrajudiciales entre deudor y acreedor», n.ºs 214-15, *Revista General de Derecho*, 1962, págs. 638-39.

El Tribunal Supremo en sus resoluciones de 18 de abril de 1929, 2 de enero de 1930, 30 de diciembre de 1932, 21 de abril de 1934, 30 de mayo de 1959 [RA.2009] y 15 de febrero de 1962 señalaba que estos acuerdos extrajudiciales son admitidos por ser válidos y lícitos.

¹⁸ Singular interés merece el contenido referido para el procedimiento de suspensión de pagos de la ST de 20 de mayo de 1971 de la AT Barcelona, Sala 1ª. [RJC, p. 954] al declarar que «el negocio jurídico mediante el cual los acreedores del comerciante que prácticamente se encuentra en estado de suspensión de pagos, y al margen de la vía judicial, convienen con este el modelo y tiempo en que debe satisfacer los respectivos créditos, haciéndose recíprocas transacciones, constituye el contrato de transacción definido en el artículo 1.809 del CC», es decir, transacción configurada como *aliquid datum e aliquid retentum*.

¹⁹ El acuerdo extrajudicial aparece en el campo de la autonomía privada para evitar la declaración de quiebra: MAJADA, A.: *Práctica concursal (concurso de acreedores-Suspensiones de pagos-Quiebras-Derecho de los trabajadores)*, Barcelona: Bosch, 1983, pág. 2.

²⁰ De aquí se infiere que la nulidad o rescisión de los acuerdos extrajudiciales se regirá por las reglas generales de los contratos; y entre las causas que pueden invalidar estos se encuentran la falta de capacidad de los contratantes, intimidación o violencia que vicie el consentimiento dado, error, dolo o falsedad de la causa, lesión de derecho, causa u objeto del contrato que sean ilícitos. Un estudio exhaustivo de las causas derivadas del incumplimiento de estos acuerdos la ofrecía GOXÉNS, A.: *Suspensiones de Pagos. Quiebras y Moratorias*, Madrid: Aguilar, 1950, págs. 126 y

De suerte que este tipo de pactos se encuadra dentro de la órbita de los principios de la autonomía privada (*ex art. 1.255 del CC*) y de relatividad de las partes (*art. 1.257, párr. 1, del mismo Código*) y, en este sentido, no admiten ni una fácil catalogación ni una caracterización general. Únicamente, en el artículo 1.175 del CC bajo la denominación de «pago por cesión de bienes», se establece una figura que en realidad no es más que uno de los posibles pactos a que el deudor y acreedor pueden llegar, de modo que este contenido bien puede ser objeto de los acuerdos extrajudiciales²¹.

Dos comentarios resultan obligados de lo hasta aquí expresado. Primero, existía una regulación mínima de los acuerdos extrajudiciales dentro de los límites que impone la teoría general de los contratos; segundo, no obstante lo anterior, cuando queremos trasladar las consideraciones de este acuerdo al ámbito de los procedimientos concursales nos encontramos con el límite de la necesaria intervención judicial. Repárese, cabalmente, que este presupuesto (la homologación judicial) es cumplido tras la conceptualización y reconocimiento de los acuerdos de refinanciación recogidos por la Ley 38/2011, que actualiza y remozca las disposiciones adicionales cuarta y quinta, respectivamente, de la Ley 22/2003, de lo Concursal. Salvándose, de este modo, uno de los requisitos *sine qua non* que se han venido aduciendo históricamente en contra de los acuerdos extrajudiciales.

Sigamos, a continuación, examinando algunos trazos del recorrido de nuestro Derecho positivo y proyectado más inmediato y anterior a la Ley Concursal. Nótese que en el antiguo Derecho concursal mercantil, ilustrado en nuestro C. de c. de 1885, baste recordar el contenido del artículo 899 del C. de c.²²: «Los pactos particulares entre el quebrado y cualquiera de sus acreedores serán nulos: el acreedor que los hiciera perderá sus derechos en la quiebra, y el quebrado, por este solo hecho, será calificado de culpable, cuando no mereciese ser considerado como quebrado fraudulento». Luego, un par de observaciones dimanar de lo descrito, a saber: la nulidad como sanción a la celebración de pactos particulares y consecuencias tanto para el deudor como para los acreedores ya mencionadas.

En cambio, el tenor rígido hasta el momento examinado era superado por el maestro RAMÍREZ²³ con los siguientes argumentos:

- Primero, se ha de atender al principio de libertad contractual, proclamado por el artículo 1.255 del CC y admitido por la jurisprudencia.

ss., argumentaba que «el incumplimiento de lo pactado por parte del deudor dará derecho a sus acreedores a pedir la resolución del convenio extrajudicial, exigiendo el cumplimiento de sus créditos en la forma primitiva y obligando, por tanto, al deudor a su pago o a una situación de insolvencia judicial».

²¹ Ahora bien, no se oculta que el artículo 1.175 del CC no admite expresamente los acuerdos extrajudiciales desde el momento que todo convenio entre el deudor y sus acreedores se sujetaba a las disposiciones del Título XVII del Libro IV del CC y a lo que se disponía en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que exigen en todo caso, la intervención judicial.

²² En concreto, interpretan este precepto la STS de 20 de marzo de 1889; STS de 23 de noviembre de 1993 [RA.9209]. *Vid.*, ROJO, A.: «La tramitación...», *ibidem*, pág. 3.256.

²³ RAMÍREZ: *La Quiebra. Derecho Concursal*, 2.ª ed., T. III, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 132.

- Segundo, lo dispuesto por el legislador respecto a los convenios de las empresas y compañías concesionarias de ferrocarriles y demás obras públicas con sus acreedores.
- Tercero, para concluir, y en atención a las precedentes consideraciones en el ordenamiento positivo, tendrían cabida los acuerdos extrajudiciales con anterioridad y con posterioridad al procedimiento de quiebra.

A nuestro propósito, el autor aludido no iba mal encaminado en sus planteamientos. Y esto es así, principalmente, no tan solo por la libertad de contratación que se deriva de los preceptos del C. de c. —en concreto *ex art. 898*, párr. 1.º—, que nada señalaba respecto a los límites en la contratación, sino más bien por atender a que con estos acuerdos se puede obtener una mayor y más pronta realización de los bienes. Para ello y utilizando el argumento de mayor peso que nos ofrecía RAMÍREZ, hemos de estar a la regulación que se contenía en la celebración de los convenios de las sociedades y compañías de ferrocarriles (*ex arts. 929 y ss. del C. de c.*), que permitía una mayor flexibilidad, luego pese al carácter estricto que se contemplaba en nuestro Derecho positivo sobre el particular, cabría la posibilidad de dar entrada a los acuerdos extrajudiciales.

Una vez vista la configuración de estos acuerdos extrajudiciales en el Derecho positivo anterior, conviene igualmente contemplar su articulación en los textos de reforma proyectados con anterioridad a la Ley 22/2003. Pues bien, cabe señalar que el Anteproyecto de la Ley Concursal de 27 de junio de 1983 (ALC'83), en este extremo, resultaba plausible, en cuanto que reconocía la posibilidad de adoptar soluciones extrajudiciales ante las situaciones de insolvencia y de iliquidez. Todo ello como reflejo de lo que se ha venido realizando en la práctica en los últimos años, a pesar de las dificultades de su configuración y de los conocidos riesgos jurídicos en el contexto del vetusto Derecho anterior²⁴. Con todo, el ALC'83 dispone una serie de cautelas y límites, a saber: en su artículo 212 declaraba nulos los pactos extrajudiciales posteriores, pero no los anteriores a la declaración de la situación de insolvencia. Asimismo, los efectos de estos acuerdos se encontrarían también limitados en cuanto a su eficacia a los firmantes del pacto. En esta misma dirección, la propuesta de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 daría cabida a la introducción de esta figura como manifestación de la práctica jurídico-económica: el arreglo privado extrajudicial entre el deudor empresario y sus acreedores, que tiende a evitar la apertura del procedimiento de quiebra²⁵. Pero, también aquí se establecían ciertos condicionantes con el fin de evitar los abusos que se producían en la práctica, consecuencia de negociar el acuerdo

²⁴ *Vid.*, para mayor información, ROJO, A.: «Las Opciones del Anteproyecto de Ley concursal», n.º 8, *Revista de la Universidad Complutense*, Madrid: Facultad de Derecho, 1985, págs. 98 y 99.

²⁵ Sea como fuere, nada se nos señalaba en el texto, ni en la reglamentación de la Junta (*ex arts. 129 a 143*), ni en el artículo 152 relativo a la proposición de convenio, que solo se limitaba a establecer que «con una antelación de, al menos, dos meses a la fecha de la Junta de acreedores, el deudor podrá presentar al Juez (...)». La introducción de los mismos vendría dada, con las cautelas derivadas, por el procedimiento de suspensión de pagos, artículos 270 y ss.

al margen de una mínima intervención judicial, o bien cuando se intentaba recabar el consentimiento de todos los acreedores²⁶.

Alejándonos de los antecedentes normativos españoles²⁷ y llegados a este punto, nos parece oportuno señalar, de manera descriptiva, la adopción del acuerdo extrajudicial en otros ordenamientos²⁸. En concreto, merece especial interés lo reglamentado en los artículos 69 a 76 del

²⁶ *Vid.*, sobre este extremo, ALCOVER GARAU, G.: «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho Concursal español», n.º 6, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1996, págs. 476.

²⁷ *Cfr.*, sobre el particular, PLANA PALUZIE, A.: «La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal. Análisis de su regulación y principales aspectos prácticos», n.º 96, *Revista de Derecho vLex*, enero 2012, págs. 1 y 2, explica que «el ordenamiento jurídico español no ha conseguido controlar la situación de proximidad a la insolvencia, en otros sitios este problema se ha debatido con mayor profundidad con años de antelación al caso español, en los países anglosajones la identificación del periodo previo a la insolvencia *nearing insolvency* o *run-up to insolvency* está mucho más extendida que en España, pero las últimas reformas a la Ley Concursal intentan salvar esta situación. En la *Insolvency Act 1986* y la *Enterprise Act 2002* podemos identificar varios preceptos dirigidos a regular la situación de proximidad a la insolvencia. Además, la *Insolvency Act 1986* ya pasó una situación de crisis económica (aunque no tan importante como la actual) a principios de los noventa. Su función principal es asegurar que las medidas adoptadas por los administradores protejan a los acreedores de la empresa, pero siempre asegurando que se mantiene actividad empresarial, aunque después el resultado práctico también sea claramente proclive a la liquidación, de igual manera que pasa en España. En el ordenamiento jurídico español, en la Ley 38/2011, en el apartado III de su preámbulo, vemos que las modificaciones a la Ley Concursal son para profundizar en las alternativas al concurso o los denominados institutos concursales, así como para dar privilegio al dinero nuevo (*fresh money*). Anteriormente hemos comentado la *Insolvency Act 1986*, pero a la hora de introducir las modificaciones de la Ley 38/2011, la norma española se inspira claramente en la italiana, aunque difiera en algunos aspectos».

²⁸ Desde una perspectiva general cabe señalar que, en el Derecho italiano, el acuerdo extrajudicial supone una de las soluciones más socorridas para solventar los problemas de las empresas en crisis. Primero, por lo costoso que supone acudir a los procedimientos judiciales y, segundo, derivado de la gran cantidad de empresas que en los últimos años se encuentran en situación de insolvencia. Además, la aplicación de los procedimientos concursales configurados por el Derecho concursal italiano han originado unos resultados no del todo queridos. Sobre este particular, GUALTIERI, P.: «Il Processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese», n.º 41, *Rivista della società*, 1996, págs. 854 y ss.; BONELLI, F.: «Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale delle crisi delle imprese», n.º 24-4, *Giur. comm.*, julio-agosto, 1997, pág. 501, apunta como una muestra de estas soluciones el desarrollo de entes económicos de salvación de empresas en crisis: IRI y EFIM, que a mitad de los años setenta debían hacer frente a la crisis de grandes empresas como uso alternativo del procedimiento concursal. Más reciente en el tiempo, afirma PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, en pág. 27, «(...) manteniéndose la técnica de los "escudos protectores" introducida en nuestro derecho en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009 sobre la base del modelo italiano de los "Accordi di ristrutturazione" italianos, recientemente ampliados sobre la base del Decreto-Ley 78/2010, de 31 de mayo, que bajo el título de "medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica" modifica el régimen de los "Accordi di ristrutturazione"». En el Derecho francés se ordenaban los acuerdos extrajudiciales a través del *règlement amiable*, procedimiento que presenta cierta mixtura entre los tradicionales convenios extrajudiciales y los típicos mandatarios ad hoc en cuanto comparte su carácter negociado entre deudor/acreedores en el marco de la autonomía privada. La peculiar intervención del Juez que se produce en el *règlement amiable*, así como las negociaciones bilaterales y globales, es lo que le caracteriza y, al mismo tiempo, individualiza este instituto frente a los tradicionales convenios. Tras la reforma producida por la Ley de 10 de junio de 1994 se incentiva la prevención, cuya solución cabalmente vendrá dada a través de estos acuerdos extrajudiciales. Para una mayor información, *vid.* VALLENS, J. L.: «Les aspects procéduraux de la réforme», n.º 110, *Les Petites Affiches*, 14 de septiembre, 1994, pág. 120; MEHAIGNERIE, P.: «La Réforme du Droit des

Derecho concursal argentino mediante la Ley n.º 24.522²⁹, si bien ha sido remozada por las reformas de la Ley 25.589 del 2002 y de la Ley 26.086 de 2006. Los acuerdos privados extrajudiciales con carácter preconcursal fueron ya contemplados por la Ley 19.551/77 y, con posterioridad, perfeccionados por la Ley 22.917/83. Antes bien, hay que señalar que los mismos no cumplieron con los propósitos previstos por el legislador³⁰. Por su lado, también en el reciente Derecho

empresas en dificultad», n.º 110, *Les Petites Affiches*, 14 de septiembre, 1994, págs. 3 y ss. También nos encontramos con el procedimiento de «conciliation», así dice FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación". El expediente registral preconcursal», *op. ult. cit.*, pág. 15, «en el Derecho francés de la "conciliation", con muy buen criterio, no se establecen requisitos al contenido posible de ese convenio que se califica de "accord de conciliation". El legislador se limita a cualificar dicho negocio jurídico plurilateral en atención a su finalidad: el acuerdo está destinado a "mettre fin aux difficultés de l'entreprise" y puede formar parte de su contenido cualquier pacto o condición "se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi" (...) (art. L 611-7 del C. de c.)».

Muestra de una buena técnica jurídica, sobre este particular, es la ofrecida por el Derecho alemán en su Ley de 5 de octubre de 1994, donde se incorporan los acuerdos extrajudiciales en el sentido de otorgar a los interesados la posibilidad de recuperar la empresa a través de un convenio de continuación, que, en cualquier caso, puede ser reglamentado al margen de las disposiciones legales. En palabras de GONZALO LÓPEZ, V.: «La reforma del Derecho concursal alemán», n.º 215, *RDM*, 1995, pág. 212.

En la esfera del área hispanoamericana, entre otros ordenamientos, cabe citar, entre otros, la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley peruano n.º 26116 de 1992, que en su artículo 16 establecía la posibilidad de un convenio extrajudicial, como medio para solucionar la crisis de la empresa. Véase artículo 16: «Los convenios extrajudiciales podrán versar sobre: 1) la liquidación de los bienes del deudor; 2) la condonación de parte de sus deudas; 3) la ampliación del plazo de sus obligaciones; 4) la refinanciación del pago de sus obligaciones; 5) cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y la liquidación de los bienes de la empresa, así como el pago de los gastos y honorarios que esta demande (...)».

También el Decreto-Ley n.º 316/98 portugués, de 20 de octubre de 1998 (*Diário da República*, n.º 242/98, pág. 5.464), donde se instaura un proceso de recuperación de empresas en dificultades (carácter extrajudicial) a través de la intervención mediadora de una Entidad pública.

²⁹ Sobre el particular, véase a VITOLO, D. R.: *Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de concursos y quiebras. Ley n.º 24 522*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995, págs. 55 y ss.; MAFFÍA, O. J.: «Aspectos de la nueva Ley de concursos (II): clase de acreedores y propuestas concordatarias diversificadas», vol. B., *Revista Jurídica Argentina. La Ley*, 1996, págs. 1.069 y ss.

³⁰ 1. En opinión de ROUILLON, A. N.: *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24522*, 6.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1996, págs. 110 y ss., estos acuerdos extrajudiciales se dispusieron para solucionar las dificultades económico-financieras o incluso la insolvencia, bastante difundidos en Argentina durante las grandes crisis de los años 1890, 1930 y 1980.

Por su parte, señala VITOLO, D. R.: *Comentarios a la Ley de Concursos y quiebras n.º 24522. Doctrina y Jurisprudencia aplicable*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, pág. 229, que «durante el régimen anterior los acuerdos preconcursales resultaban de una gran precariedad en orden a su estabilidad en caso de quiebra posterior del deudor. Baste apuntar que los actos que fueran consecuencia de dichos acuerdos, incluso los pagos, eran ineficaces respecto de la masa en aquellos casos en que de los estudios realizados al momento de celebrarlos o de otros elementos subjetivos conocidos por los acreedores fuere indubitable conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos».

Se corroboran estas opiniones desde un punto de vista jurisprudencial: en CNCom., Sala E, 26/8/87, Ascensores Electra, S.A., c/Almagro, Construcciones, S.A., J.A., 1988-I-159.

2. Señalemos que en la Exposición de Motivos de la Ley 22.917 se disponía que «adoptados por parte de la doctrina estos acuerdos se identifica con una alternativa utilizada en la práctica para permitir la recomposición de la situación económico-financiera del deudor y se estima que tales acuerdos no son –en principio– contrarios al orden concursal ni

concursal europeo se ha venido a modernizar, en Italia, con la incorporación de los acuerdos de reestructuración financiera³¹ mediante el Decreto Ley núm. 78, de 31 de mayo de 2010, sobre medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica, en especial, el artículo 182 de la *Legge Fallimentare*.

En cualquiera de los casos, la justificación de estos acuerdos preconcursales se encuentra en querer dar respuesta a la situación de dificultades económicas del deudor fuera de un marco judicial que, por demás, se concreta en una fase previa a la situación de insolvencia e intenta, a la par, ofrecer seguridad a quienes participan en los mismos. Quiere ello decir que los actos que fuesen consecuencia de estos acuerdos no serán –en caso de un posterior concurso o quiebra– revocados.

En lo concerniente al acuerdo preventivo extrajudicial argentino, aparece como una medida de corte preventivo a la cesación de pagos puesto que siempre ha de realizarse con anterioridad a que se manifieste este estado. Por ende, no caben acuerdos durante la tramitación del procedimiento de concurso preventivo. *Prima facie*, es una medida *ex ante*. En lo que respecta a la naturaleza de estas medidas, son de índole contractual al ser celebradas por el deudor con todos o parte de los acreedores y, en último caso, los que no sean parte conservan sus acciones individuales. Significa ello que los acreedores que no son parte no están sometidos a los efectos del acuerdo, salvo que ulteriormente se alcance la homologación judicial. De tal suerte que los efectos de estos acuerdos extrajudiciales son los propios de cualquier contrato, es decir, obliga solo a los otorgantes de dichos acuerdos y para los terceros es *res inter alios*. En lo tocante a los presupuestos de aplicación, se concretan en el presupuesto subjetivo: cualquier deudor (persona física o jurídica) conforme a lo que se preceptúa en el artículo 69³²; respecto al presupuesto objetivo, cabe apuntar que para acceder a este régimen de acuerdo extrajudicial no resulta estrictamente necesario que el deudor se encuentre en cesación de pagos –aunque puede estarlo–, sino que resulta suficiente que se halle en

incompatibles con la legislación argentina». Nótese que las prendas, hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos resultaban inoponibles en una quiebra posterior. *Cfr.*, STIRLEMAN, M. N.: *Manual de Derecho concursal*, T.I., 2.ª ed., Buenos Aires: Librería el foro, 1992, pág. 227; TOMBEUR, C. M.ª: *Aspectos principales de las reformas a la Ley de concursos y quiebras. Antecedentes Parlamentarios*, n.º 7. LL, 1995, pág. 495.

³¹ Sobre este aspecto, CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, págs. 332, 333 y 334, que reconoce «la prededucibilidad de los créditos concedidos en ejecución o en función de la homologación de los acuerdos de reestructuración de deudas; la extensión de la prohibición temporal de iniciar o proseguir acciones cautelares o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor (art. 182 bis, párr. 3, *Legge Fallimentare*), así como la prohibición de obtener privilegios no pactados en la fase de negociaciones relativas a la conclusión de tales acuerdos; y la previsión de una causa de exclusión de la punibilidad propia de los delitos de bancarrota fraudulenta y de bancarrota simple, con respecto a "los pagos y las operaciones realizados en ejercicio (...) de un acuerdo de reestructuración de deudas homologado según el artículo 162 bis, o bien del plan regulado en el artículo 67, párrafo tercero, letra d)" (art. 217 bis, *Legge Fallimentare*)».

³² Según el artículo 69 de la Ley 24.522: «El deudor que se encuentre en cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general puede celebrar un acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Los acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo salvo lo previsto en el artículo 76».

dificultades económicas o financieras de carácter general. De conformidad con los artículos 70 y 71 de la Ley 24.522 argentina, se manifiesta una libertad de contenido³³. Ello significa que estos acuerdos no exigen un respeto hacia la igualdad de trato entre acreedores –ni siquiera dentro de la misma categoría o clase– siendo lícito, por tanto, acordar condiciones diferentes con cada uno de los partícipes. Este acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado debiendo la firma de las partes o sus representantes estar certificada por notario público. En cuanto a la aprobación del acuerdo, esta viene dada por la obtención de una mayoría absoluta de acreedores que representen las dos terceras partes del pasivo total conformado por los acreedores ordinarios y privilegiados, excluyendo del cómputo a aquellos acreedores que no resultaran hábiles en función de las incompatibilidades previstas por la Ley para votar un acuerdo preventivo extrajudicial. Una vez obtenidos los porcentajes aludidos podrá ser posteriormente homologado por el Juez o Tribunal competente.

Singular interés adquiere lo dispuesto en el artículo 76³⁴ de la Ley 24.522, ya que si el acuerdo es homologado, será oponible a todos los acreedores, incluso a los que no participen, pese a que con posterioridad se decreta el concurso o la quiebra del deudor. Es cierto, también, que se establece un régimen amplio de impugnaciones, de publicidad y de garantías, así como exigencias formales en cuanto a la certificación de los importes comprometidos. En lo concerniente a la enumeración de las causas de oposición, estas tienen carácter taxativo. De tal forma que se permite la oposición por parte de los acreedores no comprendidos en el acuerdo, invocando omisiones o exageraciones del activo o pasivo, o la inexistencia de las mayorías legales; en lo referente al régimen de publicidad, este se realiza mediante la publicación de edictos en el diario de publicaciones legales y en un diario de amplia circulación.

En líneas generales, hay que valorar como positivo este instituto en cuanto que presenta las ventajas propias de una transacción, es decir, una composición entre las partes intervinientes con la flexibilidad derivada de los acuerdos extrajudiciales. Y, más si cabe, si consideramos que estos pueden adquirir una posterior homologación judicial. En efecto, las ventajas prácticas de estos remedios no judiciales de solución se ilustran mediante su informalidad, rapidez, economía y discreción, frente a la mayor lentitud, formalismo, repercusión pública y onerosidad de los procedimientos judiciales. Por contra, al carecer de efecto suspensivo de las acciones individuales contra el deudor y del curso de los intereses de sus deudas, compiten en desventaja con el concurso preventivo (*ex arts. 19 y 21 de la Ley argentina*).

En similar línea de argumentación y, en buena coherencia, resulta provechosa la participación de los acreedores, sean ordinarios o privilegiados, en el acuerdo lo cual, además, permite

³³ Cfr. ROUILLON, A. N.: *Régimen de concursos y quiebras*, Ley 2452, *op. ult. cit.*, págs. 112 y ss.

³⁴ En el artículo 76 se regula el efecto de la homologación. Homologado el acuerdo, los actos que en su consecuencia se otorguen serán oponibles a los acreedores que no participaron de él, aun cuando posteriormente se decretare la quiebra del deudor. Sobre el mismo: ESCUTI, I. A. y JUNYENT BAS, F.: *Concursos y quiebras (Ley n.º 24522)*, Córdoba: Advocatus, 1995, pág. 53. También, VAISER, L.: «Concurso preventivo del agrupamiento (novedad introducida por la reforma a la Ley concursal)», LL., 14/II/1996.

una amplia libertad de contenido y forma. Así pues, es importante este extremo puesto que ya no se limita al contenido tradicional concretado en una moratoria o en una quita. Nótese, sin embargo, que existen límites impuestos por medio de los porcentajes necesarios para su aprobación: mayoría absoluta de acreedores que representan las dos terceras partes del pasivo total, ordinario y privilegiado (*ex art. 73*)³⁵. Exigencia de un porcentaje muy elevado de consenso mediante el cual el deudor deberá ofrecer medios muy precisos para poder superar la situación de cesación de pagos. La posterior reforma argentina, a través de la Ley 25.589 del año 2002, vino a recuperar

³⁵ No resulta aventurado afirmar que, primero, en este apartado el legislador argentino ha tenido como modelo de referencia –además de sus propios antecedentes– nuestro ALC'83, en virtud de lo que se disponía en los artículos 211 y 212. Segundo, nuestros Materiales para la reforma de la Legislación concursal, de 12 de diciembre de 1995, se han inspirado, en relativa medida, en los proyectos y la Ley argentina en lo que atañe a la conformación del instituto denominado «suspensión de pagos». 1. La comparación con nuestro ALC'83. En tal sentido, creemos conveniente reproducir los preceptos aludidos. En el artículo 211 se establece que «cualquiera que sea la calificación del concurso, el concursado y sus acreedores podrán celebrar convenio, dentro del procedimiento sin más límites en su contenido que el respeto a las leyes, a la moral y al orden público». Hay que interpretar, primero, que cualquier deudor con independencia de su conducta, al igual que sucede con el Derecho argentino, puede convenir. Segundo, los límites impuestos son los propios de toda contratación (art. 1.255 de nuestro CC). Tercero, dentro del procedimiento cabe la negociación. Ahora bien, el artículo 212 precisa que «serán nulos los pactos extrajudiciales entre el deudor y uno o varios de sus acreedores, celebrados una vez admitida a trámite la solicitud del concurso». Luego, esto significará que los acuerdos previos al procedimiento, o preconcursales serían posibles, siempre y cuando no afecten al derecho de los acreedores y no violen los principios del Derecho concursal ni los afecte la retroacción (arts. 181 y 182). Sobre esto último, *cfr.* GARCÍA MARTÍNEZ, R.: «La conservación de la empresa como principio del Derecho concursal», *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1986, pág. 428. 2. La comparación con los Materiales para la reforma de la Legislación concursal. Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1.768, de 15 de febrero de 1996. En concreto, procede apuntar una serie de diferencias y semejanzas con la «suspensión de pagos» [Título XIV (arts. 270 y ss.)].

- De un lado, las principales semejanzas se resumen: a) el texto contenido en el artículo 69 de la Ley argentina con el artículo 270 de los MR, que establece que «cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos mediante acta notarial que presentará el mismo día en que hubiere sido otorgada en el Registro Mercantil (...)), por tanto, el presupuesto subjetivo es el mismo; b) se requiere un acta notarial en los acuerdos extrajudiciales (art. 70), al igual que sucede en el artículo 273 MR; c) se dispone la publicación del acuerdo de conformidad con el artículo 74, *in pari materia*, el artículo 288 dispone la publicación de las adhesiones; d) se establece un sistema de impugnaciones artículo 75 y encuentra su correlativo en el artículo 280 de los MR; e) la mayoría cualificada exigida por el artículo 73 en relación con el artículo 45 es las dos terceras partes, del mismo modo, el artículo 287 exige el mismo porcentaje.
- De otro lado, las diferencias se sintetizan: a) la libertad de contenido no se contempla en nuestro proyecto, el artículo 217, n.º 2, señala que el «Acta incluirá una propuesta de convenio para pago de las deudas en el plazo máximo de tres años, sin quita o condonación de clase alguna, acompañada de un plan de continuación (...)). Mientras que el artículo 71 dispone que «las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellos aun cuando no obtengan la homologación»; b) nuestros Materiales están más elaborados desde un punto de vista de técnica jurídica y así se exige un mayor número de documentos que deben acompañar al Acta, artículo 272, a diferencia del artículo 72 de la Ley argentina; c) el presupuesto objetivo conformado es diferente, así en el artículo 272, n.º 1, párr. 6, se indica que el «activo real es manifiestamente superior al pasivo exigible cuando el valor del patrimonio sea un tercio superior al valor del segundo (...)). En cambio, el artículo 69 dispone la cesación de pagos o dificultades financieras o económicas generales; d) si bien, el porcentaje es el mismo ya aludido, aunque nuestro prelegislador lo delimita respecto a los acreedores ordinarios, mientras que el legislador argentino hace lo oportuno respecto a los acreedores ordinarios y privilegiados (*cfr.*, respectivamente, art. 287 vs. art. 73); e) por último, los efectos derivados de uno u otro instituto son diferentes (*cfr.*, art. 283 y 290 vs. art. 76).

el instituto³⁶ y a darle utilidad práctica y empezó a denominarse como APE (acuerdo preventivo extrajudicial). Los beneficios que planteaba el APE, versión 2002, fueron la superación de las críticas de su antecesora y la resolución de los problemas que los habían hecho inaplicable anteriormente. Bajo este proceder, una vez homologado el acuerdo, se le hace oponible a todos los acreedores ordinarios, a su vez, se incorpora la suspensión de acciones ante la presentación del acuerdo para su homologación y se compatibiliza el sistema de mayorías con el de sus efectos. Así las cosas, se ubica esta reforma con lo que se reglamentaba en otros tipos de legislaciones³⁷ de Derecho comparado que privilegiaban estas soluciones alternativas, *v. gr.*, *London Approach* en Inglaterra (*schemes of arrangement*)³⁸, o bien el *Prepackaged Agreements* en los Estados Unidos.

Más reciente en el tiempo, dentro del ámbito europeo, nos encontramos con el caso del Derecho concursal italiano con la regulación de los acuerdos de reestructuración³⁹, más flexibles y próximos a los actuales acuerdos de refinanciación regulados por la Ley 38/2011, toda vez que se han ido perfeccionando los problemas que han venido suscitándose en la aplicación práctica de estos acuerdos.

En cualquier caso y, una vez examinado a grandes rasgos cómo se contemplan estos acuerdos en el marco de nuestros proyectos de reforma más alejados en el tiempo y en otros ordenamientos, conviene advertir que fácilmente se comprenderá que el acuerdo extrajudicial ha sido un instituto no del todo aceptado⁴⁰ desde la perspectiva u óptica de los procedimientos concursales.

³⁶ Según GRAZIABILE, D.: «Acuerdo Preventivo Extrajudicial –el llamado APE–», n.º 222-3, *Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones*, 2006, ídem en «Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos», publicado en *la Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras*, el 28 de septiembre de 2006, examina las causas de «fracaso» de la institución: «El principal problema de la Ley 24522 fue que no era aplicada a todos los acreedores, sino que solamente a aquellos que participaban del acuerdo y la presentación para su homologación no producía la suspensión de las acciones contra el deudor».

³⁷ *Cfr.*, *in extenso*, MAFFIA, O.: *Sobre el llamado «APE»*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

³⁸ Al respecto, *vid.* ARMOR, J.: «La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en el Reino Unido», n.º 3, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2005, págs. 403 y ss. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: «La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 385 y ss. CARRASCO PERERA, A. y TORRALBA MENDIOLA, E.: «"Scheme of arrangement" ingleses para sociedades españolas: una crítica», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, págs. 6 y ss.

³⁹ *Vid.* CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «Refinanciación de deuda y concesión abusiva de crédito en el Derecho Italiano», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 399 a 410, en especial, en págs. 405 y ss., explica con detalle las reformas normativas: los nuevos institutos de prevención de la insolvencia.

⁴⁰ No se debe olvidar que en torno a la institución que venimos comentando se presentan posiciones encontradas en cuanto a su utilidad y finalidad. Por un lado, nos encontramos con aquellos que señalan que no es posible un acuerdo extrajudicial si no hay el asentimiento de todos los acreedores. Al respecto, *vid.* FAJARDO GARCÍA, G.: «La Crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra», n.º 4, *Rivista Diritto Fallimentare*, agosto-septiembre, 1994, págs. 698 y 699. Por su parte, en el marco del Derecho comparado se argumenta en el sentido que el principal inconveniente de estos acuerdos lo ofrece la necesidad del consentimiento de cada uno de los acreedores, lo cual resulta difícil y, muchas de las veces, impracticable en la realidad. Ya se adivinaban estas consideraciones en COURCELLE-SENEUIL, en *Journal des faillites et liquidation Judicial*, T.I, 1882, págs. 435 y ss., apuntando de manera crítica que los arreglos extrajudiciales solo sirven para llevar a cabo toda clase de fraudes en beneficio exclusivo de los acreedores más exigen-

El fundamento de lo anterior se halla en que quien recurre al acuerdo extrajudicial lo hace como remedio de naturaleza exclusivamente contractual contra la insolvencia y, por consiguiente, se aleja, «huye» de la utilización de los procedimientos concursales. No resulta extraño, pues, que las críticas que se dirigen a estos acuerdos vengan dadas, en sentido general, por los resultados que se derivan de los mismos que, *in principio*, no suelen ajustarse a equidad⁴¹. De lo preceden-

tes y sin escrúpulos; por su lado, PAJARDI, P. et ál., *Codice del Fallimento*, 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 1994, pág. 727; se piensa, asimismo, que el acuerdo extrajudicial será válido solo entre aquellos que lo contraen (*res inter alios*).

En esta línea, *cfr.* la ST de 14 de diciembre de 1965, AT Valencia, Sala 1.ª [RGD,1966. p. 215], que trata de una cesión de bienes como contenido de un acuerdo extrajudicial, declarándose que «es totalmente ingenuo pretender adjudicar una interpretación a dicho acto jurídico de cesión de bienes (...) nada menos que en el sentido de pago o cumplimiento excluyente de la situación anormal que una quiebra tiende a remediar, pues, precisamente por propia definición de todo estado concursal, el instituto de la quiebra tiene como razón de ser y fundamento agrupar todas las reclamaciones contra un mismo deudor, y mediante un procedimiento de carácter universal (...) agotando el patrimonio en beneficio de los más avisados y en detrimento de otros acaso más preferentes».

⁴¹ *Cfr.*, las apreciaciones habidas en el tiempo: CARRILLO FRANCO, H. A.: *Prevención de la Quiebra y Reorganización de sociedades. La Reorganización concursal del Derecho Norteamericano*. Tesis Doctoral, Valladolid: sn, 1990, págs. 151-154; GUILLEN SORIA, J. M.: «El convenio en las suspensiones de pagos (I)», n.ºs 1752-53-54, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, 5 de septiembre de 1995, pág. 87, se hace eco de manera sintética de opiniones de otros autores sobre este particular que se ilustra en las siguientes líneas: «La necesidad de alcanzar un convenio por intermedio del Juzgado se impone frente a los arreglos particulares entre el deudor y alguno o algunos de sus acreedores, a fin de que así no se perjudique a la totalidad. Son desaconsejables los acuerdos extrajudiciales y debe tenderse a su evitación, que solo favorece a quienes burlan el cabal cumplimiento de sus obligaciones». *Vid.* las opiniones del maestro JAEGER, N.: *Il Fallimento e altre forma dei tutelì giurisdizionale*, Milano: Vallardi, 1964, pág. 251, criticaba a esta institución al afirmar que no existe algún método que pueda garantizar la participación de todos los acreedores en el acuerdo. No es fácil que se reúnan en una organización apropiada para ellos, idónea para representarlos como si sucede en los convenios/concordatos judiciales. Más adelante en el tiempo, para AZOFRA VEGAS, F.: «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», n.º 25, *El Notario del Siglo XXI*, 2009, en <http://www.uria.com/en/abogados/fav?iniciales=fav&seccion=publicacion&id=2216&pub=Publicacion> (consultado por última vez el 9 de enero de 2012), plantea y sistematiza la posición de los tribunales respecto a los acuerdos preconcursales: «Los juzgados y tribunales se habían pronunciado reiteradamente contra estos acuerdos (véanse, por ejemplo, las sentencias de la AP Barcelona de 11 de junio de 2007 –AC 1535–, de la AP Asturias de 17 de julio de 2008 –La Ley 162034– o del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 –AC 535–). Algunos pronunciamientos judiciales incluso vinieron a agravar el pánico de las entidades financieras hacia los procesos de refinanciación, ya que se llegó no solo a rescindir las garantías reales, sino incluso a considerar de mala fe a la entidad financiera (como en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007 –AC 1603–). Frente a esto, se han dictado sentencias más comprensivas con el negocio de la refinanciación como la del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria de 18 de octubre de 2006 (AC 1905), que considera no rescindible el negocio que persiga «obtener un plan de viabilidad» o cuando el acto «obedece a un intento de superar la situación de insolvencia y obtener la viabilidad de la sociedad», o la de la Audiencia Provincial de Jaén de 21 de enero de 2008 (La Ley 97942), que no estima perjudicial la constitución de hipoteca por una cooperativa (Cooperativa La Esperanza) luego concursada, en garantía de sus obligaciones como fiador de un préstamo bancario otorgado a otra cooperativa (de segundo grado) ya concursada al tiempo de la constitución de la hipoteca, siendo que la hipoteca tenía por objeto bienes sobre los que el acreedor ya había trabado embargo [«(...) la suscripción de este préstamo hipotecario no perjudicó el patrimonio de La Esperanza, y le libró, desgraciadamente por poco tiempo, del concurso»] o la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, que desestima la rescisión de una hipoteca constituida seis meses antes de la declaración de concurso en garantía de un crédito empleado en parte (dos tercios del crédito) a la amortización de una deuda a corto

te no se deriva que el acuerdo extrajudicial presente un contenido diverso a cualquier convenio judicial, esto es, aquel que ofrece un contenido similar comprensivo de quitas, bonificaciones, exención de intereses, aplazamientos, garantías y posibilidades reales de continuidad de las actividades del deudor. Del mismo modo, cabe que el acuerdo extrajudicial cumpla las mismas finalidades que tienen asignadas el convenio judicial. Además, la realidad práctica nos demuestra que los instrumentos utilizados para reestructurar⁴² la empresa normalmente se realizan fuera del procedimiento concursal, manifestados, en buena medida, mediante acuerdos extrajudiciales.

Ahondando en los beneficios e inconvenientes que se desgranar de los acuerdos extrajudiciales, sin desconocer los antecedentes y la comparativa reseñada, cabe apuntar que en la realidad la institución que venimos explicando presenta dos dificultades preliminares notables. Por un lado, la dificultad de que participen todos los acreedores⁴³ y de que se obtenga la unanimidad en la solución que se negocia. Por otro, la inexistencia de un control judicial y cumplimiento coactivo de estos acuerdos, a diferencia de lo que sucede con un convenio judicial, dejándose a la imposición y arbitrio del «más fuerte». En este sentido, se ha de advertir que la primera dificultad –aún hoy día *ex disp. adic. cuarta* de la Ley Concursal, reformada por la Ley 38/2011– no ha sido solventada, pero sí la segunda en pos de obtener la aprobación y control judicial⁴⁴.

plazo ya vencida, que generaba altos intereses, transformándola en deuda a largo plazo con mejores tipos, entendiéndose la refinanciación plenamente justificada».

⁴² Vid. el supuesto de la cooperativa Agullent Textil, S.C.V., sociedad anónima laboral. Constituida por los trabajadores a partir de Mantexa, S.A., por adjudicación en magistratura de trabajo en pago de haberes. En los años setenta se creó Mantexa, S.A., tras diversos ejercicios con pérdidas se plantea el abandono de la empresa por parte de los socios y se iniciaron ante el Ministerio de Trabajo una serie de trámites para constituirse en sociedad cooperativa. Si bien, se concedió por el Ministerio de Trabajo una serie de ayudas y préstamos que posibilitaran finalmente su viabilidad; es cierto que en ningún momento se acudió a un procedimiento concursal, puesto que los trámites se llevaron a cabo de manera extrajudicial y de conformidad con los órganos públicos correspondientes. Así las cosas, se subastan los bienes y se compran por los trabajadores, permitiendo su continuidad, finalmente, como sociedad anónima laboral.

En otro orden, se ha de realizar la siguiente precisión en el sentido que resulta indiscutible un hecho como es que la crisis de la gran empresa suele tener soluciones extrajudiciales, mientras que el acreedor principal y dominante sean las entidades financieras, las cuales sin acudir a la intervención del Estado, o del Juez en la conformación del plan de reestructuración más seguro para la recuperación de sus créditos, se obtienen mayores resultados que los obtenidos mediante el recurso a los procedimientos liquidatorios. A su vez, *vid.*, en concreto, para el caso italiano: ROSSI, G.: «Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale», *Rivista delle società*, marzo-junio, 1996, pág. 337, al señalar, no obstante, que «en la práctica, los acreedores ordinarios no privilegiados prefieren los acuerdos extrajudiciales que les permiten un pacto más directo de sus intereses, siendo la negociación fuera del proceso la solución más deseada».

⁴³ Al respecto, *cf.* MAJADA, A.: *Práctica Concursal (concurso de acreedores-Suspensiones de pagos-Quiebras-Derechos de los trabajadores*. Barcelona: Bosch, 1983, pág. 1. Por demás, ROSSI, G., en «Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale», *op. ult. cit.*, pág. 329. En esta misma línea, GHIA, L.: «Appunti per la riforma delle procedure fallimentare», n.º 1, *Rivista il Diritto Fallimentare*, 1997, pág. 105, explica que el procedimiento de carácter extrajudicial exige un acuerdo de la unanimidad, evidenciando que los acreedores más modestos tienen menos que perder respecto a los grandes acreedores. También, apunta BONELLI, F.: «Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese», n.º 24-4. *Giur. Comm.*, julio-agosto, 1997, pág. 500, «la dificultad de estos acuerdos con los acreedores bancarios y comerciales, a su vez, el papel que ha de desarrollar el *Financial Advisor*».

⁴⁴ Apunta y proporciona ejemplos PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, pág. 27: «(...) esta ausencia de protección en el modelo español de la fase

Se insiste en la idea que el gran inconveniente que plantean los acuerdos extrajudiciales estriba en ser un simple contrato⁴⁵, que solo obliga y vincula a las partes que lo suscribieron⁴⁶ y, en consonancia, de aquí se deriva su dificultad práctica con base en que cualquier acreedor que no ha participado puede ignorarlo o desconocerlo y actuar aisladamente contra el deudor rompiendo toda su eficacia *inter partes*. Repárese que uno de los obstáculos mayores lo representa el hecho que solo una parte de los acreedores presta el propio consentimiento al acuerdo extrajudicial de reestructuración de la deuda con el riesgo de que si sobreviene el concurso, los administradores societarios o la conducta del deudor que ha perseguido el tentativo de sanear aquella fueran condenados por retardar la apertura del concurso⁴⁷ o calificarla esta de culpable o fraudulenta⁴⁸.

En resumen, los riesgos⁴⁹ –como las propias ventajas– se revelan por la propia naturaleza jurídica de estos acuerdos de carácter meramente contractual; solo una parte de los acreedores consiente las soluciones extrajudiciales; ha pesado –y mucho– en la conciencia y mente de nuestro legislador la conformación del viejo sistema jurídico (retroacción y acciones impugnatorias, calificación de la quiebra), que obstaculizaba la entrada y la celebración de estos acuerdos en nuestro tradicional Derecho concursal mercantil, y que solo ante la situación de crisis económica que padecemos y la necesidad de fijar medidas menos costosas y más flexibles se hiciera imprescindible un instituto preconcursal como el reconocido legalmente al día de hoy.

de negociación y cumplimiento de los acuerdos de refinanciación y de tratamiento prededucible o al menos privilegiado del crédito del financiador en situación preconcursal ha constituido en ocasiones un importante elemento de "forum shopping" o emigración por parte de sociedades españolas deudoras de un crédito (p. e. sindicado) para el que necesitan refinanciación hacia otras normativas de Derecho comparado y en particular la inglesa en el marco de los "schemes of arrangement" regulados en la part. 26 de la *Companies Act* inglesa de 2006 (asunto de la seda de Barcelona) y por ende a dicha jurisdicción particularmente con el fin de poder imponer el contenido de espera del acuerdo a Acreedores no intervinientes o disidentes, lo que ha suscitado un debate sobre la eficacia en España de dichos procedimientos».

⁴⁵ Vid. la STS 23 de noviembre de 1993 [Ref. 93C1031], en cuyo pronunciamiento relacionaba el viejo artículo 899 del C. de c. con el artículo 6, n.ºs 3 y 4 del CC.

⁴⁶ Como señalaba MAJADA, A.: *Práctica Concursal*, *op. cit.*, pág. 3, «la dificultad se presenta cuando se pretende que la sugerencia de la mayoría vincule también a los acreedores que discrepan del convenio o del contenido concreto que se proyecta darle. Pugnan en este caso el principio jurídico de la integridad de los derechos de cada acreedor y el criterio económico que aconseja a veces ceder parcialmente en su ejercicio en aras de una más fácil realización de los mismos derechos».

⁴⁷ Así se expresa BONELLI, F.: «Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese», *op. ult. cit.*, págs. 488 y ss.

⁴⁸ Piénsese, por ejemplo, en nuestro vetusto sistema, que la delimitación del sistema de retroacción contemplado en nuestros artículos 879 a 882 del C. de c., que suponía otro argumento añadido al impedimento de hacer factibles los acuerdos extrajudiciales si con posterioridad se abriese un hipotético procedimiento concursal.

⁴⁹ Puntualiza PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 28, «alcanzado ya el acuerdo y ya en la fase de su ejecución o cumplimiento siguen manifestándose los riesgos aludidos (solicitud de concurso/ejecuciones singulares) a los que debe añadirse la posibilidad de que la reclamación de deuda por los acreedores no intervinientes o disidentes a los que en principio el acuerdo, particularmente en su contenido de espera, no alcanza dada la naturaleza negocial de dicho acuerdo y el principio general de relatividad de los contratos (art. 1.257 del CC) pueda impedir su cumplimiento en las condiciones y términos previstos y por ende la reestructuración perseguida».

Por lo que respecta a las ventajas derivadas, estas son de índole operativo, a subrayar: la eliminación de costas judiciales⁵⁰ y la agilidad en la tramitación, entre otros; incluso, adviértase que las mencionadas ventajas se mantendrían en el supuesto muy hipotético de que se consiguiese hacer realidad la flexibilidad, celeridad y economía en la tramitación del proceso de concurso. La propia elasticidad y naturaleza del acuerdo extrajudicial deriva de que se puedan combinar en el mismo todas las formas contractuales posibles, a modo de ejemplo, el establecer una hipoteca que garantice una espera, o completar la cesión de bienes en pago con un arrendamiento de negocio, así como otras análogas o no que sirvan a los diferentes intereses que se tratan de satisfacer mediante el acuerdo extrajudicial. Otro tema diferente será ver cuál es el contenido y extensión que la Ley 38/2011 ha priorizado para obtener las salvaguardas (prededucibilidad, suspensión de acciones, privilegios) necesarias para el buen éxito de esta medida preconcursal.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las ventajas⁵¹ expuestas serán eficaces si se observan una serie de imperativos, a saber:

- El primer imperativo es la rapidez. La situación financiera de una empresa puede degradarse rápidamente. Por tanto, la Ley deberá instaurar mecanismos de alerta flexible, susceptibles de ser puestos en acción rápidamente por toda persona que tenga interés en la continuidad de la actividad empresarial.
- El segundo imperativo es la discreción. La revelación de una crisis pasajera o secundaria conlleva un riesgo adherido como es el crear un movimiento de pánico

⁵⁰ Es sabido que los procedimientos concursales son costosos (gastos procesales, dilación, incumplimiento de la distribución del patrimonio conforme a la *par condicio creditorum*, etc.). Sin embargo, muchas de estas consecuencias pueden ser resueltas a través de los acuerdos extrajudiciales puesto que el deudor puede convenir con sus acreedores el pago de sus créditos y obtener si ello procede la correspondiente quita y espera y, a tal fin, solucionar las dificultades sin acudir a un procedimiento judicial. Baste como ejemplo lo que señalaba ya MAJADA en *Manual de Concurso, Quiebra y Suspensión de Pagos*, Barcelona: Bosch, 1956, pág. 9. Igualmente el mismo autor en *Práctica concursal, op. ult. cit.*, pág. 8, argumentaba que «cuando se presenta una situación financiera difícil para el deudor insolvente, es aconsejable intentar la solución extrajudicial. Puesto que si no se actúa de esta manera se producirá la demora o retraso en el cumplimiento de las obligaciones, la acumulación de protestos, el vencimiento anticipado de pólizas bancarias de crédito, la retirada o restricción de descuentos de letras, la presentación de múltiples demandas ordinarias o ejecutivas de reclamación de cantidad, la difusión de informes comerciales desfavorables, y otros. En cambio, si se adopta una solución extrajudicial se evitarán gastos, dilaciones, embargos, declaraciones de incapacidad y demás inconvenientes señalados, que son los propios que se derivan de este tipo de procedimientos». En contra, debemos precisar lo que apuntaba SOTILLO MARTÍ, A.: «Convenios Extrajudiciales entre deudor y acreedor», n.ºs 214-215, *RGD*, 1956, pág. 640, que viene a matizar que aun superando las dificultades que se producen en la realidad en torno a la configuración de estos acuerdos y, solo en ciertos casos, esta técnica representa una solución rápida, económica y expedita de los contrapuestos intereses que se manifiestan en la situación de insolvencia.

⁵¹ Subraya como ventajas: GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial: novedades de la reforma de la Ley concursal operada por la Ley 38/2011», n.º 133, *Revista CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, febrero 2012, págs. 93 a 132, en especial, pág. 98: «Entre las principales ventajas se destaca la flexibilidad a la que dichos convenios dan lugar en virtud del principio de libre autonomía de la voluntad, sin que resulten por tanto de aplicación las prohibiciones que derivarían de un proceso concursal (...)».

entre los sujetos afectados. La prevención precipitaría entonces a la situación de insolvencia, que es lo que se tiende a evitar. Luego, parece lógico que las medidas de arreglo extrajudicial deben ser entonces confidenciales.

El sentido y alcance de los imperativos expuestos nos conduce a afirmar que se han de cumplir los anteriores límites en orden a que este instituto fuera contemplado por la normativa concursal. Se puede anticipar aquí que el legislador del año 2011 ha tenido muy en cuenta dichos imperativos de actuación.

Para concluir, no podemos olvidar, en todo caso, que los acuerdos extrajudiciales han de utilizarse de una manera adecuada, a tal efecto, ellos pueden ser beneficiosos si permiten preservar el valor-empresa evitando su disgregación y los altos costes del concurso. En consecuencia, se ha de buscar un acuerdo privado previo con los acreedores o con parte de ellos para evitar que el deudor se encuentre en la necesidad de solicitar una declaración judicial y permitirle salvar con mayor reserva, discreción y menos gastos su desequilibrio financiero. En un orden lógico de actuación comercial, antes de solicitar la declaración judicial debe intentarse lograr un arreglo privado, generar mayores fondos por mediación de la aportación de algunos acreedores y adoptar aquellas otras medidas administrativas, en el interior de la empresa, que puedan facilitar volver a la normalidad con un mínimo quebranto⁵².

En definitiva, y sin propósito de agotar por ahora los problemas interpretativos que se infieren de la consideración de esta categoría jurídica, en general, se ha de señalar que:

- Es cierto que el acuerdo extrajudicial se contrapone a los procedimientos concursales⁵³ que requieren de un juicio universal para proteger intereses públicos y privados. En tal sentido y en orden a esta protección, la autonomía privada estaría en un segundo plano, pero no es menos verdad que tal interés público se funda en la tutela de los derechos de los acreedores, y que los mismos pueden *in principio* disponer de sus respectivos créditos por otras fórmulas que les den igual satisfacción, colocando en primer plano la libre autonomía de la voluntad de las partes.
- Lo anterior no significa que aquellos acreedores ajenos al acuerdo privado no estén en su derecho para acudir al procedimiento concursal.
- Por último, los acuerdos extrajudiciales podrán aminorar determinadas consecuencias inherentes a la situación de insolvencia del deudor, pero difícilmente conseguirán el

⁵² Así lo establecía para el Derecho francés: DERRIDA, F.: «Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire», en *Dix ans de Droit de l'entreprise*, Librerías Técnicas, 1978, pág. 1.016, añadiendo que «con todo el interés de los acreedores debe ser una característica a satisfacer por parte de las soluciones extrajudiciales».

⁵³ Dice ILESCAS ORTIZ, R.: «Los Acuerdos de refinanciación y el Derecho concursal español», n.º 249, *Derecho de los Negocios*, 2011, pág. 2: «El acuerdo es ajeno a la dinámica tradicional –somocista por traer su origen de Salgado de Somoza– a la que responde una vez más la Ley de 2003».

propósito de conservación de la empresa dentro de los contornos que imponía nuestro vetusto Derecho positivo, ya que carecían de garantía jurisdiccional y la ausencia de unanimidad entre los acreedores a favor de este tipo de acuerdos⁵⁴, amén de la no obtención de otros beneficios (prededucibilidad) para aquellos que negociaban estos acuerdos a diferencia de lo que acaece tras la reglamentación contenida en la Ley 38/2011. Sentado lo anterior, podemos entender visto nuestro pasado más reciente y su desarrollo que faltaba un reconocimiento expreso del acuerdo extrajudicial en nuestro Derecho concursal mercantil porque había prevalecido siempre la idea de que la tutela de los acreedores minoritarios y de los trabajadores, y la tutela del interés general, exigían la presencia del Juez, como pieza fundamental para cualquier composición en caso de insolvencia del deudor, a fin de impedir que un acuerdo sin las debidas garantías se traduzca en un expolio de los derechos de aquellos. Repárese que el reconocimiento⁵⁵ del acuerdo de refinanciación por mediación de la Ley 38/2011 viene a regularizar, resolver y superar algunos de los obstáculos descritos *ut supra* y, a la par, el alcanzar dos objetivos: de un lado, el emplear un medio alternativo y preventivo al concurso y, de otro, el obtener la autorización/homologación judicial que proporcione seguridad jurídica a lo alcanzado en el acuerdo, que permita, en definitiva, solventar la situación de dificultades económicas y posibilite la continuidad de la actividad empresarial de un modo menos costoso y más ágil y flexible, siempre respetando las cautelas y formalidades legales establecidas.

3. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA. TIPOLOGÍA Y FUNCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los acuerdos de refinanciación vienen a incluirse legalmente mediante el Real Decreto-Ley 3/2009⁵⁶, que añade una disposición adicional cuarta a la Ley 22/2003. A tal finalidad, la dispo-

⁵⁴ Cfr. CANDELARIO MACÍAS, I.: *El convenio de continuación...*, *op. cit.*, pág. 266.

⁵⁵ Otro argumento a favor de la positivización y reconocimiento de los acuerdos de refinanciación viene proporcionado según PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, pág. 54: «(...) la no recuperación del crédito conlleva el no cumplimiento de la normativa del Banco de España en materia de provisiones por insolvencia (CBE 4/2004), lo que puede incidir negativamente en sus cuentas de resultados». Matiza VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley concursal», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, pág. 164: «Seguimos estando ante un acuerdo extraconcursal: se trata de un acuerdo extrajudicial, cuando no está declarado concurso del deudor, que extiende parte de sus efectos (la espera) a parte de los acreedores (los acreedores financieros)».

⁵⁶ Interpretan esta reglamentación, entre otros: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J. A.: «Los aspectos sustantivos de la reforma de la Ley concursal», en AA.VV., *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Navarra: Aranzadi, 2009, págs. 36 a 49. PULGAR EZQUERRA, J.: «Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en AA.VV., *Implicaciones financieras de la Ley concursal*, dirigidos por ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Madrid: 2009, págs. 131 y ss. Desde una perspectiva práctica, PAJARES,

sición adicional cuarta contempla los acuerdos de refinanciación y, para ello viene a definirlos, entendiéndose como tales: «Los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas». Este concepto per se ya plantea diversos problemas interpretativos, *v. gr.* qué se entiende por «ampliación significativa del crédito», toda vez que no se estipula ningún porcentaje, es el 10% como se preveía en los proyectos anteriores, o por el contrario es el 60%, se deja pues a la interpretación casuística. Sea como fuere, y resulta meridianamente claro que el fin último de estos acuerdos se circunscribe a conformar o ser parte de un plan de viabilidad que posibilite la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo⁵⁷, aquí en estos últimos aspectos, también habría que estar a las apreciaciones de la legislación contable.

Luego, la delimitación del concepto viene dada por el contenido material de estos acuerdos de refinanciación, que puede ser variado, amén de que solo determinados contenidos⁵⁸ son los que atraen hacia sí determinadas salvaguardas, tal y como se deriva de la disposición adicional cuarta, al decir que son «los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de aquellas». Se insiste en el planteamiento que los acuerdos recogidos en la disposición adicional cuarta vienen protegidos respecto de las acciones de rescisión concursal, pero también se ha de señalar que queda la puerta abierta a enfrentar estos acuerdos por el cauce de los artículos 1.111 o 1.291 del CC. De lo expresado resulta difícil⁵⁹ conceptuar el acuerdo de refinanciación *in abstracto*.

J.: «¿Están siendo útiles los acuerdos de refinanciación?», en http://commissions.uanet.org/uploads/tx_hhuiacommission/3_LOS_ACUERDOS_DE_REFINANCIACION.pdf (consultado por última vez el 5 de marzo de 2012), manifiesta la «inutilidad» de estos acuerdos bajo el abrigo del Real Decreto-Ley 3/2009 e, inclusive, pone de manifiesto que provoca más distorsiones en la economía que las pretendidas finalidades de salvaguardar la actividad empresarial.

⁵⁷ Asocia la conceptualización a la finalidad perseguida por el acuerdo de refinanciación, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación". El expediente registral preconcursal», *op. ult. cit.*, pág. 14: «Por definición, los procedimientos concursales encuentran su razón de ser en la prevención del concurso. A diferencia de los procedimientos concursales propiamente dichos, los preconcursales despliegan exclusivamente una finalidad "sanatoria" o "recuperatoria" de los deudores en situación de crisis (reversible) mediante la conclusión de un convenio extrajudicial de continuación celebrado con el propósito de salvar conjuntos patrimoniales viables. Se trata de salvaguardar la continuidad de la actividad del deudor a corto y a medio plazo».

⁵⁸ Señala OLIVENCIA RUÍZ, M.: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», *op. ult. cit.*, pág. 21: «La refinanciación (...). Su propósito es claro y coherente con la situación de crisis: facilitar crédito a favor del deudor que posibilita la continuación de su actividad (...) con la ampliación, prórroga o sustitución del anterior, y a favor de la entidad que lo presta, quien se protege frente a posibles impugnaciones rescisorias del artículo 71.1 de la Ley Concursal en caso de un futuro concurso».

⁵⁹ Según GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, pág. 100, declara que «el Real Decreto-Ley tipificó los acuerdos de refinanciación mediante su introducción

Al hilo de lo expuesto hay que inferir, primero, respecto al reconocimiento legal de los acuerdos de refinanciación que sorprende la mala técnica⁶⁰ legislativa empleada (*ex disp. adic. cuarta*), puesto que va a afectar no solo a la incorporación de este nuevo mandato sino a la estructura de varios preceptos de la Ley.

Se colige de la interpretación de la disposición adicional cuarta en torno a la noción de este instituto, segundo, que vienen a confundirse los posibles contenidos con la definición per se, como ya se anticipaba. Sea como fuere, lo más destacado no es tanto la definición del instituto, sino su reconocimiento legal por medio de la disposición adicional cuarta, introducida primero por el Real Decreto-Ley 3/2009⁶¹ y, posteriormente, actualizada y remozada por parte de la Ley 38/2011.

Deteniéndonos ahora en la naturaleza de este instituto, cabe reseñar que nos encontramos con varios posicionamientos al punto que nos hallamos con aquellos autores que defienden que los acuerdos preconcursales se focalizan en su naturaleza jurídica dentro de la teoría contractual, mientras que otros piensan que dichos acuerdos se ubicarían dentro de la naturaleza concursal al estar ante un instituto concursal y reconocido legalmente por la Ley Concursal. Sin embargo, a nuestro juicio, no se explica bien la naturaleza de los acuerdos de refinanciación en una u otra tesis, puesto que parece que estamos ante un contrato *sui generis*, toda vez que se llega a constituir la voluntad por una minoría determinada que se impone a la mayoría a través de la homologación judicial, manifestándose de este modo una doble naturaleza, de un lado, la negocial-extrajudicial y, de otro, una procesal-judicial. Retengamos, por el momento, que nos hallamos ante un contrato con aprobación judicial procesal con efectos propios. En otros términos, estamos ante un instituto preventivo que consta de una etapa extrajudicial⁶² y originaria y otra procesal y conclusiva.

en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, limitándose a introducir una definición amplia y ambigua de estos, junto con la enumeración de una serie de requisitos (...)). Por su lado, RODRÍGUEZ CONDE, C.: *Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011*, Barcelona: Bosch, 2012, pág. 81, dice: «Esta definición de los institutos preconcursales a través de los acuerdos de refinanciación me parece una limitación a las posibilidades (...)).»

⁶⁰ A juicio de PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de Refinanciación, Escudos Protectores y Garantías Reales», en www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?...12 de enero de 2012\MADRID\JPULGR\1369576.01 (consultado por última vez el 6 de marzo de 2012), págs. 4 y 5, pone el énfasis en el debate en torno a si configurar una Ley especial al estilo del sistema francés o, por el contrario, una institución al amparo de la Legislación concursal. Ítem más, se plantea, incluso, la cuestión de qué tipo (modelo) de acuerdo se reconoce y potencia si el acuerdo extrajudicial general o un acuerdo extrajudicial particular bajo el paraguas de la libre autonomía de la voluntad de las partes *ex artículo 1.255 del CC*. Llega a la conclusión que se siguen los criterios adoptados como punto de partida del Real Decreto-Ley 3/2009, basados en el reconocimiento de una serie de «escudos protectores».

⁶¹ Al respecto, véase HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: «La nueva fase preconcursal», n.º 7.272, *Diario La Ley*, 29 de octubre de 2009, ref. D.-336, págs. 1 a 19. DAMIÁN MORENO, J.: «Entre la preconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso: (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», n.º 21, *Anuario de Derecho concursal*, 2010, págs. 176 y ss.

⁶² *Vid.* DAMIÁN, J.: «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», *op. ult. cit.*, pág. 174, explica

Luego, se puede aseverar que la naturaleza jurídica que rodea a los acuerdos de refinanciación viene a revelarse como la de un negocio jurídico contractual⁶³. Pero también y, al hilo de lo comentado, podríamos afirmar que los acuerdos de refinanciación no podrían calificarse tampoco como acuerdos propiamente extrajudiciales, puesto que su reconocimiento legal viene impuesto por la propia Ley Concursal y, además, su efectividad se supedita a la homologación judicial, a un informe de experto independiente y a una formalización en documento público. Distinguiéndose, pues, de un lado, una fase de preparación de estos acuerdos de carácter contractual y, de otro lado, una fase ya concursal al ser el juez de lo mercantil (de lo concursal) el encargado de verificar la legalidad y proporcionar su homologación, tal y como adelantábamos.

En definitiva, la naturaleza jurídica de este instituto es compleja igual que lo era su conceptualización. Además, habría que llamar la atención sobre el hecho de que no es un procedimiento⁶⁴, puesto que como tal se debería reformar el Reglamento 1346/2000, sobre procedimiento de insolvencia comunitaria, en (su) artículo 2, que explica los procedimientos concursales europeos remitiendo a los Anexos de la norma. Este dato aproximaría más si cabe a los acuerdos de refinanciación a la figura del convenio anticipado, si bien este último se ubica dentro de la mecánica operativa y procedimental concursal. El denominador común de ambos es ser soluciones al concurso, antes bien el acuerdo de refinanciación con carácter previo al concurso.

Pasando a observar la posible tipología de los acuerdos de refinanciación y mirando con detenimiento la Ley 38/2011, podemos estar de acuerdo con la profesora PULGAR⁶⁵ cuando discrimina la diferente tipología de acuerdos de refinanciación que se desprenden del tenor legal al diferenciar entre acuerdos preconcursales típicos y atípicos, así como aquellos acuerdos generales o particulares. Claro está, somos conscientes de que, con anterioridad a la reforma normativa del año 2011, ya se venían realizando acuerdos preconcursales que bien pueden enmarcarse en alguna de las tipologías aludidas. El hecho diferencial no es tanto la clasificación que bien pueda establecerse de los acuerdos, sino la efectividad legal (de los acuerdos generales o particulares)

que: «No había inconveniente en admitir que estos acuerdos de carácter extrajudicial tienen, en la terminología actualmente más extendida, una naturaleza eminentemente paraconcursal».

⁶³ Al respecto, PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 32, opina que «(...) un acuerdo de refinanciación que constituye un negocio jurídico privado y extrajudicial entre el deudor y sus principales acreedores, generalmente financieros, regido por tanto por el principio de la relatividad de los contratos (art. 1257 del CC), puede resultar obligatorio aunque solo sea parcialmente en uno de sus contenidos (esperas) respecto de quienes han votado en contra del acuerdo o en ocasiones ni siquiera ha intervenido en este (...)».

⁶⁴ Como bien señala el maestro OLIVENCIA RUÍZ, M.: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», *op. ult. cit.*, pág. 21: «No se trata de un procedimiento preventivo del concurso, sino del blindaje de un negocio jurídico extrajudicial ante el riesgo de una futura declaración de concurso y posible impugnación de terceros en ejercicio de las acciones del artículo 71.1 de la Ley Concursal».

⁶⁵ *Cfr.* PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de Refinanciación, Escudos Protectores y Garantías Reales», en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?...12 de enero de 2012\MADRID\JPULGR\1369576.01 (consultado por última vez el 6 de marzo de 2012), págs. 8 y 9.

ante el concurso por el fin perseguido (conservación de la actividad empresarial y el evitar los menoscabos derivados del concurso), así como los privilegios o salvaguardas –léase aquí acuerdos típicos– que proporciona la Ley 38/2011, que les dota de un «halo» de inmunidad siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos taxados; extremo no concebido ni regulado en anteriores legislaciones en el ámbito del Derecho concursal español.

Siguiendo en la misma línea argumentativa, cabría entender que la Ley 38/2011, que diseña con carácter restrictivo los acuerdos de refinanciación, deja al margen aquellos acuerdos generales y particulares entre deudor y cualquiera de los acreedores con naturaleza contractual y de carácter preconcursal, puesto que reconoce (su) existencia pero no establece sus efectos, toda vez que ahora se controla el contenido permitido por la Ley y, de otro lado, se cercena el margen de maniobrabilidad de las partes afectadas (han de concurrir el 75 % del pasivo de la clase compuesta por los acreedores financieros), de modo y manera que los acuerdos de refinanciación plantean una eficacia y legalidad que está supeditada a una serie de condicionantes, que nos lleva a argumentar que no estamos ante un acuerdo estrictamente extrajudicial al estar tipificado y bajo la supervisión del juez de lo concursal. En cambio, en una interpretación en sentido contrario, se dejaría al «albur» los acuerdos extrajudiciales y preconcursales con carácter general y particular de cualquier clase de contenido⁶⁶, toda vez que la eficacia legal decretada en la Ley 38/2011 se circunscribe a acuerdos particulares entre el deudor y una clase de acreedores (acreedores profesionales) y siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias tales como que sean homologables judicialmente y dentro de la mecánica operativa de un plan de viabilidad a corto y medio plazo e informado por un experto sobre la oportunidad y razonabilidad. Sumado a ello, el contenido ha de ser una nueva ampliación de crédito o financiación o moratoria de créditos ya existentes, no sirve cualquier otro tipo de contenido, de esta suerte y solo así serán los que pueden aprovecharse de determinadas salvaguardas, tales como la prededucibilidad y la suspensión de las acciones individuales y la oponibilidad hacia el resto de acreedores no participantes en el acuerdo. Reténgase que el privilegio/salvaguarda más significativo de los otorgados para el buen fin de los acuerdos de refinanciación viene proporcionado por la prededucibilidad, y es razonable puesto que la concesión de un nuevo crédito para hacer efectivos los acuerdos de refinanciación requiere de un plus añadido⁶⁷.

⁶⁶ Véase los comentarios de RUBIO VICENTE, P. J.: «Concesión abusiva de crédito y concurso», n.º 8, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, págs. 247 y ss. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley concursal», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, págs. 183 y ss., en especial, págs. 192 y ss.

⁶⁷ PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 37, dice «(...) nueva financiación preconcursal mediante un privilegio concursal que opere a modo de compensación de la situación de mayor riesgo contractual en que el crédito se concede». Para el Derecho comparado, examina y explica la autora referida en pág. 37: «Así se ha entendido en el marco del Derecho comparado, en el que ordenamientos como el francés (art. L 611/11 del CC) o más recientemente el italiano (art. 48 del DL, de 31 de mayo de 2010, n.º 78, de medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica) reconocen legislativamente la prededución en un eventual procedimiento concursal de la nueva financiación preconcursal (*fresh money/argent frais*)».

En lo concerniente a la funcionalidad⁶⁸ de este instituto preconcursal, es oportuno mencionar que la Ley 38/2011 convierte a los acuerdos de refinanciación en el «gran protagonista»⁶⁹ de la reforma llevada a cabo en el año 2011. En efecto, en cuanto a la aplicación de estos institutos pre-concursales, hay que atender, a su vez, lo que se disciplina en la disposición transitoria tercera de la Ley 38/2011, cuando precisa: «Institutos preconcursales. 1. Los artículos 5 bis, 15.3 y 22.1, así como la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, se aplicarán a partir de la fecha de su entrada en vigor. 2. Los apartados 6 y 7 del artículo 71 y la nueva disposición adicional quinta de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, serán de aplicación para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de su entrada en vigor. La restricción en la legitimación activa que introduce el artículo 72.2 de la Ley Concursal, modificado por esta Ley, será de aplicación en los concursos en tramitación, para el ejercicio de las acciones que no hubiesen sido objeto de previo requerimiento en los términos del artículo 71.1 de la Ley Concursal».

Los acuerdos de refinanciación se perfilan como una institución alternativa⁷⁰ a la de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde el conocimiento del estado de insolvencia (*ex art. 5 de la Ley Concursal*). Esta herramienta preconcursal permite iniciar un proceso de renegociación de deuda, siempre previo informe al juez de lo mercantil, que permite alcanzar un acuerdo durante el periodo de tres meses sin incurrir por ello en el incumplimiento de la obligación de solicitar concurso, que pesa sobre el deudor. La finalidad de estos acuerdos, que surten efecto solo entre quienes son parte de los mismos, pretende *ab initio* y como objetivo primario mejorar la posición financiera del deudor y no tanto la satisfacción de los acreedores. Extremo que puede ser discutible visto desde la óptica de la finalidad de todo procedimiento concursal (la tutela del crédito).

Mediante la promulgación de la Ley 38/2011, los acuerdos de refinanciación y su reconocimiento legal facilita el salvar y el superar el riesgo que asumía el deudor, al declararse el concurso, de una calificación culpable del mismo por retardar su solicitud (*ex arts. 164 y 165 de la Ley*

⁶⁸ Para PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, pág. 48, «en virtud de los acuerdos de refinanciación puede modificarse la cuantía de los créditos o los plazos de exigibilidad de las obligaciones, pudiendo ampliarse el crédito disponible, así como acometerse además por esta vía medidas de reestructuración empresarial (capitalización de deuda, modificaciones estructurales), permitiendo todo ello la superación de la crisis económica con mantenimiento de la actividad y conservación del empleo, sin los costes económicos y temporales que conlleva la apertura de un procedimiento concursal, particularmente para los acreedores financieros dadas las provisiones exigidas por el Banco de España en la CBE/2004, permitiendo ello además "descongestionar" la carga de trabajo de los Jueces de lo Mercantil particularmente en situaciones de crisis económica como la actual».

⁶⁹ Examinando los acuerdos de refinanciación PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. ult. cit.*, explica en pág. 32 que es «(...) una de las principales innovaciones de la reforma». Ídem en «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», *op. ult. cit.*, pág. 48, apunta que es la «pieza estrella de la reforma».

⁷⁰ Véase a GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial: novedades de la reforma de la Ley concursal operada por la Ley 38/2011», *op. ult. cit.*, págs. 93 a 132.

Concursal). Además, los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no haya existido intención fraudulenta, son rescindibles (*cf.* arts. 71-73 de la Ley Concursal), con lo cual podrían verse afectados los acuerdos y pactos concertados con los acreedores. Esta situación se presumía conllevaría una pérdida de seguridad jurídica que pesa en el ánimo de los titulares de los créditos ante una proposición de un acuerdo amistoso realizada con anterioridad a una eventual declaración concursal; baste recordar aquí lo anteriormente expresado acerca de los antecedentes de este instituto.

4. PRESUPUESTOS DE APLICABILIDAD DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La aplicación y eficacia de los acuerdos de refinanciación, en especial los particulares, están supeditadas a la observancia y concurrencia de una serie de requisitos que presentan diferentes dimensiones en orden a beneficiarse de una serie de «privilegios»⁷¹ que les concede la Ley (garantías, preeducibilidad y paralización de las ejecuciones) y a salvaguardar los inconvenientes que vienen asociados a los acuerdos extrajudiciales (oposición de los acreedores disidentes o no participantes); requisitos que bien pueden clasificarse del siguiente modo:

- a) Requisitos subjetivos: los acuerdos de refinanciación se llevan a efecto, por un lado, entre el deudor⁷² en situación de dificultades económicas y, de otro, por una serie de acreedores, pero no cualquier clase de acreedores (*v. gr.*, no con los ordinarios ni los subordinados). Nada dice la Ley sobre que el deudor, *rectius*, ha de ajustarse a lo disciplinado en el artículo 1 de la Ley Concursal en lo relativo al presupuesto subjetivo.

Sea como fuere, el único sujeto habilitado para presentar negociaciones en torno al acuerdo de refinanciación es el deudor. Del tenor de la norma se desgrana cla-

⁷¹ *Cfr.* PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de Refinanciación, Escudos Protectores y Garantías Reales», en www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?...12 de enero de 2012\MADRID\JPULGR\1369576.01 (consultado por última vez el 6 de marzo de 2012), pág. 7, insiste en la idea de que estos privilegios se convierten en escudos protectores, inclusive plantea que «la regulación de un "trinomio" de escudos protectores en orden a propiciar la negociación y conclusión de un acuerdo preconcursal de refinanciación: protección frente a solicitudes de concurso necesario e incumplimiento del deber de solicitud de concurso voluntario (art. 5 bis de la Ley Concursal), paralización de ejecuciones singulares (disp. adic. cuarta de la Ley Concursal) y vinculación, al menos de las entidades financieras acreedoras "disidentes" no participantes en el acuerdo, a los efectos de la espera pactada (disp. adic. cuarta.1 de la Ley Concursal) y ello no obstante el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 del CC)».

⁷² Téngase en consideración para las entidades de crédito como deudor, las reflexiones de VICENT CHULIÀ, F.: «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como Derecho paraconcursal», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 27 a 52, en concreto, en págs. 43 y ss. explica el Capítulo II del Real Decreto-Ley 9/2009, artículos 6 a 8, que regula los «procesos de reestructuración de entidades de crédito».

ramente que estos acreedores son los denominados profesionales, o en otros términos, los acreedores financieros. Estos créditos han de representar tres quintas partes del pasivo del deudor al momento en que se proceda a la aprobación del acuerdo. Inclusive, en este punto, hay autores que han despuntado señalando que al cercenar el tipo de acreedores (a los profesionales) que pueden negociar los acuerdos de refinanciación se establece, a fortiori, una discriminación⁷³ respecto al resto de acreedores⁷⁴. En este epígrafe, somos de la opinión de que no estamos ante un *ius singuli*⁷⁵ preconcebido solo para los bancos como beneficiarios de la prededucibilidad⁷⁶, sino que los intereses a tutelar son mayores representados en

⁷³ A diferencia de aquellos que piensan que se establece un agravio comparativo con respecto a las otras clases de acreedores en los acuerdos de refinanciación por lo que hacen a los acreedores financieros, que tendrían un privilegio añadido y desigual, se manifiesta PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, págs. 38 y 39, al decir que *fresh money* preconcural, que no habría de interpretarse como un *ius singulare* a favor de la banca, sino un incentivo que por la vía de la prededución concursal perseguiría compensar la situación de mayor riesgo contractual en que dicha financiación preconcural se concede. No se trata, sin embargo, de reconocer al crédito del financiador preconcural el privilegio de la prededución concursal en todo caso ni en cualquier circunstancia, sino en el marco de los presupuestos legalmente exigidos que operarían a modo de garantía de una adecuación de la composición entre los intereses de la conservación de empresas por la vía de la protección del crédito profesional y las protecciones de los restantes acreedores del deudor (...).

⁷⁴ A juicio de GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcural como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, págs. 116 y ss., en especial, pág. 119, apunta que «en los procesos de refinanciación no rige la *pars condicio creditorum* y por tanto el reparto igualitario de créditos no se configura como relevante en este estadio, sino que es la salvación de la sociedad concursada la que se configura como esencial».

⁷⁵ De acuerdo con PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», *op. ult. cit.*, pág. 54, «no debe interpretarse como *ius singulare* a favor de la banca, sino, insistimos, como un incentivo que por la vía de la prededución concursal permitiría compensar la situación de mayor riesgo contractual en que dicha financiación se concede, adecuándose así nuestro derecho a la tendencia existente en el marco del Derecho comparado europeo en el que países como Francia (art. L 611/11 del C. de c.) o Italia (art. 48 del DL, de 31 de mayo de 2010, n.º 78, de medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica) han reconocido expresamente dicho privilegio». En cambio, entre los que consideran que estamos ante un privilegio para las entidades de crédito, se pronuncia DAMIÁN, J.: «Entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», *op. ult. cit.*, pág. 175, al exponer que «más bien parece que lo que el legislador ha pretendido es proteger el interés de las entidades crediticias, que son las que precisamente han de facilitar el que el deudor pueda seguir haciéndose cargo de sus obligaciones (...) el deudor pueda hacer frente a las crisis empresariales parte del principio de que el concurso es cosa de unos pocos y de que en realidad la solución a los problemas de la empresa en dificultades debiera pasar por el acuerdo entre el deudor y un selecto grupo de acreedores».

⁷⁶ Entiende CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcural italiano», *op. ult. cit.*, pág. 335, «(...) comporta un mayor riesgo para el financiador y el reconocimiento si se cumplen determinadas condiciones del beneficio de la prededucibilidad, podrá representar un importante incentivo para su concesión en apoyo de la empresa. La prededucibilidad se ha contemplado, con la intención de tutelar a la masa de acreedores, solo en los instrumentos de saneamiento diseñados por la nueva *Legge Fallimentare* que prevean la intervención de autoridad judicial». Añade en pág. 339: «Compensar la situación de mayor riesgo contractual en que tales créditos son concedidos (STrib. Const. n.º 32/1995) (...) resulta claramente justificado el establecimiento de normas de salvaguardia del bien jurídico protegido».

la continuidad y la viabilidad del negocio. Observando el Derecho comparado, fijémonos que el Derecho concursal argentino histórico, en el año 1983, por mediación de la Ley 22.917, hizo surgir acuerdos privados bajo la denominación de «club de bancos», los cuales pretendían evitar el concurso y eran manejados por entidades financieras. Estos acuerdos bancarios, principales cuantitativamente en el pasivo de su deudor, buscaban evitar la quiebra de este pues en ella veían dificultades en sus posibilidades de cobro. Se requería para darle la venia al deudor que este hubiera sido de buena fe no solo con los bancos, sino también con el resto de los acreedores. Su naturaleza era contractual y primaba la autonomía de la voluntad⁷⁷. Ahora bien, en la Ley española 38/2011, al deudor no se le demanda una especial diligencia o ser honesto y actuar de buena fe, en este punto, es más beneficiado que el deudor quiera instar un convenio anticipado (*ex art. 105 de la Ley Concursal*).

Los otros sujetos intervinientes en estos acuerdos de refinanciación son los acreedores financieros, en otros términos, los acreedores profesionales, tal y como indicábamos. Dentro de este campo de actuación comparada, en el Derecho concursal italiano el ámbito subjetivo de actuación de los acuerdos de refinanciación es más amplio y menos corto de miras que la reforma española, toda vez que permite la incorporación de nuevos medios de financiación para la empresa en situación de insolvencia, por parte de los acreedores profesionales, pero también de los socios⁷⁸ de la empresa deudora, que suelen renunciar a parte de los créditos o conceder moratorias. En ambos casos, tanto para el acreedor financiero como para el socio de la empresa (su participación) se viene a privilegiar con la preeducibilidad⁷⁹.

- b) Requisitos objetivos: los acuerdos de refinanciación han de ir acompañados de un plan de viabilidad⁸⁰ que posibilite la continuidad en el corto y el medio plazo. El deudor

⁷⁷ Para el Derecho argentino, véase a GRAZIABILE, D.: «Acuerdo Preventivo Extrajudicial –el llamado APE–», n.º 222-3, *Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones*, 2006. Ídem en «Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos», publicado en *la Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras*, el 28 de septiembre de 2006.

⁷⁸ En este sentido se pronuncia CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, págs. 335, «(...) la preeducación a la financiación procedente de los socios, que implica la necesidad de derogar las normas del CC relativas a la postergación y en particular los artículos 2.467 y 2.497 quinquies del CC. Finalmente, se entiende que el beneficio de la preeducación debe reconocerse a la retribución del profesional que se ha de encargar de certificar la actuabilidad/razonabilidad del acuerdo, según las nuevas formas legales tantas veces citadas».

⁷⁹ Así lo pone de manifiesto CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, pág. 334. Véase, para el Derecho concursal español: en lo concerniente al blindaje de los acuerdos de refinanciación, la nota de prensa en <http://www.economista.es/legislacion/noticias/3583230/12/11/El-blindaje-de-los-acuerdos-de-refinanciacion.html> (consultado el 6 de marzo de 2012).

⁸⁰ Véase, *in totum*, SAN GIL, P.: «Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a (coords.): *Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales en crisis empresariales y concurso: comentarios legales*, Navarra: Aranzadi, 2008.

ha de comunicar y poner en conocimiento del Juez competente que se halla bajo el cuadro de actuación de un acuerdo de refinanciación si cumple los requisitos hasta aquí aludidos en pos de demandar la homologación judicial del acuerdo. La Ley no entra en valorar ni el plan de viabilidad ni qué ha de entenderse por medio o largo plazo, toda vez que se estará a las reglas y usos comunes empleados en contabilidad.

- c) Requisitos materiales: los acuerdos de refinanciación plantean un contenido dispar, toda vez que no se corresponde con los posibles contenidos que existen para el convenio *ex* artículo 100 de la Ley Concursal. *Ab initio*, cabría cualquier contenido de los acuerdos, otra cuestión es si dicho contenido es merecedor de las salvaguardas que venimos enunciando. De suerte que sí se permite una espera, así como una nueva financiación⁸¹, entre otros posibles contenidos, permitiendo su flexibilidad una ventaja con respecto a lo regulado para el convenio judicial. Ahora bien, tén-gase presente –y se insiste en el planteamiento– que solo determinados acuerdos son los beneficiados por los privilegios, reduciéndose de este modo los posibles contenidos destinados a facilitar la continuidad de la actividad empresarial.
- d) Requisitos formales: los acuerdos de refinanciación han de ir acompañados por un informe de experto independiente⁸² y, a partir de ahí, se procederá a la formalización de la homologación judicial. La homologación judicial proporciona verdadera efectividad a los acuerdos de refinanciación, puesto que se fundamenta en un control de legalidad (cumplimiento de los requisitos normativos y mayorías requeridas), así como de oportunidad en aras de alcanzar los objetivos últimos ilustrados en la resolución y satisfacción de los créditos y, con ello, permitir la conservación de la actividad empresarial.

El porcentaje requerido para la aprobación del acuerdo es sustancial, pero no es la unanimidad y, en este aspecto, también podría encontrarse una debilidad a la efectividad de los mismos. Resulta conveniente anotar que el porcentaje demandado para arribar a un acuerdo de refinanciación en el Derecho concursal italiano es inferior al Derecho español, toda vez que «los acreedores que sean titulares al menos del 60% de los créditos» (art. 182 bis, párr. 1, de la *Legge Fallimentare*), eso sí, justificándose siempre en el informe que emita el experto designado a tal efecto, tal y como sucede en el Derecho concursal español.

Luego, la aprobación por el 75% de los acreedores profesionales, el informe del experto independiente y la homologación judicial son los presupuestos que han de

⁸¹ Según PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 39: «"nueva financiación" pues en principio esta podría derivar de quitas, aplazamientos, novaciones, aportaciones de bienes o servicios provenientes de suministradores y proveedores, o auxilios financieros (líneas de crédito) pues todo ello coadyuvaría al mantenimiento de la actividad en situación preconcursal (...)».

⁸² Véase sobre este punto a GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, pág. 108.

concurrir en la construcción de los acuerdos de refinanciación que quieran aprovecharse de los beneficios y privilegios que le concede la Ley.

- e) Requisitos procedimentales: la Ley 38/2011 no establece un procedimiento especial para reconocer la aplicación y extensión de los acuerdos de refinanciación. La comunicación de la negociación de los acuerdos de refinanciación no seguirá los trámites del incidente concursal, ya que no podemos pasar por alto que nos encontramos en una etapa o fase previa al concurso propiamente dicho, en otros términos, preconcursal y como tal no cabe la aplicación del incidente concursal. Estaríamos, por tanto, ante un acto de jurisdicción voluntaria⁸³.

Hay que hacer notar, a efectos prácticos, que los acuerdos de refinanciación se edifican bajo un «halo» de confidencialidad en las negociaciones, *ergo*, la publicidad brilla por su ausencia, aunque la designación de un experto independiente, *ex* artículo 71.6 y disposición adicional cuarta, ya abre la puerta a que se proporcione algún «tipo» de publicidad. En efecto, la publicidad vendría manifestada mediante el cauce del nombramiento del experto independiente por parte del registrador mercantil⁸⁴ de conformidad con lo dispuesto en los artículos 338 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE n.º 184, de 31 de julio de 1996) (en adelante, RRM). Ante esta tesitura, el nombramiento del experto procede a solicitud de la sociedad deudora (deudor) por medio de su administración *ex* artículo 338.2 del RRM, que demanda el establecer una serie de datos precisos en torno a este experto y la causa que informa. Sumado a ello, además, el registrador está obligado a anotar el asiento oportuno de presentación en el libro diario y, con ello, se dará apertura al expediente numerado *ex* artículo 339 del RRM, entendiéndose estas mínimas actividades como delimitadoras de la publicidad registral del acuerdo de refinanciación. Se insiste en la idea, no obstante, de que, pese a la anterior publicidad, la misma suele circunscribirse en su difusión a los intervinientes en el acuerdo, extremo que puede obstaculizar la oposición o negación a dicho acuerdo por parte de los ausentes o disidentes dentro de la propia categoría de acreedores, los financieros, si bien estos, cabalmente, por su carácter profesional y la debida diligencia no demandaría la necesidad de una mayor publicidad, guardándose la discreción oportuna para el éxito de estos acuerdos.

En atención a lo precedente, pareciese que la Ley contempla una publicidad básica tal y como se infiere de la disposición adicional cuarta al reclamar que el secretario judicial ordenará

⁸³ En igual línea de opinión y siguiendo a la prof.^a PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 33.

⁸⁴ En esta materia hay que estar a lo estipulado en los artículos 338 a 349, ubicados dentro del Título III, *De otras funciones del Registrador Mercantil*, Capítulo II, *Del Nombramiento de Expertos Independientes y de Auditores de Cuentas*, en particular, Sección I.^a, *Del Nombramiento de Expertos Independientes*.

la publicación del Decreto en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el Juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido y, además, se ha de publicar en el BOE.

5. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL Y LA FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación se estipula en la disposición adicional cuarta⁸⁵ de la Ley 22/2003, reformada por la Ley 38/2011, mientras que la formalización en escritura pública se ordena en la disposición adicional quinta de la Ley Concursal.

Descendiendo al examen pormenorizado de la regulación de este instituto, ha de tenerse muy presente la disposición adicional cuarta de la Ley 38/2011, cuando declara:

«1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 % del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

2. La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al Juez de lo Mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso.

La solicitud deberá ser formulada por el deudor y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado y del informe evacuado por el experto. En la misma solicitud se podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares.

El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará Decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las

⁸⁵ Cfr. sobre este aspecto las reflexiones de MOYA YOLDI, J.: «Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», n.º 8, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, págs. 32 y ss. CARRO ARANA, M. M. y SOUSA FERNÁNDEZ, F.: «Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procedimientos concursales», *op. ult. cit.*, págs. 168 y ss. VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley concursal», *op. ult. cit.*, págs. 155 y ss.

ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. No obstante, dará cuenta al Juez para que resuelva sobre la admisión cuando estime la falta de competencia o la existencia de un defecto formal y no se hubiese subsanado por el promotor en el plazo concedido para ello, que no podrá exceder de un mes.

3. El Juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron.

En la homologación el Juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el BOE, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el párrafo tercero del apartado dos anterior.

4. Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

5. Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el BOE. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquellos.

6. En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo Juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma. Declarado el in-

cumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

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

Para proceder a la aprobación y la homologación judicial se han de cumplir una serie de circunstancias⁸⁶ concurrentes tal y como se descuelga de la interpretación exegética de la norma, *id est*:

1. Los acreedores que suscriben el acuerdo han de representar al menos el 75 % del pasivo titularidad de entidades financieras (la dificultad interpretativa práctica del mandato estriba en cómo delimitar el 75 % del pasivo titularidad de entidades de crédito en la práctica, puesto que no estamos dentro del procedimiento concursal propiamente dicho).
2. El contenido del acuerdo será una espera que no podrá superar los tres años y, además, podrá extenderse solo al resto de entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes, cuyos créditos no posean una garantía real. No se extiende al resto de clase de acreedores.
3. De este mismo precepto se coligen dos beneficios de este tipo de acuerdos, de un lado, al observar las condiciones del artículo 71.6 implica que se convierten en actos no rescindibles y, de otro, se «podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares» previo informe del experto⁸⁷. La paralización será de 1 mes máximo y hasta la preceptiva homologación por el Juez.

Repárese en lo tocante al proceso de homologación⁸⁸, que hay que diferenciar de un lado el juicio de mérito que vierte el Juez que ha de atender a la ponderación y valoración de las circunstancias concurrentes, así como al sacrificio desproporcionado para las entidades financia-

⁸⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El régimen jurídico preconcursal de los "acuerdos de refinanciación" (disp. adic. cuarta de la Ley Concursal). Propuesta de reforma legislativa». *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, págs. 68 a 84. VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley Concursal», *op. ult. cit.*, págs. 6 y ss.

⁸⁷ Dice respecto al papel del experto independiente en Derecho comparado, CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, pág. 344: «Se pone más en evidencia el protagonismo del papel de aquellos en la promoción y la facilitación de la realización y la difusión de los institutos preconcursales de carácter legal incluso desde el punto de vista de la asunción por los mismos riesgos y responsabilidades ulteriores y diversas con respecto a las que gravan normalmente sobre figuras profesionales análogas».

⁸⁸ *Cfr.* sobre este aspecto a CALBACHO, F.: «La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *Estudios Homenaje al Profesor Don Juan Luis Prada Iglesias*, págs. 180 a 186, en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3206/documento/art22.pdf?id=3351> (consultado por última vez el 6 de marzo de 2012).

doras que no lo suscriben. Extremos no siempre fácilmente evaluables en la práctica. Bajo estos criterios emitirá la resolución de la homologación y sus efectos. De otro lado, se establecen los efectos dimanantes de esta resolución de homologación que ha de procederse con carácter de urgencia. Una vez publicada la resolución y dentro del plazo de 15 días siguientes a la publicación, nada se dice sobre el cómputo de esos días, los acreedores no conformes con dicha resolución tendrán derecho de impugnación del acuerdo. Las razones de oposición se circunscriben solo al no cumplimiento del porcentaje requerido (75 %) y el juicio de valor respecto a la desproporción del sacrificio requerido. Se sustanciará a través del incidente concursal. La sentencia que resuelva dicha oposición no será recurrible en apelación y se le proporcionará la misma publicidad que a la resolución de homologación. Los efectos de la homologación surten desde el día siguiente en que se publicita la sentencia en el BOE.

Lo anterior no significa que si se incumpliese lo acordado, los acreedores afectados no pudieran instar ante el mismo Juez de la homologación la declaración de su incumplimiento mediante otro incidente concursal.

Hay que destacar de esta amplia disposición adicional que se viene a reglamentar la publicidad que rodea a este tipo de actos, que suelen demandar gran sentido de la confidencialidad, tal y como se anticipó. Se dice que el secretario judicial será el encargado de ordenar la publicación del Decreto en el Registro Público Concursal por mediación de un anuncio que contenga como elementos básicos aquellos que identifiquen al deudor, el Juez del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y del procedimiento judicial de homologación, así como la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera, con la indicación de que el acuerdo se halla a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente. También se da cabida a que esa publicidad pueda tratarse telemáticamente. Agregado a ello, los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se publicitan en el BOE. Hay que retener el dato de que, una vez admitido y desplegado el acuerdo de refinanciación, el legislador establece como periodo temporal para que ese mismo deudor no negocie otra refinanciación durante 1 año de distanciamiento del primer acuerdo aprobado. Con este modo de proceder, se persigue dar credibilidad al instituto y evitar fraudes o dilaciones indeseadas. Signifíquese, además, que la disposición adicional cuarta procura establecer un procedimiento de impugnación u oposición para aquellos acreedores ausentes o disidentes del acuerdo a la sazón de dar también efectividad y garantías ante las negociaciones adoptadas.

A nivel legal, también la formalización del acuerdo viene impuesta por una nueva disposición adicional quinta, agregada a la Ley Concursal, que es la encargada de establecer el procedimiento de formalización de los acuerdos de refinanciación y, a tal efecto, manifiesta las «Escrituras públicas de formalización de acuerdos de refinanciación. Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de refinanciación a que se refieren el artículo 71.6 y la disposición adicional cuarta se aplicarán los aranceles correspondientes a los "Documentos sin cuantía" previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios. Los folios de

matriz de la escritura y de las primeras copias que se expidan no devengarán cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive».

6. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN VS. DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La Ley 22/2003 impone el deber de solicitar el concurso al deudor a través de su artículo 5 en observancia de una serie de formalidades. De modo y manera que se tendrá que solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su situación de insolvencia (según los hechos señalados en el artículo 2⁸⁹, *in fine*, Ley Concursal); si no se realiza la solicitud dentro de este periodo de tiempo, se presumirá que el deudor conocía su situación y se calificará el concurso como culpable con sus consecuencias inherentes (*ex art.* 172 de la Ley Concursal). Manifestación, a su vez, este deber de la colaboración e información del deudor con los diferentes órganos concursales para el mejor éxito resolutorio del procedimiento. Tampoco podrá el deudor que no cumple con su deber de instar el concurso, en ese periodo de tiempo, el solicitar o proponer convenio anticipado. Se infiere así la singularidad del artículo 5 de la Ley Concursal, que ampara un importante deber del deudor para el buen fin y resolución de su estado de cesación o dificultades económicas.

Mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009, se incorpora un párrafo 3.º al relevante artículo 5 de la Ley Concursal⁹⁰, donde se estipula que «el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzando las adhesiones necesarias para la admisión a trámite

⁸⁹ Más información sobre este mandato en CANDELARIO MACÍAS, M.ª I.: «Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial», n.º 94, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2010, págs. 3 a 40.

⁹⁰ Interpretan este precepto, entre otros: AZOFRA, F. y PÉREZ RIVARÉS, J. A.: «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», n.º 7, *Diario La Ley*, sección Tribuna, de 24 de abril de 2009, año XXX, ref. D-144. ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar concurso», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 321 y ss. FERNÁNDEZ TORRES, I.: «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso (a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)», n.º 12, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, págs. 257 a 269. GONZÁLEZ NAVARRO: «En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal», n.º 19, *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, págs. 115 y ss. DAMIÁN, J.: «Entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», *op. ult. cit.*, págs. 168 y ss. NIETO DELGADO, C.: «Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y Reglamento (CE) n.º 1346/2000», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, págs. 199 y ss., enuncia las críticas sufridas por el artículo 5.3 de la Ley Concursal, en págs. 200 y ss.

de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente». Esta modificación se efectúa en pos de flexibilizar el deber de colaboración del deudor respecto a (sus) consecuencias y, sobre todo, de incentivar las proposiciones de convenios anticipados⁹¹.

Se vislumbra del tenor legal de la norma que reconoce los acuerdos de refinanciación como herramienta alternativa al concurso sin establecer, en esta sede, especiales requisitos alrededor de estos acuerdos. En la práctica, estos acuerdos extrajudiciales no necesitan ni siquiera ser homologados judicialmente para producir sus efectos, aunque la homologación comportara una serie de ventajas y efectos relevantes *ex* disposición adicional cuarta. Ahora bien, adviértase que la introducción del acuerdo de refinanciación por parte de la norma obliga a interpretar de modo diferente el artículo 5 de la Ley Concursal, en su versión original, toda vez que su tenor «chocaba» frontalmente con el deber de instar el concurso. Al fin y al cabo, el artículo 5 de la Ley Concursal viene a modificarse con la incorporación de su apartado 3 por la vía del Real Decreto-Ley 3/2009, tal y como anticipábamos, que varía el sentido del precepto en su origen sustentado en instar al deudor a una situación preventiva cuando conociera ya de sus dificultades económicas bajo el imperio de si no se observa dicho mandato, se avendría a soportar una serie de consecuencias negativas en el devenir del procedimiento; sin embargo, tras la reforma aludida pareciese que se prima por parte del legislador no tanto la prevención como planteamiento buscado, pero sí la posibilidad de llegar a una solución negociada –convenio– ampliando el periodo de tiempo de solicitud de concurso y, con ello, salvar las posibles consecuencias negativas que pudiera arrastrar el no declarar la situación de insolvencia en el tiempo estipulado de dos meses.

Debe apuntarse, en similar línea interpretativa, que, en el supuesto de que el deudor haya iniciado negociaciones y pueda llegar a acuerdos de refinanciación –no solo para demandar convenio anticipado–, el plazo puede alargarse hasta 6 meses para instar el concurso a contar desde el momento del conocimiento de la situación de dificultades económicas y esto sucede así tras la incorporación del artículo 5 bis por cauce de la reforma efectuada por la Ley 38/2011, que recoge cómo proceder para formalizar los acuerdos de refinanciación. Además, cabría afirmar que ya pueden iniciarse negociaciones no solo en estado de insolvencia inminente, sino también en supuestos de insolvencia actual de conformidad a lo prescrito en el artículo 2 de la Ley Concursal⁹².

⁹¹ Así se pronuncian GARCÍA-VILLARUBIA, M. y RODRÍGUEZ, L. E.: «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación *ex* art. 5.3 Ley Concursal», n.º 20, *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, págs. 592 y ss. GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, págs. 105 y ss.

⁹² En este mismo sentido, se pronuncia PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 29, que analiza el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010, y que no se ha variado el sentido tras la Ley 38/2011. También en relación con el Real Decreto-Ley 3/2009, se manifestaba AZOFRA VEGAS, F.: «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», n.º 25, *El Notario del Siglo XXI*, 2009, en <http://www.uria.com/en/abogados/fav?iniciales=fav&seccion=publicaciones&id=2216&pub=Publicacion> (consultado por última vez el 9 de enero de 2012), dice que «el nuevo régimen de protección de los acuerdos de refinanciación (la disp. adic. cuarta)

Mediante la nueva Ley 38/2011, bajo el planteamiento de reactivar el uso de los acuerdos de refinanciación como acuerdos preconcursales en pos de evitar las perniciosas consecuencias que se derivan de no cumplir con el deber de instar el concurso por el deudor, se agrega un artículo 5 bis, relativo a la comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud del concurso. Reza el artículo 5 bis: «1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. 2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento; antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. 3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor. 4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia». Como se desprende de la *ratio legis* el deber de solicitar concurso en el periodo de dos meses –de la redacción *ex origine* de la Ley– viene a alargarse hasta 6 meses bajo los anteriores condicionantes y a la sazón de alcanzar un acuerdo de refinanciación, tal y como anotábamos.

Nadie discute la exposición, desde la perspectiva práctica de RODRÍGUEZ CONDE⁹³: «El nuevo artículo 5 bis de la Ley de Reforma de la Ley Concursal es un gran avance en la tradición concursal de nuestro país. Quienes actúan profesionalmente presentando procedimientos concursales ante los Juzgados de lo Mercantil han usado de esta institución concursal, que, en caso de un inminente estado concursal, nos permite aplazar la declaración voluntaria del concurso y activar las negociaciones, evitando que un acreedor proceda a pedir el concurso necesario durante el plazo de cobertura. Esto queda regulado en concreto en el nuevo artículo 15.3 de la Ley de Reforma de la Ley Concursal, que expresamente prohíbe la admisión de solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor durante ese periodo; y dice además que las solicitudes posteriores solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil, posterior a los tres meses de amparo o cobertura». Luego, puede entenderse que el inicio de las negociaciones de refinanciación se convierte en un obstáculo a la solicitud de concursos necesarios por parte de los acreedores. Bajo este contexto, se podría pensar que, en algunos casos, la iniciación de negociaciones para concluir acuerdos de refinanciación pueda utilizarse como vehículo torticero y de demora del concurso, aunque en definitiva dicha demora o mala praxis afectarían a toda la suerte del concurso e irían en contra de quien pretende tergiversar el cauce ordinario de la Ley.

no establece ninguna restricción para que acudan a tales acuerdos deudores que se encuentren en situación de insolvencia actual, y no solo inminente. De hecho, no se exige al deudor ningún requisito de merecimiento (al contrario de lo que se impone en el artículo 105 de la Ley Concursal al deudor que pretende formular una propuesta anticipada de convenio, dándose así la paradoja de que se exija más al deudor para conseguir acuerdos concursales que acuerdos preconcursales)».

⁹³ Vid. RODRÍGUEZ CONDE, C.: *Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011*, Barcelona: Bosch, 2012, pág. 83.

7. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN VS. RESCISIÓN CONCURSAL

La materia de la rescisión concursal es básica en orden al buen fin del concurso y la consecución de objetivos⁹⁴. Es sabido que la declaración del concurso incidirá también en aquellos actos rescindibles del concursado (*ex arts. 71 a 73 Ley Concursal*). En el artículo 71 de la Ley Concursal se establecen las acciones de reintegración de la masa activa de todos aquellos actos u operaciones realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso aunque no hubiere existido intención fraudulenta: actos a título gratuito, actos de extinción de obligaciones, entre otros. Llama la atención el periodo de tiempo como límite de actuación: actos perjudiciales para la masa activa celebrados 2 años antes de la declaración del concurso, donde el perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* en algunos supuestos cerrados que recoge la Ley, *v. gr.* las clásicas donaciones o la realización de pagos anticipados. Ciertamente también se contemplan otros supuestos que originan perjuicio patrimonial, donde si cabe prueba en contrario, presunción *iuris tantum*, así: actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (según art. 93 de la Ley Concursal); el establecimiento de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Los actos que no se comprendan en la Ley y sean susceptibles de ocasionar perjuicio patrimonial podrán ser objeto de rescisión siempre que sean probados por quien alegue y sustente la acción rescisoria. No resulta extraño, en correspondencia con la incorporación y el reconocimiento de los acuerdos de refinanciación, que esta materia haya sido modificada tanto por el Real Decreto-Ley 3/2009⁹⁵ como por la Ley 38/2011, mirando siempre a dar entrada a los acuerdos de refinanciación sin que estos puedan ser considerados contrarios a la masa y, por ende, susceptibles de aplicárseles la rescisión concursal.

⁹⁴ Véase la Sentencia de 1 de febrero de 2007, ponente don Ignacio GARGALLO, rollo de apelación 524/06-2.ª. También el pronunciamiento contenido en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, ponente don Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO, rollo de apelación núm. 460/2008-1.ª, donde se declara que «debe reputarse perjudicial y rescindible la cesión a título lucrativo de un crédito integrado en el activo de una mercantil insolvente tres meses antes de la declaración de su concurso». Por su lado, la Sentencia de 13 de enero de 2010, ponente don Ignacio SANCHO GARGALLO, rollo de apelación núm. 365/09-2.º, expresa que «los presupuestos para el ejercicio de la rescisión concursal del artículo 71 de la Ley Concursal son distintos a los exigidos para la anulación del artículo 40.7 de la Ley Concursal. En el primer caso es necesario que se trate de actos de disposición realizados dos años antes a la declaración de concurso y que sean perjudiciales para la masa activa. Para la anulación del artículo 40.7 de la Ley Concursal se precisa que los actos de disposición hayan sido realizados con posterioridad a la declaración de concurso y que lo hayan sido sin la autorización de la administración concursal». Los pronunciamientos pueden consultarse en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2011 (estudio monográfico jurisprudencia concursal, 2008-2010).

⁹⁵ Sobre el particular, véase la interpretación de esta norma por PIÑEL LÓPEZ, E.: «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», n.º 11, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, págs. 9 y ss. AZOFRA, F. y PÉREZ RIVARÉS, J. A.: «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», n.º 7, *Diario La Ley*, sección Tribuna, de 24 de abril de 2009, año XXX, ref. D-144. También SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Refinanciación y reintegración concursal», n.º 20, *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, págs. 13 y ss.

El artículo 8 del Real Decreto-Ley 3/2009, objeto de análisis, venía ya a delimitar uno de los elementos que arrastrará más problemas interpretativos y prácticos, toda vez que se incorporaba un añadido-apartado 5 al artículo 71, relativo a las acciones de reintegración, enunciado una serie de actos que, por razones de política legislativa, se han estimado que no son susceptibles de rescisión, a saber: «1. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales». Había que saber cuáles son los límites y el alcance de esta normalidad. Extremo, insistimos, que puede traer problemas interpretativos y desvirtuar la identidad de las acciones rescisorias tan cruciales en cualquier procedimiento concursal. Vinculado a ello prescribe en el número 2, artículo 71: «2. Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados». Comprensible dentro de la legislación especial que informa este tipo de operaciones, aunque eso no justifique su dificultad interpretativa. Más discutible en términos de política legislativa y de finalidad perseguida es el punto: «3. Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica». Dentro de los actos que no conllevan rescisión de acuerdo con el Real Decreto-Ley 3/2009, se han introducido los acuerdos de refinanciación contenidos en la nueva disposición adicional cuarta, con gran repercusión como medida económica destinada a paliar la situación de crisis económica, tal y como venimos examinando.

En lo relativo a los acuerdos de refinanciación, se infiere el ánimo del legislador en orden a potenciar la continuidad de la actividad empresarial y con estos acuerdos el permitir la salvaguardia de la empresa mediante la prevención y a través de estimar dichos acuerdos como no susceptibles de rescisión, siempre que sea bajo ciertos condicionantes tales como:

- a) El acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo.
- b) El acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil.
- c) Se formalice en instrumento público. En coherencia con el artículo 71 de la Ley Concursal, el administrador concursal –si procede– podría solicitar la impugnación de estos acuerdos. Como puede deducirse del tenor de la norma, su correcta aplicación e interpretación es y será un tema objeto de discusión en la doctrina y en la práctica.

Con el transcurso del tiempo, la reforma, llevada a cabo la Ley 38/2011, viene a dar una nueva redacción al artículo 71⁹⁶ relativo a las acciones de reintegración y, en lo concerniente a los

⁹⁶ Ordena el artículo 71 de la Ley Concursal: «1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando

acuerdos de refinanciación, prescribe en los puntos 6 y 7, respectivamente: «(...) 6. No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo. 2.º El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase,

se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. 3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

- 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
- 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
- 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
- 4.º Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
- 5.º En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
 - 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
 - 2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
 - 3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica (...).

su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

7. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo siguiente».

Se han de desglosar del tenor legal descrito los diferentes elementos que permiten la no rescisión de los actos, ya que no cabe cualquier tipo de acuerdo, a saber:

1. Se habilita cualquier tipo de negocio o de garantía en ejecución de tales actos siempre que se posibilite la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento otras contraídas en sustitución de aquellas. Solo en estos supuestos de ampliación del crédito por el cauce de la moratoria en el plazo de vencimiento o de la fijación de otras obligaciones en sustitución se ampararían en el beneficio de no aplicárseles la rescisión concursal⁹⁷. Ergo, se ha de proporcionar al deudor una nueva financiación⁹⁸ concebida bajo la terminología del *fresh money*, si bien no se nos escapa que una nueva financiación atrae hacia sí diferentes tipos de operaciones financieras.
2. En consecuencia con lo anterior, se han de observar una serie de condicionantes⁹⁹ por parte de estos actos: a) se ubiquen dentro de un plan de viabilidad que

⁹⁷ El contenido del acuerdo asociado a la prededucción está asociado a la ampliación de un crédito anteriormente existente y disponible, tal y como se deduce del tenor literal de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, lo que supondría entender que debe existir un crédito preexistente que se amplía en su cuantía. Así, PULGAR EZQUERRA, J.: «Estrategias preconcursales...», *op. cit.*, pág. 88.

⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», *op. ult. cit.*, pág. 55, expresa que «(...) no se produce acertadamente el reconocimiento del *fresh money* a toda financiación concedida preconcursalmente con independencia de las condiciones en que se conceda dicha financiación, sino que ello se subordina al cumplimiento de los siguientes requisitos que operan como garantías condicionantes del *fresh money*: –solo se reconoce el privilegio respecto de nuevas financiaciones concedidas en el marco de un acuerdo de refinanciación y que por tanto conllevan un incremento del crédito disponible, no extendiéndose a financiaciones preconcursales efectuadas "en cualquier forma" y al margen de un acuerdo de refinanciación, como acontece en la normativa italiana recientemente aprobada (ex art. 48) (...). –La nueva financiación no ha de ser rescindible ex art. 71.6, al haberse concedido en el marco de un acuerdo de refinanciación (...). –La prededucción y el privilegio general se vinculan en el tenor literal de la disposición adicional cuarta "a créditos supongan nuevos ingresos de tesorería"».

⁹⁹ Se está de acuerdo en cuanto a la insuficiencia de la normativa con VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley concursal», *op. ult. cit.*, pág. 160, al puntualizar que «La norma solo establece con qué requisitos los acuerdos de refinanciación son "inmunes" frente a la rescisión concursal, pero no sale de esos límites para coordinar la regla con otras posibles normas preconcursales, ni para intentar siquiera la construcción de un mínimo "derecho preconcursal"». Al respecto, véase también a RODRÍGUEZ CONDE, C.: *Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011*, *op. cit.*, págs. 98 y ss.

posibilita la continuidad de la actividad empresarial; b) el plazo sea en el corto y medio; c) estos acuerdos estén suscritos por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En este punto, hay que destacar que del cómputo se excluyen del pasivo los préstamos y créditos otorgados por sociedades del grupo; d) los actos conformadores del acuerdo han de ser informados por experto independiente; hasta aquí se reiteran planteamientos ya examinados. Por cuanto hace a la selección del experto se realizará por intervención y mediación del Registrador mercantil del domicilio social del deudor concursado y siguiendo el criterio de *prudente arbitrio*. El mandato establece los trazos básicos que debe contener este informe de experto al decretar que «el informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan (...) y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo». La Ley también dispone cautelas en cuanto que si existiesen reservas, estas se pongan de relieve y se valoren por mediación de los firmantes de los acuerdos. El informe del experto y su arquitectura vienen trazados por la Ley con reglas mínimas¹⁰⁰; a tal efecto y a nuestro parecer, los criterios de mérito y de valoración de la situación son muy subjetivos y pueden arrastrar más de un problema de interpretación práctica.

También se ha de entresacar del mandato que comentamos (art. 71, puntos 6 y 7 de la Ley Concursal) el hecho de que incorpore qué hacer en supuestos de grupos de sociedades mercantiles en punto al informe por cuanto se designará a un experto del domicilio social de la dominante o bien, en caso de grupo, de la empresa dominada del grupo afectada, y tiene sentido que se traten los grupos societarios,

¹⁰⁰ Expone las críticas a esta regulación PLANA PALUZIE, A.: «La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal», *op. ult. cit.*, pág. 8, «los apartados del artículo 71.6 de la Ley Concursal y su disposición adicional cuarta, las modificaciones introducidas han provocado varios problemas de interpretación y aplicación. Hasta qué punto se rompe con el principio de igualdad entre acreedores, cómo salvar la necesidad de informe de experto independiente o cómo determinar el concepto de corto o medio plazo en el plan de viabilidad, entre otros. El papel del experto es el principal problema de aplicación, de hecho esta figura pocas veces es pacífica, como ejemplo podemos poner el papel del experto independiente en operaciones de fusión apalancada del artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales 3/2009. Cuando el experto debe elaborar el informe, su pronunciamiento favorable puede suponer responsabilidades muy elevadas. Este hecho hace que sea muy propenso a optar por dos opciones posibles, dirigidas a declarar que no puede dar una respuesta clara por insuficiencia de la información recibida o directamente diciendo que el proyecto no le parece viable a medio plazo, y que además se trata de un concepto indeterminado. Otro hecho relevante es que se trata de un informe muy caro y como ya sabemos el deudor no se encuentra en la mejor situación para aumentar gastos. Otro aspecto práctico es que la entidad de crédito que acepte refinanciar la empresa no lo hará con vistas al informe del experto independiente nombrado por el registrador mercantil, que además es posterior en el tiempo. Más bien lo hará por el propio análisis elaborado bajo su responsabilidad, básicamente el plan de negocio y/o la *due diligence* previa, y el cual se habrá hecho lo mejor posible para proteger los propios intereses. Parece ser que el legislador no tiene en cuenta el importante papel de negociación e investigación previo que implica un contrato de refinanciación, pero esta no es la materia a tratar ahora».

puesto que la persona física difícilmente acudirá al amparo de los acuerdos de refinanciación.

3. Se exige como formalidad que el acuerdo se instrumentalice en documento público, al que se le añadirán todos los documentos necesarios que coadyuven al buen éxito del acuerdo de refinanciación¹⁰¹. En cualquier caso, se atisba la filosofía perseguida por el legislador en este mandato, toda vez que acoge a los acuerdos de refinanciación de ser apreciados como actos no rescindibles siempre y cuando se observen escrupulosamente los condicionantes formales requeridos *ex lege* y en consonancia con lo disciplinado en la disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Ley Concursal.

La profesora PULGAR se refiere a «escudos protectores» asociados al acuerdo de refinanciación, entendiéndose como tales «la paralización de ejecuciones singulares y oponibilidad del contenido de espera del acuerdo de refinanciación, como efectos vinculados a la conclusión de un acuerdo de refinanciación (...) particularmente cuando se trate de "acuerdos particulares de refinanciación" con acreedores financieros que representen importantes porcentajes del pasivo, en orden a la ejecución del acuerdo, pues de otro modo los acreedores disidentes o no firmantes del acuerdo, al no quedar sometidos al contenido del acuerdo y en particular al plazo de espera de este, ejecutarán sus posiciones crediticias en el momento de su vencimiento, sin sometimiento a los plazos acordados de espera, lo que podrá dificultar e incluso impedir la ejecución del acuerdo»¹⁰². Y, por supuesto, dentro de estos «escudos protectores» se halla la prededucibilidad que estamos comentando.

En lo tocante a la legitimación activa para solicitar la rescisión, en líneas generales, cabe precisar y retener el dato de que solo la Administración concursal será quien ejercite las acciones rescisorias como sujeto legitimado, también los acreedores que hayan peticionado a la Administración a que actúe alguna acción rescisoria y aquella no lo haya hecho en el plazo de 2 meses a computar desde la fecha del requerimiento. En lo que hace a la legitimación pasiva, se dirigirán las acciones contra el deudor y contra quienes hayan sido cómplices o parte en el acto impugnado (*ex art. 72 de la Ley Concursal*). Este mandato viene a alterarse, igualmente, con la Ley 38/2011 al añadirsele un nuevo apartado 2 al artículo 72 y reenumerar los apartados existentes y manifestar: «2. Solo la Administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior». Como se colige de la literalidad del precepto, se le otorga a

¹⁰¹ Para el Derecho italiano declara CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, pág. 337, «la norma subordina la prededucibilidad de tales créditos al cumplimiento de tres requisitos: de un lado, la cualidad del ente aportante (banco o intermediario financiero cualificado), de otro, debe tratarse de nueva financiación concedida "en ejecución" del acuerdo de reestructuración de deudas. Por ello, la financiación debe estar formalmente prevista y especificada en el contenido del acuerdo mismo, o bien que sea funcionalmente reconducible a las previsiones que allí consten; finalmente el acuerdo debe haber sido "homologado según el artículo 182 bis"».

¹⁰² Al respecto, véase a PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 30.

la Administración la legitimidad exclusiva para impugnar estos acuerdos, salvándose así uno de los problemas cruciales sobre la eficacia de estos acuerdos en la práctica, fundamentándose en que los acreedores (no conformes o disidentes afectados) pudieran impugnar el acuerdo. Extremo que refuerza la labor de la Administración concursal, así como la eficacia de estos acuerdos.

Se descuelga asimismo de la interpretación legal (disp. adic. cuarta) la relevancia que se le proporciona al informe favorable que ha de proporcionar el experto independiente, para lograr la protección de este frente a la rescisión concursal. La cuestión está en saber cómo hemos de interpretar el adverbio «favorablemente». Se ha de revelar, a su vez, la labor que asume el notario dentro de la estructura de los acuerdos de refinanciación, toda vez que se le requiere una diligencia en pos de controlar y observar el cumplimiento de las formalidades extrínsecas del acuerdo de refinanciación. En este sentido, se le demanda que advierta a las partes si los acuerdos se adecúan o no a la norma y, al mismo tiempo, hacer constar de tales circunstancias en la escritura pública y, con todo ello, autorizar el instrumento público. Ciertamente que, con carácter previo al otorgamiento de escritura, las partes habrán aportado al notario toda la documentación e información convenientes a la sazón de que el acuerdo suponga una ampliación significativa del crédito disponible del deudor, o bien que mediante el acuerdo se modifique en el sentido de prorrogar el vencimiento de sus obligaciones en ajuste y respuesta a un plan de viabilidad que posibilite la continuidad de la actividad del deudor. A tal efecto, nadie duda de que el notario velará por el cumplimiento de los requerimientos legales, formales e, inclusive, materiales de la operación u operaciones incluidas en los acuerdos de refinanciación.

Otra de las cuestiones significativas a examinar viene dada por el contenido del artículo 72.2 de la Ley Concursal, al restringir a la Administración concursal como sujeto legitimado para ejercitar la acción rescisoria u otras acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación *ex* artículo 71.6; cabría entenderse aquí que contra estos acuerdos que se hallan bajo el amparo de la no rescisión tan solo cabría instar otras acciones de impugnación que proceden de acuerdo a Derecho, *v. gr.*, acción pauliana, pero no así la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal. Sea como fuere, el incidente concursal será la vía para resolver las acciones rescisorias e impugnatorias. Por su lado, el artículo 73 viene a delimitar los diversos efectos inherentes a la rescisión concursal, ilustrado el principal efecto en la ineficacia del acto impugnado y condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

8. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN VS. DELIMITACIÓN DE LA MASA PASIVA

Otra salvaguarda para el buen éxito de los acuerdos de refinanciación viene proporcionada por la paralización de las acciones¹⁰³ y ejecuciones singulares. Se puede plantear la duda si den-

¹⁰³ Expone CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, se regula en el artículo 182 bis de la *Legge Fallimentare* y en pág. 345, «se explica en la Exposición de Motivos (Decreto-Ley

tro de esta paralización se incluyeran a los acreedores poseedores de garantías reales *ex* artículo 56 de la Ley Concursal¹⁰⁴. *Ab initio*, cabría pensar que sí, toda vez que la ratio de la norma es posibilitar la conservación de la actividad empresarial¹⁰⁵.

Esta paralización habría de delimitarse en dos cuestiones, de un lado, el periodo temporal de suspensión y, de otro, cuáles son las circunstancias que rodean a la paralización, teniendo en cuenta que la disposición adicional cuarta prescribe que la decisión se tomara «previa ponderación de las circunstancias concurrentes». Como puede apreciarse, esta frase da un margen amplio y discrecional a las facultades que posee el Juez sobre este particular. Agregado a lo anterior, no puede descuidarse el planteamiento de que una de las claves de toda la arquitectura de un procedimiento concursal se centra en el interés que presenta la determinación de los gastos del concurso que deben ser satisfechos de forma preferente sobre los créditos concursales. En principio, hay que entender como créditos contra la masa todos aquellos que no sean créditos concursales y que, por tanto, no integran la masa pasiva. Se procede, pues, a una delimitación negativa o, por qué no decir, por oposición a la masa pasiva. Hasta ahora, la delimitación de lo que eran créditos contra la masa era prácticamente de elaboración doctrinal y jurisprudencial, pasando con la Ley 22/2003 a obtener su consagración legal.

Corresponde de seguido delimitar la masa pasiva y saber cuáles son los créditos concursales (*ex* arts. 89 y ss.) y cuáles son los créditos contra la masa (*ex* art. 84 de la Ley Concursal). Decreta el número 1 del artículo 84: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal». Por su parte, el número 2 del artículo 84

78/2010) que "la normativa hoy vigente permite al empresario en crisis que haya logrado un acuerdo con la mayoría cualificada de los acreedores pedir al Juez la homologación, beneficiándose mientras tanto de la suspensión de las acciones ejecutivas y cautelares por un periodo de sesenta días. Sin embargo, en la práctica se ha puesto de manifiesto que el momento de las negociaciones es especialmente crucial y crítico, por lo que resulta igualmente importante eliminar eventuales acciones perturbadoras, de tal manera que las partes en negociación pueden fotografiar con seguridad los bienes patrimoniales de la empresa para determinar las medidas concretas que sea necesario adoptar con el objeto de lograr la reestructuración de deudas. La norma propuesta pretende garantizar la suspensión de las acciones ejecutivas y cautelares que se hallen en tramitación también durante las negociaciones, preservando asimismo los derechos de los acreedores que no se hayan adherido, dado que la mencionada suspensión la decreta el Juez tras la celebración de una audiencia a la cual son llamados a participar todos los acreedores». Adviértase que la suspensión de las acciones también se contemplan en el Derecho de EE. UU. respecto a los acuerdos de refinanciación, *cf.*, *the automatic stay* ordenado en el número 362, *Chapter 11 del Bankruptcy Code* norteamericano: «A stay of creditor actions against the Chapter 11 debtor automatically goes into effect when the bankruptcy petition is filed (...). The stay provides a breathing spell for the debtor, during negotiations can take place to try to resolve the difficulties in the debtor's financial situation», más información en <http://www.uscourts.gov/Federal Courts/Bankruptcy/Bankruptcy Code>).

¹⁰⁴ *Cfr.* VALERO, A.: «Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación», n.º 22, *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, págs. 212 y ss.

¹⁰⁵ En palabras de PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 35.

viene a enumerar los créditos contra la masa y, en lo relativo al modo de pago de los mismos, se ha de atender a lo contenido en el artículo 154 encargado de fijar el modo de pago de los créditos contra la masa, donde se declara que «antes de proceder al pago de los créditos concursales, la Administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta». El número 2 del mandato (*ex art.* 154) prescribe: «Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del artículo 84.2.1 se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal (...)». El número 3 del mandato que comentamos puntualiza que «las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial; en caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos».

Se decretaba en la redacción original de la Ley Concursal cuáles eran los créditos contra la masa (*cf.* art. 84.2). Este precepto no ha permanecido inalterado tras la promulgación de la Ley 38/2011, que viene a modificar y añadir nuevos apartados dentro del contenido del singular artículo 84 de la Ley Concursal, a saber: se modifica el apartado 1 del artículo 84, así como el primer párrafo y los números 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 10.º y 11.º del apartado 2¹⁰⁶. Para nuestros fines, cabe

¹⁰⁶ Prescribe el artículo 84, apartado 2, tras la Ley 38/2011: «1. Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa.

2. Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:

1.º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la Administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del Juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

4.º Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la LEC. Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad.

5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el Juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.»

comentar y retener el actual número 11.º del apartado 2, que pasa a ser el 12.º del mismo apartado 2 y, además, se añaden tres nuevos apartados: 3, 4 y 5. Manifiesta literalmente los puntos 11.º y 12.º: «El 50 % de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6. En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5. Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

12.º Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración».

Hay que llamar la atención y reflexionar sobre este punto 11.º, del artículo 84, número 2.º, que incorpora un privilegio del 50 % de los créditos otorgados al concursado dentro de la operativa de actuación de los acuerdos de refinanciación y se apreciarán por ese porcentaje de la cuantía total como créditos contra la masa. Claro que la prededucibilidad se concita siempre que sean «a créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería»¹⁰⁷, aunque a decir verdad se diferencia el porcentaje atribuido por el Derecho concursal español representado en el 50 % de la prededución y resulta inferior que lo reglamentado en otros países¹⁰⁸ como por ejemplo Italia. En Italia ocupa el 80 %¹⁰⁹ de la cuantía del crédito y no el 50 % como sucede en el Derecho concursal es-

«10.º Los que resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo (...)».

¹⁰⁷ En palabras de PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 39. Por su lado, AZOFRA VEGAS, F.: «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», n.º 25, *El Notario del Siglo XXI*, 2009, en <http://www.uria.com/en/abogados/fav?iniciales=fav&seccion=publicaciones&id=2216&pub=Publicacion> (consultado por última vez el 9 de enero de 2012), expone que «(...) dicho régimen privilegiado de protección se aplica solo a acuerdos de refinanciación y no a otros de reestructuración o capitalización de deuda (*debt-to-asset*, *debt-to-equity*) habituales para deudores en situación de tensión financiera».

¹⁰⁸ Para el Derecho concursal francés, *cf.* PÉROCHON, F.: «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauegarde*) de las empresas», n.º 8, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pág. 85. FERNÁNDEZ TORRES, I.: «Prevención de la insolvencia y *fresh money*, modelos comparados y propuestas de reforma», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, págs. 209 y ss., en págs. 211 a 213, declara que «el privilegio del *argent frais* o *fresh money* (art. 611-11 del C. Com) se establece a favor de aquellas personas que, en el marco de un acuerdo homologado, aporten un nuevo bien o servicio o realicen nuevas aportaciones en tesorería al deudor con vistas a asegurar la continuidad y permanencia de la empresa (...) el referido privilegio consiste –según aclara la reforma de 2008– en concederles una preferencia en el pago que se aplica incluso sobre los bienes del deudor grabados con garantías especiales que pueden por tanto resultar ineficaces. En la práctica el privilegio equivale a la certeza de cobro para aquellos acreedores que realicen nuevas aportaciones y, por tanto, constituye un claro incentivo para que acuerden financiar la reestructuración de la empresa. Como quiera que son estos acreedores quienes posibilitan la reestructuración y, en consecuencia, la continuidad de la empresa, se ha optado por privilegiarlos (...) se deduce que el privilegio del *fresh money* favorece las posibilidades de éxito de la conciliación y, en consecuencia, se fomentan las soluciones tempranas de las crisis empresariales».

¹⁰⁹ *Cfr.* CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcurzal italiano», *op. ult. cit.*, págs. 340: «(...) se aplica también a la financiación procedente de los socios, hasta el 80 % de su cuantía (...) se entienden financiación procedentes de los socios a favor de la sociedad aquellas que, efectuados en cualquier forma, se han concedido

pañol. En igual línea de actuación, cabe subrayar que en el Derecho italiano explícitamente se concede el privilegio al crédito derivado de la intervención del experto¹¹⁰, que certifica la razonabilidad del acuerdo de reestructuración, mientras que en el Derecho concursal español se da por sobreentendido y, por ello, nada se dice sobre el particular; extremo que, en cualquier caso, no esconde el encarecimiento del patrimonio del deudor concursado.

La formulación descrita a grandes trazos es lo que se conoce como «dinero fresco» (*fresh money*)¹¹¹, ya explicado, toda vez que la inyección de nuevos ingresos comporta una serie de privilegios ilustrados no solo en la preeducibilidad, sino en la consideración de créditos contra la masa en un porcentaje del 50% y el resto (el otro 50%) apreciado como crédito con garantía general. Ciertamente que se podría discutir si es adecuado o no dicha discriminación respecto a otros acreedores¹¹² y expresar que el porcentaje es elevado a todas luces, si tenemos en consideración la perspectiva de las otras clases de créditos tanto garantizados como no, sobre todo, si pensamos quiénes pueden aportar créditos al buen fin de esos acuerdos de refinanciación: las entidades crediticias, la banca, proporcionándoles, de esta forma, un poder de decisión sobre el futuro de la empresa en cuestión. A tal efecto, podríamos afirmar que es el precio a pagar por facilitar la

en un momento en el que, teniendo en cuenta el tipo de actividad llevado a cabo por la sociedad, se produce un desequilibrio excesivo del endeudamiento con respecto al patrimonio neto o bien en una situación financiera de la sociedad en la que lo razonable hubiera sido efectuar una aportación». Agrega en sentido crítico, pág. 341: «No deja de suscitar perplejidad la opción legislativa contenida en la norma que se está comentando, ya que "mediante un decidido giro de trescientos sesenta grados el crédito del socio se transforma de postergación en preeducibles"».

- ¹¹⁰ De acuerdo con CASTIELLO D'ANTONIO, A.: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», *op. ult. cit.*, pág. 342: «El párrafo 4 del artículo 184 quáter, por lo que aquí interesa, establece: "Son asimismo preeducibles las retribuciones que le correspondan al profesional encargado de elaborar el informe al que se refiere el artículo 182 bis párrafo primero, siempre que ello se haya establecido expresamente en la resolución por la que (...) el acuerdo sea homologado"».
- ¹¹¹ Cfr. PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», *op. ult. cit.*, págs. 7-9. Además, véase a GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, pág. 109, plantea que «se incorpora el llamado "privilegio del dinero nuevo", estableciéndose que los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación típico tendrán la consideración, en un 50% de crédito contra la masa (*ex art. 84.2.11.º de la LRLC*), configurándose el restante 50% de dichos créditos como crédito con privilegio general (*ex art. 91.6.º de la LRLC*). Dichos preceptos hablan únicamente de «nuevos ingresos de tesorería», por lo que parecería que, a priori, se deberían considerar como tales, principalmente, aquellos tramos que son puestos a disposición o entregados por las entidades financieras en el marco de un acuerdo de refinanciación típico, cuyo destino consista, básicamente, en dotar de liquidez a la deudora para afrontar su operativa (pagos a proveedores, a las Administraciones públicas, etc.), ya se trate de deudas vencidas o no vencidas (...)».
- ¹¹² Respecto a la posible debilidad del *fresh money*, manifiesta PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *op. cit.*, pág. 40, «(...) la preedución en un 50% de los "nuevos ingresos de tesorería", sin embargo este reconocimiento es precario y está sometido a una indeseable "incertidumbre" en su realización efectiva, pues la Administración concursal podría en interés del concurso "alterar" la regla del vencimiento como criterio de pago de los créditos contra la masa y posponer la situación del *fresh money* a la de otros créditos contra la masa, dado que este no se encuentra enumerado entre los créditos que por expresa previsión legal estarían excluidos de la posible alteración de la regla del vencimiento. Este es un riesgo importante que ha de soportar el financiador preconcursal (...)».

continuidad de la actividad empresarial y, a tal fin, forma parte de las reglas del juego en cuanto al riesgo asumido, sin que de ello pueda desprenderse un trato discriminatorio. *Item mas*, el resto del porcentaje (50%) no considerado como crédito contra la masa vendrá a obtener el aprecio de un crédito con privilegio general, tal y como se colige de lo disciplinado en el artículo 91, punto 6, en lo relativo a la descripción de los créditos con privilegio general. Entonces y, en otras palabras, se ha de tener muy en cuenta y poner especial énfasis en que también se otorga por parte del legislador beneficios a los créditos que ayuden al buen fin de los acuerdos de refinanciación y que, en esta ocasión, no tengan la consideración de créditos contra la masa (el resto del 50% de la cuantía total del crédito) como créditos con garantía general *ex* artículo 91, punto 6, tras la reforma efectuada por la Ley 38/2011.

No se nos oculta que las medidas enunciadas y disciplinadas por el legislador del año 2011 nos proporcionan el fiel reflejo de la importancia adquirida por estos acuerdos y en la necesidad de hacer efectivos y viables la conservación de la actividad empresarial. Pero volvemos a insistir en el interrogante de si este es el mecanismo o trazado más idóneo para conseguir los fines preestablecidos.

9. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN VS. CONVENIO CONCURSAL

El convenio, dentro del procedimiento concursal, es una solución alternativa a la liquidación, de forma que, aunque persigue la misma finalidad que esta: la satisfacción del crédito de los acreedores, o la tutela del crédito, tiene la ventaja de evitar los inconvenientes que plantea la liquidación. De suerte tal que el convenio ha sido acogido siempre favorablemente en todos los ordenamientos. La clave para comprender la finalidad del convenio se encuentra en el verbo «evitar», entendiéndose como apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que algo suceda, o bien, procurar no encontrarse en cierta situación que se expresa o no encontrarse con cierta cosa. Se usa en la acepción de cautelar, precaver, proteger. Por contra, no se emplea en el sentido de esquivar, sortear, rehuir, eludir, puesto que ello lleva aparejado un carácter negativo en su utilización, cuestión que en el tema que nos ocupa no ha lugar. Luego, el significado del término «evitar» nos permite encontrar la razón de ser del convenio. La pregunta a responder a continuación será: ¿qué es lo que hay que evitar? Los menoscabos que emanan del procedimiento de liquidación judicial mediatizado en la fase de liquidación y, a contrario sensu, ponderar las ganancias que reporta la solución negociada traducida en el convenio.

Bajo estos planteamientos de partida, no puede perderse de vista que, aun siendo restrictiva la consideración de los acuerdos particulares preconcursales diseñados por la Ley 38/2011, tanto por el contenido que se beneficia de la «inmunidad» ante las secuelas perjudiciales del concurso como por los sujetos participantes, en especial, reducido a los acreedores profesionales, el acuerdo de refinanciación se agradece como un vehículo diferente que impide el concurso y, por tanto, «evita» los inconvenientes que aquel arrastra. En este caso, la finalidad última sigue siendo la mejor tutela del crédito.

Volviendo a retomar el convenio y, en lo tocante a los beneficios que fluyen del mismo, se traducen:

Respecto al deudor: es harto sabido que, fruto de los pactos entre las partes, se puede permitir que el deudor continúe al frente de su establecimiento comercial, quedando así habilitado para la Administración dentro de los límites que señale el convenio.

Fijémonos ahora que, mediante el convenio, también los acreedores ven satisfechos sus créditos de manera más ágil y rápida que la que ofrece el procedimiento liquidatorio. Sin olvidar que a través de su aprobación estos consienten de un modo u otro en la resolución de la situación de insolvencia frente a la liquidación judicial que les viene impuesta. En fin, también el convenio resulta más ventajoso para la economía en general, sobre todo, si tenemos en cuenta los daños que se derivan de la enajenación de los bienes, en concreto, en la realización de las ventas de los bienes a precios mínimos; mientras que con las quitas y rebajas oportunas que se adopten, si bien puede derivarse algún perjuicio a la economía, este será en menor proporción que procediendo del modo anterior. Además, no olvidemos que si por mediación de la solución consensuada que representa el convenio, se obtiene la continuación de la actividad empresarial viable en vez de su desaparición, se mantendrá el empleo que aquella lleva consigo. A su vez, y según los casos, también puede preservarse el valor inmaterial que tiene un negocio ya en marcha y que se traduciría en resultados positivos si continuara su explotación, impensable esta última apreciación si se actúa la liquidación de la empresa.

Hasta aquí y de todo lo expresado, cabe aseverar que estamos ante planteamientos que bien pueden adjetivizar y atribuirse también a los acuerdos de refinanciación, sobre todo, en la idea de «evitar» el concurso y flexibilizar los trámites de resolución de las dificultades económicas, ergo, se asimila y concuerda con el convenio, toda vez que se persigue viabilizar la continuidad de la actividad empresarial y, con ello, como fin último, satisfacer a los acreedores.

En resumen, los convenios evitan las graves consecuencias que para el deudor y para sus acreedores lleva aparejada la venta forzosa de un patrimonio, en relación tanto con los gastos del proceso como con la depreciación de los bienes enajenados en subasta pública. El interrogante que surge a continuación vendría a ser si con los acuerdos de refinanciación no se alcanzan similares consecuencias. Pueden, por lo tanto, hacerse tres afirmaciones:

- El convenio evita los inconvenientes de la institución liquidatoria (las inhabilitaciones del deudor, los enojosos trámites de liquidación).
- El convenio aparece tras la Ley Concursal como un medio normal y pretendido de terminación del procedimiento concursal.
- El convenio facilita llegar a un acuerdo que permita al deudor y acreedores establecer las condiciones apropiadas para poder movilizar los «insuficientes» recursos económicos del deudor y pagar sus deudas dentro de los límites y plazos convenidos, donde precisamente la libertad contractual de convenir brinda aquellas utilida-

des. Se convierte así en un medio que puede permitir la conservación de la actividad empresarial.

Téngase presente, de este modo, que, con la reforma de la legislación concursal llevada a efecto en el año 2003, se quiere convertir el convenio en un instrumento normal de terminación del concurso. El interrogante que se nos plantea de seguido es saber si se sigue primando este modo resolutorio del concurso o, por el contrario, se incentivan que se alcancen acuerdos previos de refinanciación en su lugar. Nadie duda de que en una comparativa entre el convenio concursal (y, en especial, los convenios anticipados)¹¹³ y los acuerdos de refinanciación florece como principal obstáculo del arreglo extrajudicial la dificultad de alcanzar la unanimidad de los acreedores. Y, más si cabe, el sistema configurado en nuestro Derecho que prima el cercenar los acuerdos con los acreedores financieros si se quiere obtener los beneficios de una serie de privilegios (prededucibilidad y suspensión de las acciones), tal y como hemos explicado. Es cierto que en ausencia de dicho asentimiento unánime gravita el peligro de que los acreedores disidentes promuevan acciones concursales en protección de sus créditos, haciendo inútil y poco provechoso el intento de composición extrajudicial de los intereses implicados. Los acuerdos extrajudiciales que cuentan con el consentimiento de una amplia base de los titulares de los créditos obvian este problema de trámite de acuerdos con los acreedores disidentes, pero la Ley 38/2011 contempla acuerdos de carácter limitado en orden a los sujetos intervinientes e, inclusive, al contenido acordado como anticipábamos. En cualquier caso, tras las últimas reformas habidas, sí se reconoce y regulan los acuerdos de refinanciación y ha de ser bienvenido como cauce alternativo de resolución ágil y flexible siempre que se acomode a los condicionantes impuestos *ex lege*.

10. CONCLUSIONES

En este epígrafe solo se reflejará con carácter recapitulativo alguna cuestión que sirva de acicate para reflexionar a futuro acerca del instituto preconcurso que nos ha ocupado y preocupado. Partiendo de la formulación de que para que los acuerdos de refinanciación puedan alcanzar el éxito buscado han de observarse y reconocerse desde una perspectiva legal y como *prius* una serie de circunstancias, tal y como se vislumbran de la legislación concursal española trámi- te la Ley 38/2011, a saber:

1. Es preciso el reconocimiento *ex lege* de los acuerdos extrajudiciales, bien sea en sede concursal como los acuerdos de refinanciación, o bien en una legislación es-

¹¹³ Para GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcurso como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, pág. 129, «las propuestas anticipadas de convenio no cumplen su finalidad prevista para reflotar empresas en el seno de un proceso concursal, debido fundamentalmente a la escasez de medios, bienvenido sea un procedimiento paralelo que permita cumplir esa finalidad hasta que los tan preciados medios técnicos y económicos puedan llegar a nuestros órganos judiciales».

- pecífica, aunque con un carácter y extensión más amplios que los acogidos por la última reforma en torno a los acuerdos de refinanciación.
2. Es menester el atribuir blindajes, cautelas o privilegios para quienes participen en estos acuerdos en aras de protegerse ante un posterior concurso. Es verdad que el sistema adoptado por el legislador español del año 2011 mediante los acuerdos de refinanciación se ha fundamentado en no aplicar la rescisión concursal para los acreedores (financieros), que aportan nueva financiación en pos de la conservación de la empresa, así como la paralización de las acciones-ejecuciones singulares. Sumado a ello, se le otorga a la nueva financiación o tesorería (*fresh money*) privilegios al apreciar dicha cantidad aportada (*ex novo*) como crédito contra la masa en un 50% y crédito con privilegio general por el resto del 50%.
 3. Es conveniente la homologación judicial en pos de permitir el control de legalidad, oportunidad y razonabilidad sobre los acuerdos extrajudiciales y los acuerdos de refinanciación, sobre todo, si queremos que los efectos inherentes se desplieguen sobre el resto de acreedores no participantes o disidentes del acuerdo, si bien es cierto el porcentaje requerido ha de ser per se cualificado.

Al fin y al cabo, los acuerdos de refinanciación –objeto de nuestro examen– han sido contruidos sobre una serie de fuertes pilares (participación de los acreedores financieros de tres quintos; informe de experto independiente; otorgamiento de privilegios como la prededucibilidad y la suspensión de acciones) y, en especial, su efectividad se sustenta en una serie de controles como son los del Juez de lo concursal y un sistema mixto complejo y burocrático ilustrado en la intervención notarial-registral. Con estas cautelas se persigue, en todo momento, la eficacia y éxito de los acuerdos preconcursales. En este punto de reflexión, los acuerdos de refinanciación, aún bajo los parámetros marcados anteriormente y, a nuestro parecer, resultan muy taxados en cuanto al contenido y al cumplimiento de una serie de salvaguardas que le permitan quedar inunes de los efectos del concurso a posteriori. Agregado a lo precedente, tampoco puede pasar inadvertido el dato de que la concurrencia de un experto independiente que informe acerca de la oportunidad del acuerdo supone añadir un gasto adicional sobre el escaso patrimonio del deudor, cuestión no resuelta adecuadamente. Ante este estado de cosas, cabe aseverar que estamos ante un avance –sin lugar a dudas– con relación a la legislación tradicional concursal española, pero también es cierto que se han restringido demasiado. Dejándonos un instituto preconcursal mínimo e insuficiente para las necesidades reales que proporciona la complejidad de la realidad práctica. Hasta el punto de que se echa en falta una mejor regulación¹¹⁴, más completa y ordenada sobre este instituto preconcursal; de hecho se debería reconocer un estatuto específico sobre la materia al afectar a extremos claves de la legislación concursal, y no resulta aventurado afirmar que

¹¹⁴ Así se manifiesta y compartimos, en este punto, las opiniones vertidas por GONZÁLEZ PILA, D.: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial», *op. ult. cit.*, págs. 120 y ss. También VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley concursal», *op. ult. cit.*, pág. 160.

con el tiempo y derivado de las necesidades se incluyan nuevos «parches» –no deseables como técnica jurídica– sobre la Ley Concursal y, en especial, acerca de este instituto preconcursal. En definitiva, pareciese como si el legislador español se hubiese quedado «a medias» en la regulación de este instituto, ¿por qué?: porque quizá se afecta a la unidad del procedimiento; a la vis atractiva del concurso; se discuta la finalidad del procedimiento concursal; se atente contra la *par condicio creditorum* aun a sabiendas de que no estamos en un procedimiento concursal propiamente dicho, sino ante un instituto preconcursal; o bien se busca un remedio coyuntural ante las situaciones de dificultades económicas sin incidir en los cimientos del proceso concursal.

Bibliografía

ALCOVER GARAU, G. [2010]: «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley concursal: la interrupción del deber de solicitar concurso», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 321 y ss.

ARMOR, J. [2005]: «La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en el Reino Unido», n.º 3, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 403 y ss.

AZOFRA VEGAS, F. [2009]: «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación», n.º 25, *El Notario del Siglo XXI*, en <http://www.uria.com/en/abogados/fav?iniciales=fav&seccion=publicaciones&id=2216&pub=Publicacion> (consultado por última vez el 9 de enero de 2012).

AZOFRA, F. y PÉREZ RIVARÉS, J. A. [2009]: «La esperada reforma de la Ley concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación», n.º 7, *Diario La Ley*, sección Tribuna, de 24 de abril, año XXX, ref. D-144.

CALBACHO, F.: «La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», *Estudios Homenaje al profesor Don Juan Luis Prada Iglesias*, págs. 180 a 186, en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3206/documento/art22.pdf?id=3351> (consultado por última vez el 6 de marzo de 2012).

CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. [1999]: *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Granada: Comares.

– [2010]: «Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial», n.º 94, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, págs. 3 a 40.

CARRASCO PERERA, A. y TORRALBA MENDIOLA, E. [2011]: «*Scheme of arrangement* ingleses para sociedades españolas: una crítica», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 6 y ss.

CARRATA, A. [2007]: «Profilo processuale della riforma della legge fallimentare», n.º 1, *Diritto Fallimentare e delle società Commerciali*, págs. 3 y ss.

CARRO ARANA, M. M. y SOUSA FERNÁNDEZ, F. [2010]: «Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procedimientos concursales», n.º 327, en *RCYT. CEF*, págs. 168 y ss.

CASTIELLO D'ANTONIO, A. [2010]: «Refinanciación de deuda y concesión abusiva de crédito en el Derecho Italiano», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 399 a 410.

- [2011]: «La evolución legislativa del Derecho preconcursal italiano», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 331 a 347.
- DAMIÁN MORENO, J. [2010]: «Entre la preconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso: (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto- Ley 3/2009, de 27 de marzo)», n.º 21, *Anuario de Derecho concursal*, págs. 176 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2010]: «El régimen jurídico preconcursal de los "acuerdos de refinanciación" (disp. adic. cuarta de la LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 68 a 84.
- [2010-3]: «Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los "acuerdos de refinanciación". El expediente registral preconcursal», n.º 21, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 9 a 80.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. [2010]: «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso (a propósito del Auto de Juzgado de Primera Instancia núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)», n.º 12, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 7 y ss.
- [2011]: «Prevención de la insolvencia y *fresh money*, modelos comparados y propuestas de reforma», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 209 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A. [2009]: «Los aspectos sustantivos de la reforma de la Ley concursal», en VV. AA., *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Navarra: Aranzadi, págs. 36 a 49.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. [2010]: «La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 385 y ss.
- GARCÍA-VILLARUBIA, M. y RODRÍGUEZ, L. E. [2010]: «Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex art. 5.3 Ley Concursal», n.º 20, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 592 y ss.
- GRAZIABILE, D. [2006]: «Acuerdo Preventivo Extrajudicial –el llamado APE–», n.º 222-3, *Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones*.
- [2006]: «Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos», publicado en *La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras*, el 28 de septiembre.
- GONZÁLEZ NAVARRO [2010]: «En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal», n.º 19, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 115 y ss.
- GONZÁLEZ PILA, D. [2012]: «La refinanciación preconcursal como medida eficaz para la viabilidad empresarial: novedades de la reforma de la Ley concursal operada por la Ley 38/2011», n.º 133, *Revista CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, febrero, págs. 93 a 132.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M. [2009]: «La nueva fase preconcursal», n.º 7272, *Diario La Ley*, 29 de octubre, ref. D-336, págs. 1 a 19.
- ILLESCAS ORTIZ, R. [2011]: «Los Acuerdos de refinanciación y el Derecho concursal español», n.º 249, *Derecho de los Negocios*, págs. 1 a 3.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. [2011]: «Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley concursal», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 183 y ss.

MOYA YOLDI, J. [2009]: «Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», n.º 8, *Revista Aranzadi Doctrinal*, págs. 32 y ss.

NIETO DELGADO, C. [2011]: «Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y Reglamento (CE) n.º 1346/2000», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 199 y ss., enuncia las críticas sufridas por el art. 5.3 Ley Concursal, en págs. 200 y ss.

OLIVENCIA RUIZ, M. [2010]: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 19 y ss.

PAJARES, J.: «¿Están siendo útiles los acuerdos de refinanciación?», en http://commissions.uienet.org/uploads/tx_hhuiacommission/3._LOS_ACUERDOS_DE_REFINANCIACION.pdf (consultado por última vez el 5 de marzo de 2012).

PÉROCHON, F. [2008]: «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas», n.º 8, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pág. 85.

PIÑEL LÓPEZ, E. [2009]: «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», n.º 11, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 9 y ss.

PLANA PALUZIE, A. [2012]: «La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal. Análisis de su regulación y principales aspectos prácticos», n.º 96, *Revista de Derecho vLex*, enero, págs. 1 y ss.

PULGAR EZQUERRA, J. [2009]: «Estrategias preconcursales y refinanciación de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009», en VV. AA.: *Implicaciones financieras de la Ley concursal*, dirigidos por ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, págs. 131 y ss.

- [2009]: *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), Madrid: La Ley, págs. 131 a 134.
- [2011]: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», n.º 14, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 25 a 40.
- [2011]: «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 7-9.
- [2012]: «Acuerdos de Refinanciación, Escudos Protectores y Garantías Reales», en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?...12 de enero de 2012\MADRID\JPULGR\1369576.01 (consultado por última vez el 6 de marzo).

RODRÍGUEZ CONDE, C. [2012]: *Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011*, Barcelona: Bosch.

RUBIO VICENTE, P. J. [2006]: «Prevención de la insolvencia y propuesta de reforma», n.º 4, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 187 y ss.

- [2008]: «Concesión abusiva de crédito y concurso», n.º 8, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 247 y ss.

SAN GIL, P. [2008]: «Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a (coords.), *Aspectos financieros de las reestructuraciones empresariales en crisis empresariales y concurso: comentarios legales*, Navarra: Aranzadi.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. [2010]: «Refinanciación y reintegración concursal», n.º 20, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 13 y ss.

SANJUÁN y MUÑOZ, F. [2009]: «Refinanciación de deuda tras la reforma concursal», *La Ley*, 4 de junio.

VALERO, A. [2011]: «Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación», n.º 22, *Anuario de Derecho Concursal*, págs. 212 y ss.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. [2011]: «Los "acuerdos de refinanciación" en el proyecto de reforma de la Ley Concursal», n.º 15, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 6 y ss.

VICENT CHULIÁ, F. [2010]: «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como Derecho paraconcursal», n.º 13, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, págs. 27 a 52.